



Besluit op verzoek om instemming

Bezoek- en postadres:
Krom Boomssloot 22-II
1011 GW Amsterdam

Contactpersoon	Mr. A. van Ouwerkerk
E-mail	info@cvta.nl
Telefoon	020 30 30 261
Datum	22 november 2021
Ons kenmerk	2021183
Bijlage(n)	
Betreft	verzoek om instemming met aanpassing van de voorwaarden van de exploitatieovereenkomsten

1. Procedure

Bij brief van 24 maart 2021 heeft Sena een verzoek ingediend om instemming met aanpassing van de voorwaarden van de exploitatieovereenkomsten. Op grond van artikel 3, eerste lid, sub b, van de Wet toezicht cbo's heeft (onder meer) een besluit tot vaststelling of wijziging van reglementen of algemene voorwaarden betreffende de uitoefening en handhaving van auteursrechten of naburige rechten de voorafgaande schriftelijke instemming van het College. Bij mail van 7 mei 2021 heeft Sena het verzoek, ter nadere onderbouwing, aangevuld met nadere stukken waaronder de notulen van de vergadering waarin de Raad van Aangeslotenen heeft ingestemd met het voorstel tot aanpassing van de voorwaarden van de exploitatieovereenkomsten.

Bij brief van 19 mei 2021 heeft het College een advies gegeven als bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de Wet toezicht cbo's met een termijn voor een nadere onderbouwing van de voorgestelde aanpassingen. Bij brief van 11 juni 2021 heeft Sena, met bijlagen, zijn schriftelijke reactie op het advies kenbaar gemaakt. Het College heeft na bestudering een tweede advies uitgebracht bij brief van 14 juli 2021. Sena heeft vervolgens bij brief van 6 augustus 2021, met bijlagen, hierop gereageerd. Op 26 oktober 2021 heeft een mondelinge bespreking plaatsgevonden waarin Sena in de gelegenheid is gesteld een reactie te geven op een aantal voorlopige standpunten van het College. Het College heeft toegezegd uiterlijk 22 november 2021 zijn besluit kenbaar te maken.

2. Verzoek aanpassing van de exploitatieovereenkomsten

2.1 Aanleiding

Directe aanleiding voor de voorgenomen aanpassingen zijn, zo heeft Sena toegelicht, de vragen die het Atresmedia-arrest van Europese Hof van Justitie (EHvJ)¹ oproept over het wettelijk mandaat van Sena op grond van artikel 7 en 15 WNR in relatie tot een specifiek type openbaarmakingen. In dat arrest heeft het EHvJ geoordeeld dat de billijke vergoeding bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de VLN-richtlijn niet van toepassing is wanneer een audiovisuele opname, die de vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een fonogram of een reproductie daarvan is opgenomen, wordt meegedeeld aan het publiek. Daarbij staat vast dat de betrokken rechthebbenden hebben ingestemd met de verwerking van de fonogrammen in de betreffende audiovisuele opnamen en dat zij in ruil een vergoeding hebben ontvangen overeenkomstig de toepasselijke contractuele regelingen (punt 25 Atresmedia-arrest).

De wijze waarop het gebruik van fonogrammen in audiovisuele werken in Nederland werd geregeld is (veelal) anders, aldus Sena. In de praktijk (tot nu toe) wordt volgens Sena, in de fase van de totstandkoming van het audiovisuele werk toestemming voor verwerking van het fonogram niet verleend, c.q. verzilverd en wordt uitsluitend na de openbaarmaking van het audiovisuele werk een vergoeding geïnd voor de naburige rechten via Sena. Eveneens anders dan de constellatie die ter beoordeling voorlag in Atresmedia, is, aldus Sena onze nationale wetgeving onder meer artikel 7, eerste lid, WNR. Dit artikel wijkt, op een volgens Sena relevant punt, af van artikel 8 van de VLN-richtlijn, nu daarin is bepaald dat een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan *zonder toestemming* van de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden kan worden uitgezonden, openbaar gemaakt door middel van doorgeven via de kabel of langs andere weg, dan wel op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Het standpunt van Sena is dat de VLN-richtlijn minimumharmonisatie bevat en lidstaten in hun nationale wetgeving ruimere aanspraken kunnen toekennen. Nederland zou van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt.

Naar aanleiding van de discussie over de status van de wettelijke grondslag (artikel 7 WNR) van de vergoeding waartoe het arrest heeft geleid, heeft de Raad van Aangeslotenen van Sena op 19 maart 2021 besloten om de huidige exploitatieovereenkomsten aan te passen. De bij Sena aangesloten rechthebbenden (uitvoerend kunstenaars en fonogrammenproducenten) hechten, aldus Sena, aan voortzetting van het collectief beheer en wensen

¹ Arrest van 18 november 2020 (C-147/19, ECLI:EU:C:2020:935)

- voor zover dat nodig is omdat artikel 7 WNR als grondslag niet meer zou volstaan - voor de uitoefening van hun verbodsrechten aan Sena een (specifieke) volmacht te verlenen. Door aanpassing van de exploitatieovereenkomst wordt Sena op contractuele basis derhalve gevolmachtigd om ter verzilvering van het verbodsrecht ex artikel 2 en/of artikel 6 WNR een vergoeding te incasseren en te repareren voor audiovisueel werk waarin een fonogram of een reproductie daarvan, dan wel de opname van een uitvoering is verwerkt. Gebruikers (televisiezenders/omroepen) zijn aldus Sena ook gebaat bij het kunnen voortzetten van een praktijk waarin zij niet met elke individuele rechthebbende overeenkomsten moeten sluiten. Sena heeft ter onderbouwing meerdere brieven overgelegd, onder meer van de Ntb/Kunstenbond en de NVPI.

2.2 Aanpassing

2.2.a Sena stelt in het goedkeuringsverzoek voor om aan artikel 1 (lastgeving /opdracht) van de voorwaarden bij de exploitatieovereenkomsten met uitvoerende kunstenaars en producenten een nieuw lid toe te voegen:

“1.2. De deelnemer verleent aan Sena voorts de opdracht en de volmacht om, indien en voor zover Sena de bevoegdheid daartoe niet rechtstreeks aan artikel 15 WNR ontleent, de hem of haar momenteel en in de toekomst toekomende rechten en aanspraken ten aanzien van de uitzending, heruitzending, openbaarmaking door middel van doorgeven via de kabel of langs andere weg of andere openbaarmaking, met uitzondering van het beschikbaar stellen aan het publiek in de zin van art. 1 sub m WNR, van een reproductie van een voor commerciële doeleinden uitgebracht

a. fonogram en/of

b. opname van uitsluitend geluiden van een uitvoering opgenomen in een audiovisueel werk, in eigen naam uit te oefenen en te handhaven, met het recht van substitutie.”

2.2.b Uit de overgelegde stukken en/of de door Sena gegeven toelichting blijkt dat de uitbreiding van de opdracht en volmacht optioneel is (dus niet verplicht) en niet-exclusief. Rechthebbenden die een (aangepaste) exploitatieovereenkomst met Sena hebben, kunnen (titel)selectief kiezen voor een individuele overeenkomst en gebruik maken van hun opt-out mogelijkheid. Volgens Sena hebben omroepen/distributeurs ook de mogelijkheid om individuele syncafspraken (dus toestemming voor verwerking fonogram en verzilvering van deze toestemming) te maken waardoor, als daarvoor gekozen is, geen aanspraak op een vergoeding via Sena is verschuldigd². Sena lichtte voorts toe dat Sena voor een passende vrijwaring voor gebruikers zorgt.

² Aldus het door Sena overgelegde als bijlage B bij de brief van 6 augustus 2021 gevoegde schrijven van Ntb/Kunstenbond.

3. Overwegingen College

3.1 Een collectieve beheersorganisatie (cbo) zoals Sena, kan bij wet of door middel van overdracht, licentieverlening of een andere overeenkomst door meer dan één rechthebbende worden gemachtigd auteursrechten of naburige rechten te beheren ten behoeve van één of meer van hen in het gezamenlijk belang van deze rechthebbenden (artikel 1, onder d, van de Wet toezicht cbo's). Sena is bij wet krachtens artikel 15 WNR aangewezen als rechtspersoon die als vertegenwoordiger van de rechthebbenden optreedt en voor de invordering en verdeling van de ingevolge artikel 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding zorgdraagt. Een cbo kan, in beginsel, ook daarnaast (of in plaats van een wettelijke basis) op basis van overdracht of een overeenkomst worden gemachtigd om naburige rechten te beheren, indien dit binnen zijn werkerrein valt (artikel 2a, tweede lid, wet toezicht cbo's). De statuten van Sena bieden daarvoor ruimte. Volgens artikel 3 van de Statuten stelt Sena stelt zich ten doel, zonder winstoogmerk voor zichzelf, het behartigen van de materiële en immateriële belangen van uitvoerende kunstenaars en producenten ter zake van de uitoefening en handhaving van hun naburige rechten. Artikel 4, eerste lid, van de Statuten luidt: De stichting tracht dit doel te bereiken door: a. de uitoefening en handhaving van aan de stichting toevertrouwde rechten en aanspraken, daaronder begrepen de inning en verdeling van de billijke vergoeding in de zin van artikel 7 van de WNR b. het nastreven van handhaving en verbetering van de nabuurrechtelijke bescherming in de ruimste zin van het woord, zowel nationaal als internationaal, van uitvoerende kunstenaars en producenten. Het tweede lid van artikel 4 luidt: De stichting kan inzake de in lid 1 onder a. genoemde handelingen ten eigen name in rechte optreden, ongeacht op grond van welke titel zij de haar toevertrouwde rechten en aanspraken exploiteert en handhaaft.

3.2 Het College heeft zich rekenschap gegeven van de discussie waartoe het Atresmedia-arrest aanleiding heeft gegeven, over de houdbaarheid van artikel 7 WNR als grondslag voor een vergoedingsrecht voor de openbaarmaking van een audiovisueel werk waarin een fonogram of een reproductie daarvan, c.q. de opname van de uitvoering is verwerkt³. Hoe artikel 7 WNR precies moet worden uitgelegd behoeft door het College niet beantwoord te worden voor de vraag of ingestemd kan worden met de uitbreiding van exploitatieovereenkomst. Bij de beoordeling van het goedkeuringsverzoek dient de vraag vooropgesteld te worden of Sena in beginsel in plaats van op basis van een wettelijke grondslag ook op basis van een contractuele grondslag de betreffende activiteiten kan uitoefenen. Het CvTA meent dat het is toegestaan aan Sena om in dit geval, indien nodig, in plaats van haar wettelijke taak op basis van een exploitatieovereenkomst rechten en aanspraken van aangeslotenen te beheren. Het College gaat er niet aan voorbij dat de uitoefening van de verbodsrechten ex artikel 2 en 6

³ Zie onder meer noten Terpstra (IER []), Van Dongen (Auteursrecht []), de bijdragen van Wigman en Dos Santos Gil (IE-Forum.nl) en de studiebijeenkomst van de VvA d.d. []

WNR bij synchronisatie evenzeer voorwerp is van de hierboven aangehaalde discussie. Het CvTA ziet hierin gelet op de onder 2.2.b gegeven toelichting geen reden om de aanvulling op de exploitatieovereenkomst af te wijzen. Zulks te meer, gelet op de voorkeur van (vermoedelijk ten minste een groot deel) van de marktpartijen om de exploitatie van de naburige rechten zoveel mogelijk collectief te beheren.

3.3 Het CvTA meent evenwel dat in de voorgelegde wijziging op de exploitatie overeenkomst ten onrechte voorbij wordt gegaan aan de hierboven bedoelde discussie en bijgevolg aan de noodzaak om ter vermijding van onaanvaardbare risico's voor rechthebbenden en gebruikers in een dergelijke overeenkomst voorzieningen te treffen bij het collectief gaan uitoefenen van nog ter discussie staande rechten. Het College constateert voorts dat wel door Sena genoemde (en relevant te achten) feiten en omstandigheden niet zijn verwerkt in de voorgelegde overeenkomst. Dit betreft met name de gestelde afwezigheid van bezwaar van rechthebbenden tegen synchronisatie van bestaande en toekomstige audiovisuele werken en van de ontvangst van een vergoeding terzake. De vermelding van de afwezigheid van bezwaar en vergoeding, onverlet de mogelijkheid van een beroep op artikel 5 WNR door de uitvoerend kunstenaar, zou met de mogelijkheid van – en verwijzing naar een opt-outregeling op (audiovisueel titelniveau) in de overeenkomst moeten worden opgenomen.

3.4 De wijze waarop partijen (Sena en rechthebbenden) de door het CvTA bedoelde voorzieningen en de ontbrekende elementen in (bijvoorbeeld de considerans van) de overeenkomst verwerken is voorbehouden aan partijen. Deze uitwerking, evenals de nog op te nemen regeling van vrijwaringen en de integratie in het contract van een passende opt-out regeling op (audiovisueel) titelniveau (vgl. artikel 2a, zevende en achtste lid, Wet toezicht cbo's) dienen nader te worden beoordeeld. Onder de voorwaarde dat de bedoelde uitwerking, waaronder zowel de vrijwaringen als de opt-outregelingen ook ter instemming worden voorgelegd, stemt het College in met de aanpassing van de exploitatieovereenkomst.

4. Besluit

Het College stemt met inachtneming van hetgeen is vermeld onder 3.4. in met de aanpassing van exploitatieovereenkomst. Het adviseert Sena een in overeenstemming hiermee nader aangepaste exploitatieovereenkomst, waaronder de opt-outregeling en de vrijwaringen binnen een termijn van vier weken voor te leggen.

Met vriendelijke groet,

drs. A.J. Koppejan
Voorzitter CvTA

Bezwaar

Tegen dit besluit kan binnen 6 weken na bekendmaking schriftelijk bezwaar worden gemaakt door indiening van een bezwaarschrift bij het College van Toezicht Auteursrechten, Krom Boomssloot 22-II, 1011 GW Amsterdam. Het bezwaarschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:

- a) de naam en het adres van de indiener;*
- b) de dagtekening;*
- c) een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht;*
- d) de gronden van het bezwaar.*