

08/00074

Zt. 4 sept. 2009

Mr L. Strikwerda

conclusie inzake

Stichting De Thuis kopie

tegen

1. Stichting Naburige Rechten Orga-
nissatie voor Uitvoerende Kunstenaars

NORMA

2. Stichting International Rigths-
Collecting and Distributing Agency

Edelhoogachtbaar College,

1. Inzet van deze zaak is de uitleg van de "scope-rule" of reikwijdteregel van art. 32 van de Wet op de Naburige Rechten (Wnr). Meer bepaald gaat het om de vraag of Amerikaanse uitvoerende kunstenaars, nu de Verenigde Staten geen partij zijn bij de Conventie van Rome (Verdrag van 26 oktober 1961 ter bescherming van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties, Trb. 1986, 182), maar wel bij de Conventie van Genève (Verdrag van 29 oktober 1971 ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen, Trb. 1986, 183), ingevolge art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr aanspraak kunnen maken op de zgn. thuis kopievergoeding ex art. 10 onder e Wnr jo. art. 16c van de Auteurswet 1912 (Aw), alsmede om de vraag of art. 32 lid 1 sub d jo. lid 6 Wnr aldus moet worden gelezen dat buitenlandse (Amerikaanse) uitvoerende kunstenaars slechts met betrekking tot een door een omroeporganisatie uitgezonden "live"-uitvoering een aanspraak hebben op de thuis kopieregeling.

2. Voor zover thans van belang luidt art. 32 Wnr als volgt:

"1. De voorgaande artikelen zijn op de uitvoerende kunstenaar van toepassing ingeval:

a. (...); of

b. (...); of

c. zijn uitvoering is opgenomen op een fonogram als

bedoeld in het tweede lid van dit artikel; of
d. zijn uitvoering, die niet is opgenomen op een fonogram, is openbaar gemaakt door middel van een programma van een omroeporganisatie als bedoeld in het zesde lid van dit artikel.

2. De voorgaande artikelen zijn op de producenten van fonogrammen van toepassing ingeval:

a. hij onderdaan is van of rechtspersoon opgericht naar het recht van (...) een Staat die partij is bij (...) de Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen; of

b. het opnemen (...) plaats had (...) in een Staat die partij is bij (...) de Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen; of

c. het fonogram voor de eerste maal, of binnen dertig dagen na de eerste uitgave in een ander land, in het verkeer is gebracht (...) in een Staat die partij is bij (...) de Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen.

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. De voorgaande artikelen zijn op omroeporganisatie van toepassing ingeval:

a. (...); of

b. de uitzending van het programma heeft plaatsgevonden in Nederland (...)."

Art. 4 van de Conventie van Rome luidt:

"Elke verdragsluitende Staat kent uitvoerende kunstenaars een nationale behandeling toe indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

(a) de uitvoering vindt plaats in een andere verdragsluitende Staat;

(b) de uitvoering is opgenomen op een fonogram dat wordt beschermd ingevolge artikel 5 van dit Verdrag;

(c) de uitvoering, die niet is vastgelegd op een fonogram, wordt uitgezonden door middel van een uitzending, die wordt beschermd ingevolge artikel 6 van dit Verdrag."

Art. 7 lid 2 van de Conventie van Genève luidt:

"De nationale wetgeving van iedere Overeenkomstsluitende Staat bepaalt of en in welke mate vertolkers of uitvoerende kunstenaars, wier uitvoeringen op een fonogram zijn vastgelegd, recht hebben bescherming te genieten en onder welke voorwaarden zij die bescherming genieten."

3. In cassatie dient van het volgende te worden uitgegaan (zie r.o. 3 van het arrest van het hof in verbinding met r.o. 1 van het vonnis van de rechtbank).

(i) Thans eiseres tot cassatie, hierna: Thuiskopie, is de rechtspersoon die op grond van art. 16d Aw jo. art. 10 Wnr is belast met de inning en de verdeling van de vergoeding die de fabrikant of importeur van blanco beeld- of geluidsdragers verschuldigd is op grond van art. 16c Aw jo. art. 10 Wnr, hierna: "de thuiskopievergoeding". Tot degenen die op grond van de Wnr aanspraak op de thuiskopievergoeding hebben, behoren uitvoerende kunstenaars.

(ii) De door Thuiskopie ontvangen netto-opbrengsten van de thuiskopievergoeding worden verantwoord op een tweetal rubrieken:

1. de rubriek audio, die wordt gevormd door de ontvangen gelden uit de heffing op onbespeelde geluidsdragers, hierna: "de thuiskopievergoeding audio", en

2. de rubriek video, die wordt gevormd door de ontvangen gelden uit de heffing op onbespeelde beelddragers met of zonder geluid, hierna: "de thuiskopievergoeding video".

(iii) Verweersters in cassatie onder 1 en 2, hierna: Norma en Irda, vertegenwoordigen ieder uitvoerende kunstenaars voor zover het betreft hun aanspraken op de thuiskopievergoeding. Zij zijn verdelingsorganisaties als bedoeld in art. 1 sub i van het Repartitiereglement van Thuiskopie, en ontvangen van Thuiskopie een deel van de thuiskopievergoeding ter nadere verdeling onder de door hen vertegenwoordigde uitvoerende kunstenaars.

(iv) De Verenigde Staten zijn geen partij bij de Conventie van Rome, maar wel bij de Conventie van Genève.

4. Thuiskopie heeft op 24 oktober 2002 Norma en Irda gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd een verklaring voor recht:

I. dat buitenlandse uitvoerende kunstenaars, wier uitvoeringen zijn opgenomen op een fonogram als bedoeld in art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr aanspraak hebben op de thuiskopievergoe-

ding; en

II. dat buitenlandse uitvoerende kunstenaars op grond van art. 32 lid 1 sub d jo. lid 6 Wnr recht op de thuiskopievergoeding hebben, indien hun uitvoering door een omroepdienst als in dat artikel bedoeld in Nederland is uitgezonden, ongeacht of het om een live-uitvoering gaat of niet.

5. Thuiskopie heeft met betrekking tot de vordering onder I (de thuiskopievergoeding audio) aangevoerd dat uit art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr voortvloeit dat Amerikaanse uitvoerende kunstenaars recht hebben op een thuiskopievergoeding audio omdat de Verenigde Staten partij zijn bij de Conventie van Genève en er bij radiouitzendigen van uitvoeringen van deze kunstenaars dus vrijwel zonder uitzondering sprake zal zijn van een fonogram krachtens deze Conventie. Thuiskopie heeft voorts betoogd dat de Conventie van Rome niet gebaseerd is op het reciprociteitsbeginsel, maar 'nationale behandeling' - oftewel behandeling toegekend aan eigen onderdanen - voorschrijft, zoals ook blijkt uit art. 2 en 4 van deze Conventie. Daarnaast is volgens Thuiskopie de Conventie van Rome niet maatgevend voor de uitleg van art. 32 Wnr, nu de Nederlandse wetgever ervoor gekozen heeft om aanzienlijk meer uitvoerende kunstenaars rechten te verlenen dan de Conventie van Rome doet.

6. Met betrekking tot de vordering onder II (de thuiskopievergoeding video) heeft Thuiskopie aangevoerd dat alleen fonogrammen (een opname van uitsluitend geluid) niet onder art. 32 lid 2 sub d Wnr vallen, maar alle andere vormen van visuele of audiovisuele weergaven wèl, zodat het artikel aan iedere uitvoerende kunstenaar wiens niet op een fonogram vastgelegde uitvoering in een programma van een "Rome-omroep" is uitgezonden, een aanspraak op de thuiskopievergoeding geeft.

7. Irda heeft de vorderingen van Thuiskopie onderschreven, doch Norma heeft de vorderingen bestreden.

8. Wat de vordering onder I (de thuiskopieergoeding audio) betreft, heeft Norma zich op het standpunt gesteld dat buitenlandse uitvoerende kunstenaars, waaronder met name Amerikaanse uitvoerende kunstenaars, ondanks de expliciete vermelding van de Conventie van Genève in art. 32 Wnr, toch geen aanspraak op de thuisvergoeding audio hebben omdat de Wnr de Nederlandse implementatie is van de Conventie van Rome. Aangezien deze conventie, en in het bijzonder art. 4, uitgaat van het beginsel van reciprociteit, geldt dit ook voor de Wnr en met name het met art. 4 van de conventie corresponderende art. 32 Wnr, aldus Norma. Voorts heeft Norma betoogd dat, als geen sprake zou zijn van reciprociteit, de Amerikaanse uitvoerende kunstenaars nog steeds geen recht hebben op de thuiskopieergoeding audio overeenkomstig art. 32 Wnr, aangezien de in dit artikel genoemde Conventie van Genève is opgesteld ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (piraterij), en niet ziet op uitvoerende kunstenaars.

9. Wat de vordering onder II (de thuiskopieergoeding video) betreft, heeft Norma aangevoerd dat art. 32 lid 1 sub d Wnr aldus moet worden uitgelegd dat uitsluitend uitvoerende kunstenaars van live-audio-uitvoeringen (die dus rechtstreeks door een omroep worden uitgezonden) recht hebben op een thuiskopieergoeding video. Zij heeft zich ook in dit verband beroepen op het reciprociteitsbeginsel dat aan de Conventie van Rome en de Wnr ten grondslag zou liggen, en voorts betoogd dat, voor zover het beroep op het reciprociteitsbeginsel niet opgaat, onder "programma" in de zin van art. 32 lid 1 sub d Wnr een door de omroeporganisatie zelf verzorgd programma moet worden verstaan, nu immers de ratio van dit artikel is het beschermen van de inspanning die de omroeporganisatie heeft geleverd. Verder moet volgens Norma art. 32 lid 1 sub d Wnr worden uitgelegd overeenkomstig art. 4 sub c Conventie van Rome, dat in de opvatting van Norma uitsluitend betrekking heeft op live-audio-uitvoeringen die niet conform art. 32 lid 1 sub c Wnr op een fonogram zijn vastgelegd.

10. De rechtbank heeft bij vonnis van 27 april 2005 de vorderingen van Thuiskopie afgewezen (het vonnis is besproken door P.B. Hugenholtz, AMI 2005, blz. 142). Naar het oordeel van de rechtbank hebben buitenlandse uitvoerende kunstenaars uit landen die geen partij zijn bij de Conventie van Rome geen aanspraak op de thuiskopievergoeding audio, noch op de thuiskopievergoeding video. De rechtbank heeft daartoe, kort weergegeven, het volgende overwogen.

11. Met betrekking tot de vordering onder I (de thuiskopievergoeding audio) heeft de rechtbank vooropgesteld dat de hier van belang zijnde bepalingen van art. 32 Wnr zijn gebaseerd op het assimilatiebeginsel, en niet op het reciprociteitsbeginsel (r.o. 3.6). Dit wil echter niet zeggen dat buitenlandse (Amerikaanse) uitvoerende kunstenaars ex art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr aanspraak hebben op de thuiskopievergoeding audio. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 32 Wnr blijkt dat de wetgever met betrekking tot art. 32 lid 1 sub c Wnr niet de bedoeling heeft gehad de uitvoerende kunstenaar voor dezelfde bescherming in aanmerking te laten komen als waarvoor de fonogrammenproducent krachtens lid 2 in aanmerking komt. Naar aanleiding van de toetreding van Nederland tot de Conventie van Genève heeft de wetgever de in deze conventie voorziene bescherming geëffectueerd door de toekenning van een naburig recht aan de fonogrammenproducent die onderdaan is van een Staat die partij is bij die Conventie. De uitvoerende kunstenaar staat hier geheel buiten, omdat deze zijn bescherming overeenkomstig de Conventie van Rome en daarnaast nog een aanvullende bescherming krachtens nationaliteit en woonplaats heeft verkregen, aldus de rechtbank (r.o. 3.7).

12. Met betrekking tot de vordering onder II (de thuiskopievergoeding video) heeft de rechtbank onder meer overwogen dat art. 32 lid 1 sub d Wnr is gebaseerd op art. 4 sub c van de Conventie van Rome en dat dit laatste artikel van oudsher geacht wordt uitsluitend betrekking te hebben op audio-uitvoeringen die rechtstreeks worden uitgezonden. Nu uit de wetsge-

geschiedenis niet blijkt dat de wetgever hiervan bewust heeft willen afwijken, moet worden aangenomen dat art. 32 lid 1 sub d Wnr uitsluitend van toepassing is op audio-uitvoeringen die rechtstreeks worden uitgezonden (r.o. 4.8).

13. Thuiskopie is van het vonnis van de rechtbank in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te Amsterdam, doch tevergeefs: bij arrest van 13 september 2007 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd (het arrest is besproken door D. van Engelen, IEPT 20070913, www.iept.nl, en door C.B. van der Net, AMI 2008, blz. 129 e.v.).

14. Het hof heeft, wat de thuiskopievergoeding audio (de vordering onder I) betreft, onder meer overwogen dat aan Thuiskopie moet worden toegegeven dat de bewoordingen van art. 32, lid 1 sub c Wnr houvast bieden voor het door haar verdedigde standpunt dat de (buitenlandse) uitvoerend kunstenaar wordt beschermd wanneer zijn uitvoering is opgenomen op een fonogram waarvan de fonogrammenproducent krachtens het tweede lid van dat artikel wordt beschermd. Volgens het hof biedt de parlementaire geschiedenis van de Wnr evenwel geen steun voor de opvatting dat de wetgever bij de implementatie van de Conventie van Genève naast de aan de producent van fonogrammen toekomstige bescherming een zo vergaande bescherming aan de buitenlandse uitvoerende kunstenaar heeft willen toekennen dat deze ten minste dezelfde bescherming zou genieten als de producent. De rechtbank heeft naar het oordeel van het hof bij de uitleg van art. 32, lid 1 sub c Wnr terecht aansluiting gezocht bij de tekst van art. 4 van de Conventie van Rome, waaraan de criteria zijn ontleend waaraan moet worden voldaan om voor bescherming op grond van de Wnr in aanmerking te komen. Nu de Verenigde Staten geen partij zijn bij de Conventie van Rome moet het ervoor worden gehouden dat de wetgever aan Amerikaanse uitvoerende kunstenaars in beginsel geen aanspraak heeft gegeven op een thuiskopievergoeding audio op dezelfde basis als toegekend aan onderdanen van Rome-landen. In de parlementaire geschiedenis van de Wnr is geen enkel

aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat de wetgever dat uitgangspunt heeft willen verlaten bij het formuleren van art. 32, lid 1 sub c Wnr, aldus het hof (r.o. 5.7). Het hof heeft hierbij aangetekend dat niettemin denkbaar is dat Amerikaanse uitvoerende kunstenaars aanspraak hebben op een thuiskopievergoeding indien zou komen vast te staan dat ook de Verenigde Staten (ten behoeve van Amerikaanse en Nederlandse uitvoerende artiesten) een voldoende thuiskopieregeling kennen. Het hof is echter tot de conclusie gekomen dat van dit laatste geen sprake is (r.o. 5.8).

15. Wat de thuiskopievergoeding video (de vordering onder II) betreft, heeft het hof onder meer overwogen dat de rechtbank bij de beantwoording van de vraag of art. 32 lid 1 sub d Wnr aldus moet worden uitgelegd dat uitsluitend uitvoerende kunstenaars van live-audio-uitvoeringen (die dus rechtstreeks door een omroep worden uitgezonden) recht hebben op de thuiskopievergoeding video, zoals Norma bepleit en Thuiskopie bestrijdt, terecht aansluiting heeft gezocht bij de tekst van art. 4 sub c van de Conventie van Rome, waarop eerstgenoemd artikel is gebaseerd. Onbestreden is gebleven het oordeel van de rechtbank dat art. 4 sub c van de Conventie van Rome van oudsher geacht wordt uitsluitend betrekking te hebben op audio-uitvoeringen die rechtstreeks worden uitgezonden. Weliswaar heeft de Nederlandse wetgever er bewust voor gekozen het toepassingsbereik van de Wnr te verruimen ten opzichte van de Conventie van Rome, maar er zijn naar het oordeel van het hof geen aanknopingspunten voor de conclusie dat de wetgever heeft beoogd het toepassingsgebied van art. 32 lid 1 sub d van de Wnr te verruimen ten opzichte van art. 4 sub c van de Conventie van Rome in de zin zoals Thuiskopie bepleit (r.o. 5.10).

16. Thuiskopie is tegen het arrest van het hof (tijdig) in cassatie gekomen met een uit drie onderdelen opgebouwd middel. Irda heeft geconcludeerd tot referte. Norma heeft het door Thuiskopie voorgestelde middel bestreden en geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep van Thuiskopie. Voorts heeft

Norma van haar kant incidenteel cassatieberoep ingesteld met één middel. Thuiskopie heeft dit middel bestreden en geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van Norma in haar incidentele cassatieberoep dan wel tot verwerping daarvan.

Het principaal beroep

17. Onderdeel A van het in het principaal beroep voorgestelde middel keert zich in zeven subonderdelen tegen het oordeel van het hof met betrekking tot de thuiskopievergoeding audio.

18. Subonderdeel A.1 strekt ten betoge dat de uitleg die het hof heeft gegeven aan de bepaling van art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr onjuist is, aangezien deze uitleg in strijd is met de duidelijke bewoordingen van de bepaling, terwijl, anders dan het hof heeft geoordeeld, noch de parlementaire geschiedenis van de Wnr, noch art. 4 van de Conventie van Rome, dwingt tot een andere uitleg dan uit de bewoordingen van de bepaling volgt.

19. Het wettelijk en verdragsrechtelijk kader waarin deze klacht moet worden beoordeeld, laat zich als volgt schetsen. De Wnr biedt bescherming aan uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten, omroeporganisaties en filmproducenten en is gebaseerd op de Conventie van Rome en - in mindere mate - op de Conventie van Genève. Het beschermingsniveau van de Wnr gaat uit boven het beschermingsniveau van deze conventies. De Wnr biedt met name aan de uitvoerende kunstenaar meer rechten dan de Conventie van Rome voorschrijft. De Conventie van Rome verzet zich daartegen (natuurlijk) niet, maar schrijft wel voor dat buitenlandse rechthebbenden in de aangesloten landen dezelfde bescherming dienen te genieten als deze landen bieden aan hun eigen onderdanen voor uitvoeringen en opnamen op, of uitzendingen vanaf hun eigen grondgebied (art. 2). Men spreekt van het gelijkheids- of assimilatiebeginsel. Zie J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Auteursrecht, 3e dr. (2005). blz. 645 en 648.

20. De thuis Kopievergoeding ex art. 10 onder e Wnr jo. art. 16c Aw berust niet op de Conventie van Rome (vgl. C.B. van der Net, AMI 2008, blz. 61) en behoort dus tot het gedeelte van het door de Wnr aan uitvoerende kunstenaars geboden beschermingsniveau dat uitgaat boven dat van de Conventie van Rome. Het gelijkheidsbeginsel brengt mee dat deze bescherming ook behoort toe te vallen aan buitenlandse uitvoerende kunstenaars. De vraag is welke buitenlandse uitvoerende kunstenaars. Het antwoord op die vraag moet gezocht worden in de "scope-rule" of reikwijdteregel van art. 32 Wnr.

21. Wat de toepassingscriteria met betrekking tot uitvoerende kunstenaars betreft, is art. 32 Wnr gebaseerd op art. 4 van de Conventie van Rome. Dit artikel geeft aan welke toepassingscriteria minimaal gelden. De verdragsluitende Staten mogen - ook hier - verder gaan dan het verdrag en ruimere toepassingscriteria in hun nationale wetgeving opnemen.

22. Op grond van art. 4 van de Conventie van Rome dient een verdragsluitende Staat uitvoerende kunstenaars overeenkomstig zijn nationale wetgeving te beschermen indien (a) de uitvoering heeft plaatsgevonden in een andere verdragsluitende Staat, (b) de uitvoering is opgenomen op een fonogram dat ingevolge de Conventie van Rome wordt beschermd, of (c) de uitvoering die, niet is vastgelegd op een fonogram, wordt uitgezonden door middel van een uitzending die wordt beschermd ingevolge de Conventie van Rome. Art. 32 Wnr gaat wat de toepassingscriteria met betrekking tot uitvoerende kunstenaars betreft in bepaalde opzichten verder dan art. 4 van de Conventie van Rome voorschrijft. Zie D.J.G. Visser, AMI 2002, blz. 201 e.v.; Spoor, Verkade & Visser, a.w., blz. 681; C.B. van der Net, AMI 2008, blz. 129 e.v.

23. Wanneer men de uitbreidingen van de toepassingscriteria die voortvloeien uit het EG- en EER-Verdrag buiten beschouwing laat, valt in de eerste plaats op dat ingevolge art. 32 Wnr uitvoerende kunstenaars voor bescherming in aanmerking als zij

onderdaan zijn van een andere verdragsluitende Staat (art. 32 lid 1 sub a Wnr). Art. 4 van de Conventie van Rome schrijft niet voor dat een verdragsluitende Staat uitvoerende kunstenaars die de nationaliteit hebben van een andere verdragsluitende Staat dient te beschermen overeenkomstig zijn nationale wetgeving. Waarom de wetgever heeft gekozen voor deze uitbreiding met het nationaliteitscriterium, blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van art. 32 Wnr. Vgl. C.B. van der Net, AMI 2008, blz. 132.

24. In de tweede plaats valt op dat uitvoerende kunstenaars worden beschermd, niet alleen als hun uitvoering is vastgelegd op een fonogram dat wordt beschermd ingevolge de Conventie van Rome (dat volgt uit art. 4 sub b van de Conventie van Rome), maar ook als hun uitvoering is vastgelegd op een fonogram dat wordt beschermd ingevolge de Conventie van Genève (art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr). Tot deze verruiming biedt art. 7 lid 2 van de Conventie van Genève de mogelijkheid en van deze mogelijkheid heeft de wetgever kennelijk gebruik gemaakt. Ook hier tast men overigens in het duister over de beweegredenen van de wetgever. Uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van art. 32 Wnr blijkt niet waarom de wetgever heeft besloten tot uitbreiding van de toepassingscriteria langs de weg van art. 7 lid 2 van de Conventie van Genève. In de MvA wordt opgemerkt dat "een ander criterium op grond waarvan de uitvoerende kunstenaar zich op het onderhavige beschermingsregime kan beroepen, (in)houdt dat zijn uitvoering moet zijn opgenomen op een fonogram als omschreven in het tweede lid, onder c, van artikel 32" en dat de in het eerste lid omschreven criteria niet ertoe leiden "dat een Amerikaanse uitvoerend kunstenaar volledig is uitgesloten van bescherming op grond van het onderhavige wetsvoorstel" (D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Parlementaire geschiedenis van de Wet op de naburige rechten, 1993, blz. 210). Waarom de wetgever hier kennelijk voor de verruiming via art. 7 lid 2 van de Conventie van Genève heeft gekozen, is echter niet duidelijk. Er is overigens wel een (goede) reden te bedenken: "het (druist) tegen

het rechtsgevoel in dat door de fonogrammenproducenten gedane investeringen wel voor bescherming in aanmerking zouden komen, maar de daarop neergelegde creatieve prestaties van uitvoerende kunstenaars, die er toch de conditio sine qua non voor zijn niet" (C.B. van der Net, AMI 2008, blz. 133/134).

25. Ik keer terug naar subonderdeel A.1. Uit het vorenstaande vloeit m.i. voort dat de klacht van het subonderdeel gegrond is. Volgens de bewoordingen van art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr worden uitvoerende kunstenaars beschermd, niet alleen als hun uitvoering is vastgelegd op een fonogram dat wordt beschermd ingevolge de Conventie van Rome, maar ook als hun uitvoering is vastgelegd op een fonogram dat wordt beschermd ingevolge de Conventie van Genève. De uit haar bewoordingen blijkende strekking van de bepaling is niet onverenigbaar met enige kenbare bedoeling van de wetgever (de parlementaire geschiedenis zwijgt over de achtergronden van art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr) en treedt ook niet buiten het door de Conventie van Rome en de Conventie van Genève bepaalde verdragsrechtelijke kader van art. 32 Wnr. Art. 4 van het eerstbedoelde verdrag staat niet eraan in de weg dat de toepassingscriteria met betrekking tot de nationale regelgeving inzake de bescherming van de uitvoerende kunstenaars ruimer worden getrokken dan het artikel aangeeft, en de Conventie van Genève, hoewel primair gericht op de bescherming van de fonogrammenproducenten, biedt in art. 7 lid 2 met zoveel woorden de mogelijkheid de door dit verdrag op zichzelf niet beschermde uitvoerende kunstenaars mee te laten delen in de bescherming van de producenten van het fonogram waarop hun uitvoering is vastgelegd.

26. Waar de rechtsklacht van subonderdeel A.1 doel treft, behoeven de subonderdelen A.2 t/m A.5, die zich met name richten tegen de motivering die het hof heeft meegegeven aan zijn oordeel over de uitleg van art. 32 lid 1 sub c jo. lid 2 Wnr, geen afzonderlijke bespreking meer.

27. Bij de subonderdelen A.6 en A.7, die zich keren tegen de door het hof in r.o. 5.8 van zijn arrest als mogelijkheid geopperde materiële reciprociteit als grond voor nationale behandeling, teken ik aan dat, anders dan het hof kennelijk heeft geoordeeld, noch art. 4 van de Conventie van Rome, noch art. 32 Wnr, behoudens in het hier niet toepasselijke lid 4, materiële reciprociteit als (bijkomende) voorwaarde voor nationale behandeling kent, zodat de daarop gerichte klachten van de onderhavige subonderdelen gegrond zijn.

28. Onderdeel B van het middel keert zich in vier subonderdelen (het vierde subonderdeel is voorwaardelijk voorgesteld) tegen het oordeel van het hof omtrent de thuiskopievergoeding video.

29. Subonderdeel B.1 bestrijdt met een rechtsklacht het oordeel van het hof dat onder "uitvoering, die niet is opgenomen op een fonogram" in art. 32 lid 1 sub d Wnr slechts audio-uitvoeringen die rechtstreeks ("live") worden uitgezonden moeten worden begrepen. Deze uitleg zou te beperkt en daarom onjuist zijn.

30. Het subonderdeel faalt, omdat de uitleg van het hof juist is. Art. 32 lid 1 sub c en sub d Wnr zijn rechtstreeks ontleend aan art. 4 sub b resp. sub c van de Conventie van Rome. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wnr blijkt niet dat de wetgever op deze punten een uitbreiding ten opzichte van de hier bedoelde toepassingscriteria van de Conventie van Rome heeft beoogd. In de MvT wordt met betrekking tot art. 32 lid 1 sub c en sub d zonder nadere toelichting volstaan met een verwijzing naar art. 4 sub b en sub c van de Conventie van Rome. Zie Verkade & Visser, a.w., blz. 208. Art. 4 sub c van de Conventie van Rome wordt geacht uitsluitend betrekking te hebben op audio-uitvoeringen die rechtstreeks door de omroeporganisatie worden uitgezonden. Zie WIPO-Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention, 1981/1994, Rome Convention, Article 4, nrs. 4.7 en 4.11. Aangenomen dient

derhalve te worden dat onder "uitvoering, die niet is opgenomen op een fonogram" in art. 32 lid 1 sub d Wnr slechts audio-uitvoeringen die rechtstreeks de omroeporganisaties worden uitgezonden, kunnen worden begrepen.

31. Nu subonderdeel B.1 faalt, strandt subonderdeel B.2, dat het hof verwijt zijn oordeel omtrent de strekking van art. 4 sub c van de Conventie van Rome uitsluitend op de stellingen van partijen te hebben gebaseerd, zonder op de voet van art. 25 Rv de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, op gebrek aan belang.

32. Hetzelfde geldt voor subonderdeel B.3, dat zich met een motiveringsklacht richt tegen een - als juist aan te merken - rechtsoordeel van het hof omtrent de uitleg van art. 32 lid 1 sub d Wnr.

33. De voorwaarde waaronder subonderdeel B.4 is voorgesteld, te weten dat de subonderdelen B.1 en/of B.2 en/of B.3 niet tot cassatie kunnen leiden, is vervuld, zodat het subonderdeel bespreking behoeft. Het subonderdeel betoogt dat 's hofs oordeel dat de door Thuiskopie onder II gevorderde verklaring voor recht in haar geheel moet worden afgewezen, omdat deze te ruim is geformuleerd, onjuist dan wel onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd is. Het hof had, aldus het subonderdeel, in ieder geval de minder verstrekkende vordering van Thuiskopie, hierin bestaande dat de verklaring beperkt zou worden tot uitvoeringen die rechtstreeks worden uitgezonden, moeten toewijzen, waar in hetgeen gevorderd was ook deze minder verstrekkende vordering (onmiskkenbaar) besloten lag.

34. Indien de rechter van oordeel is dat weliswaar een gevorderde voorziening als te vergaand niet kan worden toegewezen, maar dat een minder verstrekkende voorziening wel op zijn plaats zou zijn, zal hij laatstbedoelde voorziening moeten toewijzen, indien hij aannemelijk oordeelt dat in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van die minder

verstreckende voorziening besloten ligt (HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107). In het onderhavige geval heeft het hof kennelijk geoordeeld dat niet aannemelijk is dat in de door Thuis-kopie onder II gevorderde verklaring voor recht dat "buiten-landse uitvoerende kunstenaars op grond van art. 32 lid 1 sub d jo. lid 6 Wnr recht op de thuiskopievergoeding hebben, indien hun uitvoering door een omroepdienst als in dat artikel bedoeld in Nederland is uitgezonden, ongeacht of het om een live-uitvoering gaat of niet", ook een minder verstreckende vordering tot verklaring voor recht, beperkt tot uitvoeringen die rechtstreeks ("live") worden uitgezonden, besloten ligt. Dit oordeel van het hof is, ook zonder nadere motivering, niet onbegrijpelijk, nu het Thuis-kopie, blijkens de door haar aan de vordering onder II meegegeven grondslag, erom ging in rechte als juist vastgesteld te zien haar opvatting dat alleen fonogrammen, dat wil zeggen weergaven van uitsluitend geluid, niet onder art. 32 lid 2 sub d Wnr vallen, maar alle andere vormen van visuele of audiovisuele weergaven wèl, en dat de bepaling derhalve aan iedere uitvoerende kunstenaar wiens niet op een fonogram vastgelegde uitvoering in een programma van een "Rome-omroep" is uitgezonden, een aanspraak op de thuisko-pievergoeding geeft. In dit licht is niet onbegrijpelijk dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat de vordering alleen betrekking heeft op uitvoeringen die niet "live" worden uitge-zonden. Subonderdeel B.4 is derhalve tevergeefs voorgesteld.

35. Onderdeel C van het middel bestrijdt in vijf subonderdelen de verwerping door het hof - in r.o. 5.12 - van het betoog van Thuis-kopie dat het ontzeggen van aanspraken van uitvoerende kunstenaars uit niet-Rome-landen op thuiskopiegelden in strijd is met art. 7, art. 11 en in het bijzonder art. 16 lid 2 (de zogeheten driestappentoets) van het WIPO-verdrag inzake uit-voeringen en fonogrammen (het WPPT, Verdrag van 20 december 1996, Trb. 1998, 248). Het hof heeft het betoog van Thuis-kopie verworpen op grond van de overweging dat het beroep op genoem-de bepalingen van het WPPT doel mist, nu Nederland het WPPT (nog) niet heeft geratificeerd. Daaraan heeft het hof toege-

voegd dat Thuis kopie zich, anders dan zij kennelijk meent, ook na ratificatie van het WPPT niet rechtstreeks zou kunnen beroepen op de door haar aangehaalde bepalingen van dat verdrag, aangezien deze bepalingen zich tot de wetgever(s) richten.

36. Subonderdeel C.1 verwijt het hof te hebben miskend dat art. IIIa van de Aanpassingswet Auteurswet 1912 (Wet van 6 juli 2004, Stb. 2004, 336) het toepassingsgebied van het WPPT uitbreidt in die zin dat op grond van dit artikel uitvoerende kunstenaars thans reeds (vóór ratificatie van het WPPT) en bovendien rechtstreeks, aanspraak kunnen maken op de rechten uit de Wnr die corresponderen met de bepalingen uit het WPPT.

37. Art. IIIa van de Aanpassingswet luidt:

"Voor zover uitvoerende kunstenaars of fonogrammenproducenten als bedoeld in het op 20 december 1996 te Genève gesloten Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (Trb. 1998, 248) rechten kunnen ontlene n aan dat verdrag, kunnen zij aanspraak maken op de daarmee corresponderende rechten uit de Wet op de naburige rechten."

38. Naar mijn oordeel faalt de klacht. Uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten kunnen onder het - in deze procedure toepasselijke - Nederlandse recht aan het WPPT slechts rechten ontlene n indien en voor zover het WPPT door ratificatie of anderszins, bijvoorbeeld door incorporatie bij wet van bepalingen van het verdrag in de Nederlandse wetgeving, deel is gaan uitmaken van het Nederlandse recht. Ratificatie van het WPPT door Nederland (c.q. door de EG en de lidstaten) heeft nog niet plaatsgevonden en evenmin heeft incorporatie van bepalingen van het verdrag in de Nederlandse wetgeving plaatsgevonden. Met name kan art. IIIa van de Aanpassingswet niet worden beschouwd als een bepaling die (bepalingen van) het WPPT in de Nederlandse wetgeving incorporeert. Ingevolge het artikel kunnen uitvoerende kunstenaars of fonogrammenproducenten immers slechts aanspraak maken op met het WPPT corres-

ponderen de rechten uit de Wnr, voor zover zij rechten kunnen ontlenen aan het WPPT, en dat kunnen zij pas wanneer het WPPT deel uitmaakt van het Nederlands recht. Het artikel kan derhalve slechts geacht worden betrekking te hebben op de situatie die intreedt na de ratificatie van het WPPT door Nederland (c.q. door de EG en de lidstaten) en fungeert alsdan kennelijk als vangnetbepaling ter overbrugging van de periode tussen het moment waarop de WPPT voor Nederland in werking treedt en het moment waarop de in verband daarmee door de minister toegezegde aanpassing van art. 32 Wnr haar beslag heeft gekregen. Zie Kamerstukken II 2002-2003, 28 482, nr. 8, blz. 21-23.

39. Uit het vorenstaande volgt dat de in subonderdeel C.1 betrokken stelling dat uitvoerende kunstenaars op grond van art. IIIa van de Aanpassingswet thans reeds (vóór ratificatie van het WPPT) en bovendien rechtstreeks, aanspraak kunnen maken op de rechten uit de Wnr die corresponderen met de bepalingen uit het WPPT, niet als juist kan worden aanvaard. De klacht van het subonderdeel strandt derhalve op gebrek aan belang.

40. De subonderdelen C.2 en C.3 bouwen voort op subonderdeel C.1 en moeten het lot daarvan delen.

41. Subonderdeel C.4 keert zich tegen de overweging van het hof dat Thuiskopie zich ook na ratificatie van het WPPT niet rechtstreeks zou kunnen beroepen op de door haar aangehaalde bepalingen van dat verdrag. Nu deze overweging door het hof kennelijk ten overvloede is gegeven, kan het subonderdeel reeds wegens gebrek aan belang geen doel treffen.

42. Subonderdeel C.5 klaagt dat het hof ten onrechte heeft verzuimd te toetsen of art. 16c Aw jo. art. 10 onder e Wnr een toegestane beperking vormt op het verbodsrecht van de uitvoerende kunstenaar zoals neergelegd in art. 14 TRIPs-Verdrag.

43. Ingevolge het zesde lid van art. 14 TRIPs-Verdrag kan een

Lid met betrekking tot het krachtens het eerste lid aan uitvoerende kunstenaars verleende verbodsrecht, voorzien in uitzonderingen, voor zover toegestaan door de Conventie van Rome. De Conventie van Rome staat in art. 15 lid 1 sub a de thuiskopie-uitzondering toe, zonder een thuiskopievergoeding voor te schrijven. Art. 16c Aw jo. art. 10 onder e Wnr vormt derhalve een toegestane beperking op het krachtens het eerste lid van art. 14 TRIPs-Verdrag aan uitvoerende kunstenaars verleende verbodsrecht. Subonderdeel C.5 strandt derhalve reeds op gebrek aan belang.

44. De slotsom is dat onderdeel A van het in het principaal beroep voorgestelde cassatiemiddel doel treft. De onderdelen B en C van dat middel zijn evenwel tevergeefs voorgesteld.

Het incidenteel beroep

45. Het in het incidenteel beroep voorgestelde middel betreft het oordeel van het hof omtrent de thuiskopievergoeding audio. Het middel is gericht tegen de overweging van het hof - in r.o. 5.8 - dat niettemin denkbaar is dat Amerikaanse uitvoerende kunstenaars aanspraak hebben op een thuiskopievergoeding indien zou komen vast te staan dat ook de Verenigde Staten (ten behoeve van Amerikaanse en Nederlandse uitvoerende artiesten) een voldoende thuiskopieregeling kennen. Het middel bestrijdt deze overweging als onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd.

46. Het middel treft in zijn rechtsklacht doel. Zoals reeds hierboven onder 26 is aangetekend bij de bespreking van de subonderdelen A.6 en A.7 van het in het principale beroep voorgestelde middel, kent, anders dan het hof kennelijk heeft geoordeeld, noch art. 4 van de Conventie van Rome, noch art. 32 Wnr, behoudens in het hier niet toepasselijke lid 4, de materiële reciprociteit als (bijkomende) voorwaarde voor nationale behandeling.

Wijze van afdoening

47. Nu zowel onderdeel A van het principale middel als het incidentele middel doel treffen, kan het bestreden arrest van het hof niet in stand blijven. Na vernietiging kan de Hoge Raad de zaak zelf afdoen door op het bestaande hoger beroep het beroepen vonnis van de rechtbank te vernietigen, voor zover daarbij de door ThuisKopie ingestelde vordering onder I werd afgewezen, en deze vordering alsnog toe te wijzen.

Proceskosten

48. ThuisKopie heeft in cassatie toeschatting van de volledige proceskosten op de voet van art. 1019h Rv gevorderd. Nu ThuisKopie heeft nagelaten tijdig opgave te doen van die volledige proceskosten en deze te specificeren, geef ik de Hoge Raad in overweging de proceskosten op de gebruikelijke wijze toe te schatten (vgl. HR 30 mei 2008, NJ 2008, 556 nt. E.J. Dommering). De vraag of de onderhavige zaak binnen het toepassingsbereik van art. 14 van Richtlijn 2004/48/EG, PbEU 2004 L 195, en daarmee binnen het toepassingsbereik van art. 1019h Rv valt, kan blijven rusten.

Conclusie

De conclusie strekt in het principaal en in het incidenteel beroep tot vernietiging van het bestreden arrest en tot afdoening van de zaak door de Hoge Raad in voege als is aangegeven onder 47.

De Procureur-Generaal
bij de Hoge Raad der Nederlanden,

