

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 21/02596

Datum 23 december 2022

ARREST

In de zaak van

DAGELIJKS LEVEN ZORG B.V.,
gevestigd te Apeldoorn,
EISERES tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: Dagelijks Leven,
advocaten: T. Cohen Jehoram en F.J.L. Kaptein,

tegen

1. STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN,
gevestigd te Hilversum,
 2. VERENIGING BUMA,
gevestigd te Hoofddorp,
- VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: Sena en Buma,
advocaat: S.M. Kingma.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak 6621209 MC EXPL 18-771 van de kantonrechter te Almere van 25 april 2018 en 19 september 2018;
- b. het arrest in de zaak 200.253.837/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 maart 2021.

Dagelijks Leven heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Sena en Buma hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Dagelijks Leven mede door A. Heddar en voor Sena en Buma mede door M.E.A. Möhring.

De conclusie van de Advocaat-Generaal in buitengewone dienst F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

In het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep strekt de conclusie tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU over het in de conclusie onder alinea 3.16 aangeduide vraagstuk.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Dagelijks Leven biedt een woonzorgvoorziening voor ouderen met geheugenverlies die langdurige persoonlijke verzorging, begeleiding en verpleging nodig hebben.
- (ii) De woonzorglocaties van Dagelijks Leven huisvesten in een kleinschalige setting gemiddeld twintig bewoners, die daar gemiddeld drie jaren verblijven. Dagelijks Leven had in 2018 26 locaties in Nederland en dat aantal groeit.
- (iii) De bewoners van een woonzorglocatie van Dagelijks Leven huren een eigen, onzelfstandige studio. De bewoners maken daarnaast gebruik van gezamenlijke ruimtes waaronder een gemeenschappelijke woonkamer. Iedere locatie heeft twee woonkamers voor elk tien bewoners. In de woonkamer komen de bewoners samen voor contact en ontspanning. Ook kunnen zij daar bezoek ontvangen. In de gezamenlijke woonkamer is altijd personeel aanwezig.
- (iv) De woonkamers zijn door Dagelijks Leven ingericht. Daarin staan een door Dagelijks Leven aangeschafte televisie en muziekinstallatie met radio en cd-speler. De apparatuur wordt door de bewoners, voor zover zij daartoe nog in staat zijn, en (op verzoek van een bewoner) het personeel bediend.
- (v) Sena en Buma zijn collectievebeheersorganisaties. Buma int op grond van art. 30a Auteurswet (hierna: Aw) auteursrechtelijke vergoedingen voor de uitvoering en het gebruik van muziek in het openbaar en verdeelt deze onder componisten en tekstschrijvers. Sena is op grond van art. 15 Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr) aangewezen voor de inning van een billijke vergoeding voor openbaarmaking van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen als bedoeld in art. 7 Wnr en verdeling daarvan onder uitvoerend kunstenaars en producenten.

- (vi) Voor het afspelen van muziek in beide woonkamers hebben Sena en Buma voor de locatie Spijkenisse in 2016, 2017 en 2018 een vergoeding in rekening gebracht aan Dagelijks Leven van in totaal € 2.374,37. Dagelijks Leven heeft dit bedrag voldaan. Dagelijks Leven heeft de facturen van Sena en Buma voor het gebruik van muziek in haar andere locaties niet betaald, omdat zij van mening is dat zij de muziek niet openbaar maakt.

2.2 Dagelijks Leven vordert in dit geding een verklaring voor recht dat geen sprake is van openbaarmaking van muziek in de gemeenschappelijke woonkamers van haar woonzorglocaties, alsmede terugbetaling van het voor de locatie Spijkenisse betaalde bedrag.

2.3 De kantonrechter¹ heeft de vordering afgewezen.

2.4 Het hof² heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Het heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen:

Art. 12 Aw en art. 2 Wnr dienen, voor zover het openbaarmakingen betreft die onder Richtlijn 2001/29/EG³ en Richtlijn 2006/115/EG⁴ vallen, in overeenstemming daarmee te worden uitgelegd en toegepast. (rov. 6.5)

Het begrip ‘mededeling aan (...) het publiek’ in art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29/EG en art. 8 lid 2 van Richtlijn 2006/115/EG is een autonoom communautair begrip, dat in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd. Art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29/EG beoogt een volledige harmonisatie van de materiële inhoud van daarin genoemde rechten en handelingen. Omdat de ‘mededeling aan het publiek’ in art. 8 lid 2 van Richtlijn 2006/115/EG dezelfde betekenis heeft als in art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29/EG, gaat het hof ervan uit dat indien een mededeling aan het publiek de auteursrechten en de naburige rechten treft, ook voor de naburige rechten geldt dat de harmonisatie volledig is. (rov. 6.6)

De volledige harmonisatie van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ brengt mee dat wanneer geen sprake is van een mededeling aan het publiek, ook geen sprake is van een openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw en art. 2 Wnr. Er is dan geen ruimte voor een aanvullend beroep op de door Sena en Buma gestelde ruimere strekking van art. 12 lid 4 Aw en art. 2 lid 7 Wnr. Het hof zal hierna beoordelen of sprake is van een ‘mededeling aan het publiek’. (rov. 6.7)

Partijen zijn het erover eens dat het afspelen van een cd (of een andere muziekdrager) op de muziekinstallatie in de woonkamer buiten de reikwijdte van het geharmoniseerde recht valt, omdat de bewoner zich op de plaats van de mededeling bevindt. Onder Nederlands recht wordt deze handeling gekwalificeerd als ‘uitvoeren in het openbaar’. De stelling van Dagelijks Leven dat ook niet-geharmoniseerd recht moet worden uitgelegd aan de hand van de hiervoor genoemde Europese richtlijnen, vindt geen steun in het recht of in de rechtspraak. Anders dan Dagelijks Leven stelt, is er in deze zaak bovendien geen risico op tegenstrijdige beslissingen,

¹ Rechtbank Midden-Nederland 19 september 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4388.

² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2727.

³ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, PbEU 2001, L 167/10.

⁴ Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, PbEU 2006, L 376/28.

omdat het afspelen van een cd op de muziekinstallatie in de woonkamers van Dagelijks Leven in de gegeven omstandigheden ook op grond van een richtlijnconforme uitleg moet worden aangemerkt als een handeling waarvoor Dagelijks Leven een vergoeding moet betalen aan de betrokken auteurs- en nabuurrechthebbenden op de muziek. (rov. 6.8)

'Mededeling aan het publiek'

Voorop staat dat het begrip 'mededeling aan het publiek', gelet op het doel van de richtlijnen 2001/29/EG en 2006/115/EG, ruim moet worden uitgelegd. Doel van beide richtlijnen is het bewerkstellingen van een hoog beschermingsniveau voor auteurs en uitvoerende kunstenaars zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk en uitvoeringen ontvangen. (rov. 6.9)

Het begrip 'mededeling aan het publiek' bestaat uit twee cumulatieve elementen, namelijk i) een 'handeling bestaande in een mededeling' van een werk, en ii) de mededeling ervan aan het publiek. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'mededeling aan het publiek' moet rekening worden gehouden met meerdere niet-autonome en onderlinge afhankelijke en elkaar aanvullende criteria, die individueel en in onderling verband moeten worden toegepast. De criteria kunnen in verschillende concrete situaties met een verschillende intensiteit een rol spelen. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen de volgende relevante criteria worden gedestilleerd:

- i) de (centrale) rol van de gebruiker (Dagelijks Leven) en het weloverwogen karakter van haar interventie;
- ii) de samenstelling en de omvang van het publiek. Het begrip publiek ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers en impliceert een vrij groot aantal personen. Een mededeling die zich beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren valt niet onder het begrip mededeling aan het publiek;
- iii) de vraag of met de mededeling winst wordt beoogd. Het winstoogmerk van de gebruiker is niet bepalend voor de kwalificatie van een mededeling als 'een mededeling aan het publiek', maar ook niet irrelevant. (rov. 6.10)

Toepassing van deze criteria op het handelen van Dagelijks Leven, leidt tot de volgende bevindingen. (rov. 6.11)

Ten aanzien van de mededelingshandeling overweegt het hof dat Dagelijks Leven, meer doet dan het alleen beschikbaar stellen van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. Dagelijks Leven vervult bij het ten gehore brengen van de muziek in de huiskamers een centrale rol. Zij heeft de apparatuur voor haar bewoners aangeschaft en het is haar personeel dat de apparatuur op verzoek van bewoners aanzet. Dat de bewoners de apparatuur zelf bedienen, acht het hof onaannemelijk gelet op wat over hun medische gesteldheid is aangevoerd. Bovendien heeft de directeur van Dagelijks Leven tijdens de zitting bij het hof ook bevestigd dat haar personeel op verzoek van de bewoners de radio of televisie aanzet en hun favoriete cd's afspeelt. Dagelijks Leven geeft op deze wijze de beschermde werken bewust door aan haar bewoners en verricht daarmee een 'handeling bestaande in een mededeling'. (rov. 6.12)

Wat betreft het publiek stelt het hof vast dat het hier een wisselend publiek betreft van gemiddeld twintig bewoners met hun visite, meestal vrienden en familieleden en het personeel van Dagelijks Leven, onder wie externe zorgverleners en vrijwilligers, verdeeld over twee huiskamers. Deze groep van personen kan niet worden beschouwd als specifieke individuen die tot een private groep behoren. Daarbij betreft het hof de uitleg die de WIPO-woordenlijst

en de European Copyright Code daaraan geven. Beide stellen de persoonlijke relatie centraal (“connected by personal relationship”). Dat de bewoners tijdens hun verblijf in een zorginstelling van Dagelijks Leven onderling een hechte band opbouwen, maakt nog niet dat zij aan elkaar gebonden zijn door een persoonlijke relatie in de hiervoor bedoelde zin, omdat zij bij elkaar zijn gebracht door Dagelijks Leven op grond van hun inschrijving bij haar. (rov. 6.13)

Het hof is daarnaast van oordeel dat het aantal personen de de-minimisdrempel (ruimschoots) overschrijdt. Daarbij betreft het hof dat het niet om deze ene locatie in Spijkenisse gaat, maar om meer dan 27 zorglocaties verdeeld over het hele land. Op al die locaties stelt Dagelijks Leven op dezelfde wijze in de gemeenschappelijke woonkamers muziek ter beschikking, zodat het in de gehele bedrijfsvoering van Dagelijks Leven om een groot aantal personen gaat. (rov. 6.14)

Over het winstoogmerk merkt het hof op dat Dagelijks Leven heeft gesteld dat het in de gemeenschappelijke woonkamer kunnen ontvangen van tv- en radio-uitzendingen en luisteren naar muziek een fundamenteel onderdeel is van de zorg die zij haar bewoners biedt. In die zin heeft het ten gehore brengen van muziek in de gemeenschappelijke woonkamers voor Dagelijks Leven een commerciële waarde en is het gerechtvaardigd dat de auteurs, de uitvoerend kunstenaars en de fonogramproducenten daarvoor op grond van art. 12 Aw en art. 2 en 7 Wnr een vergoeding van Dagelijks Leven ontvangen. (rov. 6.15)

Het hof komt tot de conclusie dat Dagelijks Leven voor het ten gehore brengen van muziek in haar woonkamers via radio en televisie en het afspelen van cd's op in de woonkamer geplaatste muziekinstallaties op grond van art. 12 Aw en art. 2 en 7 Wnr een vergoeding is verschuldigd aan de betrokken rechthebbenden op de muziek. (rov. 6.18)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

- 3.1.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen de verwerping door het hof (in rov. 6.8) van het betoog van Dagelijks Leven dat in dit verband ook niet-geharmoniseerd recht moet worden uitgelegd aan de hand van de Richtlijnen 2001/29/EG en 2006/115/EG.
- 3.1.2 Dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Het hof heeft het hiervoor in 3.1.1 bedoelde betoog van Dagelijks Leven weliswaar verworpen, maar het heeft in rov. 6.8 e.v. tevens geoordeeld dat het afspelen van een cd op de muziekinstallatie in de woonkamers van Dagelijks Leven in de gegeven omstandigheden ook op grond van een richtlijnconforme uitleg moet worden aangemerkt als een handeling waarvoor Dagelijks Leven een vergoeding moet betalen aan de betrokken auteurs- en nabuurrechthebbenden op de muziek. Zoals hierna blijkt, falen de tegen dit laatste oordeel gerichte klachten. Daardoor heeft Dagelijks Leven geen belang bij onderdeel 1.
- 3.2.1 Onderdeel 4 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 6.14 dat het aantal personen (ruimschoots) de de-minimisdrempel overschrijdt. Het hof heeft daarbij betrokken dat het gaat om meer dan 27 zorglocaties verdeeld over het hele land. Het onderdeel klaagt dat het hof miskent dat het relevante publiek en daarmee de de-minimisdrempel moet worden beoordeeld aan de hand van het aantal luisteraars per locatie en per woonkamer waarin de desbetreffende muziek wordt afgespeeld. Het oordeel van het hof dat het publiek bestaat uit alle luisteraars op

alle locaties is (in ieder geval wat betreft het afspelen van cd's) rechtens onjuist, dan wel zonder nadere motivering onbegrijpelijk, aldus het onderdeel.

3.2.2 De klacht kan niet tot cassatie leiden. Het hof heeft in rov. 6.13 vastgesteld dat het hier een wisselend publiek betreft van gemiddeld twintig bewoners met hun visite, meestal vrienden en familieleden, en het personeel van Dagelijks Leven, waaronder externe zorgverleners en vrijwilligers, verdeeld over twee huiskamers. Het heeft geoordeeld dat deze groep van personen niet kan worden beschouwd als specifieke individuen die tot een private groep behoren. Deze oordelen worden in cassatie, zoals volgt uit hetgeen hierna in 3.3 wordt overwogen, tevergeefs bestreden.

Het begrip publiek houdt een zekere de-minimisdrempel in, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt.⁵ In het midden kan blijven of het hof bij zijn oordeel heeft kunnen betrekken dat het gaat om meer dan 27 zorglocaties. In de door het hof in rov. 6.13 genoemde omstandigheden ligt in samenhang met de eerste zin van rov. 6.14 kennelijk het oordeel van het hof besloten dat ook per zorglocatie niet kan worden gezegd dat sprake is van een te klein of onbeduidend aantal personen. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Bij haar klacht dat het hof daarbij ten onrechte heeft betrokken dat het gaat om meer dan 27 zorglocaties, verspreid over het hele land, heeft Dagelijks Leven daarom geen belang.

3.3 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.4 De voorwaarde waaronder het voorwaardelijke incidentele beroep is ingesteld, te weten dat enige klacht van het principale cassatieberoep slaagt, is niet vervuld. Het voorwaardelijke incidentele beroep behoeft daarom geen behandeling.

4. **Beslissing**

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt Dagelijks Leven in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Sena en Buma begroot op € 916,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Dagelijks Leven deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident M.J. Kroeze als voorzitter en de raadsheren C.E. du Perron, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en G.C. Makkink, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.J.P. Lock op 23 december 2022.

⁵ HvJEU 15 maart 2012, zaak C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 (SCF/Del Corso), punt 86.

21/02596

Ondertekening Arrest

ECLI:NL:HR:2022:1938

Handtekeningen

Versteeg, E.E.J.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'E.E.J. Versteeg', written in a cursive style.

Lock, mr. F.J.P.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'F.J.P. Lock', written in a cursive style.