

Auteursrecht

IER 2023/10

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

23 december 2022

(Mrs. C.E. du Perron, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma en G.C. Makkink. A-G: F.F. Langemeijer)
m.nt. J.R. Torenbosch

Dagelijks Leven/Sena en Buma

Het hof legt het niet-geharmoniseerde immateriële openbaarmakingsrecht onverplicht uit aan de hand van de criteria van de mededeling aan het publiek. De klacht van Dagelijks Leven dat het hof verplicht was om het niet-geharmoniseerde recht aan de hand van de Auteursrechtlijn en de VLN-richtlijn uit te leggen, faalt bij gebrek aan belang. Ook de klacht dat het hof bij de vaststelling van het 'publiek' meeneemt dat Dagelijks Leven meerdere zorginstellingen heeft, faalt.

Art. 12 Aw; art. 2 Wnr

21/02596

RvdW 2023/75

NJB 2023/123

ECLI:NL:HR:2022:1938

ECLI:NL:PHR:2022:625

Dagelijks Leven Zorg B.V.,
gevestigd te Apeldoorn,
eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: Dagelijks Leven,
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,

1. Procesverloop

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

1. de vonnissen in de zaak 6621209 MC EXPL 18-771 van de kantonrechter te Almere van 25 april 2018 en 19 september 2018;
2. 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 verworping 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 collectieve beheersorganisaties. 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, 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 nabuurrechthebbers 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 bewerkstelligen 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 huis-

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.

kamers 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 onaanneemelijk 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 winstoogetmerk 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 aan-

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

tal 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:

- verworpt 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.

Noot

1. Deze uitspraak van de Hoge Raad is belangrijk voor de uitleg van het immateriële openbaarmakingsrecht in het auteursrecht en het naburige recht.¹ Het immateriële openbaarmakingsrecht is onder te verdelen in twee vormen. Allereerst is er de immateriële openbaarmaking *op afstand*, dat wil zeggen een immateriële openbaarmaking waar het publiek niet op de plaats van de bron van de mededeling aanwezig is, zoals een livestream. Deze vorm van immaterieel openbaar maken is geharmoniseerd sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 2001/29 (hierna: Auteursrechtlijn) en wordt conform het Europese recht 'het recht om het werk mede te delen aan het publiek' genoemd.² Ten tweede is er de immateriële openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling, zoals een live concert. Deze vorm van immaterieel openbaar maken is niet geharmoniseerd.³

2. De feiten en aanloop van deze zaak zijn als volgt. Dagelijks Leven biedt in 27 locaties in Nederland woonzorgvoorzieningen aan voor ouderen met geheugenverlies. In elke woonzorgvoorziening wonen gemiddeld 20 ouderen. Iedere woonzorgvoorziening heeft twee gemeenschappelijke woonkamers, waar de bewoners onder

andere genieten van muziek via de radio of een cd-speler. De radio's en cd-spelers worden door Dagelijks Leven ter beschikking gesteld aan de bewoners. Sena en Buma brengen vervolgens voor één van de woonzorgvoorzieningen van Dagelijks Leven een vergoeding in rekening over de jaren 2016-2018. Dagelijks Leven betaalt in eerste instantie, maar meent nadat Sena en Buma ook geld willen ontvangen voor de andere 26 locaties dat zij geen muziek openbaar maakt in de gemeenschappelijke woonkamers van haar woonzorgvoorzieningen. Dagelijks Leven stapt daarom naar de rechter en vordert een verklaring voor recht dat zij geen relevante openbaarmakingen doet in het kader van het auteursrecht en/of het naburige recht (artikel 12 Aw resp. artikel 2 Wnr).

3. De kern van het geschil spitst zich in het hoger beroep toe op twee vragen. De eerste vraag die speelt is of het mogelijk is dat sprake is van een openbaarmaking in de zin van artikel 12 lid 4 Aw en/of artikel 2 lid 7 Wnr als vaststaat dat geen sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 Auteursrechtlijn en/of artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn. Volgens Sena en Buma zijn artikel 12 lid 4 Aw en artikel 2 lid 7 Wnr ruimer geformuleerd dan artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn, waardoor een aanvullend beroep mogelijk is. De tweede vraag die speelt is hoe moet worden beoordeeld of het afspelen van muziek via een cd een relevante openbaarmakingshandeling is. Hoewel partijen het erover eens zijn dat het afspelen van muziek op de radio onder het geharmoniseerde recht van de mededeling aan het publiek valt en het afspelen van de cd's buiten de reikwijdte van het geharmoniseerde recht valt, omdat het publiek zich op de plaats van mededeling bevindt,⁴ meent Dagelijks Leven dat in dit geval het niet-geharmoniseerde openbaarmakingsrecht óók aan de hand van de Auteursrechtlijn en de VLN-richtlijn moet worden uitgelegd.

4. Het hof oordeelt⁵ met betrekking tot de eerste vraag dat het begrip 'mededeling aan het publiek' in artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 8 VLN-richtlijn volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU hetzelfde moet worden uitgelegd. Omdat het recht om een werk mede te delen aan het publiek in de zin van artikel 3 Auteursrechtlijn volledig is geharmoniseerd, gaat het hof ervan uit dat dit ook geldt voor hetzelfde begrip in artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn. Er is volgens het hof dus geen ruimte voor een aanvullende bescherming via artikel 12 lid 4 Aw en/of

1 Duidelijk te scheiden van het materiële openbaarmakingsrecht, het distributierecht, dat volledig is geharmoniseerd in artikel 4 Richtlijn 2001/29.

2 Artikel 3 Richtlijn 2001/29.

3 Nr. 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn. Zie ook HvJ EU 24 november 2011, C-283/10 (*Circul Globus București*).

4 Hier is overigens best een debat over aan te gaan, want het is niet overduidelijk dat het publiek zich inderdaad op de plaats van de mededeling bevindt in de door de Auteursrechtlijn en VLN-richtlijn bedoelde zin als een cd wordt afgespeeld. Vgl. in dit opzicht punt 169 e.v. van de conclusie van A-G Trstenjak bij HvJ EU 15 maart 2012, C-162/10 (*PPL/Ireland*). Anders: Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 4.41. Ook ten aanzien van andere immateriële openbaarmakingen is het onderscheid tussen beide vormen soms lastig te maken: zodra er gebruik wordt gemaakt van elektronische versterking en doorgifte met luidsprekers of beeldschermen of van muziek die via draden en geluidsboxen in verschillende ruimtes te horen is, kan sprake zijn van 'mededeling aan het publiek op afstand'.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2727 (*Dagelijks Leven*).

artikel 2 lid 7 Wnr. Met betrekking tot de tweede vraag oordeelt het hof dat zij Dagelijks Leven niet volgt in de stelling dat het niet-geharmoniseerde recht verplicht moet worden uitgelegd aan de hand van de Auteursrecht-richtlijn en de VLN-richtlijn. Wel gaat het hof over tot een richtlijnconforme uitleg van het niet-geharmoniseerde openbaarmakingsrecht om te beoordelen of het afspelen van de cd's een relevante openbaarmakingshandeling is. Het hof beoordeelt vervolgens zowel de openbaarmaking via de radio als via de cd's aan de hand van de criteria van de mededeling aan het publiek en oordeelt dat voor beide vormen van openbaar maken een vergoeding verschuldigd is op grond van artikel 12 Aw en artikel 2 lid 7 Wnr. Voor de vaststelling dat sprake is van een relevant 'publiek' neemt het hof mee dat de muziek niet in slechts één vestiging wordt openbaar gemaakt, maar in alle woonzorgvoorzieningen van Dagelijks Leven.

5. In cassatie klaagt Dagelijks Leven dat het hof ten onrechte niet is meegegaan in de stelling dat ook het niet-geharmoniseerde openbaarmakingsrecht (het afspelen van de cd's) moet worden uitgelegd aan de hand van de Auteursrecht-richtlijn en de VLN-richtlijn. De Hoge Raad verwierpt de klacht vanwege een gebrek aan belang. Het hof heeft immers geoordeeld dat het afspelen van de cd's ook op grond van een richtlijnconforme uitleg moet worden aangemerkt als een openbaarmaking waarvoor een vergoeding moet worden betaald. Ook de klacht dat het hof bij de vaststelling van het publiek onterecht heeft betrokken dat het om meer dan 27 zorglocaties gaat, wijst de Hoge Raad af vanwege een gebrek aan belang. In het oordeel van het hof ligt volgens de Hoge Raad namelijk besloten dat ook per zorglocatie genoeg mensen aanwezig zijn bij de mededeling om te kunnen spreken van 'een publiek'.⁶

6. In haar *Auteursrecht*-noot is Leuyerink zeer kritisch op zowel het hof als de Hoge Raad.⁷ De kritiek van Leuyerink is grofweg tweeledig. Ten eerste begaat het hof 'een behoorlijke misslag' door te oordelen dat de volledige harmonisatie van het begrip 'mededeling aan het publiek' meebrengt dat wanneer geen sprake is van een mededeling aan het publiek, ook geen sprake kan zijn van een openbaarmaking in de zin van artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr. Dit is onjuist volgens Leuyerink, omdat deze redenering er volledig aan voorbij gaat dat de 'mededeling aan het publiek' slechts ziet op openbaarmakingen aan een publiek op afstand en geen betrekking heeft op enige andere handeling.⁸ Ten tweede noemt Leuyerink het 'volstrekt onbegrijpelijk' dat het hof de openbaarmaking van muziek via cd's (wat valt onder het niet-geharmoniseerde recht) samen met de openbaarmaking van muziek via de radio (wat onder het geharmoniseerde recht valt) tegelij-

kertijd beoordeelt onder de criteria van de mededeling aan het publiek.⁹ Richtlijnconforme uitleg of zelfs toepassing van het geharmoniseerde kader op de openbaarmaking van muziek via cd's is volgens Leuyerink simpelweg onjuist, nu niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever de immateriële openbaarmaking ter plaatse (onverplicht) heeft willen afstemmen op de geharmoniseerde regeling en begrippen.¹⁰ Dat de Hoge Raad het arrest in stand laat, is volgens Leuyerink op grond van bovenstaande genoemde redenen ook opmerkelijk te noemen. De motivering van het hof vertoont volgens Leuyerink dusdanig veel fundamentele misvattingen en motiveringsgebreken, dat er wel degelijk aanleiding was geweest voor vernietiging van het arrest.¹¹ Leuyerink sluit af met de opmerking dat het moeilijk te begrijpen is dat zowel het hof als de Hoge Raad volstrekt het onderscheid tussen het ten gehore brengen van muziek via de radio en middels cd's negeren.

7. Ik ben het niet eens met de kritiek van Leuyerink. Ik denk niet dat het hof en de Hoge Raad het onderscheid tussen de wel geharmoniseerde openbaarmaking op afstand en de niet-geharmoniseerde openbaarmaking op de plaats van oorsprong miskennen of niet in hun beoordeling hebben betrokken. Ook denk ik niet dat het hof miskent dat er naast de mededeling aan het publiek andere vormen van openbaar maken zijn die ook onder artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr vallen. Het arrest van het hof bevat volgens mij aldus geen fundamentele misvattingen; hetzelfde geldt voor het arrest van de Hoge Raad. Wel kan worden toegegeven dat een meer uitgebreide motivering van het hof op zijn plaats was geweest en dat het gebrek aan deze motivering het niet bepaald makkelijk maakt om de gedachtegang van het hof – en in het verlengde daarvan de Hoge Raad – te volgen (zie straks nr. 17). Ik licht eerst in nr. 8 e.v. toe waarom ik meen dat het hof niet het onderscheid tussen de geharmoniseerde openbaarmaking op afstand en de niet-geharmoniseerde openbaarmaking op de plaats van oorsprong miskent.

8. Om dit toe te lichten neem ik eerst een stapje terug, naar het principe van conforme uitleg.¹² Een fundamenteel principe van het Europese recht is dat het Europese recht voorrang heeft op het nationale recht.¹³ Het nationale recht moet daarom in overeenstemming met het Europese recht worden uitgelegd.¹⁴ Deze verplichting

9 *Auteursrecht* 2023/1, p. 35.

10 *Auteursrecht* 2023/1, p. 36.

11 *Auteursrecht* 2023/1, p. 35.

12 In een annotatie als deze is geen ruimte om al te uitgebreid in te gaan op een ingewikkeld leerstuk als conforme interpretatie, dat de nodige nuances en uitwerkingen kent. Voor een meer uitgebreide bespreking zij verwezen naar bijv. M. Wissink, 'Interpretation of private law in conformity with EU directives', in: A. S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law: General part*, Deventer: Kluwer 2014; W.H. Roth & C. Jopen, 'Interpretation in conformity with directives', in: K. Riesenheber (red.), *European Legal Methodology*, Cambridge: Intersentia 2021.

13 O.a. HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64 (*Costa/Enel*); HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77 (*Simmenthal*); HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17 (*Popłowski II*), r.o. 57 e.v.

14 Dit uitgangspunt is mede een uitwerking van het loyaliteitsbeginsel zoals opgenomen in artikel 4 lid 3 VEU.

6 De reden dat de Hoge Raad op dit punt niet casseert is mijns inziens begrijpelijk. A-G Langemeijer adviseerde in zijn conclusie echter om het arrest van het hof te vernietigen vanwege deze overweging, omdat het ofwel getuigt van een verkeerde rechtsopvatting ofwel van een gebrekkige motivering, zie ECLI:NL:PHR:2022:625, punt 2.47 e.v.

7 *Auteursrecht* 2023/1, p. 30 e.v.

8 *Auteursrecht* 2023/1, p. 34.

om het nationale recht in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen is volgens het HvJ EU inherent aan het systeem van het VWEU en verplicht de nationale rechter binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het Unierecht te verzekeren bij de beslechting van een bij hem aanhangig geschil.¹⁵ De rechter moet bij het uitvoeren van deze verplichting zo veel mogelijk acht slaan op de bewoordingen en het doel van de Europese regel die centraal staat.¹⁶ De verplichting om het nationale recht in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen geldt uiteraard ook met betrekking tot richtlijnen. Sterker nog, de meest belangrijke toepassing van het principe van conforme uitleg is richtlijnconforme uitleg. De reden hiervoor is dat richtlijnen in de regel geen rechtstreekse werking¹⁷ hebben en wanneer een richtlijnbevestiging bij uitzondering wel rechtstreekse werking heeft, geldt bovendien dat de rechtstreekse werkende bepaling niet kan worden ingeroepen tegen een private partij.¹⁸

9. De verplichting tot richtlijnconforme uitleg ontstaat pas op het moment dat de richtlijn van kracht is¹⁹ en de zaak die voorligt onder het temporele en materiële bereik van de richtlijn valt.²⁰ Vaak komt dit erop neer dat een rechter verplicht is om de nationale bepalingen die ter omzetting van de richtlijn zijn opgenomen in het nationale recht, conform de bewoording en de doelstellingen van de richtlijn uit te leggen. Maar de verplichting om het nationale recht conform een richtlijn uit te leggen is veel breder dan dat: de verplichting heeft betrekking op het *gehele* nationale recht. De verplichting tot richtlijnconforme uitleg heeft dus ook betrekking op het gehele nationale juridische systeem, waaronder het ongeschreven recht, de geldende jurisprudentie²¹ en zelfs het niet-geharmoniseerde recht. In de woorden van het HvJ EU in *Pfeiffer*:

15 Dat de verplichting tot conforme uitleg inherent is aan het systeem van het VWEU is voor het eerst (expliciet) onder woorden gebracht in HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 en C-403/01 (*Pfeiffer*), r.o. 114, en is sindsdien vaste rechtspraak, zie bijv. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*), r.o. 109.

16 Hierover uitgebreid o.a. M. Wissink, 'Interpretation of private law in conformity with EU directives', in: A. S. Hartkamp (red.), *The influence of EU law on national private law: General part*, Deventer: Kluwer 2014; W.H. Roth & C. Jopen, 'Interpretation in conformity with directives', in: K. Riesenheber (red.), *European Legal Methodology*, Cambridge: Intersentia 2021. Er zitten ook limieten aan de verplichting om conform te interpreteren, met name het rechtszekerheidsbeginsel, het verbod op terugwerkende kracht en het gegeven dat conforme uitleg niet kan leiden tot een contra legem-uitleg van het nationale recht (zie o.a. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*), r.o. 110; HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17 (*Popłowski II*), r.o. 74 e.v.).

17 Wanneer een bepaling van Europees recht rechtstreekse werking heeft, dan werkt deze bepaling rechtstreeks door in de nationale rechtsorde. Een bepaling van Europees recht heeft rechtstreekse werking als de bepaling voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is, zie bijv. HvJ EG 16 juni 1966, C-57/65 (*Lütticke II*).

18 O.a. HvJ EU 24 juni 2019, C-573/17 (*Popłowski II*), r.o. 67 met de verwijzing naar de rechtspraak aldaar.

19 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*). Zie evenwel r.o. 121 van het *Adeneler*-arrest: lidstaten moeten zich voor het verstrijken van de omzettingstermijn van een richtlijn wel weerhouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen. Vgl. in dit opzicht ook HvJ EG 18 december 1997, C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonië*).

20 O.a. HvJ EG 7 november 1989, C-125/88 (*Nijman*).

21 O.a. HvJ EG 13 juli 2000, C-456/98 (*Centrosteeel*).

“Hoewel het aldus door het gemeenschapsrecht opgelegde beginsel van richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht in de eerste plaats de ter uitvoering van de betrokken richtlijn ingevoerde nationale bepalingen betreft, blijft het echter niet beperkt tot de uitlegging van deze bepalingen, maar vereist het dat de nationale rechter het gehele nationale recht in beschouwing neemt om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat.”²²

10. Er is dus een brede verplichting om het nationale recht in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen, een verplichting die meestal zijn uitwerking vindt ten aanzien van richtlijnen. Deelterreinen van het privaatrecht die niet door het Europese recht worden beheerst, hoeven daarentegen niet conform het Europese recht te worden uitgelegd. Dat dit niet hoeft, betekent echter niet dat dit niet mag. Soms stemt de wetgever onverplicht het nationale recht af op het Europese recht. Aan de andere kant kiest de wetgever er soms ook bewust voor om het nationale recht niet af te stemmen op het Europese recht. Maar als de wetgever nalaat om in de MvT expliciet te zijn over de vraag of het nationale recht onverplicht moet worden afgestemd op het Europese recht, komt het geregeld voor dat deze vraag bij de rechter terechtkomt en dat hij een knoop moet doorhakken.²³

11. De Hoge Raad oordeelt geregeld dat het juridische kader van Europese richtlijnen en/of verordeningen onverplicht toe moet worden gepast op deelterreinen van het privaatrecht die niet onder het Europese recht vallen. Ietwat verwarrend noemt de Hoge Raad deze onverplichte afstemming van nationaal recht op het Europese recht ook richtlijnconform uitleggen.²⁴ Een mooi voor-

22 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 en C-403/01 (*Pfeiffer*), r.o. 115.

23 Vgl. M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (Oratiereeks), Amsterdam: Vossiuspers 2006, p. 11 e.v.; K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van het Europese privaatrecht', *NTBR* 2022/1.

24 Een andere term ter beschrijving van het onverplicht afstemmen van het privaatrecht op het Europese recht verdient mijns inziens de voorkeur, al is het maar om te voorkomen dat onverplichte afstemming wordt verward of in hetzelfde hokje wordt geplaatst als de verplichting om nationaal recht in overeenstemming met het Europese recht uit te leggen. Zie in dit kader bijv. M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (Oratiereeks), Amsterdam: Vossiuspers 2006, die de term 'spontane harmonisatie' bezigt; K.J.O. Jansen, 'Reflexwerking van het Europese privaatrecht', *NTBR* 2022/1 en D.F.H. Stein, 'Richtlijnen en privaatrecht', *MvV* 2019 7/8, die het hebben over 'reflexwerking van Europees recht' of R. Widdershoven, 'Vrijwillige adoptie van Unierechtelijke beginselen en concepten in het Nederlands algemeen bestuursrecht', in: de Boer, e.a. (red.), *Liber Amicorum Besselink, Eine Festschrift für Leonard F.M. Besselink hem feestelijk aangeboden in occasione del suo emeritato*, Amsterdam: UVA 2021, die het heeft over 'vrijwillige adoptie'. Zie ook ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571 (*Greenpeace*), waar de ABRvS zonder speciale term aangeeft onverplicht aan te sluiten bij het Europese recht bij de uitleg van nationaal recht dat niet door het Europese recht wordt beheerst: "(...) de Afdeling [sluit] in algemene zin, dus ook voor herstelsancties die uitsluitend worden beheerst door nationaal recht, aan bij de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (zie punt 24 van het arrest van 21 september 1989, Commissie/ Griekenland, ECLI:EU:C:1989:339)." Al deze alternatieven zijn de verkiezen boven de term 'richtlijnconforme uitleg'.

beeld in dezen is het arrest *T-Mobile/Klomp*.²⁵ In dit arrest stelt de Hoge Raad vast dat de Agentuurrichtlijn²⁶ alleen betrekking heeft op het tot stand brengen van aan- of verkoop van goederen voor de principaal. Dit weerhoudt de Hoge Raad er echter niet van om ook de bemiddeling bij de totstandkoming van andere overeenkomsten ten behoeve van de principaal conform de Agentuurrichtlijn uit te leggen. In de woorden van de Hoge Raad:

“Hoewel de Nederlandse rechter daartoe niet op grond van het gemeenschapsrecht gehouden is, zal de Hoge Raad de Nederlandse wettelijke regeling ook met betrekking tot een agentuurovereenkomst die niet ziet op de aan- of verkoop van goederen (zoals in deze zaak het geval is), richtlijnconform uitleggen.”²⁷

12. Of onverplichte richtlijnconforme uitleg van privaatrecht dat buiten het bereik van het Europese recht wenselijk is, verschilt van geval tot geval.²⁸ In zijn algemeenheid geldt echter wel dat een goede reden om over te gaan tot onverplichte conforme uitleg is dat de nationale rechtseenheid wordt bevorderd. Dit geldt in het bijzonder voor het geval dat verschillende regels gelden voor op elkaar gelijkende situaties, zonder dat voor die verschillen goede redenen bestaan.²⁹ Als een deel van die situaties is geharmoniseerd maar een ander deel niet, dan is er veel voor te zeggen om het niet-geharmoniseerde gedeelte onverplicht uit te leggen aan de hand van dezelfde regels die gelden voor het geharmoniseerde deel van het recht, omdat op die manier een coherent nationaal systeem tot stand wordt gebracht.³⁰

13. Keren we terug naar de hier geannoteerde uitspraak. Dagelijks Leven betoogt dat het afspelen van een cd in de gemeenschappelijke woonkamer – een openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling – verplicht moet worden beoordeeld aan de hand van het regime van de Auteursrechtlijn en de VLN-richtlijn. Uit noch het arrest van het hof noch dat van de Hoge Raad blijkt waarom Dagelijks Leven dit vindt, maar blijktens de conclusie van A-G Langemeijer meent Dagelijks Leven dat wanneer het afspelen van een cd naar

een andere maatstaf wordt beoordeeld dan de maatstaf die wordt gehanteerd bij het beluisteren van werken via een internetverbinding (streamingsdiensten), de doelstelling van de Auteursrechtlijn en de VLN-richtlijn wordt ondergraven.³¹ Het hof oordeelt dat de door Dagelijks Leven bepleitte verplichting niet bestaat, en mijns inziens zijn daar goede argumenten voor aan te dragen. Het beste argument is mijns inziens dat de genoemde richtlijnen juist expliciet niet tot doel hebben om de openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling te harmoniseren. Bij de totstandkoming van de Auteursrechtlijn is dit expliciet ter sprake gekomen. In reactie op het voorstel van de Auteursrechtlijn, waarin geen regeling was opgenomen voor de harmonisering van de openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling, stelde de Italiaanse delegatie aan de kaak of het wel gepast was om deze vorm van openbaar maken uit te sluiten van het toepassingsgebied van artikel 3 Auteursrechtlijn.³² De Europese wetgever vond van wel, hetgeen uiteindelijk resulteerde in nr. 23 van de considerans van de richtlijn:

“Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. *Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.*” (cursivering JRT)

Hoewel een bepaling van Unierecht moet worden uitgelegd in het licht van het recht in zijn geheel en de ontwikkelingsstand van dit recht op het ogenblik dat de betrokken bepaling moet worden toegepast, moet bij de uitleg ook de context van het betreffende Unierecht worden meegewogen.³³ En deze context is in dit geval duidelijk: de openbaarmaking waar het publiek aanwezig is op de

25 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, NJ 2014/332, m.nt. J. Hijma (*T-Mobile/Klomp*). Andere voorbeelden zijn talrijk, o.a. te vinden in de literatuur genoemd in voetnoot 24.

26 De Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten, PbEG L 382/17.

27 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, NJ 2014/332, m.nt. J. Hijma (*T-Mobile/Klomp*), r.o. 4.1.

28 Vgl. K.J.O. Jansen, ‘Reflexwerking van het Europese privaatrecht’, *NTBR* 2022/1.

29 Vgl. HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236 (*Lindorff/Nazier*), r.o. 3.11.2, waar de Hoge Raad onverplicht het nationale recht voor de koop op afbetaling afstemt op het Europese recht omdat er geen relevant verschil is tussen de koop op afbetaling en de kredietovereenkomst uit de richtlijn consumentenkrediet. Zie over dit arrest ook S. van Dijk & M. van t Ende, ‘De recente invloed van het Unierecht op het Nederlandse contractenrecht’, *NTBR* 2022/14, par. 2.2.

30 M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht* (Oratiereeks), Amsterdam: Vossiuspers 2006, p. 6.

31 ECLI:NL:PHR:2022:625, punt 2.52 e.v. Dagelijks Leven betoogt blijktens de conclusie A-G aldus dat de immateriële openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling *parallel* aan het regime van de Auteursrechtlijn en VLN-richtlijn moet worden uitgelegd, kort gezegd omdat de ontwikkelingen van de samenleving dit meebrengen (zie ook punt 2.56 van de conclusie A-G). Als ik dit betoog goed begrijp, stelt Dagelijks Leven aldus dat door de ontwikkelingen van de samenleving het niet-geharmoniseerde conform de regel uit het *Pfeiffer*-arrest (zie eerder nr. 9 van deze noot) aan de hand van de Auteursrechtlijn en de VLN-richtlijn moeten worden uitgelegd, omdat anders de doelstellingen van deze richtlijnen worden ondergraven.

32 Raadsdocument 5168/00 van 10 januari 2000, p. 4, punt 11. De Italiaanse delegatie wees ter ondersteuning van zijn standpunt expliciet op artikel 11bis lid 1 sub iii van de Berner Conventie, waarin is opgenomen dat ‘auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot de openbare mededeling van het door de radio uitgezonden werk door een luidspreker of door ieder ander dergelijk instrument, dat tekens, geluiden of beelden overbrengt’ (cursivering JRT).

33 O.a. HvJ EU 28 juli 2016, C-379/15 (*Association France Nature Environnement*), r.o. 49; HvJ EU 6 oktober 2021, C-561/19 (*Consortio*), r.o. 46.

plaats van de mededeling valt niet onder de Auteursrecht-richtlijn en wordt dus niet bestreken door het Europese recht.³⁴

14. Zoals eerder aangegeven (zie nr. 10-11), betekent het gegeven dat de immateriële openbaarmaking waar het publiek aanwezig is op de plaats van de bron van de mededeling niet geharmoniseerd is evenwel niet dat niet kan worden overgegaan tot onverplichte richtlijnconforme uitleg van dit recht. Dit kan onder omstandigheden namelijk zeer gewenst zijn. Omdat de wetgever deze kwestie niet ondubbelzinnig en/of expliciet heeft behandeld in de MVT, is het aan de rechter om de knoop door te hakken of onverplichte richtlijnconforme uitleg gewenst is.³⁵ Het hof hakt deze knoop door en oordeelt van wel: hoewel zij daartoe niet verplicht is, behandelt het hof naast de openbaarmaking via de radio ook de openbaarmaking via de cd's onder de criteria van de mededeling aan het publiek. Dit verklaart ook waarom het hof de openbaarmaking via de radio en de openbaarmaking via de cd's niet van elkaar scheidt in de beoordeling: dit is onnodig als je hetzelfde juridische kader toepast ten aanzien van beide openbaarmakingshandelingen.

15. Waarom het hof meent dat onverplichte richtlijnconforme uitleg van de openbaarmakingshandeling via de cd's wenselijk is, wordt niet duidelijk uit het arrest, maar ik meen dat ook hier het hof kan worden bijgevallen. Er is mijns inziens namelijk geen enkele overtuigende reden waarom er een verschil zou moeten zijn in het toe te passen juridische kader naar gelang men de radio aanzet of een cd afspeelt. Onverplichte richtlijnconforme uitleg ligt in dit geval daarom in de rede, omdat dit de rechtseenheid bevordert en het immateriële openbaarmakingsrecht in Nederland overzichtelijker en meer coherent maakt. Bovendien bevordert het onverplicht afstemmen van het niet-geharmoniseerde recht op het geharmoniseerde kader van de mededeling aan het publiek de rechtszekerheid. In dit kader is relevant wat Spoor/Verkade/Visser reeds terecht hebben opgemerkt: "De grens tussen het wel en niet geharmoniseerde recht is nog niet geheel uitgekristalliseerd, en tot op zekere hoogte arbitrair."³⁶ Ik schaar mij volledig achter deze signalering, en denk dat deze signalering des te meer ervoor pleit om het niet-geharmoniseerde immateriële openbaarmakingsrecht onverplicht richtlijnconform uit te leggen. Instellingen, bedrijven en cafés (en Sena en Buma) hoeven zich daardoor niet meer bezig te houden met de vraag of het uitmaakt of

zij Spotify, een cd of een radio aanzetten voor de vraag of een vergoeding verschuldigd is.³⁷

16. Hoewel de Hoge Raad in r.o. 3.1.2 de cassatieklacht tegen dit oordeel van het hof afwijst vanwege een gebrek aan belang (zie eerder nr. 5), kan mijns inziens – met de nodige voorzichtigheid – uit dit oordeel van de Hoge Raad worden afgeleid dat ook de Hoge Raad meent dat het allerzins begrijpelijk is dat het hof overgaat tot onverplichte richtlijnconforme uitleg van de openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling. De Hoge Raad lijkt met dit oordeel immers ook zijn goedkeuring aan de redenering van het hof te geven. Het belang van het arrest van de Hoge Raad is daarom niet te onderschatten: het betekent dat in Nederland het gehele immateriële openbaarmakingsrecht is afgestemd op het Europese kader van de mededeling aan het publiek. Voor de beoordeling maakt het niet langer uit op welke manier een werk immaterieel wordt openbaargemaakt.

17. Hoewel ik toejuich dat de niet-geharmoniseerde immateriële openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling onverplicht wordt afgestemd op het Europese recht, ben ik wel kritisch over het gebrek aan motivering van het hof in deze zaak. Uit het arrest van het hof blijkt niet waarom zij meent dat de openbaarmaking via de cd niet valt onder het regime van de Auteursrecht-richtlijn en de VLN-richtlijn of waarom zij overgaat tot onverplichte richtlijnconforme uitleg. De enige motivering die het hof mogelijk geeft ten aanzien van haar beslissing om over te gaan tot onverplichte richtlijnconforme uitleg is dat daardoor geen risico bestaat op tegenstrijdige beslissingen.³⁸ Dit argument verwacht eerder dan dat het verheldert. Mij is niet helemaal duidelijk waarom er een risico bestaat dat er tegenstrijdige uitspraken kunnen ontstaan als het hof niet overgaat tot onverplichte richtlijnconforme uitleg. Ik begrijp dat zonder onverplichte richtlijnconforme uitleg het zo kan zijn dat voor de openbaarmaking via de cd wel een vergoeding is verschuldigd terwijl denkbaar is dat dit niet zo is voor de openbaarmaking via de radio (of andersom), maar dit lijkt mij moeilijk te kwalificeren als 'tegenstrijdig'. De openbaarmaking waar het publiek aanwezig is op de plaats van de bron van de mededeling is immers naar de uitdrukkelijke wens van de Uniewetgever geen onderdeel van het Europese recht. Een nationale invulling

34 Vgl. HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Premier League*), r.o. 201-203; zie ook de uitgebreide bespreking van A-G Kokott in punt 127 e.v. in zijn conclusie bij het arrest. Vgl. voorts HvJ EU 24 november 2011, C-283/10 (*Circul Globus București*).

35 Het is dus mijns inziens onjuist wanneer Leuyerink op p. 36 van haar noot stelt dat de richtlijnconforme uitleg door het hof 'simpelweg onjuist' is, nu niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever de immateriële openbaarmaking ter plaatse (onverplicht) heeft willen afstemmen op de geharmoniseerde regeling en begrippen. Als de wetgever de kwestie in het midden laat, moet de rechter er namelijk over oordelen op het moment dat de kwestie door een van de partijen naar voren wordt gebracht. Zie hierover verder de literatuur in voetnoot 23.

36 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 4.41. Vgl. in dit opzicht ook mijn eerdere opmerking in voetnoot 3.

37 De vraag is overigens of er nou daadwerkelijk een merkbaar verschil zit in het toepassingskader van het geharmoniseerde recht van de mededeling aan het publiek en het niet-geharmoniseerde recht zoals de Hoge Raad dit heeft ingevuld voor onder andere het afspelen van cd's. Mogelijk is te betogen dat de Hoge Raad tot op heden voor het niet-geharmoniseerde recht op een andere wijze invult of sprake is van 'een publiek', zie HR 9 maart 1979, ECLI:NL:PHR:1979:AH8594 (*Dreehuis/Buma*). In 99 van de 100 gevallen is de uitkomst echter hetzelfde, ongeacht het toepassingskader dat wordt gebruikt. De voordelen van onverplicht richtlijnconform uitleggen blijven echter ook in dit geval nog steeds aanwezig. Een additioneel voordeel dat niet in de hoofdtekst is genoemd – maar een vorm van rechtszekerheid betreft – is dat in de rechtszaal de discussie over het mogelijke verschil tussen het geharmoniseerde kader en het niet-geharmoniseerde kader niet meer hoeft te worden beslecht.

38 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2727 (*Daagelijks Leven*), r.o. 6.8.

van dit niet-geharmoniseerde recht kan dan ook moeilijk kwalificeren als tegenstrijdig met het Europese recht.³⁹ Het is wel onlogisch en voor gebruikers natuurlijk erg onhandig om dit niet goed uit te leggen verschil tussen de openbaarmaking via de cd en de radio te handhaven in het nationale recht.⁴⁰ Zoals eerder aangegeven lijkt mij dat dan ook de reden om over te gaan tot onverplichte richtlijnconforme uitleg: het vergroten van de rechtszekerheid en coherentie van het nationale privaatrecht (zie eerder nr. 12).

18. Een tweede punt dat speelt in deze zaak is of het mogelijk is dat sprake is van een openbaarmaking in de zin van artikel 12 lid 4 Aw en/of artikel 2 lid 7 Wnr als vastgesteld is dat geen sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 Auteursrechtlijn en/of artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn. Het hof oordeelde van niet (zie eerder nr. 3-4). Over dit oordeel is door Buma en Sena geklaagd in het incidentele cassatieberoep, maar omdat de Hoge Raad het principale cassatieberoep afwijst, hoeft hij het incidentele beroep niet te behandelen (r.o. 3.4). De reden dat ik het incidentele cassatieberoep toch wil bespreken, is omdat A-G Langemeijer had geadviseerd dat de Hoge Raad prejudiciële vragen stelt aan het HvJ EU over de uitleg van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn.⁴¹ Kort gezegd stelt de A-G dat het weliswaar vaste rechtspraak is dat het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn dezelfde betekenis heeft, maar dat daarmee niet is gezegd dat artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn hetzelfde bereik hebben. Artikel 3 Auteursrechtlijn gaat uit van maximumharmonisatie, wat betekent dat een lidstaat geen aanvullende bescherming mag bieden via het nationale recht voor de vorm van openbaar maken die is geregeld in artikel 3 Auteursrechtlijn. Artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn gaat blijkens nr. 16 van de considerans echter uit van minimumharmonisatie,⁴² waardoor in beginsel aanvullende bescherming via het nationale recht wél mogelijk is. Of de lidstaten ten aanzien van artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn volledige vrijheid hebben om aanvullende bescherming te bieden via het nationale recht is volgens de A-G – mede gelet op de mogelijke effecten voor de interne markt – redelijke twijfel mogelijk.

39 De uitzondering is evenwel dat de invulling van het niet-geharmoniseerde nationale recht de doelstelling van de Auteursrechtlijn of VLN-richtlijn ondermijnt, maar dit lijkt mij niet het geval, zie eerder nr. 13 van deze noot.

40 Wat dat betreft kan ik mij dan ook vinden in de kritische houding van de Italiaanse delegatie bij de totstandkoming van de Auteursrechtlijn (zie nr. 13 van deze noot), en zie ik zelf niet zo goed waarom de Europese wetgever ervoor heeft gekozen om de immateriële openbaarmaking waar het publiek aanwezig is bij de bron van de mededeling niet te harmoniseren; wellicht dat hier (politieke) redenen spelen waar ik geen weet van heb, maar juridisch (en praktisch) is het opmerkelijk te noemen.

41 ECLI:NL:PHR:2022:625, punt 3.1 e.v.

42 Nr. 16 van de considerans van de VLN-richtlijn luidt: “De lidstaten moeten kunnen voorzien in een verderreikende bescherming van houders van naburige rechten dan op grond van de bepalingen van deze richtlijn betreffende uitzending en mededeling aan het publiek vereist is.”

19. De door A-G Langemeijer opgeroepen vraag is interessant.⁴³ Mocht het zo zijn dat aanvullende bescherming mogelijk is ten aanzien van artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn – een vraag die voorlopig onbeantwoord zal blijven – dan verdient opmerking dat het feit dat aanvullende bescherming mag worden geboden nog niet betekent dat die bescherming moet worden geboden. In dat kader verdient het wat mij betreft aanbeveling wanneer het mogelijk is om aanvullende bescherming te bieden, dit zonder goede redenen vooral niet te doen. De reden hiervoor is dezelfde als de reden die voor onverplichte richtlijnconforme interpretatie pleit: als verschillende regels gelden voor op elkaar gelijkende situaties zonder dat voor die verschillen goede redenen bestaan, tast men daarmee de rechtszekerheid, coherentie en begrijpelijkheid van het rechtssysteem aan. Zonder duidelijke rechtvaardiging verdient het dan ook de aanbeveling om de reikwijdte van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn niet anders in te vullen dan artikel 3 Auteursrechtlijn.

20. Als laatste wil ik stilstaan bij het tweede kritiekpunt dat Leuyerink in haar *Auteursrecht*-noot op het arrest van het hof – en in het verlengde daarvan op het arrest de Hoge Raad – heeft geuit. Deze kritiek spitst zich toe op r.o. 6.7 van het arrest van het hof, dat ik hieronder voor de overzichtelijkheid citeer:

“De volledige harmonisatie van het begrip ‘mededeling aan het publiek’ brengt mee dat wanneer er geen sprake is van een mededeling aan het publiek, er ook geen sprake is van een openbaarmaking in de zin van artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr. Er is dan geen ruimte voor een aanvullende beroep op de door Sena c.s. gestelde ruimere strekking van artikel 12 lid 4 Aw en artikel 2 lid 7 Wnr.”

Leuyerink stelt dat het hof in deze rechtsoverweging mist dat er naast de mededeling aan het publiek ook nog andere vormen van openbaar maken zijn die onder artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr vallen, zoals de openbaarmaking waar het publiek aanwezig is op de plaats van de mededeling. Het feit dat geen sprake is van een mededeling aan het publiek betekent volgens Leuyerink dan ook niet dat geen sprake kan zijn van een openbaarmaking in de zin van artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr.⁴⁴

21. Laat ik vooropstellen dat Leuyerink gelijk heeft dat er naast de mededeling aan het publiek ook andere vormen van openbaar maken zijn die onder artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr vallen.⁴⁵ Ik denk alleen niet dat het hof dit miskent. Volgens mij stelt het hof in r.o. 6.7 van zijn arrest dat hij meent dat het begrip mededeling aan het publiek in zowel

43 Voor de goede orde verdient het opgemerkt te worden dat het natuurlijk alleszins begrijpelijk is dat de Hoge Raad niet overgaat tot het stellen van de door A-G Langemeijer voorgestelde vragen. Het eventuele antwoord op de voorgestelde prejudiciële vragen draagt immers niet bij aan de beslechting van het geschil, aangezien de Hoge Raad reeds heeft geoordeeld dat het principale cassatieberoep niet slaagt en het arrest van het hof in stand blijft, vlg. HvJ EU 6 oktober 2021, C-561/19 (*Consortio*), r.o. 34.

44 *Auteursrecht* 2023/1, p. 34.

45 Vgl. ook ECLI:NL:PHR:2022:625, punt 3.26.

artikel 3 Auteursrechtlijn als artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn volledig is geharmoniseerd. Wanneer geen sprake is van een mededeling aan het publiek, is volgens het hof daarom geen ruimte voor een *aanvullend*(!) beroep op artikel 12 Aw en/of artikel 2 Wnr. Anders gezegd: vanwege de door het hof aangenomen maximumharmonisatie mogen lidstaten geen aanvullende bescherming bieden via het nationale recht *voor de vorm van openbaar maken die is geregeld in artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn*.⁴⁶ Dat het hof hiermee niet uitsluit dat er naast de mededeling aan het publiek ook andere vormen van openbaar maken zijn die onder het bereik van artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr vallen, moge mijns inziens duidelijk zijn. De overweging over de ruimte die artikel 12 Aw en artikel 2 Wnr bieden, is mijns inziens duidelijk beperkt tot de vraag of aanvullende bescherming op grond van artikel 3 Auteursrechtlijn en artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn mogelijk is. Mogelijke resterende twijfel over hoe deze overweging moet worden begrepen wordt vervolgens weggelaten door de rest van het arrest: het hof accepteert immers dat de openbaarmaking via de cd's niet onder het recht van de mededeling aan het publiek valt – ook al past het hof vervolgens wel onverplicht de criteria van het geharmoniseerde recht toe ten aanzien van de openbaarmaking via de cd's – maar oordeelt hij wél dat het afspelen van de cd's een openbaarmaking is waarvoor een vergoeding is verschuldigd.

J.R. Torenbosch

Merkenrecht

IER 2023/11

RECHTBANK DEN HAAG

2 november 2022

(Mrs. M.M.J. Schoenmaker, F.C. Burgers en I.L. Rijnbout)
m.nt. A.M.E. Verschuur

Casa International, Casa Nederland/Interstyle

Inburgering merk; bewijs op grote schaal en marktonderzoek in België en Luxemburg. Geen merkinbreuk want geen gebruik voor waren/diensten. Wel schending art. 5a Hnw. Vordering tot overdracht domeinnaam niet toewijsbaar wegens ontbreken juridische grondslag.

Art. 2.20 BVIE; art. 9 Uniemerkenverordening 2009; art. 5a Hnw

587443 / HA ZA 20-115

⁴⁶ Dat geen aanvullende bescherming ten aanzien van artikel 2 Wnr/artikel 8 lid 2 VLN-richtlijn mogelijk is, kan – zoals net besproken in nr. 18-19 – betwijfeld worden.

(...)

in de zaak van

1. de rechtspersoon naar Belgisch recht Casa International N.V.,

gevestigd te Olen, België,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Casa Nederland B.V.,

gevestigd te Breda,

eiseressen in conventie,

verweersters in reconventie,

advocaat mr. N. Ruyters en mr. A.L.W. Schalekamp te Breda, tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Interstyle B.V.,

gevestigd te Utrecht,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. A.J. Verbeek te Amsterdam.

Eiseressen in conventie tevens verweersters in reconventie afzonderlijk zullen hierna Casa International en Casa Nederland genoemd worden. Gezamenlijk zullen zij Casa c.s. worden genoemd. Gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie zal hierna Interstyle genoemd worden.

1. De procedure

(...)

2. De feiten in conventie en in reconventie

2.1. Casa c.s. was oorspronkelijk enkel in België gevestigd toen daar in 1975 een eerste winkel werd geopend, maar is uitgegroeid tot een Europese keten voor interieurartikelen. In 1988 is Casa c.s. door een overname onder de vleugels van het Nederlands Blokker-concern gekomen. In de jaren '80 had Casa c.s. in Venlo en Eindhoven een winkel. In 2016 ging Casa c.s. zonder Blokker verder. Casa c.s. heeft inmiddels 512 vestigingen verspreid over Europa. In Nederland heeft Casa c.s. inmiddels 36 winkels, waarvan twee in Utrecht. In Utrecht heeft zij onder andere een vestiging in winkelcentrum Hoog Catharijne die op 1 juni 2018 opende.

2.2. Casa International is houdster van de domeinnaam www.casashops.com. Casa c.s. gebruikt deze domeinnaam in verschillende landen, waaronder Nederland om (een deel van) haar producten te verkopen. Daarnaast heeft Casa c.s. diverse social media accounts.