CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. TIZZANO

van 26 september 2002 [1]

Inleiding

1. Bij arrest van 9 juni 2000 heeft de Hoge Raad der Nederlanden het Hof drie prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (hierna: „richtlijn 92/100" of „richtlijn"). [2] Deze drie vragen hebben betrekking op de uitlegging van het begrip „billijke vergoeding" in artikel 8, lid 2, van de richtlijn en strekken er in feite toe, te vernemen of het al dan niet om een communautair begrip gaat, en wat daarvan, in het ene of het andere geval, de consequenties zijn voor het bepalen van de criteria voor het vaststellen van de hoogte ervan.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — PB L 346, blz. 61.

Rechtskader

Richtlijn 92/100

2. De richtlijn beoogt een geharmoniseerd kader tot stand te brengen voor de nationale wettelijke regelingen betreffende het verhuur- en uitleenrecht op het gebied van het auteursrecht en van bepaalde zogenoemde naburige rechten, voorzover dit nodig is om de goede werking van de gemeenschappelijke markt te verzekeren.

3. In de considerans van de richtlijn worden, voorzover hier van belang, in het bijzonder de volgende gronden voor en doelstellingen van de richtlijn genoemd:

„Overwegende dat er tussen de lidstaten verschillen bestaan op het gebied van de rechtsbescherming, die — wat verhuur en uitlening betreft — in de nationale wetgeving en praktijk wordt geboden aan auteursrechtelijk beschermde werken en aan door naburige rechten beschermde

zaken; dat door deze verschillen handelsbelemmeringen en mededingingsdistorsies kunnen ontstaan, die aan de totstandbrenging en de goede werking van de interne markt afbreuk doen;

[...]

Overwegende dat het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen noodzakelijk maakt als basis voor verder creatief en artistiek werk en dat de investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, bijzonder hoog en riskant zijn en dat de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen en deze investering terug te verdienen, alleen daadwerkelijk kan worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden;

[...]

Overwegende dat men in de communautaire regelgeving betreffende het verhuur- en uitleenrecht en betreffende bepaalde naburige rechten slechts behoeft vast te stellen dat de lidstaten aan bepaalde groepen van rechthebbenden rechten met betrekking tot verhuur en uitlening moeten toekennen, en voorts alleen moet bepalen dat voor bepaalde groepen van rechthebbenden op bescherming door naburige rechten dient te worden voorzien in vastleggings-, reproductie-, verspreidings-, uitzendings- en openbare-mededelingsrechten."

4. Dienovereenkomstig voorziet de richtlijn, nog steeds voorzover hier van belang, in een geharmoniseerde bescherming van de naburige rechten met betrekking tot fonogrammen, films en radio-uitzendingen, ten behoeve van, respectievelijk, uitvoerende kunstenaars, producenten en omroeporganisaties, dat wil zeggen rechtssubjecten die niet de bescherming van het auteursrecht genieten.

5. Artikel 8 regelt in het bijzonder de uitzending en mededeling aan het publiek van „uitvoeringen" en bepaalt:

„1. De lidstaten kennen uitvoerende kunstenaars het uitsluitende recht toe, het uitzenden via de ether en het mededelen aan het publiek van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, behalve wanneer de uitvoering op zichzelf reeds een uitzending is of aan de hand van een vastlegging is vervaardigd.

2. De lidstaten stellen een recht in om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek, en dat deze vergoeding wordt verdeeld tussen de

betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen. Bij gebreke van overeenstemming tussen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen kunnen de lidstaten bepalen volgens welke voorwaarden deze vergoeding tussen beide partijen wordt verdeeld."

6. De aldus geboden bescherming vormt een minimumbescherming, hetgeen blijkt uit de twintigste overweging van de considerans, die luidt:

„Overwegende dat de lidstaten kunnen voorzien in een verderreikende bescherming van houders van naburige rechten dan op grond van artikel 8 van deze richtlijn vereist is."

7. De in artikel 8, lid 2, genoemde billijke vergoeding wordt in de richtlijn niet nader gedefinieerd en de considerans bevat evenmin een rechtstreekse verwijzing daarnaar.

8. De considerans bevat echter wel een aantal aanwijzingen voor de billijke vergoeding die de houder toekomt in de verschillende gevallen van ter beschikking stellen van het verhuurrecht, en verduidelijkt in het bijzonder dat in deze vergoeding is voorzien, gelet op het feit dat:

„[...] een regeling moet worden ingevoerd die een niet voor afstand vatbaar recht op een billijke vergoeding waarborgt aan auteurs en uitvoerende kunstenaars, die de mogelijkheid moeten behouden om het beheer van dit recht toe te vertrouwen aan maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging die hen vertegenwoordigen;

[...] deze billijke vergoeding uitgekeerd kan worden op basis van een of meer betalingen op ongeacht welk moment, bij het sluiten van het contract of later;

[...] bij deze billijke vergoeding rekening dient te worden gehouden met het belang van de bijdrage van de betrokken auteurs en uitvoerende kunstenaars aan de productie en de exploitatie van het fonogram of de film."

De internationale regelgeving

9. De richtlijn en met name de hier relevante bepalingen moeten worden gelezen in het licht van de overeenkomstige internationale regelgeving, waarnaar de tiende overweging van de considerans van de richtlijn uitdrukkelijk verwijst, met de woorden dat „de wetgeving van de lid-

staten zodanig moet worden geharmoniseerd, dat zij niet in strijd komt met internationale verdragen waarop de wetten betreffende het auteursrecht en de naburige rechten van vele lidstaten zijn gebaseerd".

10. De internationale regelgeving is, voorzover hier van belang, met name opgenomen in de TRIPs-overeenkomst [3] en in het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, gesloten te Rome op 26 oktober 1961, waarbij alle lidstaten, met uitzondering van Portugal, partij zijn (hierna: „verdrag van Rome"), en waarnaar de TRIPs-overeenkomst verwijst.

11. Op grond van artikel 14 van de TRIPs-overeenkomst dienen de leden het volgende te verzekeren:

„1. Met betrekking tot een vastlegging van hun uitvoering op een fonogram hebben uitvoerende kunstenaars de mogelijkheid de volgende handelingen te beletten, wanneer deze worden verricht zonder hun toestemming: de vastlegging van hun niet vastgelegde uitvoering en de reproductie van deze vastlegging. Uitvoerende kunstenaars hebben ook de mogelijkheid de volgende handelingen te beletten, wanneer deze worden verricht zonder hun toestemming: de uitzending langs draadloze weg en de overbrenging aan het publiek van de rechtstreekse uitzending van de uitvoering.

[...]

Een lid kan, met betrekking tot de krachtens het eerste tot en met het derde lid verleende rechten, voorzien in voorwaarden, beperkingen, uitzonderingen en voorbehouden, voorzover toegestaan door het verdrag van Rome. [...]"

12. Het verdrag van Rome voorziet in artikel 7 in een minimumbescherming die de verdragsluitende staten uitvoerende kunstenaars moeten verzekeren. Artikel 7 bepaalt in het bijzonder:

„1. De in dit verdrag voorziene bescherming van uitvoerende kunstenaars omvat de mogelijkheid het volgende te voorkomen:

a) de uitzending en overbrenging aan het publiek, zonder hun toestemming, van hun uitvoering, behalve wanneer de in

3 — Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, die als bijlage 1 C aan de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie is gehecht (PB 1994, L 336, blz. 214-233), goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1).

de uitzending of de overbrenging aan het publiek gebruikte uitvoering zelf reeds een uitgezonden uitvoering is of deze geschiedt door middel van een vastlegging" van hun uitvoering op een drager. [4]

13. Artikel 12 regelt het zogenoemde secundaire gebruik van fonogrammen en bepaalt:

„Indien een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram, of een reproductie van zulk een geluidsdrager, rechtstreeks wordt gebruikt voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek, dient door de gebruiker één enkele redelijke vergoeding te worden betaald aan de uitvoerende kunstenaars of aan de producenten van de fonogrammen of aan beiden. De nationale wetgeving kan, bij het ontbreken van overeenstemming tussen deze partijen, de voorwaarden inzake de verdeling van deze vergoeding bepalen." [5]

14. Afgezien van het feit dat het verdrag geharmoniseerde materiële regels bevat, geeft het in de artikelen 2, 4 en 5 eveneens regels voor de nationale behandeling, waarnaar artikel 1, lid 3, van de TRIPs-overeenkomst verwijst. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat „de leden de in deze overeenkomst voorziene behandeling [toekennen] aan de onderdanen van andere leden" en preciseert, voorzover hier van belang, dat „onder onderdanen van andere leden [wordt] verstaan de natuurlijke personen of rechtspersonen die zouden voldoen aan de criteria om in aanmerking te komen voor de bescherming voorzien in het verdrag [...] van Rome [...]". [6]

De Nederlandse regelgeving

15. Artikel 7 van de Wet op de naburige rechten (hierna: „WNR") van 18 maart 1993, die op 1 juli 1993 in werking is getreden en nadien is gewijzigd bij de wet van 21 december 1995 (Stb. 1995, 653), voorziet in een aanpassing van de nationale regeling aan de uit artikel 8, lid 2, van de richtlijn voortvloeiende verplichting en verzekert tegelijkertijd de overeenstemming van het Nederlandse recht met het verdrag van Rome.

16. Dit artikel luidt als volgt:

„1. Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden wor-

4 — Voetnoot alleen relevant voor het Italiaans.

5 — Voetnoot alleen relevant voor het Italiaans.

6 — Nederland is sinds 7 oktober 1993 partij bij deze overeenkomst.

den uitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald.

2. Bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van de billijke vergoeding is de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd om op vordering van de meest gerede partij de hoogte van de vergoeding vast te stellen.

3. De vergoeding komt toe aan zowel de uitvoerende kunstenaar als de producent of hun rechtverkrijgenden en wordt tussen hen gelijkelijk verdeeld." [7]

17. Artikel 15 WNR bepaalt dat de betaling van deze vergoeding dient te geschieden aan een door de Minister van Justitie aan te wijzen vertegenwoordiger van de uitvoerende kunstenaars of de producenten, en dat deze de rechthebbenden ook vertegenwoordigt met betrekking tot de vaststelling van de vergoeding en de uitoefening van het uitsluitend recht.

Feiten en procesverloop

18. In het geding voor de verwijzende rechter staat de Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (hierna: „SENA"), een Nederlandse stichting die de belangen van uitvoerende kunstenaars, producenten en importeurs van fonogrammen vertegenwoordigt, tegenover de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: „NOS"), een coördinerend orgaan van de publieke omroep, ter zake van de vaststelling van de billijke vergoeding die de NOS volgens artikel 7 WNR aan de SENA verschuldigd is.

19. In 1986, dat wil zeggen geruime tijd vóór de inwerkingtreding van de WNR, had de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (hierna: „NVPI"), die op dat moment de belangen van de producenten van fonogrammen vertegenwoordigde, met de NOS een overeenkomst gesloten, op basis waarvan laatstgenoemde aan de NVPI een bepaald bedrag diende te betalen ter vergoeding van de uitzending van fonogrammen door Nederlandse publieke omroepen. Dit bedrag, dat op jaarbasis werd berekend, bedroeg 605 000 NLG voor het gebruik in 1984 en was in 1994 opgelopen tot 700 000 NLG.

20. Met de inwerkingtreding van de WNR werd de vertegenwoordiging van de belangen van de producenten en uitvoerende kunstenaars van fonogrammen bij wet opgedragen aan de SENA. In december 1993 zegde NVPI daarom de hierboven genoemde overeenkomst op. De daaropvolgende onderhandelingen tussen de NOS en de SENA over de sluiting van een nieuwe overeenkomst in de zin van artikel 7 WNR leverden geen resultaat op. De SENA

7 — Voetnoot alleen relevant voor het Italiaans.

vorderde daarom voor de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage (hierna: „rechtbank"), de billijke vergoeding op 7 5000 000 NLG vast te stellen. De rechtbank stelde het bedrag van de billijke vergoeding voor het jaar 1995 vast op 2 000 000 NLG en hield de beslissing met betrekking tot de volgende jaren aan.

21. In hoger beroep heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage (hierna: „hof" of „appèlrechter") op 6 mei 1999 een tussenarrest gewezen, waarin het vaststelde dat de Nederlandse wettelijke regeling noch de richtlijn een nuttig aanknopingspunt bood voor de bepaling van het begrip billijke vergoeding en dat, in het bijzonder, de richtlijn niet bedoeld is om de berekeningsmethode van die vergoeding te harmoniseren. Het hof heeft voorts beslist dat de billijke vergoeding bedoeld in de Nederlandse wettelijke regeling ongeveer overeen moet komen met de vergoeding die de NOS krachtens de overeenkomst van 1986 aan de NVPI verschuldigd was, omdat uit de voorbereidende werkzaamheden van deze wettelijke regeling kan worden afgeleid dat de wetgever zulks wenste. De NOS zal echter moeten instemmen met een verhoging van de vergoeding bij een stijging van één of meer van de volgende factoren: het aantal uren dat fonogrammen worden uitgezonden, de kijk- en luisterdichtheden van de door de NOS uitgezonden programma's, de hoogte van de contractueel vastgestelde vergoedingen voor het gebruik van de door het auteursrecht beschermde werken, de hoogte van de vergoedingen die de publieke omroepen in de naburige lidstaten betalen, de vergoeding die de commerciële omroepen in Nederland betalen.

22. Tegen deze beslissing heeft de SENA cassatieberoep ingesteld met het betoog dat zij onverenigbaar is met de richtlijn. De richtlijn, die het begrip billijke vergoeding als een autonoom begrip introduceert, zou namelijk een uniforme uitlegging van dit begrip in de verschillende lidstaten verlangen, terwijl de bestreden beslissing dit niet mogelijk maakt.

23. Aangezien de Hoge Raad dus een bepaling van richtlijn 92/100 moest uitleggen, heeft hij het Hof bij arrest van 9 juni 2000 de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Is het in artikel 8, lid 2, van de richtlijn gebezigde begrip ‚billijke vergoeding' een communautair begrip dat in alle lidstaten van de Europese Gemeenschap op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast?

2) Zo ja:

a) Naar welke maatstaven dient de hoogte van de billijke vergoeding te worden vastgesteld?

b) Dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die vóór de inwerkingtreding van de richtlijn in de desbetreffende lidstaat tussen de betrokken organisaties overeengekomen of gebruikelijk waren?

c) Moet of mag rekening worden gehouden met bij de totstandkoming van de nationale wet ter implementatie van de richtlijn bij belanghebbenden ten aanzien van de hoogte van de vergoeding gewekte verwachtingen?

d) Dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die op grond van muziekauteursrecht worden betaald ter zake van uitzendingen door omroeporganisaties?

e) Moet de vergoeding worden gerelateerd aan het potentiële bereik aan luisteraars of kijkers, of aan het werkelijke aantal luisteraars of kijkers, dan wel deels aan eerstbedoeld bereik en deels aan laatstbedoeld bereik, en in dit laatste geval: in welke verhouding?

3) Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, betekent dit dan dat de lidstaten volledig vrij zijn in het vaststellen van de maatstaven waarnaar de hoogte van de billijke vergoeding moet worden vastgesteld? Of kent die vrijheid bepaalde grenzen, en zo ja, welke zijn die grenzen?"

24. Naast partijen in het hoofdgeding hebben de Commissie, de Nederlandse, de Duitse, de Finse en de Portugese regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk opmerkingen bij het Hof ingediend.

Juridische beoordeling

25. Met de drie vragen wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen, of het begrip „billijke vergoeding" in artikel 8, lid 2, van de richtlijn al dan niet een communautair begrip is, en wat hiervan, in het ene of het andere geval, de consequenties zijn voor de bepaling van de criteria ter vaststelling van de hoogte ervan.

Argumenten van partijen

a) Het begrip billijke vergoeding

26. Volgens de SENA is het begrip billijke vergoeding een communautair begrip dat

als zodanig in alle lidstaten aan de hand van uniforme parameters moet worden uitgelegd. Afgezien van het feit dat deze oplossing wordt ingegeven door de algemene beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, volgt zij vooral uit de doelstelling van de richtlijn en het verdrag van Rome, waardoor eerstgenoemde rechtstreeks beïnvloed is. Beide beogen namelijk een effectieve harmonisatie te verzekeren teneinde het economische nadeel te compenseren dat uitvoerende kunstenaars en producenten door de verspreiding van hun werken kunnen ondervinden. Een dergelijk resultaat kan alleen worden bereikt door een uniforme uitlegging van het begrip billijke vergoeding. Dit zou overigens via een a-contrarioredenering worden bevestigd door artikel 5 van de richtlijn, dat in afwijkingen van het uitsluitende uitleenrecht voorziet wanneer het om uitleningen door openbare instellingen gaat, op voorwaarde dat de auteurs „een vergoeding krijgen". Voor die gevallen bepaalt de richtlijn uitdrukkelijk dat de lidstaten de hoogte van de vergoeding kunnen vaststellen „met inachtneming van hun doelstellingen voor bevordering van culturele activiteiten"; het feit dat een soortgelijke bepaling voor de „billijke vergoeding" bedoeld in artikel 8 ontbreekt, zou aantonen dat hier geen sprake is van de beoordelingsmarge waarover de lidstaten in het andere geval beschikken.

27. Ook de NOS, de Commissie, de Nederlandse en de Portugese regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn van mening dat het begrip „billijke vergoeding" een communautair begrip is. Het gaat volgens hen echter om een open begrip, de billijkheid, dat noch in de richtlijn noch in het verdrag van Rome wordt gedefinieerd, en dat, gelijk de NOS, de Portugese regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk in het bijzonder beklemtonen, veeleer verwijst naar gerechtigheid in het concrete geval. De lidstaten beschikken dus over een ruime beoordelingsmarge bij de uitlegging van dit begrip, met name indien men voor ogen houdt dat de richtlijn slechts in een minimale harmonisatie voorziet.

28. Volgens de Commissie en de Nederlandse regering staat echter vast dat de vrijheid waarover de lidstaten bij de bepaling van de inhoud van dit begrip beschikken, niet absoluut is, maar onderworpen is aan de beperkingen die uit de systematiek van de richtlijn voortvloeien; deze vrijheid moet worden gebruikt om een goed compromis te vinden tussen de belangen van producenten en uitvoerende kunstenaars enerzijds en die van de derde gebruikers anderzijds.

29. Volgens de Nederlandse regering brengt het communautaire karakter van het betrokken begrip voorts mee dat de lidstaten, die ter zake weliswaar over een ruime beoordelingsmarge beschikken, zich niet kunnen onttrekken aan de grenzen en controles die uit de aard van dit begrip voortvloeien. Hier geldt hetzelfde als bij de andere communautaire begrippen, bijvoorbeeld het begrip openbare orde.

Deze regering verwijst hiervoor in het bijzonder naar de arresten Van Duyn [8] en Rutili [9], waarin het Hof heeft geoordeeld dat de lidstaten „in hoofdzaak vrij blijven de eisen van openbare orde op hun nationale behoeften af te stemmen. [...] Dit begrip [is] evenwel in communautair verband, met name omdat het een afwijking van de grondbeginselen [...] moet rechtvaardigen, in strikte zin te verstaan, zodat zijn inhoud niet zonder controle van de instellingen der Gemeenschap eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald." [10]

30. De Duitse en de Finse regering stellen ten slotte een oplossing voor die formeel gezien tegenovergesteld is, doch inhoudelijk niet veel verschilt van de standpunten van de andere betrokken regeringen. Volgens hen is het begrip billijke vergoeding weliswaar geen communautair begrip, maar zij merken op dat dit niet betekent dat de lidstaten een onbeperkte vrijheid genieten. Met name de Duitse regering is van mening dat de grenzen die de nationale regelingen bij de bepaling van het begrip billijke vergoeding in acht moeten nemen, uit het voorwerp en het doel van de richtlijn voortvloeien, namelijk de noodzaak om de uitvoerende kunstenaars een passend inkomen te verzekeren en de inkomsten te verdelen naar evenredigheid van de bijdrage die de auteurs en uitvoerende kunstenaars hebben geleverd.

8 — Arrest van 4 december 1974 (41/74, Jurispr. blz. 1337).

9 — Arrest van 28 oktober 1975 (36/75, Jurispr. blz. 1219).

10 — Arrest Rutili, aangehaald in voetnoot 9, punten 26 en 27.

b) De diverse uitleggingscriteria

31. Niet alle betrokken partijen besteden veel aandacht aan de in de tweede prejudiciële vraag sub a, genoemde uitleggingscriteria en ik acht het hoe dan ook, gelet op de hierna volgende uiteenzetting, niet nodig, op de betrokken argumenten in te gaan. Ik wil er hier slechts op wijzen dat een aantal betrokkenen een beslissing van het Hof op dit punt niet zinvol achten. De Duitse regering, die weliswaar uitvoerig ingaat op de diverse uitleggingscriteria, betwist zelfs de ontvankelijkheid van de vraag, omdat het hierbij niet gaat om de uitlegging van de richtlijn, maar om de toepassing van het nationale recht in een concreet geval. Er zou dus geen beslissing van het Hof nodig zijn, maar meer een advies dat in het kader van het geding voor de verwijzende rechter moet worden verkregen.

Beoordeling

32. Volgens mij kan bij het onderzoek van de prejudiciële vragen in de eerste plaats moeilijk worden ontkend dat het begrip „billijke vergoeding" een communautair begrip is, aangezien het in een richtlijn wordt gebezigd zonder dat voor de uitlegging ervan rechtstreeks of indirect naar het nationale recht wordt verwezen. Gelijk het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, is het „met het oog op de eenvormige toepas-

sing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling [...] als algemene regel noodzakelijk, dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling" [11].

33. Hiermee is echter nog niets gezegd over de definitie van het betrokken begrip, want het wordt in de richtlijn gebezigd zonder dat het op enige wijze wordt omschreven. Dit is niet verwonderlijk, indien men bedenkt dat dit begrip gebaseerd is op het idee van billijkheid, dat, en daarover zijn bijna alle betrokkenen het met enige nuanceverschillen eens, per definitie een „open begrip" is, dat een algemeen idee van passend of evenwichtig tot uitdrukking brengt, doch dat de betrokkenen bij de toepassing ervan een ruime beoordelingsmarge laat. Gelijk ook in deze procedure is betoogd (met name door de Portugese regering en door de regering van het Verenigd Koninkrijk), brengt de verwijzing naar de billijkheid mee dat, natuurlijk afgezien van een overeenkomst tussen partijen, hun tegenstrijdige belangen door de rechter met inaanmerkingneming van de bijzonderheden van het concrete geval moeten worden geregeld, en niet op basis van normatieve criteria die vooraf algemeen en abstract zijn vastgelegd.

34. Het is daarom, zoals reeds gezegd, niet verwonderlijk dat het begrip „billijke vergoeding" in de richtlijn niet precies is gedefinieerd. Maar de richtlijn bevat niet alleen geen definitie, zij geeft evenmin rechtstreekse of indirecte aanwijzingen over de eventuele criteria voor de beoordeling van de „billijkheid" van de vergoeding. Dit doet zij bijvoorbeeld wel voor de afstand van het verhuurrecht. In dit geval voorziet de richtlijn namelijk in een uniform, zij het ook algemeen, criterium voor de bepaling van de billijke vergoeding die aan de auteurs en de uitvoerende kunstenaars moet worden betaald (artikel 4, lid 1) [12], namelijk het criterium dat bij deze vergoeding rekening dient te worden gehouden met het belang van de bijdrage aan het fonogram of de film (zeventiende overweging van de considerans). [13]

35. Aanwijzingen voor criteria ter bepaling van een billijke vergoeding zijn echter ook te vinden in richtlijn 2001/29/EG betref-

11 — Zie laatstelijk arresten van 19 september 2000, Linster (C-287/98, Jurispr. blz. I-6917, punt 43), en 9 november 2000, Yiadom (C-357/98, Jurispr. blz. I-9265, punt 26), en eerder reeds arrest van 18 januari 1984, Ekro (327/82, Jurispr. blz. 107, punt 11).

12 — Dit artikel luidt: „Wanneer een auteur of een uitvoerend kunstenaar zijn verhuurrecht betreffende een fonogram of betreffende het origineel dan wel een kopie van een film heeft overgedragen of afgestaan aan een fonogram- of filmproducent, behoudt hij het recht op een billijke vergoeding voor de verhuur."

13 — Deze overweging luidt: „Overwegende dat bij deze billijke vergoeding rekening dient te worden gehouden met het belang van de bijdrage van de betrokken auteurs en uitvoerende kunstenaars aan de productie en de exploitatie van het fonogram of de film."

fende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [14], waarvan artikel 5 bepaalt, dat de lidstaten voor privé-gebruik kunnen voorzien in het vrij gebruik van door het auteursrecht of naburige rechten beschermde voorwerpen, mits bepaalde rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen. In het bijzonder bepaalt dit artikel 5 met betrekking tot een van de daarin genoemde gevallen uitdrukkelijk, dat bij de billijke compensatie rekening moet worden gehouden met het „al dan niet toepassen van [...] de technische voorzieningen" waarin deze richtlijn voorziet. Voorts worden in de vijfendertigste overweging van de considerans van deze richtlijn nog een aantal criteria genoemd waarmee, zij het ook niet uitsluitend, rekening kan worden gehouden bij de bepaling van de hoogte van de billijke compensatie in de zin van artikel 5. [15]

36. In andere gevallen heeft de gemeenschapswetgever het echter niet nodig geacht, uniforme toepassingscriteria te geven: dit geldt bijvoorbeeld voor richtlijn 93/83/EG tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel [16], die zich ertoe beperkt, de toepassing van artikel 8 van richtlijn 92/100 uit te breiden tot dergelijke vormen van mededeling aan het publiek.

37. Hieruit kan worden afgeleid dat de gemeenschapswetgever met betrekking tot soortgelijke begrippen als dat waarvan in deze zaak uitlegging wordt gevraagd, tussenbeide is gekomen, wanneer hem dat noodzakelijk of opportuun leek. Daar waar hij echter, zoals in casu, niets heeft geregeld, heeft hij de lidstaten juist een grotere speelruimte willen laten, omdat hij een verder gaande harmonisatie van het betrokken gebied blijkbaar niet nodig of opportuun achtte. Mijns inziens is het niet de taak van het Hof, in de plaats van de gemeenschapswetgever uniforme criteria op te stellen waarin deze niet heeft voorzien, en daardoor de vrijheid van de lidstaten zonder geldige reden te beperken.

38. Ofschoon dit algemeen geldt, moet er niettemin op worden gewezen dat deze vrijheid niet onbeperkt is, althans wanneer daarvan met betrekking tot de toepassing van een communautair begrip, en derhalve onder toezicht van de gemeenschapsinstel-

14 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 (PB L 167, blz. 10).

15 — In het bijzonder wordt hier overwogen: „Bij de bepaling van de vorm, de modaliteiten en het mogelijke niveau van die billijke compensatie moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van elk geval. Bij de beoordeling van deze omstandigheden zou een zinvol criterium worden gevormd door het mogelijke nadeel voor de rechthebbenden als resultaat van de betreffende handeling. In gevallen waarin de rechthebbenden reeds betaling in een andere vorm hebben ontvangen, bijvoorbeeld als onderdeel van een licentierecht, is eventueel geen specifieke of afzonderlijke betaling nodig. Bij de bepaling van het niveau van de billijke compensatie dient ten volle rekening te worden gehouden met de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de in deze richtlijn bedoelde technische voorzieningen. In bepaalde situaties waar de schade voor de rechthebbende minimaal zou zijn, is het mogelijk dat geen betalingsverplichting ontstaat."

16 — Richtlijn van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (PB L 248, blz. 15).

lingen, en in het bijzonder van het Hof, gebruik wordt gemaakt.

39. Gelijk de Nederlandse regering heeft aangevoerd, gaat het hier om een situatie die niet verschilt van die welke geldt voor tal van gemeenschapsrechtelijke begrippen die door het gemeenschapsrecht niet worden gedefinieerd, maar in ruime mate aan de nationale rechtsorden worden overgelaten. Dit geldt bijvoorbeeld, volgens de Nederlandse regering, voor het begrip openbare orde, met name voorzover dit verband houdt met de in artikel 39 EG genoemde beperking van het vrije verkeer van werknemers. Volgens de arresten Van Duyn en Rutili verwijst dit begrip van nature naar de soevereine bevoegdheid van de lidstaten en dus naar hun nationale recht. Daarom blijven de lidstaten volgens het Hof vrij, „de eisen van openbare orde op hun nationale behoeften af te stemmen" [17], aangezien deze „naar land en tijd kunnen verschillen". [18] Niettemin kan de vrijheid die de lidstaten bij het vaststellen van de eisen van hun openbare orde genieten, aangezien dit begrip „in communautair verband" moet worden verstaan en het een beperking van een grondbeginsel van het Verdrag, in casu het vrije verkeer van personen, kan rechtvaardigen, niet aan de controle en de beperkingen van het gemeenschapsrecht worden onttrokken. [19]

17 — Arrest Rutili, aangehaald in voetnoot 9, punt 26.
18 — Arrest Van Duyn, aangehaald in voetnoot 8, punt 18.
19 — Arrest Rutili, aangehaald in voetnoot 9, punt 27.

40. Mijns inziens gelden soortgelijke overwegingen ook voor het begrip „billijke vergoeding" in artikel 8 van de richtlijn. De vrijheid die de lidstaten ter zake genieten, moet dus worden uitgeoefend onder toezicht van de gemeenschapsinstellingen, met inachtneming van de voorwaarden en de beperkingen die uit de richtlijn voortvloeien alsmede, meer in het algemeen, uit de beginselen en de systematiek van het Verdrag.

41. Meer specifiek lijkt mij vooral duidelijk dat een lidstaat bij de bepaling van de „billijke vergoeding" niet in strijd met een algemeen gemeenschapsrechtelijk beginsel mag handelen.

42. De Finse regering wijst er terecht op dat met name op dit gebied de speelruimte van de nationale rechtsorden beperkt wordt door de noodzaak, de toepassing van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, neergelegd in artikel 12 EG en nadien, voorzover in dit verband van belang, gespecificeerd door de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, personen en diensten, veilig te stellen.

43. Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit heeft op dit gebied overigens een ruimere werkingssfeer dan artikel 12 EG. Met betrekking tot de bescherming van naburige rechten strekt dit verbod zich namelijk uit tot een reeks personen die, ofschoon zij onderdanen van derde landen zijn en dus niet worden beschermd door artikel 12 EG, toch de bescherming genieten die de TRIPs-overeenkomst van de Wereldhandelsorganisatie en het verdrag van Rome bieden.

44. Zoals bekend, bindt de TRIPs-overeenkomst de Gemeenschap en al haar lidstaten en maken de daarin opgenomen regels inzake nationale behandeling, afgezien van de vraag van de rechtstreekse werking ervan, integrerend deel uit van het recht waarvan het Hof krachtens artikel 220 EG de naleving moet verzekeren. Door de verwijzing in artikel 1, lid 3, neemt de TRIPs-overeenkomst de artikelen 2, 4 en 5 van het verdrag van Rome over, volgens welke het beginsel van nationale behandeling wordt toegepast op een ruime categorie personen en situaties die geen bijzondere band met de Gemeenschap hebben door staatsburgerschap of vestiging, en in beginsel dus geen bescherming krachtens artikel 12 EG genieten. De speelruimte van de lidstaten bij de toepassing van de richtlijn, en in het bijzonder van artikel 8, lid 2, ervan, wordt dus, afgezien van artikel 12 EG, ook beperkt door deze verdragsbepalingen.

45. Tot zover de algemene beginselen. Ik ben echter van mening dat ook uit de systematiek van de richtlijn, en in het bijzonder uit de noodzaak de nuttige werking ervan te verzekeren, aanwijzingen voor de beperking van de aan de lidstaten toegekende beoordelingsmarge kunnen worden afgeleid.

46. Hierbij moet mijns inziens vooral voor ogen worden gehouden dat een vergoeding niet als billijk kan worden aangemerkt indien zij kan afdoen aan het door de richtlijn, en in het bijzonder door artikel 8, lid 2, ervan, beoogde resultaat. Aangezien deze bepaling de rechthebbenden een „vergoeding" wil verzekeren voor de aldaar genoemde exploitatiehandelingen, lijkt het mij duidelijk dat deze vergoeding, wil zij billijk zijn, in elk geval concreet en substantieel moet zijn, omdat anders het gevaar bestaat dat de uitvoerende kunstenaars en producenten het hun toegekende recht wordt ontnomen. Met andere woorden, en gelijk de Nederlandse regering terecht heeft aangevoerd, de beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval mag, afgezien van echte uitzonderingsgevallen, niet tot een louter symbolische vergoeding leiden, die in feite zou neerkomen op ontzegging van het recht op een vergoeding.

47. Dit blijkt mijns inziens ook uit de zevende overweging van de considerans van de richtlijn, volgens welke de door de richtlijn in haar geheel geboden rechtsbescherming van uitvoerende kunstenaars en producenten, eerstgenoemden een passend inkomen wil verzekeren en laatstgenoemden de mogelijkheid wil geven, hun investeringen terug te verdienen. De vergoeding bedoeld in artikel 8, lid 2, van de richtlijn moet dus zodanig zijn dat zij de rendabiliteit van de werkzaamheid van de kunstenaar en de producent daadwerkelijk veiligstelt.

48. Men zou zich zelfs kunnen afvragen, of deze doelstelling niet de *enige* maatstaf voor de bepaling van de billijke vergoeding kan zijn. Hiertegen pleit echter dat de rendabiliteit van de werkzaamheid van de kunstenaar en producent wordt gewaarborgd door het geheel van maatregelen die de richtlijn ten behoeve van uitvoerende kunstenaars en producenten treft. Deze wordt in het bijzonder, in eerste instantie en normaliter gewaarborgd door de uitsluitende rechten die deze personen zijn toegekend, zoals het verhuur- en uitleenrecht van artikel 2 [20], het vastleggingsrecht van artikel 6 [21], het reproductierecht van artikel 7 [22] en het recht op *live*-uitzending en mededeling aan het publiek bedoeld in artikel 8, lid 1, van de richtlijn. Daarentegen worden aan de kunstenaars, noch aan de producenten, uitsluitende rechten toegekend (de richtlijn spreekt van toestaan of verbieden) voor de uitzending en de mededeling aan het publiek van een reeds voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram (artikel 8, lid 1). Het recht op een billijke vergoeding waarin artikel 8, lid 2, voor dergelijke gevallen voorziet, is dus slechts een bijkomend onderdeel van het stelsel ter waarborging van de rendabiliteit, in overeenstemming met het „zwakke" karakter van dergelijke rechten ten opzichte van de eerder genoemde uitsluitende rechten.

49. Ik concludeer daarom dat het begrip billijke vergoeding in artikel 8, lid 2, van de richtlijn een gemeenschapsrechtelijk begrip is, maar dat de richtlijn geen uniforme criteria voor de bepaling van de hoogte ervan bevat. De lidstaten zijn daarom vrij deze criteria vast te stellen, doch dienen daarbij wel de doelstellingen van de richtlijn en de beginselen van het gemeenschapsrecht in acht te nemen.

20 — „Het uitsluitende recht verhuur en uitlening toe te staan of te verbieden, komt toe aan:
— [...];
— de uitvoerende kunstenaar, met betrekking tot vastleggingen van zijn uitvoering;
— de producent van fonogrammen, met betrekking tot zijn fonogrammen [...]"

21 — „De lidstaten voorzien ten behoeve van uitvoerende kunstenaars in het uitsluitende recht om vastlegging van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden. [...]"

22 — „De lidstaten voorzien, ten behoeve van
— uitvoerende kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
— producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
— [...]
in het uitsluitende recht om de directe of indirecte reproductie van deze zaken toe te staan of te verbieden."

Conclusie

50. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen aldus te beantwoorden dat het begrip „billijke vergoeding" in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, een gemeenschapsrechtelijk begrip is, maar dat de richtlijn geen uniforme criteria voor de bepaling van de hoogte ervan bevat. De lidstaten zijn daarom vrij dergelijke criteria vast te stellen, doch dienen daarbij wel de doelstellingen van de richtlijn en de beginselen van het gemeenschapsrecht in acht te nemen.