

Een tandarts zonder winstoogmerk

Een nadere analyse van HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10 (SCF /Marco Del Corso)

Citeersuggestie: D.J.G. Visser, 'Een tandarts zonder winstoogmerk. Een nadere analyse van HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10 (SCF /Marco Del Corso), IEF [11090](#).

Nu de verdooving is uitgewerkt wordt het tijd de omvang van de schade op te nemen. Het Hof van Justitie der EU laat ons met rechtsonzekerheid achter ten aanzien van wanneer er wel en niet sprake is van openbaar making (mededeling aan het publiek). Dat is vervelend voor zowel rechthebbenden als voor gebruikers. Een poging tot nabehandeling.

Verschillende betekenis 'mededeling aan het publiek' als auteursrechtelijk verbodsrecht enerzijds en als naburig vergoedingsrecht anderzijds?

74 Uit de vergelijking van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 en artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 vloeit voort dat het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van deze bepalingen in een verschillende context wordt gebruikt en weliswaar gelijksoortige, maar gedeeltelijk uiteenlopende doelstellingen beoogt.

75 Auteurs beschikken krachtens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 immers over een recht van preventieve aard om te interveniëren tussen eventuele gebruikers van hun werk en de mededeling aan het publiek die deze gebruikers overwegen te doen, teneinde deze mededeling te verbieden. Uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen beschikken krachtens artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 daarentegen over een recht van vergoedende aard dat niet kan worden uitgeoefend alvorens een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram of een reproductie ervan door een gebruiker wordt of reeds is gebruikt voor een mededeling aan het publiek.

76 Wat in het bijzonder artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 betreft, volgt daaruit dat deze bepaling een geïndividualiseerde beoordeling van het begrip mededeling aan het publiek inhoudt. Dit geldt ook voor de identiteit van

de gebruiker en voor het gebruik van het betrokken fonogram.

77 Aangezien artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 wordt uitgeoefend in geval van gebruik van het werk, blijkt bijgevolg bovendien dat het in deze bepaling bedoelde recht een in wezen economisch recht is.

78 Om te beoordelen of een gebruiker een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 verricht, moeten aldus de situatie van een specifieke gebruiker en die van alle personen aan wie hij de auteursrechtelijk beschermde fonogrammen meedeelt, worden beoordeeld volgens de geïndividualiseerde benadering waarvan sprake in punt 76 van het onderhavige arrest.

Wat betekent dit? Wat is de consequentie van dit verschil tussen een verbodsrecht (“een recht van preventieve aard”) en een vergoedingsrecht (“een recht van vergoedende aard”)? Wat maakt het uit dat de vergoedingsaanspraak “een in wezen economisch recht” is? Wat betekent een “geïndividualiseerde beoordeling”? Het Hof komt daar in overweging 89 op terug met de mededeling dat het winstoogmerk van de gebruiker bij een vergoedingsrecht (dat een economisch recht is) a fortiori een rol speelt.

Situatie in globo beoordelen

Het Hof vervolgt:

79 Bij een dergelijke beoordeling is het van belang rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria. Bijgevolg moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast, waarbij deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen.

80 Derhalve moet de nationale rechter de gegeven situatie in globo beoordelen.

Het Hof geeft zichzelf en de feitenrechter de vrijheid en de opdracht om “meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria” in onderling verband te gaan afwegen “waarbij deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen”. Dit kan en mag dus kennelijk in de praktijk “in verschillende concrete situaties” tot zeer wisselende resultaten leiden.

81 In dit verband dient erop te worden gewezen dat het Hof reeds bepaalde criteria heeft uitgewerkt in de iets andere context van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

Kennelijk is die rechtspraak dus toch richtinggevend voor het naburige vergoedingsrecht.

82 In de eerste plaats heeft het Hof reeds de niet te negeren rol van de gebruiker benadrukt. Zo heeft het met betrekking tot een exploitant van een hotel en een café-restaurant geoordeeld dat hij een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een uitzending die het beschermde werk bevat. Zonder zijn interventie zouden deze klanten, hoewel zij zich fysiek in het ontvangstgebied van die uitzending bevinden, immers in beginsel het uitgezonden werk niet kunnen horen (zie in die zin arrest SGAE, reeds aangehaald, punt 42 en arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 195).

Wat moeten we met “met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag”? Gaat het er ook om of je expres of per ongeluk openbaar maakt? Dat “interveniëren” lijkt steeds meer nadruk te krijgen. Zou het verkopen of verhuren van radio- of televisietoestellen in het ontvangstgebied er ook onder vallen? Waarschijnlijk niet, omdat dat publiek al is ingecalculereerd bij de toestemming voor de

oorspronkelijke openbaarmaking. Er is dus geen sprake van een ruimer of een nieuw publiek.

Een vrij groot aantal personen

83 In de tweede plaats heeft het Hof reeds een aantal aan het begrip publiek inherente aspecten verduidelijkt.

84 Het „publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 ziet – aldus het Hof – op een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers en impliceert overigens een vrij groot aantal personen (zie in die zin arresten van 2 juni 2005, Mediakabel, C-89/04, Jurispr. blz. I-4891, punt 30; 14 juli 2005, Lagardère Active Broadcast, C-192/04, Jurispr. blz. I-7199, punt 31 en SGAE, reeds aangehaald, punten 37 en 38).

Dat “onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers” was in de context van Mediakabel¹ en Lagardère² een hanteerbaar begrip, omdat het daar om broadcasting ging. In Rafael Hoteles³ werd dat al een probleem. Toen verschoof de nadruk naar “een vrij groot aantal personen”.

85 Wat allereerst de „onbepaaldheid” van het publiek betreft, is het van belang erop te wijzen dat het erom gaat „een werk [...] op elke passende wijze waarneembaar [te] maken voor personen in het algemeen, met andere woorden, niet beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren” overeenkomstig de omschrijving van het begrip „mededeling aan het publiek” in de WIPO-woordenlijst, die, hoewel zij geen bindende rechtskracht heeft, bijdraagt aan de uitlegging van het begrip publiek.

Personen in het algemeen

Hier trekt het Hof weer eens een nieuw document uit de tas dat ook van belang blijkt: de WIPO-woordenlijst. Het moet gaan om personen in het algemeen.

86 Wat vervolgens het criterium „een vrij groot aantal personen” betreft, heeft dit tot

¹ HvJ EU 2 juni 2005, C-89/04 (Mediakabel v Commissariaat voor de Media)

² HvJ EU 14 juli 2005, C-192/04 (Europe 1 v SPRE)

³ HvJ EU 7 december 2006, C306/05 (SGAE v Rafael Hoteles)

doel erop te wijzen dat het begrip publiek een zekere de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt.

De minimis

Een andere aanwijzing is dat het om “een zekere de-minimisdrempel” gaat. “Een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen” valt niet onder „een vrij groot aantal personen”.

87 Om dit aantal te bepalen heeft het Hof rekening gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van werken aan de potentiële luisteraars of kijkers (zie arrest SGAE, reeds aangehaald, punt 39). In dit opzicht is het niet enkel relevant te weten hoeveel personen tegelijk toegang hebben tot hetzelfde werk, maar ook hoeveel personen er opeenvolgend toegang toe hebben.

Cumulatieve gevolgen

Het gaat niet alleen om het potentiële aantal gelijktijdige luisteraars en kijkers, maar ook om het cumulatieve aantal personen die kunnen kijken of luisteren.

88 In de derde plaats heeft het Hof in punt 204 van het arrest Football Association Premier League e.a., reeds aangehaald, geoordeeld dat het winstoogmerk van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 relevant is.

89 Dit geldt a fortiori met betrekking tot het in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 bedoelde recht op een billijke vergoeding aangezien dit een in wezen economisch recht is.

Winstoogmerk

Het winstoogmerk is relevant, en dat geldt a fortiori voor de naburige vergoedingsaanspraak omdat dat een economisch recht is. Wat daar precies de consequentie van is, is mij niet duidelijk. Met name wordt niet duidelijk of de betreffende tandarts ondanks zijn beweerdelijke gebrek aan winstoogmerk wel aan collectieve auteursrechtorganisaties zou

moeten betalen. Mijn inschatting is dat een dergelijk verschil niet zal blijken te bestaan en dat het Hof in een volgend auteursrechtelijk geval tot dezelfde conclusie komt.

90 Meer in het bijzonder heeft het Hof reeds geoordeeld dat de interventie van de hotelexploitant die tot doel heeft aan zijn klanten toegang tot een uitgezonden werk te verschaffen, moet worden beschouwd als een extra dienst die wordt verleend om er een bepaald voordeel uit te trekken, aangezien deze dienstverlening een invloed heeft op de standing van het hotel en dus op de prijs van de kamers. Naar analogie heeft het Hof geoordeeld dat de vertoning van uitgezonden werken door de exploitant van een café-restaurant gebeurt met het doel en in staat kan zijn om gevolgen te hebben voor het aantal bezoekers van die horecagelegenheid en uiteindelijk voor de financiële resultaten ervan (zie in die zin reeds aangehaalde arresten, SGAE, punt 44 en Football Association Premier League e.a., punt 205).

91 Aldus wordt verondersteld dat het publiek waaraan de mededeling wordt verricht, door de gebruiker als doelgroep is gekozen en bovendien op één of andere manier ontvankelijk is voor zijn mededeling en deze niet toevallig „opvangt”.

Een horeca-exploitant kiest er “opzettelijk” voor om zijn doelgroep muziek te bieden en doet dat met een winstoogmerk. Het publiek hoort de muziek niet toevallig.

92 Aan de hand van deze criteria moet worden beoordeeld of in een zaak als die in het hoofdgeding, een tandarts die als achtergrondmuziek fonogrammen uitzendt in aanwezigheid van zijn patiënten, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 verricht.

93 Hoewel het in beginsel aan de nationale rechterlijke instanties staat om te bepalen of dit in een concreet geval zo is en om alle definitieve feitelijke vaststellingen dienaangaande te doen, zoals in punt 80 van het onderhavige arrest is uiteengezet, moet

worden vastgesteld dat het Hof aangaande het hoofdgeding beschikt over alle elementen die nodig zijn om te beoordelen of er sprake is van een dergelijke mededeling aan het publiek.

Het Hof is van oordeel dat zij deze zaak volledig zelf kan afdoen omdat zij alle feiten kent.

94 Allereerst dient te worden opgemerkt dat zoals in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten SGAE en Football Association Premier League e.a., de patiënten van een tandarts, hoewel zij zich binnen het ontvangstgebied van het dragersignaal van de fonogrammen bevinden, deze fonogrammen slechts kunnen horen omdat de tandarts dit doelbewust mogelijk heeft gemaakt. Bijgevolg moet worden aangenomen dat deze tandarts welbewust intervenueert in de uitzending van deze fonogrammen.

De tandarts intervenueert wel opzettelijk.

95 Wat vervolgens de patiënten van een tandarts als die in het hoofdgeding betreft, is het van belang erop te wijzen dat zij normaliter een geheel van personen vormen waarvan de samenstelling grotendeels stabiel is en dat zij dus een bepaald geheel van potentiële luisteraars uitmaken, aangezien andere personen in beginsel geen toegang hebben tot de zorgverlening van deze tandarts. Bijgevolg gaat het niet om „personen in het algemeen”, anders dan de in punt 85 van het onderhavige arrest gegeven omschrijving.

96 Daarenboven moet aangaande het aantal personen voor wie hetzelfde fonogram door de tandarts hoorbaar wordt gemaakt, in lijn met wat in punt 84 van het onderhavige arrest is uiteengezet, worden vastgesteld dat het aantal personen vrij beperkt en zelfs onbeduidend is in het geval van patiënten van een tandarts, aangezien de kring van personen die tegelijk in zijn kabinet aanwezig zijn, doorgaans zeer beperkt is. Zo de patiënten op elkaar volgen, neemt dit bovendien niet weg dat deze beurtelings aanwezige patiënten in de regel niet dezelfde

fonogrammen, met name de via de radio uitgezonden fonogrammen, horen.

Hierin zit een belangrijk feitelijk oordeel: de kring van personen die tegelijk bij de tandarts aanwezig is, is te klein om als publiek te gelden. Dat is op zich te begrijpen. Maar dan volgt de beoordeling van het cumulatieve publiek: die horen andere muziek, dus is het niet relevant. Maar dat gold dan toch ook door de elkaar snel opvolgende bezoekers van hotelkamers en hotellobby's? Kennelijk is dat cumulatieve effect beperkt op te vatten.

97 Ten slotte kan niet worden betwist dat, in een situatie als die in het hoofdgeding, een tandarts die als achtergrondmuziek fonogrammen uitzendt in aanwezigheid van zijn patiënten, louter wegens deze uitzending redelijkerwijs niet kan verwachten dat het aantal patiënten van zijn praktijk zal toenemen, of dat hij de prijs van de zorgverlening zal kunnen verhogen. Bijgevolg kan een dergelijke uitzending op zich geen invloed hebben op de inkomsten van deze tandarts.

98 De patiënten van een tandarts gaan immers uitsluitend voor tandverzorging naar een tandartspraktijk en daarbij is een uitzending van fonogrammen geen aan tandverzorging inherent aspect. Zij horen toevallig en buiten hun wil bepaalde fonogrammen, afhankelijk van hun aankomsttijdstip in de praktijk en hun wachttijd alsook van de aard van de behandeling. In deze omstandigheden kan niet worden verondersteld dat de normale kring van patiënten van een tandarts ontvankelijk is voor de betrokken uitzending.

99 Bijgevolg vertoont een dergelijke uitzending geen winstoogmerk, zodat niet is voldaan aan het in punt 90 van dit arrest vermelde criterium.

Hierin zitten de belangrijkste en meest betwistbare feitelijke vaststellingen. Mensen gaan niet naar de tandarts om naar muziek te luisteren. Zij hebben geen invloed op de keuze van de fonogrammen. Zij zijn dus niet „ontvankelijk”, oftewel ze hebben er geen behoefte aan. Ze horen het eigenlijk per ongeluk. De

tandarts kan niet verwachten dat hij meer klanten krijgt als hij muziek draait of dat hij zijn prijzen zal kunnen verhogen. Dus de muziek heeft geen invloed op zijn inkomsten en hij (dus) heeft hij geen winst oogmerk.

Oordeel

Klopt dit? Ik denk het niet. De tandarts kiest ervoor om muziek te laten horen in zijn wachtkamer. Dat doet hij niet per ongeluk.⁴ Dat doet hij in de veronderstelling dat het verblijf daarmee ofwel voor zichzelf, of voor zijn assistenten, maar vermoedelijk met name voor zijn klanten aangenamer wordt gemaakt. Waarom wil hij het verblijf voor zijn klanten aangenamer maken? Natuurlijk wel degelijk om meer klanten te krijgen of hogere prijzen te kunnen (blijven) vragen. De doelstelling van de tandarts verschilt niet wezenlijk van de doelstelling van de horeca-onderneming. Bij tandartsbezoek is het kunnen luisteren naar muziek in de wachtkamer waarschijnlijk minder belangrijk dan in de kroeg, maar het is ook een kwestie van smaak en van gradatie. Bij gebruik van hotelkamers is de mogelijkheid naar muziek te kunnen luisteren en televisie te kijken net zo zeer bijzaak. Het feitelijk oordeel dat de tandarts bij het laten horen van muziek geen winstoogmerk heeft is naar mijn oordeel simpelweg onjuist en zelfs zeer ongeloofwaardig als we de algemene reputatie van tandartsen op het onderdeel 'winstoogmerk' in ogenschouw nemen. De eerste tandarts zonder winstoogmerk moet ik nog tegen komen. Dat geldt overigens ook voor advocaten. Ik denk dat de confrères in The Rock waar ik [gisteren](#) te gast was bijvoorbeeld niet de illusie zullen hebben dat zij voor de prachtige muzak⁵ in hun parkeergarage niet hoeven te betalen. Niemand gaat naar (de parkeergarage van) zijn advocaat om naar muziek te luisteren. Er zal zelden meer dan een verwaarloosbaar aantal cliënten tegelijk in die parkeergarage naar die muziek luisteren. Er zullen steeds afwisselende

⁴ Marco del Corso maakt op zijn website reclame met het feit dat men bij hem ontvangen wordt in een "ambiente amichevole", oftewel een vriendelijke omgeving. Het laten horen van muziek is naar zijn idee ongetwijfeld een onderdeel van die aangename ambiance. zie <http://www.studiodelcorso.com/>.

⁵ Het woord Muzak is een handelsmerk dat dateert uit 1922 en is bedacht door generaal George Squier. Hij patenteerde een systeem voor het doorgeven en verspreiden van achtergrondmuziek vanaf grammofoonplaten via elektriciteitsleidingen naar werkplaatsen. Squier was verbaasd over het maakwoord Kodak dat als handelsmerk werd gebruikt. Hij nam de stam "mus" van het Engelse music en voegde het "ak" van Kodak toe, zodat het woord Muzak ontstond. (bron: wikipedia).

fonogrammen worden gedraaid. Maar het winstoogmerk is m.i. onmiskenbaar.

Ik doe een poging om de consequenties van het arrest eenvoudig en voor de praktijk hanteerbaar samen te vatten.

Vooralsnog houd ik het er op dat het arrest van het Hof een aantal cumulatieve voorwaarden bevat:

- 1. Het moet gaan om een besloten plaats, waar men niet zonder afspraak binnen kan lopen. Zodra je ergens wel zonder afspraak binnen kan lopen is het aantal potentiële luisteraars immers onmiddellijk 'onbepaald'.**
- 2. Het moet gaan om een zeer klein aantal personen. Gezien de behandeltijd bij de tandarts is bij een enkele tandarts het aantal gelijktijdig wachtenden in de wachtkamer toch hoogstens drie á vier. Meestal zelfs slechts één of twee.**
- 3. Er mag geen sprake zijn van een winstoogmerk aan de zijde van de gebruiker. Volgens mij is dat er bij de tandarts wel, ook bij het laten horen van muziek, maar volgens het Hof dus niet. Daar zal de feitenrechter per individueel geval over moeten en mogen beslissen. Ten aanzien van feitelijke oordelen is de nationale feitenrechter niet gebonden aan het Hof EU.**

Mogelijk is er een verschil tussen het auteursrechtelijk verbodsrecht als uitgeoefend door Buma en het vergoedingsrecht uitgeoefend door Sena.

Of het zo (relatief) overzichtelijk is, moet blijken. Het Hof geeft zich zelf en de feitenrechter, als gezegd, in overweging 79 de vrijheid en de opdracht om "meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria" in onderling verband te gaan afwegen "waarbij deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen". Dit kan en mag dus kennelijk in de praktijk "in verschillende concrete situaties" tot zeer wisselende resultaten leiden. Er wordt nog niet gesproken over 'het wezen' of 'de functies' van het auteursrecht, maar de vaagheid is dezelfde als in het merkenrecht.

Mogelijke plaats waar van achtergrondmuziek met winstoogmerk geen sprake is:

<http://www.condenaststore.com/-sp/Well-look-at-it->

[this-way-how-many-dungeons-are-there-with-muzak-Cartoon-Prints_i8640021_.htm](#)