

Iedereen die niet van Jimmy Hendrix houdt

Citeersuggestie: E.C. Menkhorst, 'Iedereen die niet van Jimmy Hendrix houdt', IE-Forum [10434](#).

ASCAP tegen Yahoo! Inc. en RealNetworks Inc. Of: De zaak waarin de Amerikaanse rechter oordeelde dat een download geen performance is en iedereen die niet van Jimmy Hendrix houdt geen verstand heeft.



Afgelopen maand deed de Amerikaanse Court of Appeal uitspraak in een procedure tussen ASCAP enerzijds en Yahoo! Inc. en RealNetworks Inc. (samen aangeduid in de uitspraak met 'the Internet Companies') aan de andere kant¹.

De ASCAP, *short for* de American Society of Composers, Authors and Publishers, is de Amerikaanse equivalent van Buma/Stemra. Namens de meer dan 295.000 aangesloten componisten, songwriters, tekstschrijvers en muziekuitgevers verstrekt het bedrijf licenties op muziekwerken aan gebruikers. De Internet Companies zijn bekende internetondernemingen die de bezoekers van hun websites de mogelijkheid bieden om via streaming bepaalde nummers te beluisteren en om deze nummers te downloaden.

In de eerste plaats ging de uitspraak over de hoogte van de vergoeding die door de Internet Companies aan ASCAP betaald dient te worden voor het exploiteren van muziek. Deze vraag verwijst de Court of Appeal (met daarin onder meer het Amerikaanse IE-kopstuk Judge Jacobs) uiteindelijk terug naar de district court. In dit artikel zal ik met name de tweede vraag in de uitspraak behandelen: hoe kan het downloaden van muziek gekwalificeerd worden onder het Amerikaanse auteursrecht? En hoe zit dit eigenlijk in het Nederlandse recht?

Het Amerikaanse auteursrecht

Op grond van § 106 van de Amerikaanse Copyright Act heeft de maker van een werk het exclusieve recht om een aantal handelingen te verrichten. Met betrekking tot muziekwerken is dit het recht *'to reproduce the*

copyrighted work in copies or phonorecords' en het recht *'to perform the copyrighted work publicly'*.

Dat er in het geval van een download sprake is van een reproductie van het werk, daar zijn alle partijen het over eens. Er is immers sprake van het verzenden van een elektronisch bestand, dat een digitale kopie bevat van het muziekwerk, naar een lokale harde schijf. Wel verschillen partijen van mening of er (tevens) sprake is van een *performance* van het muziekwerk. § 101 van de Copyright Act, dat de definities geeft van een aantal auteursrechtelijke begrippen, licht toe wat in ieder geval onder dit begrip moet worden verstaan: *'To 'perform' a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process'*. In het geval van downloads is er naar de mening van de Court of Appeal in ieder geval geen sprake van *dance* of een *act*. *Recite, render* en *play* blijven dan nog over.

Daarbij dient volgens de Court of Appeal op grond van eerdere uitspraken² in de eerste plaats gekeken te worden naar de betekenis die de woorden in het dagelijks spraakgebruik (of: hun *common-sense understandings*) hebben. Wat deze *common-sense understanding* is, wordt toegelicht met het volgende, tot de verbeelding sprekende citaat:

'Itzakh Perlman gives a "recital" of Beethoven's Violin Concerto in D Major when he performs it aloud before an audience. Jimmy Hendrix memorably (or not, depending on one's sensibility) offered a "rendition" of the Star-Spangled Banner at Woodstock when he performed it aloud in 1969. Yo-Yo Ma "plays" the Cello Suite No. 1 when he draws the bow across his cello strings to audibly reproduce the notes that Bach inscribed.'

¹ In navolging van US District Court Southern District of New York 25 april 2007, Civil Action [41-1395](#) (WCC) (USA tegen ASCAP e.a.); US Court of Appeals 28 september 2010, [09-0539-cv](#) (L) (USA tegen ASCAP * *Afbeelding* ©[www.sheilsoft.com](#)

² Meer in het bijzonder *Barnhart v. Sigmon Coal Co., United States v. Piervinanzi* en *Marvel Characters, Inc. v. Simon*.

Volgens de Court of Appeal hebben al deze begrippen met elkaar gemeen dat er sprake is van een zekere *contemporaneous perceptibility*: het muziekwerk wordt steeds gelijktijdig waargenomen. Al met al concludeert het Court of Appeal dat er bij downloads geen sprake is van *recite, render of play*, en om die reden niet als performance gezien kan worden volgens de Copyright Act:

'The downloads at issue in this appeal are not musical performances that are contemporaneously perceived by the listener. They are simply transfers of electronic files containing digital copies from an on-line server to a local hard drive. The downloaded songs are not performed in any perceptible manner during the transfers; the user must take some further action to play the songs after they are downloaded. Because the electronic download itself involves no recitation, rendering, or playing of the musical work encoded in the digital transmission, we hold that such a download is not a performance of that work, as defined by § 101.'

Omdat er geen sprake is van een 'performance', hoeft hiervoor, naast de vergoeding voor de reproductie van het werk, geen aanvullende vergoeding te worden betaald aan de ASCAP. Ten aanzien van muziek die wordt gestreamd, is het Court of Appeal overigens wel van mening dat er sprake is van een openbaarmaking:

'A stream is an electronic transmission that renders the musical work audible as it is received by the client-computer's temporary memory. This transmission, like a television or radio broadcast, is a performance because there is a playing of the song that is perceived simultaneously with the transmission.'

De reactie van de ASCAP op de uitspraak was in ieder geval vrij standaard voor een partij die zojuist een procedure heeft verloren: *'We are studying the decision and will determine what further action is appropriate.'*

Hoe zit het in Nederland?

Op grond van artikel 1 van de Auteurswet heeft de maker het exclusieve recht om een werk te verveelvoudigen en openbaar te maken. Gelijk het Amerikaanse recht valt een download naar mijn idee als een auteursrechtelijke verveelvoudiging te kwalificeren.

Er wordt – zoals de Court of Appeal al opmerkte – een kopie van het muziekbestand op de harde schijf van de internetgebruiker geplaatst.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de Internet Companies naar Nederlands recht de muziekwerken ook openbaar maken, als zij de bezoekers van hun websites de mogelijkheid bieden om deze te downloaden.

In artikel 12 van de Auteurswet worden enkele methoden van openbaarmaking genoemd. In de eerste plaats is er sprake van een openbaarmaking als de auteur het werk laat verschijnen: hij verschaft het werk aan een of meer personen buiten de besloten kring. Op grond van eerdere rechtspraak weten wij dat collega's en bejaardentehuizen hier in ieder geval niet onder vallen.³ Voorts kan er sprake zijn van een openbaarmaking als het publiek wordt verhuurd of uitgeleend, als er sprake is van een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling van het werk, of als het wordt uitgezonden, zo blijkt uit artikel 12.

Uit eerdere rechtspraak⁴ bleek dat bij de uitleg van het openbaarmakingsbegrip tevens moet worden gekeken naar Europese regelgeving op dit punt, en meer in het bijzonder de Auteursrechtlijn.⁵ Artikel 3 van deze richtlijn schrijft onder meer voor:

'De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats of tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden (onderstreping EM).'

Uit considerans 23 bij deze richtlijn volgt voorts dat aan het openbaarmakingsrecht een ruime betekenis moet worden gegeven, die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong aanwezig publiek wordt gedaan.

³ Pres. Rb. 's-Gravenhage 21 juli 1988, IER 1988, 45 (*Buma/Oostingh Staalbouw*) respectievelijk HR 9 maart 1979, NJ 1979, 341 (*Willem Dreeshuis/Buma*).

⁴ Zie bijvoorbeeld HR 19 juni 2009, IEF [7976](#) (*Buma/Chellomedia*).

⁵ Of voluit: 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.

Zie te dien aanzien ook de *Hoteles*-zaak van het HvJ EU, waarin werd bepaald dat er sprake is van een openbaarmaking als het werk op zodanige wijze aan het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is,⁶ de uitspraak van het HvJ EU inzake *Padawan/SGAE*, waarin werd benadrukt dat vanuit auteursrechtelijk oogpunt rekening moet worden gehouden met de loutere mogelijkheid voor de eindgebruiker om van het werk kennis te nemen⁷ en de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag waarin de maker zowel een mededelingsrecht in enge zin als een beschikbaarstellingsrecht werd toegekend.⁸

Al met al kan naar mijn mening worden geconcludeerd dat het Nederlandse begrip 'openbaarmaking' ruimer is dan het Amerikaanse 'performance'. Het aanbieden van een download op een website kan worden gezien als een mededeling aan het publiek van het betreffende muziekwerk en om die reden als een openbaarmaking het muziekwerk, waar de toestemming van de auteur voor nodig is (of in plaats daarvan een vergoeding voor moet worden betaald aan een collectieve beheersorganisatie).

Niet geheel verrassend is Buma dit in ieder geval met mij eens. In hun *Frequently Asked Questions* geeft zij aan een download als een muziekbestand te zien dat vanuit het internet openbaar wordt gemaakt en opgeslagen kan worden op een geluidsdrager.

Maar ondanks dat de auteursrechtelijk beschermde exploitatiehandelingen op grond van de Nederlandse Auteurswet vermoedelijk verschillen van die van de Amerikaanse Copyright Act, kan er over één onderwerp van deze uitspraak in beide landen in ieder geval hetzelfde worden gedacht. Jimmy Hendrix was natuurlijk een briljant gitarist.

Elise Menkhorst

⁶ HvJ EG 7 december 2006, IEF [3022](#) (*Hoteles*).

⁷ HvJ EG 21 oktober 2010, IEF [9171](#) (*Padawan/SGAE*).

⁸ Hof Den Haag 15 november 2010, IEF [9218](#) (*FTD/Eyeworks*).