

dere beperkingen uit de Auteurswet en een plaats heeft gekregen in hoofdstuk 1 paragraaf 6 van de Auteurswet (met als titel 'Beperkingen van het auteursrecht').

14. Tot slot. Het is uiteindelijk aan het HvJ EU om te beslissen of art. 19 lid 3 Aw een beperking in de zin van art. 5 ARL is. Stel dat het Hof (met ons) van mening is dat dit inderdaad het geval is, dan blijven wij met de merkwaardige situatie zitten dat analoog gebruik van een portretfoto (die door de geportretteerde ter beschikking is gesteld) in een papieren krant wel is toegestaan, maar niet de publicatie van diezelfde foto op de website van die krant. Dit verschil in uitkomst is moeilijk uit te leggen.

15. Dit verschil in uitkomst zou kunnen worden weggenomen door art. 19 lid 3 Aw ruim uit te leggen en ook digitaal gebruik van een portret toelaatbaar te achten. Spoor/Verkade/Visser verdedigen dit, maar zien daarbij onzes inziens over het hoofd dat art. 5 lid 3 sub o ARL deze lezing van art. 19 lid 3 Aw niet toelaat.⁹ Het verschil in uitkomst kan ook worden weggenomen door art. 19 lid 3 Aw te schrappen. Dat is een weg die in ieder geval bewandelbaar is en als uitkomst heeft dat (zonder toestemming van de auteursrechthebbende) zowel digitaal als analoog gebruik van het portret *niet* is toegestaan.

16. Maar is het schrappen van art. 19 lid 3 Aw niet te radicaal? Niet als men door Quaadvlieg geïnspireerd raakt. Hij heeft in 2009 namelijk de vraag gesteld of art. 19 lid 3 Aw in het digitale tijdperk waarin wij inmiddels al een tijdje leven, nog wel gerechtvaardigd is. Zijn antwoord luidde toen als volgt:

"Je zou je kunnen afvragen of de bijzondere regeling voor fotografische portretten in art. 19, lid 3 nog wel gerechtvaardigd is. Om te voldoen aan praktische noden van visuele identificatie is overal wel een eigen elektronische camera bij de hand; tegen de achtergrond van dat gegeven is de vraag of de professionele fotograaf niet langzamerhand een statuut op gelijke voet met de portretschilder verdient, òf dat deze op gelijke voet met de fotograaf behandeld mag worden in lid 3. In dat geval zou daaraan de voorwaarde toegevoegd kunnen worden dat er een zekere noodzaak moet zijn voor het gebruik. Bijvoorbeeld, men wil een nieuwsblad ten behoeve van een necrologie een esthetisch portret van de personen verschaffen in de jaren van zijn bloei en er zijn geen acceptabele alternatieven beschikbaar."¹⁰

17. Anno 2023 is de vraag van Quaadvlieg nog steeds actueel en zijn de geesten wellicht rijp om na te denken over afschaffing van art. 19 lid 3 Aw. Wordt de bepaling geschrapt, dan is voor zowel analoog als digitaal gebruik van de foto in de krant of op de website van de krant toe-

stemming van de fotograaf nodig. Die toestemming kan (tegen betaling) achteraf worden bedongen, maar ook bij het aangaan van de opdracht tot portretteren.

18. Is die toestemming niet verkregen en is sprake van een uitzonderlijk schrijnend geval, bijvoorbeeld het geval dat Quaadvlieg hierboven in nr. 16 noemt, dan heeft de rechter alsnog voldoende middelen tot zijn beschikking om tot een billijke uitkomst te komen. Daarbij dient bedacht te worden dat wij weliswaar een gesloten stelsel van beperkingen hebben (geen open fair-use-beperking), maar de Nederlandse rechter in het geval er sprake is van een inbreuk de nodige vrijheid heeft bij het opleggen van maatregelen. Zo kunnen schrijnende gevallen (ook na de afschaffing van art. 19 lid 3 Aw) wat ons betreft worden opgelost doordat de rechter bij het opleggen van maatregelen rekening houdt met het proportionaliteitsbeginsel.¹¹

P.G.F.A. Geerts & J. van Kampen

IER 2023/3

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

17 december 2021

(Mrs. C.A. Streefkerk, C.E. du Perron, M.J. Kroeze, S.J. Schaafsma en G.C. Makink)

m.nt. J. Seignette

Garrix/Spinnin

Overeenkomsten tussen DJ en platenmaatschappij en tussen DJ en artiestenmanagement; onredelijk bezwarend beding; beoordeling ex tunc; begrip fonogrammenproducent.

Art. 25f lid 2 Aw; art. 6:2 lid 2 BW; art. 1d WNR

20/01155

20/01158

NJ 2022/90

RvdW 2022/26

NJB 2022/14

ECLI:NL:HR:2021:1923

ECLI:NL:PHR:2021:433

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN CIVIELE KAMER

Nummers 20/01155 en 20/01158

Datum 17 december 2021

ARREST

In de zaak 20/01155

[eiser],

wonende te [woonplaats],

eiser tot cassatie, verweerder in het incidentele cassatieberoep, hierna: [eiser],

advocaat: S.M. Kingma,

⁹ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 6.5 (noot 36). Zie ook Verkade *T&C Intellectuele eigendom*, art. 19 Aw, aant. 4.

¹⁰ Antoon Quaadvlieg, 'Artikel 19 en 20 Aw: in opdracht verzonken portretten', in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, p. 143.

¹¹ Zie in dit verband Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019), nr. 5.4-5.5.

tegen

1. Spinnin Records B.V., gevestigd te Hilversum, hierna: Spinnin,
 2. Musicallystars Management B.V., gevestigd te Hilversum, hierna: MAS,
 verweerder in cassatie, eiseressen in het incidentele cassatieberoep, hierna gezamenlijk: Spinnin c.s.,
 advocaat: A.M. van Aerde,
 en in de zaak 20/01158
 1. Spinnin Records B.V., gevestigd te Hilversum, hierna: Spinnin,
 2. Musicallystars Management B.V., gevestigd te Hilversum, hierna: MAS,
 eiseressen tot cassatie, verweersters in het incidentele cassatieberoep, hierna gezamenlijk: Spinnin c.s.,
 advocaat: A.M. van Aerde,
 tegen
 [eiser],
 wonende te [woonplaats],
 verweerder in cassatie, eiser in het incidentele cassatieberoep, hierna: [eiser],
 advocaat: S.M. Kingma.

1. Procesverloop

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

1. de vonnissen in de zaak C/16/406771 / HL ZA 16-9 van de rechtbank Midden-Nederland van 6 juli 2016, 8 maart 2017 en 20 september 2017;
 2. het arrest in de zaak 200.227.882/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019.
- [eiser] en Spinnin c.s. hebben ieder afzonderlijk tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. Spinnin c.s. en [eiser] hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld.
- Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.
- De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor Spinnin c.s. mede door N.M. Bilderbeek.
- De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt in beide zaken tot verwerping van het principale cassatieberoep en van het incidentele cassatieberoep.
- De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2-2.33. Deze komen samengevat op het volgende neer.

- (i) [eiser] is onder de artiestennaam Martin Garrix een wereldberoemde deejay. Het in 2013 uitgebrachte nummer 'Animals' zorgde voor zijn grote doorbraak. In 2016 werd hij door het internationale tijdschrift DJ MAG als nummer 1 deejay van de wereld gekozen.

- (ii) Spinnin houdt zich sinds 1999 bezig met het vermarkten van muziek van deejays. Spinnin is wereldwijd toonaangevend op het gebied van elektronische dansmuziek.
- (iii) MAS is in 2007 opgericht en houdt zich bezig met het boeken en managen van artiesten alsmede met het exploiteren en vermarkten van rechten in de entertainmentbranche.
- (iv) [betrokkene 1] en [betrokkene 2] zijn (indirect) aandeelhouders en (indirect) bestuurders van Spinnin en MAS. Spinnin en MAS zijn op hetzelfde kantooradres gevestigd.
- (v) Op 30 juli 2013 hebben [eiser] (als minderjarige vertegenwoordigd door zijn vader) en MAS een co-managementovereenkomst gesloten. Art. 2 van deze overeenkomst luidt:
 "Deze overeenkomst (...) vangt aan op 30 juli 2013 en wordt aangegaan voor de duur van 2 (twee) jaar en zal dus lopen tot 30 juli 2015. [MAS] heeft het recht om deze overeenkomst eenmalig te verlengen met 2 (twee) jaar, een en ander door [MAS] schriftelijk te bevestigen 1 (één) maand voor 30 juli 2015."
- (vi) Op 30 juli 2013 hebben [eiser] en Spinnin een productieovereenkomst gesloten, die tevens bestaat uit een brief met een opsomming van de afspraken (hierna afzonderlijk: 'briefovereenkomst'). Deze overeenkomst is eveneens aangegaan voor een periode van twee jaar, met als ingangsdatum 30 juli 2013, en bevat een eenzijdige verlengingsmogelijkheid die vergelijkbaar is met die in de co-managementovereenkomst (zie hiervoor onder (v)).
- (vii) Op 26 januari 2015 respectievelijk 13 mei 2015 hebben MAS en Spinnin een beroep gedaan op hun recht de co-managementovereenkomst en productieovereenkomst eenmalig met twee jaar te verlengen tot 30 juli 2017.
- (viii) Bij brief van 29 juli 2015 heeft [eiser] aan Spinnin c.s. bericht dat alle overeenkomsten zijn vernietigd, ontbonden dan wel beëindigd.

2.2 [eiser] vordert in dit geding, voor zover in cassatie van belang, voor recht te verklaren dat de overeenkomsten met Spinnin en MAS zijn vernietigd, ontbonden dan wel beëindigd, dan wel dat bepaalde bepalingen daarin vernietigd zijn op grond van art. 25f Auteurswet (hierna: Aw), althans buiten toepassing dienen te blijven wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ook vordert [eiser] voor recht te verklaren dat hij fonogrammenproducent is in de zin van de Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr) van alle nummers die hij heeft geproduceerd tussen 20 juli 2012 en 21 augustus 2015 (hierna: de tracks), voor het per track genoemde percentage.

2.3.1 De rechtbank¹² heeft, voor zover in cassatie van belang, voor recht verklaard dat de overeenkomsten zijn vernietigd op grond van dwaling en dat [eiser] de fonogrammenproducent is in de zin van de Wet op de naburige rechten.

¹² Rechtbank Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4775.

grammenproducent is van de in het vonnis genoemde tracks voor de daarin genoemde percentages.

2.3.2 Het hof¹³ heeft het vonnis bekrachtigd wat betreft de verklaring voor recht dat [eiser] fonogrammenproducent is van de in het vonnis genoemde tracks, met uitzondering van de track 'Cracked' omdat die niet bestaat. Voor het overige heeft het hof het vonnis vernietigd. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, de stelling van [eiser] verworpen dat het merendeel van de bedingen in de productieovereenkomst van 2013, waaronder het beding over de royaltyvergoeding, de toets van art. 25f Aw niet kunnen doorstaan en dus vernietigbaar zijn. Het heeft voor recht verklaard dat de eenzijdige verlengingsopties in art. 2 van de co-managementovereenkomst en art. 7 van de briefovereenkomst nietig zijn en dat die overeenkomsten per 30 juli 2015 zijn geëindigd.

2.3.3 Over de hoogte van de royaltyvergoeding heeft het hof overwogen:

"7.62 Het volgende punt betreft de hoogte van de royaltyvergoeding in artikel 5. Dat de hoogte van de royaltyvergoeding in de gegeven omstandigheden uitzonderlijk laag is, wordt door (...) [eiser] niet verder geconcretiseerd, zodat het hof daaraan voorbij gaat. Het verwijt dat de bepaling onredelijk is omdat het Spinnin in staat stelt onbeperkt kosten in mindering te brengen omdat de vergoeding berekend wordt over netto-inkomsten, mist feitelijke grondslag. Er is namelijk niet gesteld of gebleken dat Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. In de concrete omstandigheden van dit geval is het beding daarom niet onredelijk."

Over de eenzijdige verlengingsoptie van Spinnin en MAS heeft het hof overwogen:

"7.66 Tot slot de eenzijdige verlengingsmogelijkheid van Spinnin in artikel 7 van de briefovereenkomst. Artikel 7 geeft Spinnin de mogelijkheid de overeenkomst tegen dezelfde voorwaarden met twee jaar te verlengen. Het hof is van oordeel dat deze bepaling in het licht van de concrete omstandigheden van dit geval, namelijk het grote commerciële succes van [eiser] en de daardoor ontstane onevenredigheid tussen de vergoedingen aan [eiser] en de opbrengsten voor Spinnin, ook indien de overeengekomen verhoging van 10% (van 30% naar 33%) wordt meegenomen, als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd. Het beding is door [eiser] terecht vernietigd. Het gevolg daarvan is dat de briefovereenkomst 2013, de productieovereenkomst 2013 en vanwege de nauwe samenhang ook de co-managementovereenkomst op 30 juli 2013 [lees: 2015, HR] zijn geëindigd."

Over de vraag wie als fonogrammenproducent moet worden aangemerkt, heeft het hof overwogen:

"7.81 (...) Bepalend zijn, en daarover zijn partijen het eens, het initiatief tot en de verantwoordelijkheid voor de eerste vastlegging. De rechtbank heeft (...) het juiste toetsingskader toegepast.

7.82 De rechtbank heeft aan de hand van de feitelijke gang van zaken rond de totstandkoming van de specifieke tracks bepaald wie als fonogrammenproducent moet worden aangemerkt. De rechtbank heeft zich daarbij, anders dan Spinnin c.s. (...) stellen, niet laten leiden door hetgeen in de productieovereenkomst is overeengekomen.

7.83 De rechtbank is in haar beoordeling ervan uitgegaan dat de versie zoals die door [eiser] werd aangeleverd als de eerste vastlegging moet worden beschouwd. Dit is volgens Spinnin c.s. niet juist. Spinnin c.s. betogen dat in geval van [elektronische dansmuziek], waarbij elke volgende versie van een track voortbouwt op een eerdere versie, iedere nieuwe versie en dus ook de definitieve door Spinnin uitgebrachte versie van de track, als een eerste vastlegging moet worden aangemerkt. Die stelling vindt naar het oordeel van het hof geen steun in het recht, waarin stelsmatig wordt gesproken over de eerste opname.

7.84 Spinnin c.s. betwisten daarnaast dat [eiser] het initiatief nam en verantwoordelijk was voor de eerste opname. Het hof leest in de betwisting geen andere stellingen of verweren dan die in eerste aanleg waren aangevoerd en door de rechtbank uitgebreid gemotiveerd zijn verworpen. Het hof onderschrijft die motivering en is met de rechtbank van oordeel dat in het licht van de vastgestelde feitelijke gang van zaken [eiser] als producent van de genoemde tracks moet worden aangemerkt, uitgezonderd de track getiteld Cracked, die niet bestaat."

3. Beoordeling van de middelen in zaak 20/01155 ([eiser]/Spinnin c.s.)

Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1 Onderdeel 4.2 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 7.62 dat de bepaling betreffende de royaltyvergoeding niet onredelijk is omdat niet is gesteld of gebleken dat Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat de vernietigbaarheid of onredelijk-bezwarendheid van een beding op de voet van art. 25f lid 2 Aw niet moet worden beoordeeld aan de hand van de nadelen die zich bij de uitvoering van het beding daadwerkelijk hebben verwezenlijkt, maar aan de hand van de eventuele onredelijk bezwarende gevolgen waaraan het beding de maker van de aanvang af blootstelde, of die zich nu daadwerkelijk hebben verwezenlijkt of niet. [eiser] behoefde dan ook niet te stellen dat

¹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117.

Spinnin daadwerkelijk onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht, aldus de klacht.

3.1.2 Art. 25f lid 2 Aw bepaalt dat vernietigbaar is een beding dat, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval, voor de maker onredelijk bezwarend is. Blijkens de wetsgeschiedenis dient hierbij een lichtere toets te worden gehanteerd dan op grond van art. 6:2 BW geldt.¹⁴ Of een beding de maker onredelijk bezwaart, vergt een oordeel van de rechter, die daarbij alle relevante omstandigheden van het geval kan betrekken.¹⁵

3.1.3 De toetsing van art. 25f lid 2 Aw – welke bepaling als sanctie een vernietigingsgrond bevat – houdt naar haar aard een beoordeling in van omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (*ex tunc*). Art. 25f lid 2 Aw heeft geen betrekking op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het moment van contractsluiting. De rechter dient de vraag of een beding onredelijk bezwarend is als bedoeld in art. 25f lid 2 Aw dus *ex tunc* te beoordelen.

3.1.4 Het hof heeft in rov. 7.62 geoordeeld dat het beding niet onredelijk is omdat niet is gesteld of gebleken dat Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht. Aldus heeft het hof zich bij zijn oordeel gericht op een omstandigheid die zich na het moment van contractsluiting heeft voorgedaan, namelijk de uitvoering van de overeenkomst. Gelet op het hiervoor in 3.1.3 overwogene, slaagt de klacht dus.

3.2.1 Onderdeel 4.4 betreft de door [eiser] gevorderde verklaring voor recht dat de door hem genoemde bedingen uit de overeenkomsten met Spinnin c.s. buiten toepassing moeten worden gelaten wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het onderdeel klaagt dat het hof deze vordering ten onrechte niet (kenbaar) heeft behandeld. In de toelichting op het onderdeel wordt erop gewezen dat de omstandigheid dat het hof de meeste van de bedoelde bedingen niet onredelijk bezwarend heeft bevonden in de zin van art. 25f lid 2 Aw, nog niet meebrengt dat toepassing van die bedingen niet op grond van art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn.

3.2.2 Deze klacht slaagt. Het hof had, voor zover het oordeelde dat de door [eiser] genoemde bedingen niet onredelijk bezwarend zijn in de zin van art. 25f lid 2 Aw, de subsidiaire vordering van [eiser] dat de bedingen buiten toepassing dienen te blijven wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, moeten behandelen.

Hierbij is van belang dat, anders dan bij de beoordeling of een beding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 25f lid 2 Aw (zie hiervoor in 3.1.3), bij de beoordeling of de toepassing van een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, ook omstandighe-

den kunnen worden meegewogen die zich na de contractsluiting hebben voorgedaan, zoals de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd.

3.3 De overige klachten van het principale middel kunnen niet 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).

Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

3.4.1 Onderdeel 2.2 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 7.66 dat de eenzijdige verlengingsmogelijkheid als onredelijk bezwarend moet worden beschouwd in de zin van art. 25f lid 2 Aw. Het onderdeel klaagt in de kern dat het hof heeft miskend dat de vraag of een beding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 25f lid 2 Aw dient te worden beoordeeld naar het moment waarop dit beding wordt overeengekomen en niet aan de hand van omstandigheden die daarna al of niet opkomen, zoals groot commercieel succes van de maker.

3.4.2 Het oordeel van het hof in rov. 7.66 kan niet anders worden begrepen dan dat het hof bij zijn oordeel of de eenzijdige verlengingsmogelijkheid onredelijk bezwarend is, omstandigheden heeft meegewogen die zich na het moment van het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan. Het hof acht voor zijn oordeel immers “het grote commerciële succes” van [eiser] en de “daardoor” ontstane onevenredigheid tussen de vergoedingen aan [eiser] en de opbrengsten voor Spinnin van belang. Gelet op het hiervoor in 3.1.3 overwogene slaagt de klacht.

3.5.1 Onderdeel 4.2 is gericht tegen het oordeel van het hof in de rov. 7.83 en 7.84 dat [eiser] kan worden aangemerkt als fonogrammenproducent van de tracks. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is omdat de definitieve, door Spinnin uitgebrachte versie (ook) als eerste vastlegging als bedoeld in art. 1, aanhef en onder d, Wnr moet worden beschouwd.

3.5.2 Volgens art. 1, aanhef en onder d, Wnr wordt onder ‘producent van fonogrammen’ verstaan de natuurlijke of rechtspersoon die een fonogram voor de eerste maal vervaardigt of doet vervaardigen. Blijkens de wetsgeschiedenis staat in deze definitie het vervaardigen centraal. Dit begrip moet zodanig worden uitgelegd dat de persoon die de organisatie van de eerste opname op zich neemt en die daarvoor de financiële verantwoordelijkheid heeft, als de fonogrammenproducent wordt aangemerkt.¹⁶

Nu de wetgever¹⁷ heeft beoogd met de Wet naburige rechten uitvoering te geven aan de Conventie van Rome 1961¹⁸

¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 33308, nr. 3, p. 21–22.

¹⁵ Kamerstukken I 2014/15, 33308, C, p. 11.

¹⁶ Kamerstukken II 1988/89, 21244, nr. 3, p. 10.

¹⁷ Kamerstukken II 1988/89, 21244, nr. 3, p. 1.

¹⁸ Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, Rome, 26 oktober 1961, *Trb.* 1986, 182.

en de Conventie van Genève 1971¹⁹, moet art. 1, aanhef en onder d, Wnr worden uitgelegd in het licht van de definities van het begrip ‘fonogrammenproducent’ in art. 3, aanhef en onder c, van de Conventie van Rome en in art. 1, aanhef en onder b, van de Conventie van Genève. Ook moet art. 1, aanhef en onder d, Wnr worden uitgelegd in het licht van art. 2, aanhef en onder d, van het WIPO-Verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen 1996,²⁰ aan welk verdrag Nederland ook gebonden is. Bij deze verdragen sluit aan de uitleg dat het gaat om de persoon die de organisatie van de eerste opname op zich neemt en die daarvoor de financiële verantwoordelijkheid heeft.

3.5.3 Het hof heeft in deze zaak, in navolging van de rechtbank, voorgaande uitleg van het begrip ‘fonogrammenproducent’ terecht tot uitgangspunt genomen. Het heeft zich aangesloten bij het oordeel van de rechtbank dat in het licht van de vastgestelde feitelijke gang van zaken (zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.264-4.265) [eiser] moet worden aangemerkt als fonogrammenproducent omdat, kort gezegd, de versie zoals die door [eiser] aan Spinnin werd aangeleverd als de eerste vervaardiging moet worden beschouwd en [eiser] de organisatie van deze eerste vervaardiging van de tracks op zich nam en daarvoor de (financiële) verantwoordelijkheid had. Dat oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk. Onderdeel 4.2 faalt derhalve.

3.6 De klachten van de onderdelen 1, 2.1, 4.1 en 4.3 kunnen niet 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).

3.7 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. **Beoordeling van de middelen in zaak 20/01158 (Spinnin c.s./[eiser])**

Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel 2.2 van het middel komt overeen met onderdeel 2.2 van het middel in het incidentele beroep in de zaak met nummer 20/01155 en slaagt op de gronden zoals hiervoor in 3.4.1-3.4.2 weergegeven.

4.2 Onderdeel 4.2 komt overeen met onderdeel 4.2 van het middel in het incidentele beroep in de zaak met nummer 20/01155 en faalt op de gronden zoals hiervoor in 3.5.1.-3.5.3 weergegeven.

4.3 De klachten van de onderdelen 1, 2.1, 4.1 en 4.3 kunnen niet 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).

4.4 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

4.5 De klachten van het middel kunnen niet 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).

5. **Beslissing**

De Hoge Raad:

in de zaak met nummer 20/01155 ([eiser]/Spinnin c.s.)

in het principale beroep en in het incidentele beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep:

- veroordeelt Spinnin c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 2.253,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Spinnin c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan;

in het incidentele beroep:

- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spinnin c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in de zaak met nummer 20/01158 (Spinnin c.s./[eiser])

in het principale beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 december 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spinnin c.s. begroot op € 7.064,56 aan verschotten en € 2.600,--

19 Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen, Genève, 29 oktober 1971, *Trb.* 1986, 183.

20 Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen van kunstenaars en inzake fonogrammen ('WPPT'), Genève, 20 december 1996, *Trb.* 1997, 319. Zie ook *Records of the Diplomatic Conference*, Genève: WIPO 1999, Vol. I, p. 250-252.

voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep:

- verworpt het beroep;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spinnin c.s. begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot¹

De vader van DJ Martin Garrix tekende in 2013 voor zijn toen nog minderjarige zoon overeenkomsten met managementbureau MAS en platenmaatschappij Spinnin Records. De overeenkomsten werden aangegaan voor twee jaar met de mogelijkheid voor MAS en Spinnin om die termijn met één jaar te verlengen. Het ging vervolgens heel snel met Garrix. Het nummer 'Animals' kwam in 2013 uit en vormde zijn grote doorbraak. Het nummer is sindsdien meer dan 1,5 miljard keer op YouTube bekeken. Het enorme succes en de omzet die dit vooral voor Spinnin opleverde, maakte dat Garrix in 2014 zijn ontevredenheid uitte en nieuwe afspraken wilde maken. MAS en Spinnin maakten echter gebruik van de optie om de overeenkomsten met één jaar te verlengen. Garrix liet daarop weten dat beide overeenkomsten zijn vernietigd, ontbonden dan wel beëindigd. Hierop volgde een kort geding dat leidde tot een werkafpraak waarbij Spinnin de masterrechten terugoverdroeg aan Garrix en deze een licentie verleende aan Spinnin voor 7 jaar.

Partijen procedeerden vervolgens in een bodemprocedure verder over de management- en productieovereenkomsten. Garrix stelde dat hij de overeenkomsten niet zou zijn aangegaan als MAS en Spinnin hem beter hadden voorgelicht over waar hij voor tekende. Zo zou het Garrix destijds duidelijk zijn geweest dat MAS voor hem zou onderhandelen met Spinnin, maar wist hij niet hoe nauw MAS en Spinnin met elkaar verweven waren. Ook wist hij bij aangaan van de overeenkomsten niet dat Spinnin voor exploitatie in het buitenland gebruikmaakte van licentienemers, waardoor de 30% royalty in werkelijkheid veel minder opleverde dan verwacht. Ook had Spinnin hem er niet op gewezen dat YouTube een interessante inkomstenbron zou kunnen zijn en wat het dus betekende dat de productieovereenkomst bepaalde dat de eerste twee jaar geen royalty's over YouTube inkomsten zouden worden betaald. Die bepaling

werd overigens al in juli 2013 gewijzigd in een royaltyvergoeding voor YouTube-inkomsten.

De rechtbank oordeelt dat de overeenkomsten zijn vernietigd wegens dwaling, maar het hof vernietigt dit vonnis.² Op Spinnin rust geen verruimde mededelingsplicht. Garrix was in 2013 weliswaar nog minderjarig en erg gretig, maar hij werd vertegenwoordigd door zijn vader, die zich op zijn beurt liet bijstaan door ervaringsdeskundigen en juridische adviseurs.

Het hof komt daarmee toe aan de subsidiaire grondslag. Garrix stelt dat een aantal bedingen in de overeenkomsten onredelijk bezwarend zijn en als zodanig vernietigd zijn op grond van art. 25f lid 2 Aw. Dit artikel is één van de bepalingen die in 2015 zijn ingevoerd om de positie van de auteur en uitvoerend kunstenaar tegenover de exploitant te versterken (Wet auteurscontractenrecht). Het artikel bepaalt dat een beding vernietigbaar is als het, gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen of de overige omstandigheden van het geval, voor de maker onredelijk bezwarend is. Hiermee wordt een lichtere toets beoogd dan die van art. 6:2 en 6:248 lid 2 BW, op grond waarvan een beding buiten toepassing moet blijven voor zover toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.³ Als voorbeeld van een onredelijk bezwarend beding noemt de memorie van toelichting een bepaling waarbij royalty's worden gebaseerd op brutobedragen waarop onbeperkt aftrekkosten, zoals promotiekosten en dergelijke, in mindering kunnen worden gebracht, zodat netto niets aan de maker wordt uitgekeerd.⁴

Het is niet vreemd derhalve dat Garrix betoogt dat het beding waarbij de royalty over de netto-inkomsten wordt berekend onredelijk bezwarend is omdat het Spinnin in staat stelt onbeperkt kosten in mindering te brengen. Het hof oordeelt echter dat dit betoog feitelijke grondslag mist omdat niet is gesteld of gebleken dat Spinnin onbeperkt of ongecontroleerd kosten in mindering bracht.⁵ Garrix klaagt in cassatie dat het hof hiermee ten onrechte rekening heeft gehouden met omstandigheden na contractsluiting. Deze klacht slaagt. Art. 25f lid 2 Aw houdt naar haar aard een beoordeling in van omstandigheden die zich hebben voorgedaan voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (*ex tunc*) en dus niet naar omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het moment van contractsluiting (r.o. 3.1.3).

¹ Zie voorts annotaties van A. Strijbos & M.L. van der Velde, *Atr* 2022/1, p. 65; D.W.F. Verkade, *NJ* 2022/90; B. Schipper, 'Nabuurrechtelijke erkenning voor zolderkamerproducers', *Bb* 2022/5; R. Bask, 'Onredelijk bezwarende bedingen in het auteursrecht', *Bb* 2022/16.

² Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4775; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, r.o. 5.50-5.51.

³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, nr. 3, 21.

⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, nr. 3, 21.

⁵ Hof, r.o. 7.62.

Een terecht oordeel lijkt mij. De Wet auteurscontractenrecht beoogt niet alleen om de maker te beschermen tegen de concrete gevolgen van een onredelijk bezwarend beding, maar juist ook om te zorgen dat makers in soortgelijke situaties kunnen voorkomen dat eenzelfde beding in hun exploitatieovereenkomst wordt opgenomen. Dat werkt niet als zij eerst moeten aantonen dat het nadeel zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Hierin verschilt het doel van art. 25f Aw van art. 25d Aw dat de maker of uitvoerende kunstenaar het recht geeft om in rechte een aanvullende billijke vergoeding te vorderen, indien de overeengekomen vergoeding gelet op de wederzijdse prestaties een onevenredigheid vertoont in verhouding tot de opbrengst van de exploitatie van het werk. Deze grondslag ziet juist op omstandigheden na contractsluiting. Garrix beriep zich ook op dit artikel, maar dat ging niet op omdat art. 25d Aw – in tegenstelling tot art. 25f Aw – niet van toepassing is op overeenkomsten uit 2013 (art. III lid 1 Wet Auteurscontractenrecht).

Het enige beding waarvan het hof bevestigt dat die onredelijk bezwarend is, is de optie voor Spinnin en MAS om de overeenkomsten met één jaar te verlengen. Het hof acht dit beding onredelijk bezwarend in het licht van het grote commerciële succes van Garrix en de daardoor ontstane onevenredigheid tussen de royaltyvergoedingen en de opbrengsten voor Spinnin. Spinnin klaagt in cassatie dat het hof hierdoor ten onrechte rekening heeft gehouden met omstandigheden na de totstandkoming van de overeenkomst. Deze klacht slaagt om dezelfde reden als de klacht van Garrix (r.o. 3.4.2). Waarmee overigens niet is gezegd dat het beding niet alsnog onredelijk bezwarend kan zijn. Lid 3 van art. 25f Aw bepaalt dat een opzeggingsbevoegdheid voor de exploitant onder gelijke voorwaarden eveneens voor de maker geldt. Dit lijkt mij een indicatie dat het onredelijk bezwarend is dat Spinnin en Mas eenzijdig kunnen bepalen of de overeenkomst twee of drie jaar duurt.

Garrix klaagt er in cassatie mede over dat het hof zich niet heeft uitgelaten over zijn stelling dat de bedingen buiten toepassing dienen te blijven wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). P-G Drijber concludeert tot ongegrondverklaring omdat de eiser zich niet zowel op art. 25f Aw als op art. 6:248 lid 2 BW kan beroepen. Dit naar analogie van de regeling voor algemene voorwaarden. Als men wil dat een beding in algemene voorwaarden buiten toepassing blijft, kan men zich beroepen op art. 6:233 BW (vernietigbaar want onredelijk bezwarend) of op art. 6:248 lid 2 BW, maar niet op beide.⁶ De Hoge Raad volgt dit niet. Het beroep van Garrix op art. 6:248 lid 2 BW moet alsnog worden beoordeeld, waarbij de Hoge Raad meegeeft dat hierbij wél kan worden gekeken naar omstandigheden die zich na de contractsluiting hebben voorgedaan, zoals de wijze waarop de overeenkomst is uitgevoerd (r.o. 3.1.2, 3.2.2).

De klachten van Garrix over de afwijzing door het hof van het beroep op misbruik van omstandigheden, bedrog en toerekenbare tekortkoming worden door de Hoge Raad afgedaan op grond van art. 81 RO (r.o. 3.3). Ook de andere klachten van Garrix stuiten af op art. 81 RO.⁷

De Hoge Raad laat zich wel uit over de klacht van Spinnin tegen het oordeel van het hof dat Garrix producent van fonogrammen is. Dit is onder meer van belang voor de vraag wie (originair) aanspraak heeft op het producentenaandeel in de Sena-vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR. Deze vergoeding voor uitzending van fonogrammen wordt door Sena gelijkelijk verdeeld onder de uitvoerende kunstenaar en de producent (art. 7 lid 4 WNR).

Art. 1 onder d WNR definieert 'producent van fonogrammen' als de natuurlijke of rechtspersoon die een fonogram voor de eerste maal vervaardigt of doet vervaardigen. Een 'fonogram' is iedere opname van uitsluitend geluiden van een uitvoering of andere geluiden (art. 1 onder c WNR). De rechtbank overwoog dat Garrix de gehele opname (vastlegging) van een nummer zelf deed, thuis op zijn eigen apparatuur en met zijn eigen instrumenten. Ook de uiteindelijke mastering van de finale versie van het nummer werd door hemzelf of op zijn kosten gedaan. Medewerkers van Spinnin gaven adviezen, maar die waren niet zodanig substantieel dat daardoor het initiatief en de verantwoordelijkheid voor de vastlegging van de finale versie (gedeeltelijk) naar Spinnin is verschoven.⁸

Het hof oordeelt op basis hiervan dat de versie die Garrix aan Spinnin heeft aangeleverd als de eerste vervaardiging moet worden beschouwd en dat Garrix daarvoor het initiatief heeft genomen en de financiële verantwoordelijkheid droeg.⁹ De Hoge Raad acht dit oordeel niet onjuist of onbegrijpelijk (r.o. 3.5.3). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de producent de persoon is die de organisatie van de eerste opname op zich neemt en die daarvoor de financiële verantwoordelijkheid heeft. Deze uitleg sluit ook aan bij de definities van het begrip 'fonogrammenproducent' in de Conventies van Rome en Genève en voorts bij art. 2, aanhef en onder d WPPT (r.o. 3.5.3).

De Hoge Raad bevestigt hiermee dat het naburige recht van de fonogrammenproducent voortvloeit uit de organisatie van en de financiële verantwoordelijkheid voor de productie. En dat dit ook betrekking kan hebben op een zolderkamerproductie als 'Animals'. DJ's die thuis nummers opnemen, kunnen dus fonogrammenproducent zijn. Dit was tot nu toe niet onomstreden. Het naburig recht van

⁶ Conclusie P-G Drijber, 26 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:433, r.o. 4.20.

⁷ Dit betreft onder meer klachten over de structureel zwakkere onderhandelingspositie en over het beding op grond waarvan Garrix Sena gelden aan Spinnin moest afdragen. Zie noot D.W.F. Verkade, NJ 2022/90.

⁸ Rb. Midden-Nederland 20 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4775, r.o. 5.50-5.51.

⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, r.o. 7.81, 7.84.

de fonogrammenproducent beoogt om de producent in staat te stellen om zijn investeringen terug te verdienen. De Considerans bij Richtlijn 92/100 spreekt daarbij over ‘bijzonder hoge en riskante’ investeringen en de Considerans bij Richtlijn 2006/115 over ‘aanzienlijke investeringen’. De Hoge Raad zegt hier niets over, maar duidelijk is dat de lat ten aanzien van de vereiste organisatorische en financiële inspanningen niet te hoog moet worden gelegd.

De Hoge Raad gaat niet expliciet in op de stelling van Spinnin dat de opname zoals uitgebracht door Spinnin ook een fonogram is. Spinnin betoogde daartoe dat bij elektronische dansmuziek elke volgende versie van een track voortbouwt op een eerdere versie. Iedere nieuwe versie – en dus ook de definitieve door Spinnin uitgebrachte versie van de track – moet als een eerste vastlegging worden aangemerkt. Deze stelling vindt aldus het hof geen steun in het recht, waarin stelselmatig wordt gesproken over de eerste opname.¹⁰ En in dit geval is dat de versie die Garrix heeft aangeleverd aan Spinnin. Dat deze versie een fonogram is, lijkt mij juist. Maar als Spinnin daar nog een slag(je) overheen heeft gemaakt, lijkt het mij een terechte vraag of dat geen afzonderlijke fonogram oplevert. Iedere opname die niet een één-op-één kopie van een eerdere opname is, is een eerste vastlegging van geluiden en kan dus een fonogram zijn (art. 1 onder c WNR). Of de tweede opname iets origineels toevoegt, is daarvoor niet bepalend. Het fonogrammenrecht is niet bedoeld als een beloning voor de creativiteit in een geluidsopname,¹¹ maar om de producent in staat te stellen om zijn investeringen terug te verdienen. Aan de omvang van die investeringen dient, zo weten wij uit dit arrest, niet al te hoge eisen te worden gesteld. Dit kan potentieel leiden tot een cascade van fonogrammenrechten. Met alle complexiteit van dien. Maar niet in deze zaak dus. Het oordeel dat Garrix de fonogrammenproducent is van de uitgebrachte tracks, blijft overeind (r.o. 3.5.3).

J.M.B. Seignette

Merkenrecht

IER 2023/4

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

2 juni 2022

(I. Jarukaitis, M. Ilešič, D. Gratsias)

m.nt. J.R. Torenbosch & P.G.F.A. Geerts

X/Classic Coach Company

Het Hof van Justitie oordeelt dat voor de vaststelling van een ouder recht in de zin van artikel 6 lid 2 Richtlijn 2008/95/EG niet vereist is dat de houder van dit recht het gebruik van het jongere merk dat wil optreden tegen zijn oudere recht, kan verbieden. Het gegeven dat de houder van het jongere merk over een nog ouder recht beschikt dan het oude recht waarover de derde beschikt die een beroep doet op artikel 6 lid 2 Richtlijn 2008/95/EG, kan invloed hebben op de vraag of dit recht van deze derde kwalificeert als ‘ouder recht’ in de zin van artikel 6 lid 2 Richtlijn 2008/95/EG.

Art. 2.23 lid 2 BVIE; art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/95/EG

C-112/21

ECLI:EU:C:2022:428

In zaak C-112/21,
betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij beslissing van 19 februari 2021, ingekomen bij het Hof op 25 februari 2021, in de procedure
X BV
tegen
Classic Coach Company vof,
Y,
Z,
(...)

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6, lid 2, van richtlijn 2008/95/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 2008, L 299, blz. 25).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen X BV, een touringcarbedrijf, enerzijds, en Classic Coach Company vof, ook een touringcarbedrijf (hierna: ‘Classic Coach’), en twee natuurlijke personen, Y en Z, anderzijds, over een vermeende schending door laatstgenoemden van het Benelux-merk waarvan X houder is.

³⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, r.o. 7.83.

³¹ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht (R&P nr. IE2)*, 2019/17.14 gaan ervan uit dat een gewijzigde opname een nieuwe fonogram is als het ‘klankbeeld’ is gewijzigd. Het is niet duidelijk of hiermee iedere hoorbare wijziging wordt bedoeld of dat (toch) een zekere creatief gehalte wordt verondersteld.