

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I IE

zaaknummer : 200.165.671/01 en 200.165.676/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/537731/HA ZA 13-279

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 18 oktober 2016

in de gevoegde zaken van

1. ZIGGO SERVICES B.V., voorheen genaamd **UPC NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
2. ZIGGO B.V.,
gevestigd te Utrecht,
3. ZEELANDNET B.V.,
gevestigd te Kamperland,
appellanten,
tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

en

**VERENIGING VOOR RECHTENOVERLEG VOOR DISTRIBUTIE VAN
AUDIOVISUELE PRODUCTIES (RODAP)**
gevestigd te Hilversum
gevoegde partij aan de zijde van appellanten, incidenteel geïntimeerden,
advocaat mr. A. Knigge te Amsterdam,

tegen

STICHTING LIRA,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
tevens incidenteel appellante,
advocaat: mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna **UPC c.s.** of de kabelexploitanten, respectievelijk **Rodap** en **Lira** genoemd. Waar appellanten elk voor zich worden bedoeld worden zij aangeduid als **UPC**, **Ziggo** en **Zeelandnet**.

UPC c.s. is bij dagvaarding van 25 november 2014 en Rodap bij dagvaarding van 24 november 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 27 augustus 2014, onder bovenvermeld rol-/zaaknummer gewezen tussen Lira als eiseres, de kabelexploitanten als gedaagde en Rodap als gevoegde partij aan de zijde van kabelexploitanten.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties, van de kabelexploitanten in zaak 200.165.676/01;
- memorie van grieven, met producties, van Rodap in zaak 200.165.671/01;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, tevens voorwaardelijke vordering ex art. 843a Rv, met producties, in beide zaken;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties, van kabelexploitanten in zaak 200.165.676/01;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties, van Rodap in zaak 200.165.671/01.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 25 april 2016 doen bepleiten, de kabelexploitanten door mrs. J.K. van Hezewijk en J. Jansen, beiden advocaat te Amsterdam, Rodap door mrs. R.S. Le Poole en A. Bekema, beiden advocaat te Haarlem en Lira door haar advocaat en mr. M.E. Kingma, advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Alle partijen hebben nog producties in het geding gebracht. Ten slotte is arrest gevraagd.

De kabelexploitanten hebben geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog de vorderingen van Lira geheel zal afwijzen, met veroordeling van Lira in de kosten van het geding ex art. 1019h Rv in beide instanties met nakosten en rente, met terugbetaling van de reeds aan Lira voldane proceskosten in eerste aanleg. Rodap heeft zakelijk weergegeven tot hetzelfde geconcludeerd als de kabelexploitanten, alsmede tot vernietiging van de veroordeling in eerste instantie van Rodap in een vierde deel van de proceskosten.

Lira heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep met veroordeling van de kabelexploitanten en Rodap in de kosten ex art. 1019h Rv.

Lira heeft in incidenteel appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover daarbij haar, Lira's, vorderingen zijn afgewezen en deze in zoverre alsnog toe te wijzen - uitvoerbaar bij voorraad -, en met veroordeling van de kabelexploitanten en Rodap in de kosten van het geding ex art. 1019h Rv in beide instanties met nakosten en rente.

De kabelexploitanten en Rodap hebben geconcludeerd tot - uitvoerbaar bij voorraad - verwerping van het incidenteel beroep met veroordeling van Lira in de kosten ex art. 1019h Rv.

Lira heeft, voor het geval Lira de bewijslast draagt van nader aangeduide stellingen, dat bewijs nog niet is geleverd en het hof geen deskundigenbericht inwint, ex art. 843a Rv verzocht de kabelexploitanten te veroordelen tot overlegging van een aantal documenten.

De kabelexploitanten hebben geconcludeerd tot afwijzing van dit verzoek.

Alle partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.10 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

3. Beoordeling

3.1 Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

3.1.1

Lira is een collectieve beheersorganisatie in Nederland voor auteurs van teksten. Zij houdt zich onder meer bezig met het incasseren en verdelen van auteursrechtelijke licentievergoedingen.

3.1.2

De statuten van Lira luiden, voor zover hier van belang:

“(…)

Doel, middelen en inkomsten

Artikel 3

1. De stichting stelt zich ten doel als collectieve beheersorganisatie van auteursrechten zonder winstoogmerk voor zichzelf de materiële en immateriële belangen te behartigen en te bevorderen van makers van literaire, literair-dramatische en andere werken in tekstvorm alsmede muziek-dramatische werken en de op deze veelsoortige teksten van schrijvers en vertalers gebaseerde audio, video, theatrale, audiovisuele en multimediale producties, al dan niet zijnde vereenvoudigingen in gewijzigde vorm van de tekst, van welke aard en in welke vorm ook, zowel analoog als digitaal, traditioneel ook wel aangeduid als de literaire en grote (of dramatische) alsook audiovisuele rechten, maar daartoe niet beperkt blijvend – een en ander in de ruimste zin des woords.

(…)”

3.1.3.

Auteurs kunnen met Lira een overeenkomst sluiten (hierna: het Aansluitingscontract), met als doel om Lira in staat te stellen (ten behoeve van de auteurs met wie zij het Aansluitingscontract heeft gesloten) licentieovereenkomsten met derden te sluiten en namens auteurs wettelijk vastgestelde vergoedingen te innen. Het Aansluitingscontract luidt, voor zover hier van belang:

“(…)

Auteur sluit hierbij met het oog op de exploitatie van zijn Rechten een Aansluitingscontract met Lira. (…)

Op dit Aansluitingscontract zijn de aangehechte Voorwaarden bij het Lira Aansluitingscontract van toepassing. Auteur verklaart van deze Voorwaarden te hebben kennisgenomen en deze te aanvaarden.

(…)

I. Basisoverdracht

Auteur draagt hierbij, met het oog op de exploitatie als bedoeld in artikel 4 van de Voorwaarden met betrekking tot alle door hem vervaardigde en tijdens de looptijd van deze overeenkomst nog te vervaardigen Werken, aan Lira over en levert aan Lira de Rechten als hierna vermeld en zoals nader omschreven in de Bijlage bij dit Aansluitingscontract. Lira aanvaardt de overdracht.

a. Gelijktijdige doorgifte van radio en tv-programma's via de kabel, satelliet, dvb-t, (mobiele) telefoon, et cetera

(…)

d. On demand terbeschikkingstelling van audio(-visuele) werken (bijvoorbeeld uitzending gemist, aanbieden van downloads, film on demand)

e. Openbaarmaking van audio(-visuele) werken via internet of andere elektronische netwerken

f. Themakanalen

(…)

III. Facultatieve overdracht

Auteur draagt hierbij, met het oog op de exploitatie als bedoeld in artikel 4 van de Voorwaarden met betrekking tot alle door hem vervaardigde en tijdens de looptijd van deze overeenkomst nog te vervaardigen Werken, aan Lira over en levert aan Lira de Rechten als hierna aangekruist en zoals nader omschreven op de achterzijde van dit Aansluitingscontract. Lira aanvaardt de overdracht.

De volgende rechten aankruisen indien Auteur deze bij Lira wenst onder te brengen:

a. Terbeschikkingstelling van Werken in tekstvorm via internet of andere elektronische (mobiele) netwerken

b. Elektronische verspreiding van Werken in tekstvorm anders dan on demand (bijvoorbeeld e-nieuwsbrief, elektronische knipseldienst, verzending krant naar e-bookreader)

c. Vastlegging en uitgave van Werken, zoals bijvoorbeeld hoorspel, luisterboek, film of tv-programma, op dvd, cd, blue ray disc, hd-dvd, et cetera

d. Vastlegging en uitgave van tekst op elektronische informatiedragers (bijvoorbeeld multimedia-uitgave, voorbespeelde e-bookreader)

(…)

De rechten genoemd onder het kopje Basisoverdracht worden in het Aansluitingscontract ieder voorafgegaan door een voorgedrukt selectievakje, dat standaard bij alle over te dragen rechten is aangekruist.

De rechten genoemd onder het kopje Facultatieve overdracht worden in het Aansluitingscontract eveneens ieder voorafgegaan door een voorgedrukt selectievakje. De auteur dient in dit geval zelf een selectievakje aan te kruisen bij elk recht dat hij aan Lira wenst over te dragen.

3.1.4.

De in het Aansluitingscontract genoemde Bijlage, de "Bijlage bij het aansluitingscontract" (hierna: de Bijlage) luidt, voor zover hier van belang:

"1. Basisoverdracht

a. Gelijktijdige doorgifte van radio en tv-programma's via de kabel, satelliet, dvb-t, (mobiele) telefoon, et cetera

De openbaarmaking van Werken van de Auteur door middel van het uitzenden via de kabel, satelliet, telefoon, aardse zender of welk transportmedium dan ook als onderdeel van een door een omroepinstelling samengesteld omroepprogramma, zulks gelijktijdig, onverkort en ongewijzigd ten opzichte van het omroepprogramma zoals dat door de omroepinstelling en/of een andere distributeur aan het publiek wordt uitgezonden, of indien een dergelijke uitzending niet plaatsvindt, onverkort en ongewijzigd ten opzichte van het omroepprogramma zoals dat door de omroepinstelling is samengesteld en conform het uitzendschema zoals dat door de omroepinstelling is bepaald. Onder 'uitzenden' wordt hier verstaan het via kabel, satelliet, (mobiele) telefoon, aardse zender of welk ander transportmedium dan ook openbaar maken. (...)

d. On demand terbeschikkingstelling van audio(-visuele) werken (bijvoorbeeld uitzending gemist, aanbieden van downloads, film on demand)

De openbaarmaking van audio(-visuele) (vastleggingen van) Werken van de Auteur door middel van het ter beschikking stellen. Onder 'ter beschikking stellen' wordt hier verstaan het via kabel, satelliet, (mobiele) telefoon, aardse zender of welk ander transportmedium dan ook aan het publiek ter beschikking stellen van Werken op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn. Hieronder valt mede het ter beschikking stellen via het world wide web of andere elektronische netwerken (intranet, nieuwsgroep, ftp, p2p, et cetera).

(...)

f. Themakanalen

De openbaarmaking van Werken van de Auteur door middel van het uitzenden via de kabel, satelliet, telefoon, aardse zender of welk transportmedium als onderdeel van een themakanaal, voor zover niet reeds begrepen onder de hier vermelde rechten onder I-a tot en met I-e. Onder 'themakanaal' wordt hier verstaan een door een omroepinstelling samengesteld omroepprogramma met een thema. Onder 'uitzenden' wordt hier verstaan het via kabel, satelliet, (mobiele) telefoon, aardse zender of welk ander transportmedium dan ook openbaar maken."

3.1.5.

De in het Aansluitingscontract genoemde "Voorwaarden van het aansluitingscontract" (hierna: de Voorwaarden) luiden, voor zover hier van belang:

"Werken: Auteursrechtelijk beschermde werken van tekstuele aard, zoals literaire, literair-dramatische, muziekdramatische, educatieve, journalistieke of wetenschappelijke werken, alsmede daarop gebaseerde werken, al dan niet zijnde vereenvoudigingen in gewijzigde vorm van deze werken, zoals audio-, video-, theatrale, audiovisuele en multimediale werken, van welke aard en in welke vorm ook, zowel analoog als digitaal. Onder Werken wordt niet verstaan werken van tekstuele aard welke oorspronkelijk zijn vervaardigd ten behoeve van een muziekwerk, niet zijnde een muziekdramatisch werk. In een niet-limitatieve opsomming worden in dit

Aansluitingscontract concreet onder meer begrepen: gedichten, verhalen, essays, artikelen, columns, novellen, romans, educatieve, wetenschappelijke en andere geschreven werken, éénakters, toneelstukken, sketches, hoorspelen, conferences, tv-spelen, tv-series, tv-films, speelfilms en animatiefilms, alsook muziekdramatische werken van schrijvers/componisten zoals opera's, operettes en musicals, alsmede scenario's en/of scripts die aan genoemde werken ten grondslag liggen."

(...)

Artikel 6 – Aanmelding van werken

1. De Auteur verbindt zich bij het sluiten van deze overeenkomst om reeds bestaande Werken en de nadien tijdens de duur van deze overeenkomst nog te maken Werken in een zo vroeg mogelijk stadium en uiterlijk op het moment van voltooiing daarvan aan Lira te melden op de door Lira aan te geven wijze. Voorts zal hij Lira, op de door Lira aan te geven wijze, op eerste verzoek voorzien van alle gegevens en bescheiden met betrekking tot zijn Werken, die Lira bij de uitoefening van haar werkzaamheden nodig heeft.

(...)"

3.1.6.

De kabelexploitanten zijn beheerders van kabelnetwerken die worden gebruikt voor de doorgifte van onder meer televisie, radio en internet. Klanten van UPC, Zeelandnet en Ziggo kunnen, nadat zij daarvoor een abonnement bij UPC, Zeelandnet of Ziggo hebben afgesloten, via hun kabelaansluiting bij de betreffende beheerder televisie- en radiozenders ontvangen. Het aantal door de klant te ontvangen televisie- en radiozenders is afhankelijk van het soort abonnement dat is afgesloten. UPC, Zeelandnet en Ziggo bieden verder aanvullende diensten aan, zoals het binnen een beperkte tijd na uitzending kunnen bekijken van een uitzending van een televisieprogramma (meestal aangeduid als "uitzending gemist" of "catchup"). UPC en Ziggo bieden verder aan klanten de mogelijkheid om tegen betaling op aanvraag speelfilms, televisieseries en documentaires te bekijken (zogenaamde "video on demand").

3.1.7.

RODAP is een vereniging ter behartiging van de belangen van producenten van filmwerken, omroeporganisaties en distributeurs (zoals UPC c.s.).

3.1.8.

De exploitanten van kabelnetwerken (onder wie UPC c.s.) hadden vanaf 1985, op basis van een collectief – onder meer met Lira – uit onderhandelde licentieovereenkomst (hierna: de Kabelovereenkomst), tegen betaling auteursrechtelijke toestemming tot doorgifte van televisieprogramma's. De omvang van de toestemming is met het sluiten van nieuwe Kabelovereenkomsten in de loop der jaren verruimd.

3.1.9.

De laatst gesloten Kabelovereenkomst is in 2010 ten einde gekomen en is daarna enkele malen verlengd tot en met 30 september 2012.

3.1.10.

Onder meer Lira enerzijds en RODAP (namens onder meer UPC c.s.) anderzijds hebben met elkaar gesproken over het sluiten van een nieuwe Kabelovereenkomst. Deze is niet tot stand gekomen.

3.1.11

Per 1 juli 2015 is, door wijziging van de toepasselijke wetgeving, een nieuwe, directe vergoedingsaanspraak van collectieve beheersorganisaties zoals Lira op de kabelexploitanten gecreëerd (art. 45d lid 2 en 3 nieuw Aw); deze geldt voor kabeldoorgiften na die datum.

3.2

De rechtbank heeft de vorderingen van Lira grotendeels toegewezen. Zij heeft de kabelexploitanten geboden om de openbaarmaking door middel van Lineaire Doorgifte en Uitzending Gemist-diensten van de werken waarvan Lira auteursrechthebbende is, zonder dat daarvoor schriftelijke toestemming van Lira is verkregen, na afloop van negentig dagen na betekening van haar vonnis te staken en gestaakt te houden, op straffe van dwangsommen. Zij heeft voorts de kabelexploitanten en Rodap in de proceskosten van Lira veroordeeld.

De rechtbank heeft deze beslissing gebaseerd op, kort samengevat, het oordeel dat het beroep van de kabelexploitanten en Rodap op art. 45d Auteurswet (hierna Aw) faalt en dat Lira een (eigen) vorderingsrecht toekomt uit hoofde van de met alle auteurs gesloten aansluitingscontracten. De kabelexploitanten en Rodap hebben op de aldus aan Lira overgedragen auteursrechten inbreuk gemaakt. Vaststelling van de schade is niet mogelijk, maar omdat de mogelijkheid van schade wel aannemelijk is, is de zaak naar de schadestaat verwezen.

In de visie van de rechtbank is Lira niet bevoegd namens buitenlandse auteurs op te treden, nu het bestaan en de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet aan de hand van de onderliggende overeenkomsten kan worden vastgesteld. Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat Lira haar vorderingsbevoegdheid niet langer kan ontleen aan artikel 26a Aw, nu geen sprake is van heruitzending. Lira's vorderingen in dat kader zijn afgewezen. Het verzoek ex art. 843a Rv is als ontijdig afgewezen.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen de kabelexploitanten met hun vijf (vier genummerde en een ongenummerde) grieven en komt Rodap met haar tien grieven op. Lira heeft incidenteel appel ingesteld en twee grieven geformuleerd.

3.3

De achtergrond van het onderhavige geschil is de interpretatie in de sector van het arrest van de Hoge Raad in de zaak Norma-NL Kabel (hierna kort weg Norma, ECLI:NL:HR:2014:735), welke interpretatie ertoe geleid heeft dat de kabelexploitanten menen geen licentievergoedingen voor de kabeldoorgifte van omroepuitzendingen meer te hoeven betalen.

Vast staat daarbij dat het hier gaat om cinematografische werken; dat is een ruimere categorie dan hetgeen in het algemeen spraakgebruik wordt bedoeld met film, maar dat doet voor hetgeen volgt niet ter zake. Omwille van de leesbaarheid is in het navolgende steeds sprake van film. Evenzeer zal in het navolgende geen verschil gemaakt worden tussen auteursrecht en naburige rechten, nu voor deze rechten – voor zover hier van belang – een gelijkkluidende regeling geldt.

3.4

Vast staat dat Lira geen belang meer heeft bij een verbod of gebod, omdat inmiddels de wet en de situatie zijn gewijzigd. Het gaat haar om vaststelling van haar rechten op vergoeding voor het verleden. De ongenummerde grief van de kabelexploitanten slaagt dus.

3.5

Grief 1 en 2 van Ziggo en grief 1 tot en met 6 van Rodap zien op de uitleg van art. 45d Aw. Grief 3 en 4 van Ziggo en grieven 7 en 8 van Rodap zien op de aansluitcontracten. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Tot de kern teruggebracht verdedigt Lira en bestrijden Rodap en de kabelexploitanten dat de overdracht van de auteursrechten door de auteurs aan Lira is voltooid voordat art. 45d Aw wordt of kan worden toegekomen. Lira baseert dat standpunt op de algemene beginselen van boek 3 BW en het commune Nederlandse recht op het gebied van eigendomsoverdracht. Immers, zo stelt Lira, het aansluitcontract houdt in dat de auteur alle rechten op bestaande en toekomstige werken aan haar, Lira, bij voorbaat overdraagt. Die overdracht mag geacht worden haar beslag gekregen te hebben op het moment dat het werk van de auteur -bijvoorbeeld zijn deel van het script- voltooid is. De akte, die art. 2 Aw voor de overdracht vergt, is in Lira's visie het aansluitcontract van Lira met de betreffende auteur. Dat werk van de auteur is noodzakelijkerwijs volbracht voordat de hele film af is, en dus voordat de film is voltooid in de zin van art. 45d juncto 45c Aw. Dat betekent, dat de auteur op het, vanuit een oogpunt van de toepassing van art. 45d Aw cruciale, moment geen rechten meer heeft om over te dragen, zodat het rechtsvermoeden van art. 45d Aw zonder effect blijft.

3.6

Uitgaande van een aantal nader te bespreken uitgangspunten volgt het hof Lira hierin niet. Voormeld standpunt van Lira miskent het eigen karakter van het auteursrecht in het kader van films en de betekenis die in dit kader toegekend moet worden aan de Berner Conventie (hierna BC) en het Unierecht, meer in het bijzonder de richtlijnen EG 93/83 en 2006/116. Het hof is van oordeel dat, in geval van strijd met bedoelde algemene rechtsregels van Nederlands vermogensrecht, de specifieke verdrags- en unierechtelijke regeling die in dat kader voor het auteursrecht is getroffen voor en boven de Nederlandse regelgeving gaat en als factor van beslissend gewicht mee moet wegen in de interpretatie van het betreffende artikel in de Auteurswet. Dit oordeel, en de gehanteerde uitgangspunten, worden hierna verder toegelicht.

3.7

De producent van een film brengt de middelen bijeen om tot een openbaar te maken geheel werk, de film, te komen en draagt het exploitatierisico. Tegen die achtergrond is art. 14bis BC tot stand gekomen, dat voorziet in concentratie van alle auteursrechten bij de producent, zodat deze de film kan exploiteren en niet afhankelijk is van met elk van de bijdragende auteurs te bereiken overeenstemming.

Omdat het ongewenst werd geacht dat de auteur nooit enig recht zou kunnen doen gelden is voorzien in een uitzondering, te weten deze, dat de auteur van een door hem geschapen deel van de film en de producent schriftelijk overeen kunnen komen dat de rechten om dat deel te exploiteren bij de auteur blijven en niet naar de producent overgaan. Het HvJEU (in de zaken Uradex, 1 juni 2006, zaak C-169/05 en Luksan, 9 februari 2012 (ECLI:NL:XX:2012:BV6223)) heeft in dat verband uitgemaakt dat een systeem waarbij de nationale regelgeving uitgaat van een vermoeden van overdracht aan de producent toelaatbaar is, mits dat vermoeden weerlegbaar is en zo bedoelde uitzondering gestalte kan krijgen.

Het antwoord van het HvJEU op de tweede prejudiciële vraag in Luksan luidt: 2) *Het Unierecht moet aldus worden uitgelegd dat het de lidstaten de mogelijkheid laat om te voorzien in een vermoeden van overdracht van de exploitatierechten van het cinematografische werk als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn (recht op uitzending per satelliet, reproductierecht en elk ander recht van mededeling aan het publiek door middel van de beschikbaarstelling aan het publiek), aan de producent van het cinematografische werk, vooropgesteld dat dit vermoeden weerlegbaar is zodat de hoofdregisseur van dit werk iets anders kan overeenkomen.*

3.8

Bij openbaarmaking via de kabel door middel van de Mediagateway is, naar de Hoge Raad in Norma heeft uitgemaakt, sprake van slechts één openbaarmakingshandeling, waar de film door de kabelexploitant aan haar abonnees openbaar wordt gemaakt. In SBS/SABAM heeft ook het HvJEU (ECLI:EU:C:2015:764, hierna Sabam) beslist dat alsdan sprake is van één openbaarmaking; in zoverre is de juistheid van het oordeel van de Hoge Raad dus bevestigd en moet daarvan uitgegaan worden.

De Hoge Raad heeft aan een en ander de consequentie verbonden dat in die situatie geen sprake is van heruitzending. Deze redenering volgend betekent dit dat Lira in deze situatie geen grondslag voor haar vordering kan ontleen aan artikel 26a Aw. Ook kan uit Norma (nog steeds uitgaande van gebruikmaking van de Mediagateway) worden opgemaakt dat een eventuele gelijktijdige uitzending door de omroep via andere technische weg in de ogen van de Hoge Raad niet relevant is. Deze kwesties zijn in de beslissing van het HvJEU in Sabam niet aan de orde geweest, zodat dus geen antwoord is gegeven op de vraag of die visie juist is.

Het standpunt van Lira (ingenomen in het kader van incidentele grief 2) is dat van heruitzending ook sprake kan zijn als het gaat om een gelijktijdige primaire openbaarmaking.

Lira stelt voor om op dit punt prejudiciële vragen te stellen. Het hof acht een beslissing ter zake, gelet op hetgeen verder zal worden overwogen en de hierna te gelasten comparitie van partijen, vooralsnog voorbarig. Dit aspect zal bij gelegenheid van een te gelasten comparitie besproken worden. Daarbij kan dan ook betrokken worden dat de wet inmiddels is gewijzigd, zodat het materiele belang bij beantwoording van deze vraag nog slechts ziet op een betrekkelijk beperkte periode in het verleden.

3.9

Op de, door Lira in het incidenteel appel tevens aan de orde gestelde, onjuistheid van het uitgangspunt dat alle doorgifte aan de kabelexploitanten via Mediagateway

geschiedt gaat het hof hierna onder 3.12 e.v. nader in. Nu kennelijk tussen partijen in confesso is dat in de feitelijke situatie de doorgifte via Mediagateway in kwantitatieve zin een zeer belangrijk deel van de gevallen bestrijkt zal het hof daarop eerst ingaan.

3.10

Uitgaande van doorgifte via Mediagateway en van een primaire openbaarmaking die geen heruitzending vormt is noodzakelijk, maar ook voldoende dat de kabelexploitant van de producent de auteursrechten verwerft om de film via de kabel uit te zenden.

Als aan de levering bij voorbaat in de aansluitcontracten de betekenis zou worden toegekend die Lira in deze zaak verdedigt zou het hiervoor onder 3.7 geschetste systeem buiten werking worden gesteld. Dan zou de kabelexploitant, zoals Lira ook betoogt (doch de kabelexploitanten en Rodap bestrijden), niet kunnen volstaan met het verwerven van de auteursrechten van de producent maar ook die ook van Lira moeten verwerven.

De Hoge Raad noch het HvJEU hebben tot dusver op dit punt beslist. In Norma was de vraag naar de werking van de levering bij voorbaat wel gesteld, maar is de Hoge Raad niet toegekomen aan beantwoording daarvan. De A-G Verke heeft over dat aspect toen in zijn conclusie geschreven:

5.42.8.1. Een collectieve belangenbehartigingsorganisatie (CBO) als Norma past uiteraard niet in het beeld van de in nr. 5.42.6 spreekwoordelijk opgevoerde 'duivel': Meijers en gelijkgestemden dachten daarbij natuurlijk aan kunsthandelaars en uitgeverij (en misschien: banken). Een CBO als Norma die zich 'alle' rechten op 'alle' objecten laat overdragen is van oudsher te zien als een trust of fiduciarius, waarmee de Hoge Raad (voor zover het niet om toekomstig werk ging) in 1929 en 1941 geen moeite had.

Het door het BW van 1992 opgeroepen probleem is dat fiducia geen geldige titel meer is: art. 3:84 lid 3 BW. Dat betekent dat sindsdien organisaties als bijv. Buma, en ook Norma, de positie hebben ingenomen dat er sprake is van een werkelijke, 'echte' overdracht, met (wél) de strekking om het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Vgl. in die zin uitdrukkelijk rov. 5.2, laatste volzin, van het (ten deze niet) bestreden arrest: 'Het gevolg hiervan is – in de woorden van Norma (MvG onder 306) – dat de uitvoerend kunstenaar al zijn (bestaande en toekomstige) rechten in het vermogen van Norma inbrengt en hij daarvan zelf niets overhoudt.' Het gevolg is ook dat een CBO (als Norma), goederenrechtelijk gezien, de verkregen rechten overeenkomstig art. 3:83 lid 1 BW (naar believen) verder aan derden zou kunnen overdragen, en dat bij een onverhoopt faillissement van een CBO, de aan haar overgedragen rechten in haar faillissement zouden vallen.

Ook al vertoont een CBO daarmee nog steeds geen duivelse trekken, toch liggen (in dit spraakgebruik) 'duivels' wel op de loer, via de crediteuren van zulke verenigingen of stichtingen.

5.42.8.2. NLKabel c.s. hebben in hun s.t. (§ 5.7) gewezen op de (uit art. 2 Auteurswet overgenomen) derde en vierde volzin van art. 9 WNR, waarin is bepaald dat de levering voor geheel of gedeeltelijke overdracht van nabuurrechten geschiedt door een daartoe bestemde akte, en de overdracht alleen die bevoegdheden omvat waarvan dit in de akte is vermeld of uit de strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit, met als

strekking de bescherming van de uitvoerende kunstenaar tegen een al te gemakkelijk en ondoordacht prijsgeven van zijn rechten. Die bepaling gaat echter, net als art. 2 Aw, over de 'rechten' en niet over de 'uitvoeringen', net zo min als art. 2 Aw over de 'werken' gaat.

Een analoge toepassing op 'werken' en 'uitvoeringen' is – zoals NLKabel c.s. naar voren brengen in § 5.7 – verdedigbaar. Maar het a contrario-argument is ook niet onverdedigbaar.

5.42.8.3. Kan de auteurs- en uitvoerende kunstenaarsbeschermende strekking van art. 2 Aw en art. 9 WNR aanleiding geven, of zelfs nopen tot een – vanwege eenzelfde achtergrond – beperkte uitleg van de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW? Het hof heeft die route 'aangeraakt', maar van dit moeilijke pad afgezien.

Dat doe ik ook, maar zonder te verhehlen dat in mijn ogen verpanding van toekomstige vorderingen op handelsdebiteuren of toekomstige versies van een bepaald computerprogramma, nogal iets anders is dan verpanding of overdracht van 'al mijn bestaande en toekomstige' werken of uitvoeringen. En zonder te verhehlen dat Meijers in zijn toelichting op de bepaaldheidseis (van nu art. 3:84 lid 2 BW) niet voor niets als voorbeeld van een object dat wél 'voldoende bepaaldheid' heeft, gekozen zal hebben: 'het auteursrecht op een boek, dat de auteur over een onderwerp schrijven zal'.

Artikel 14bis BC laat de nationale wetgevers de keuze tussen de volgende stelsels:

- a. het zgn. Film Copyright, volgens hetwelk krachtens wetsbepaling (wetsfictie) de producent geldt als maker van resp. als auteursrechthebbende op het filmwerk, met uitsluiting van anderen; dit stelsel was bekend uit Groot-Brittannië;
- b. de zgn. cession legis: dit stelsel gaat uit van auteursrechten van de makers volgens algemeen auteursrechtelijke regels, doch de exploitatierechten komen van rechtswege toe aan de producent, zonder de mogelijkheid van een afwijkend beding; dit was het in o.a. Italië en Oostenrijk vigerende stelsel;
- c. de zgn. présomption de cession: het hierboven reeds aangeduide stelsel dat in art. 45d Aw is neergelegd, en dat reeds bestond in Frankrijk en Duitsland;
- d. de zgn. présomption de légitimation: vergelijkbaar met de présomption de cession, met dien verstande dat niet een overdracht doch een exclusieve licentie[...] aan de producent verondersteld wordt.

Eén van deze stelsels moest echter ingevolge art. 14bis BC gekozen worden. Daarbij geeft lid 3 van het artikel nog de vrijheid aan de nationale wetgever om de gekozen regeling niet van toepassing te laten zijn (en dus 'alles bij het gewone te laten') ten aanzien van: de componisten en de tekstdichters van de muziek, de auteurs van scenario's en dialogen, en degene die bij het tot stand brengen van het filmwerk de leiding heeft (als regel: de voornaamste regisseur).

De Nederlandse wetgever heeft, zoals gezegd, gekozen voor het stelsel van het wettelijk vermoeden van overdracht (présomption de cession). [...]

6.6. (...)

6.6.1. NLKabel c.s. hebben hun stelling dat de praktijk van rechtenoverdracht zodanig is dat uitvoerende kunstenaars (vrijwel) altijd de hier relevante naburige rechten aan producenten van filmwerken overdragen meermalen (gemotiveerd) naar voren gebracht.

Ter onderbouwing van deze stelling hebben NLKabel c.s. gewezen op:

- het IViR-rapport 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling? waarin de onderzoekers Hugenholtz en Guibault concluderen:

'Gebruikelijk, zowel in auteurs- als in acteurscontracten, is een veelomvattende overdracht van rechten aan de filmproducent. In sommige standaardcontracten is deze rechtenoverdracht slechts in algemeen zin geformuleerd; in andere worden de verleende exploitatievormen en detail benoemd. De rechtenverlening is vrijwel altijd ruimer dan is voorzien in art. 45d Aw. Dikwijls verkrijgt de producent van de auteur of acteur niet alleen de rechten van primaire en secundaire exploitatie, maar ook alle mogelijke merchandisingrechten (...).'

- uittalingen van de Commissie Auteursrecht in het Supplement bij haar advies aan de Minister van Justitie inzake het auteurscontractenrecht, waarin vermeld is dat de rechtenoverdracht aan de producent de praktijk is:

'De Commissie heeft niet de indruk dat de rechtenverlening aan de producent onder het huidige systeem tot dusverre grote problemen geeft. Zoals opgemerkt in haar advies van 14 oktober 2010 wordt in de praktijk bijna altijd op voorhand een exploitatieovereenkomst gesloten tussen de filmproducent en de filmmakers. Middels een gespecificeerd (standaard)contract worden de auteursrechten van filmmakers vaak bij voorbaat aan de filmproducent overgedragen. Vanuit dit perspectief bekeken ziet de Commissie de praktijkbehoefte niet van het invoeren van een "cessio legis" systeem. De rechten zijn doorgaans al geconcentreerd bij de producent.'

(...)

6.7.7 Norma's in nr. 6.7.2 onder (d) weergegeven ampele nadere argumentatie heeft betrekking op de grondslag van aan haar (Norma) overgedragen rechten. Zoals door NLKabel c.s. in nrs. 3.5.12 - 3.5.15 van hun schriftelijke toelichting is benadrukt is een overdracht door een uitvoerende kunstenaar van rechten aan Norma heel iets anders dan het 'anders overeenkomen' met de producent, in de zin van art. 45d Aw. Daarom kan een levering bij voorbaat (van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen) door de uitvoerende kunstenaar aan Norma – anders dan Norma stelt – niet afdoen aan het (lex specialis-) stelsel van art. 45d Aw/ art. 4 WNR. Daarom wordt een levering bij voorbaat door de uitvoerende kunstenaar aan de producent (na een levering bij voorbaat van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen) aan Norma, ook niet door art. 3:97 lid 2 BW getroffen.

(...) De redenering dat art. 45dAw als lex specialis niet aan (eerdere) overdracht van naburige rechten in de weg staat, omdat – kort gezegd – dan onduidelijk zou zijn wanneer de leveringshandeling zou plaatsvinden en art. 45d Aw geen overdracht bewerkstelligt maar alleen een vermoeden van overdracht oplevert is onjuist. Artikel 45d Aw behelst niet een (bewijs-)vermoeden maar behelst – als hoofdregel – een materiële rechtsregel, die de in het artikel genoemde rechten van rechtswege op de producent doet overgaan, zodat een leveringshandeling niet aan de orde is. Door de overgang van rechtswege is een 'overdracht onder opschortende voorwaarde' niet aan de orde, zo min als palavers over het moment van overdracht.. Voor de maker / uitvoerende kunstenaar die niet gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid om met de producent schriftelijk anders overeen te komen, is er van beschikkingsbevoegdheid geen sprake meer, en kan (bij een levering bij voorbaat van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen aan Norma) het 'nemo plus'-beginsel door Norma juist niet tegen de producent, en door de producent juist wél tegen Norma ingeroepen worden.

(...)

6.8.12. Er zou geen dilemma (meer) zijn als geoordeeld moet worden dat het door Norma ingeroepen systeem altijd prevaleert boven het door de kabelexploitanten ingeroepen art. 4 WNR / art. 45dAw-systeem.

Er zou ook geen dilemma (meer) zijn als, in omgekeerde zin, geoordeeld moet worden dat het door de kabelexploitanten ingeroepen systeem altijd prevaleert boven het door Norma beleden systeem.

6.8.13. Het kiezen voor (slechts) één van deze super-opties in die zin dat van elkaar hinderende wettelijke systemen er één – als in strijd met het andere – eenvoudigweg zou worden geëcarteerd, gaat de rechtsvormende taak van de rechter te boven. Zo'n krasse optie is door Norma respectievelijk NLKabel c.s. trouwens ook niet verdedigd.

6.8.14. In het geschetste dilemma valt m.i. evenwel niet te ontkomen aan een 'generale' keuze voor hetzij het in nr. 6.8.8 bedoelde 'Norma-systeem', hetzij het in nr. 6.8.9 bedoelde 'NLKabel-systeem' als uitgangspunt. Na die 'generale' keuze ligt dan in de 'uitvoeringsfasen' de geconcretiseerde stelplicht en eventuele bewijslast op de – volgens die keuze – daarmee belaste partij.

Het hof onderschrijft deze analyse, meer in het bijzonder die in 6.7.7 van het citaat. Waar art. 45d Aw een materiele rechtsregel inhoudt berusten de exploitatierechten van rechtswege bij de producent, zodat uitsluitend een schriftelijk overeengekomen, afwijkend beding tussen auteur en producent ertoe kan leiden dat de auteursrechten niet van meet af aan aan de producent zijn overgedragen, maar bij de auteur zijn gebleven.

Die interpretatie past beter bij het in het Unierecht ontwikkelde stelsel van regels en voorkomt verschillen in de toepassing van het Unierecht in Nederland ten opzichte van andere EU-lidstaten. Voorts doet zij recht aan het primaat van internationale verdragen en aan het algemene uitgangspunt dat, ook als geen sprake is van een *lex specialis* in eigenlijke zin, de interpretatie van een algemene regel bij toepassing op een specialistisch terrein zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij de specifiek voor dat terrein geschreven regels, zoals in dit geval art. 14 bis BC. Voorts wordt, zoals Rodap terecht aanvoert, concentratie van de rechten bij de producent zowel nationaal als internationaal als wenselijk beschouwd; dat maakt ook het financieren van films zo niet mogelijk dan toch aanmerkelijk eenvoudiger.

Dat alles wil zeggen dat Lira aan haar aansluitcontracten geen recht als door haar gesteld kan ontleen, zodat bedoelde grieven in zoverre slagen en het vonnis in dit opzicht niet in stand kan blijven.

3.11

Het hof hecht er voorts aan het volgende op te merken. Uit de systematiek van de BC en de jurisprudentie van het HvJEU (in het bijzonder Luksan) volgt in beginsel dat een regeling die er per saldo toe leidt dat de regisseurs/auteurs in de zin van degenen die de daadwerkelijke creatieve arbeid hebben verricht (daargelaten of zij per saldo, in geval van een film als hier aan de orde, ook auteursrechthebbenden zijn) geen billijke vergoeding ontvangen voor de exploitatie van hun arbeid in strijd is met het Unierecht (en de Conventie).

Lira heeft diverse bewijsmiddelen overgelegd waaruit blijkt dat de auteurs van de onderhavige disputen de dupe zijn geworden, omdat zij nu een lagere vergoeding

ontvangen dan vóór Norma. Het hof is van oordeel dat, waar de feitelijke situatie niet gewijzigd is en het gebruik dat van de werken wordt gemaakt hetzelfde is gebleven, de nieuwe juridische duiding op zichzelf in beginsel onvoldoende grond biedt voor een vermindering van de door auteurs te ontvangen vergoedingen, zij het dat die aanspraak zich wellicht richt tot de producent -die, in de persoon van Rodap, ook partij is in dit geding- en niet (rechtstreeks) tot de kabelexploitant. Aangenomen moet immers worden dat de eerdere vergoedingen, waarover vele jaren branchebrede overeenstemming had bestaan, billijk waren.

Ook dit aspect kan ter comparitie nader besproken worden.

3.12

Zoals hiervoor aangekondigd behoeft echter nadere aandacht de stelling van Lira (memorie van grieven in incidenteel appel, 248 -261) dat een deel van de films, door (met name maar niet alleen buitenlandse) omroepen niet via de Mediagateway maar nog "ouderwets" via de (digitale) ether en/of de satelliet aan het publiek worden uitgezonden. Lira acht het aannemelijk dat de kabelexploitanten van die signalen gebruik maken. Zij heeft die stelling ook deugdelijk onderbouwd. Daarnaast stelt Lira dat als de kabelexploitanten voor NPO 1, 2 en 3 de Mediagateway gebruiken zij een signaal benutten dat ook via digitenne of satelliet wordt uitgezonden en dus ook door het publiek/de eindgebruikers kan worden ontvangen.

De kabelexploitanten hebben (mva incidenteel appel, 100 ev) erkend dat zij voor een beperkt deel van hun aanbod (24 buitenlandse zenders) een tevens voor het publiek te ontvangen signaal benutten en via hun kabelnetwerken doorgeven. (aangeduid als *free to air*). De kabelexploitanten wijzen erop dat zij in dat verband gebruik maken van contractuele afspraken en licenties, inclusief in voorkomend geval toestemming van Agicoa.

3.12.1

Ten aanzien van voormelde 24 zenders staat dus tussen partijen vast dat sprake is van een andere feitelijke situatie dan voorlag in Norma. Op Lira rust de bewijslast van haar overige stellingen op dit punt; het hof acht echter de betwisting van de kabelexploitanten zodanig algemeen en weinig gespecificeerd dat Lira voorshands in dat bewijs is geslaagd. De kabelexploitanten zullen daartegen, desgewenst, tegenbewijs kunnen leveren.

3.12.2

In die situatie is de voorwaarde die was verbonden aan het verzoek tot het bevelen van een deskundigenbericht dan wel exhibitie ex art. 843a Rv niet vervuld, zodat hetgeen in dat verband is aangevoerd geen bespreking behoeft.

3.12.3

De omstandigheid dat dus, voorshands en behoudens tegenbewijs, sprake is van doorgifte van *free to air* uitzendingen brengt mee, dat in zoverre, anders dan in Norma, sprake zou kunnen zijn van heruitzending als bedoeld in artikel 26a Aw. Behoorlijk inzicht in het belang daarvan, in de zin van de kwantitatieve betekenis en van de rechten van Lira die daarbij betrokken zouden kunnen zijn, ontbreekt echter.

Alvorens hieromtrent nader te beslissen acht het hof een comparitie van partijen noodzakelijk. Ter zitting kunnen de kabelexploitanten aangeven of, en zo ja op welke wijze, zij tegenbewijs wensen te leveren. Voorts kunnen zij nader inzicht geven in de regelingen die zij stellen te hebben getroffen. Lira dient aan te geven wat haar belang in dit verband is, mede gelet op hetgeen overigens in dit arrest is overwogen. In dat verband kan ook, mede in aanmerking nemende de inmiddels gewijzigde situatie, de mogelijkheid van een regeling ter sprake komen.

Hoewel Rodap niet onmiddellijk belang lijkt te hebben bij dit geschilpunt valt niet uit te sluiten dat dat anders is. Het staat haar in elk geval vrij ter zitting te verschijnen en opmerkingen te maken.

Elke verdere beslissing wordt thans aangehouden.

4. Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

bepaalt dat partijen vertegenwoordigd door iemand die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is (door schriftelijke machtiging of anderszins) tot het aangaan van een schikking, tezamen met hun advocaten, tot het hiervoor onder 3.8 en 3.12 omschreven doel zullen verschijnen ten overstaan van mrs. Hofmeijer-Rutten, Melissen en Heevel in het Paleis van Justitie, IJdok 20 te Amsterdam op een nader te bepalen dag en uur;

bepaalt dat de advocaat van Lira onder opgave van de verhinderdata van alle voornoemde betrokkenen in de periode van januari 2017 tot april 2017 aan het (enquêtebureau van het) hof dient te verzoeken een datum te bepalen;

verzoekt partijen, voor het geval zij zich ter comparitie willen bedienen van (nog niet in de procedure overgelegde) schriftelijke bewijsstukken, deze uiterlijk 2 weken voor de comparitiedatum toe te zenden aan de raadsheer-commissaris, onder gelijktijdige toezending van een afschrift aan de wederpartij;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, W.A.H. Melissen, en G.J. Heevel en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 18 oktober 2016.

mr. C.C. Meijer