

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 13 november 2018

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 geïntimeerden,
advocaat: mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

en

de VERENIGING VOOR RECHTENOVERLEG VOOR DISTRIBUTIE VAN AUDIOVISUELE PRODUCTIES (RODAP)

gevestigd te Hilversum
gevoegde partij aan de zijde van appellanten, incidenteel geïntimeerden,
advocaat mr. R.S. Le Poole te Haarlem,

tegen

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

1. Verder verloop van het geding

Partijen worden hierna Ziggo (in vrouwelijk enkelvoud) of de kabelexploitanten, respectievelijk Rodap en Lira genoemd.

In deze zaak heeft het hof op 18 oktober 2016 een tussenarrest uitgesproken. Voor het verloop van het geding tot die datum wordt verwezen naar dat arrest.

Ingevolge het tussenarrest heeft, nadat de zaak enige tijd in verband met onderhandelingen op de parkeerrol heeft gestaan, op 16 oktober 2017 een comparitie van partijen plaatsgevonden. Het hof heeft, mede naar aanleiding van diverse berichten van partijen, partijen met het oog op die comparitie een brief d.d. 15 september 2017 gezonden.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 16 oktober 2017 (wederom) doen bepleiten, de kabelexploitanten door mrs. J.K. van Hezewijk en J.J. Wolfhagen, beiden advocaat te Amsterdam, Rodap door mrs. R.S. Le Poole, 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, zodat zijdens de kabelexploitanten nu per saldo 23, namens Rodap 34 en namens Lira 77 producties in hoger beroep zijn overgelegd.

Vervolgens hebben partijen wederom arrest gevraagd.

2. Verdere beoordeling

2.1.1

De achtergrond van het onderhavige geschil is de interpretatie in de sector van de rechterlijke uitspraken in de zaak Norma-NL Kabel (waaronder het arrest van de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:735, hierna net als in het tussenarrest kortweg Norma genoemd, zoals ook de andere uitspraken met hun roepnaam worden aangeduid), welke interpretatie ertoe geleid heeft dat de kabelexploitanten menen geen licentievergoedingen voor de kabeldoorgifte van omroepuitzendingen meer te hoeven betalen. Voorts is van belang dat inmiddels op 1 juli 2015 de Wet Auteurscontractenrecht van kracht is geworden (*Stb.* 2015, 257), waarbij aan artikel 45d Aw een tweede lid is toegevoegd waarmee voor een (groot) deel van het onderhavige probleem in een wettelijke oplossing wordt voorzien. Daaraan voorafgaand, vanaf 1 januari 2015, gold een Convenant tussen Rodap en collectieve beheersorganisaties, waaronder Lira, dat ziet op een vergoeding voor bepaalde diensten ten aanzien van de zogenoemde Rodap-zenders (NPO, RTL en SBS). Ook is inmiddels een Amendement aansluitingscontract op het contract tussen Lira en de auteurs in gebruik, dat de rechtenoverdracht aan Lira beperkt.

Het geschil ziet daarom nog voornamelijk op een betrekkelijk beperkte periode in het verleden van 1 oktober 2012 tot en met 31 december 2014, en deels (ten aanzien van niet door het Convenant geregelde handelingen) ook over de periode januari tot en met juni 2015. Het geldelijk belang bij de eerstgenoemde periode is, in de becijfering van Lira, ca. € 11,15 miljoen.

2.1.2

Het hof merkt reeds hier op dat deze beperking in de tijd niet zonder meer geldt ten aanzien van een aantal hierna nader te bespreken aspecten (post- en pre-existente werken, radio-uitzendingen, buitenlandse rechthebbenden en doorgifte anders dan via de Mediagateway). Daarvoor wordt verwezen naar r.o. 2.8-2.17 hierna.

2.1.3

Het hof heeft in zijn arrest van 18 oktober 2016, voor zover van belang, overwogen:

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

(...) 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 aan 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

(...) Dat alles wil zeggen dat Lira aan haar aansluitcontracten geen recht als door haar gesteld kan ontleenen, 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.

(...)

3.12.3

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.

2.2

Voor een goed begrip van de betekenis van dit tussenarrest is van belang dat bij gelegenheid van de vorige zitting met partijen is afgesproken dat het hof zou beslissen op de vraag die partijen het meest verdeeld hield, te weten de kwestie van de verhouding tussen artikel 45d Aw en de overdracht van de auteursrechten aan Lira voor de voor Lira belangrijkste groep auteurs/makers, te weten kort samengevat de Nederlandse scenarioschrijvers, via de aansluitcontracten. Alle partijen meenden toen dat een dergelijke beslissing de weg zou kunnen effenen voor een schikking. In dat licht moet ook r.o. 3.11 worden begrepen; die overweging beoogt niet een beslissing te geven op een onderdeel van het voorgelegde geschil dat ziet op de vraag of de kabelexploitanten voor de doorgifte van programma's de toestemming behoeven van Lira (laat staan dat zij een bindende eindbeslissing zou vormen), maar vormt een *obiter dictum* met het oog op de situatie dat partijen nader in onderhandeling treden.

Terugkomen op tussenarrest 18 oktober 2016?

2.3

Het hof blijft bij de beslissingen die zijn neergelegd in het tussenarrest en ziet in hetgeen partijen inmiddels nog hebben aangevoerd onvoldoende redenen om daarop terug te komen. Dat geldt in het bijzonder voor de overwegingen aangaande de rechten die Lira meent aan haar aansluitcontracten te kunnen ontleen in het kader van artikel 45d Aw.

Ten aanzien van r.o. 3.4 van het tussenarrest, inhoudend dat vast staat dat Lira geen belang meer heeft bij een verbod of gebod, overweegt het hof in dat verband nog het volgende. Een gebod dan wel verbod ziet naar zijn aard op de toekomst. Voor zover de aanspraken van Lira bestreken worden door de nieuwe wettelijke regeling heeft Lira geen belang bij een gebod als door haar in eerste aanleg (en thans nog steeds) gevorderd. Gelet op de nieuwe wettelijke regeling heeft Lira dat zelf ook erkend, het gaat haar in zoverre nog slechts om de vergoedingen.

2.4

Het hof heeft met r.o. 3.4 in het tussenarrest niet beoogd te beslissen op de vraag of Lira belang heeft bij de gevorderde ver/geboden in de hierna te bespreken gevallen (post- en pre-existente werken, radio-uitzendingen, buitenlandse rechthebbenden en doorgifte anders dan via de Mediagateway). Gelet op de in r.o. 2.2 bedoelde afspraak (ter terechtzitting in 2016 gemaakt maar in het tussenarrest niet met zoveel woorden vastgelegd) moet dat partijen ook duidelijk zijn geweest. Op deze punten wordt hierna dus beslist.

Uitzendingen via de Mediagateway

2.5

Lira stelt zich op het standpunt dat zij een vorderingsrecht kan baseren op artikel 26a Aw, althans dat er reden is om daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) als geformuleerd onder 245 van de memorie van antwoord/memorie van grieven in incidenteel appel.

Lira beroept zich daartoe onder meer op de uitspraak van dit hof in de zaak Vevam (Hof Amsterdam, 22 november 2011, IEPT20111122 (VEVAM/NL Film)), op preambule 29 van de KabSatrichtlijn (Richtlijn 93/83/EEG) en op het arrest van het HvJEU in de zaak Luksan (HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65). Meer in algemene zin wijst zij erop dat de praktijk er gedurende 27 jaar van uitging dat Lira dat vorderingsrecht had op grond van artikel 26a Aw, zodat deze rechten tot oktober 2012 in de kabelgelden verdisconteerd waren.

Ziggo en Rodap stellen dat artikel 26a Aw vooronderstelt dat sprake is van heruitzending (en van makers die rechthebbenden zijn en een toestemmingsrecht hebben). Daarvan is bij uitzendingen via de Mediagateway geen sprake. Het stellen van prejudiciële vragen is niet nodig.

2.6

Het hof volgt Lira niet in haar stellingen. In het tussenarrest heeft het hof hierover al het volgende overwogen:

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 ontlelen 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.

2.7

Het hof heeft geen reden om te betwijfelen dat het oordeel van de Hoge Raad in overeenstemming is met het Europees recht en ziet dus geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU. Dat wordt als volgt toegelicht aan de hand van de drie vragen die Lira heeft voorgesteld. Daarbij gaat het hof uit van de

formulering van de vragen in de memorie van antwoord, nu ze daarnaar in haar laatste processtuk (spreekaantekeningen, 16 oktober 2017, nr 47) terugverwijst.

2.7.1

De eerste door Lira voorgestelde vraag luidt als volgt: *“Dient artikel 1 lid 3 van de KabSatRichtlijn zodanig te worden uitgelegd dat met ‘eerste uitzending’ uitsluitend een signaal wordt bedoeld dat (mede) door eindgebruikers te ontvangen is, of kan het ook zien op een signaal dat niet rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen is en wordt opgepikt door een distributeur met het oog op de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek?”*

Over het antwoord op die vraag bestaat naar het oordeel van het hof geen redelijke twijfel in het licht van het arrest van het HvJEU in de zaak SBS/SABAM. In die zaak oordeelde het HvJEU dat een omroeporganisatie geen mededeling aan het publiek doet wanneer zij haar programmadragende signalen uitsluitend aan de distributeurs van signalen doorgeeft zonder dat die signalen tijdens en naar aanleiding van die doorgifte toegankelijk zijn voor het publiek, en die distributeurs de signalen vervolgens naar hun respectieve abonnees sturen, zodat deze de programma's kunnen bekijken, tenzij de tussenkomst van de betrokken distributeurs slechts louter een technisch middel is. Daarvan uitgaande is duidelijk dat ‘eerste uitzending’ in de zin van artikel 1 lid 3 KabSatRichtlijn niet ziet op een signaal dat niet rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen is.

2.7.2

De tweede vraag die Lira heeft voorgesteld is of artikel 9 van de KabSatRichtlijn van toepassing is op een doorgifte via de kabel die gelijktijdig plaatsvindt met een eerste uitzending, maar die feitelijk gebruik maakt van een (parallel) uitgezonden signaal dat niet door eindgebruikers te ontvangen is.

Ook het antwoord op die vraag is voldoende duidelijk gelet op het oordeel van het HvJEU in SBS/SABAM. Uit dat arrest volgt, zoals hiervoor is overwogen, dat artikel 1 lid 3 en dus artikel 9 van de KabSatRichtlijn niet van toepassing zijn op een doorgifte via de kabel van een signaal dat niet door eindgebruikers te ontvangen is. Het valt niet in te zien waarom een uitzondering op die regel zou moeten worden gemaakt in de situatie dat de omroep parallel aan het signaal dat niet door eindgebruikers is te ontvangen, een ander signaal uitzendt dat wel voor het publiek toegankelijk is. Het laatstgenoemde signaal is namelijk niet het signaal dat de distributeur doorgeeft en kan daarom niet worden aangemerkt als ‘eerste uitzending’ in de zin van artikel 1 lid 3 KabSatRichtlijn.

2.7.3

Ten derde suggereert Lira de vraag te stellen of voor de beantwoording van de eerste twee vragen onderscheid gemaakt moet worden tussen het auteursrecht en het naburige recht van de uitvoerende kunstenaar.

De Hoge Raad heeft in Norma geoordeeld dat moet worden aangenomen dat het begrip ‘(mededeling aan) het publiek’ in de Europese richtlijnen telkens eenzelfde

betekenis heeft, ongeacht of het om auteursrechten of naburige rechten gaat. Uit het arrest Reha Training/GEMA (HvJEU 31 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:379, gewezen na het OSA-arrest van het HvJEU, ECLI:EU:C:2014:110, waarop Lira zich in dit verband beroept en waaromtrent partijen zich ter comparitie hebben kunnen uitlaten) blijkt dat ook het HvJEU dat zo ziet. Er is dan ook geen reden om artikel 26a Aw anders uit leggen dan de Hoge Raad in Norma met artikel 14a WNR heeft gedaan. Dat betekent, dat artikel 26a Aw net als artikel 14a WNR een eerdere andere primaire openbaarmaking vergt. Nu aan het doorzetten via de Mediagateway niet een dergelijke primaire openbaarmaking voorafgaat is artikel 26a Aw dus niet van toepassing. De interpretatie van de Hoge Raad in Norma moet dan ook in overeenstemming worden geacht met Europees recht, zodat er geen reden is om op deze punten prejudiciële vragen ter zake te stellen.

2.8

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat Lira haar vorderingen jegens Ziggo niet kan baseren op artikel 26a Aw voor zover het gaat om uitzendingen via de Mediagateway. Op de uitzendingen anders dan via de Mediagateway gaat het hof hierna in onder r.o. 2.16 e.v..

2.9

Lira baseert haar vorderingen niet alleen op artikel 26a Aw, maar ook op de stelling dat makers hun rechten aan haar hebben overgedragen in de aansluitcontracten. Uit het tussenarrest (met name r.o. 3.6-3.10 daarvan) vloeit echter voort dat Lira, als gevolg van de aldaar door het hof aangenomen werking van het vermoeden van overdracht van rechten aan de producent van artikel 45d Aw, in beginsel niet op basis van haar aansluitcontracten als rechthebbende kan worden aangemerkt ten aanzien van de rechten van de Nederlandse makers van 'gewone' (film)werken die door de kabelexploitanten op televisie worden uitgezonden terwijl het signaal via de Mediagateway is doorgegeven. (Met de hiervoor aangeduide 'gewone' (film)werken wordt bedoeld op werken die een bijdrage aan een filmwerk vormen in de zin van artikel 45a lid 2 Aw, niet op werken die voordat de film aan de orde was reeds als zelfstandig werk bestonden (pre-existente werken) of na voltooiing van de film zijn gemaakt (post-existente werken); op post- en pre-existente werken wordt hierna onder r.o. 2.10 e.v. teruggekomen).

Voor de buitenlandse makers geldt dit evenzeer en onverkort. De rechten in Nederland van deze buitenlandse makers moeten worden beoordeeld naar het recht van het land waar de bescherming wordt ingeroepen, de *lex loci protectionis*, met andere woorden Nederlands recht. Dat is als zodanig ook geen twistpunt.

2.10

Het hiervoor bedoelde vermoeden van overdracht van artikel 45d Aw geldt niet als de maker en de producent schriftelijk anders zijn overeengekomen. Daarnaast is artikel 45d Aw niet van toepassing op andere werken dan gewone filmwerken, zoals pre-existente, post-existente werken en radio-uitzendingen (hierna tezamen te noemen: pre-existente werken c.a.).

2.11

Bij Lira aangesloten makers hebben volgens Lira (blijkens memorie van antwoord/memorie van grieven in incidenteel appel, 90 e.v.) in een aantal gevallen in hun overeenkomst met de producent bedongen dat de kabeldoorgifrechten van de overdracht zijn uitgezonderd (hierna ook aangeduid als: Lira-beding). Lira stelt voorts dat, niet alleen in de periode van oktober 2012 - december 2014, doch ook daarna nog, pre-existente werken c.a. via de kabel openbaar zijn gemaakt zonder dat de makers daarvoor toestemming hadden verleend en zonder dat daarvoor vergoedingen zijn betaald.

2.11.1

Lira meent daarom dat zij in het geval dat i) de maker een Lira-beding is overeengekomen met de producent, en/of ii) het gaat om pre-existente werken c.a. zowel een ge/verbod kan vorderen als een schadevergoeding op de grond dat de maker de rechten heeft overgedragen aan Lira of, in geval van buitenlandse makers, een buitenlandse cbo waarmee Lira een wederkerigheidsovereenkomst heeft.

2.11.2

Ziggo en Rodap hebben de vorderingen gemotiveerd betwist. Zij menen, dat Lira, op wie de stelplicht rust, zo weinig heeft gesteld dat reeds op die grond haar vorderingen moeten worden afgewezen.

2.12

Dat de verplichting om stellingen in te nemen en te onderbouwen en, in voorkomend geval, bij voldoende betwisting te bewijzen in beginsel op Lira rust staat niet ter discussie. Anders dan Lira kennelijk meent op basis van het arrest Soulier (ECLI:EU:C:2016:878) geldt daarop, gelet op de acceptatie van het (weerlegbare) wettelijk vermoeden dat blijkt uit Luksan, geen uitzondering in die zin dat van de maker niet verlangd kan worden dat hij stelt en onderbouwt dat de rechten niet bij de producent liggen. Anders gezegd, ook als het gaat om het ontbreken van rechten bij de producent, rust – gegeven het wettelijk vermoeden – de verplichting om stellingen in te nemen en die te onderbouwen op Lira.

Met Ziggo en Rodap is het hof van oordeel dat de onderbouwing van Lira, zeker gelet op de betwisting, beperkt is. Lira wijst met name op producties 2, 26, 55, 62, 63 en 69. De reikwijdte van die stukken is niet geheel duidelijk, met name niet of/in hoeverre hier ook pre-existente werken c.a. onder vallen.

Gelet op de bijzondere aard van deze procedure acht het hof dit echter voldoende voor een verwijzing naar de schadestaat, op de volgende gronden.

2.13

De Hoge Raad overweegt in Norma (r.o. 5.3.2), kort samengevat, dat voor toewijzing van de vordering van Norma als cbo tot veroordeling van de wederpartij tot het betalen van schadevergoeding op te maken bij staat, voldoende is dat in de hoofdzaak aannemelijk is dat sprake is van inbreuken, zonder dat nodig is dat wordt aangevoerd en vastgesteld welke inbreuken precies hebben plaatsgevonden. Die vragen kunnen in de schadestaatprocedure beantwoord worden teneinde de omvang van de

schadevergoeding te bepalen. Een andere opvatting zou volgens de Hoge Raad onaanvaardbaar afbreuk doen aan een effectieve belangenbehartiging door een collectieve beheersorganisatie. Uit Norma, r.o. 5.4.10, blijkt dat dit ook gevolgen heeft voor de stelplicht.

2.13.1

Tegen die achtergrond is het hof van oordeel dat Lira voldoende heeft gesteld om aannemelijk te maken i) dat tenminste in enkele gevallen de makers met de producent een Lira-beding zijn overeengekomen, ii) dat er ook pre-existente werken c.a. worden uitgezonden, en iii) dat aan haar, Lira (dan wel een buitenlandse tegenhanger waarmee Lira een wederkerigheidsovereenkomst heeft), bedoelde rechten zijn overgedragen bij de zogeheten aansluitcontracten. Ziggo heeft ook erkend dat in uitzonderlijke gevallen makers zich bepaalde rechten met betrekking tot hun bijdrage voorbehouden in hun contracten met de producenten. De door Ziggo overgelegde verklaring van de managing director van AGICOA houdt ook de mogelijkheid open dat rechtenvoorbehouden voorkomen, zij het sporadisch. Wat betreft de pre-existente werken c.a. heeft Ziggo tijdens de comparitie voorts erkend dat ze voorkomen, zij het zeer weinig. Rodap heeft als gevoegde partij daarover geen afwijkend standpunt verdedigd.

Dat niet (in alle gevallen) om toestemming is gevraagd en dat niet (in alle gevallen) voor die rechten is betaald aan Lira, vloeit voort uit de eigen stellingen van Ziggo en Rodap en staat daarmee als zodanig dus vast. De mogelijkheid van inbreuk en dus van schade is daarmee aannemelijk. Weliswaar moet aangenomen worden dat het hier om een beperkt aantal gevallen gaat, maar dat staat aan verwijzing naar de schadestaatprocedure niet in de weg; alle argumenten aangaande de omvang van de inbreuk kunnen in de schadestaatprocedure nader worden besproken en daarop kan in dat kader worden beslist.

2.13.2

Daarbij is nog van belang dat de grieven 3 en 4 van Ziggo en grieven 7 en 8 van Rodap voor zover betrekking hebbende op de situatie anders dan die waarop artikel 45d Aw ziet geen doel treffen. (Op deze grieven is in het tussenarrest onder rov. 3.5 tot en met 3.10 alleen ingegaan voor zover het gaat om de situatie waarop artikel 45d Aw wel ziet.)

2.13.3

Het gaat bij grief 3 van Ziggo respectievelijk 7 van Rodap om de vraag of is voldaan aan de bepaaldheidseis, voor zover bij de aansluitcontracten rechten zijn overgedragen die zagen op werken die op dat moment nog niet bestonden en/of die onvoldoende waren omschreven. De grieven falen, op de gronden zoals weergegeven in het bestreden vonnis van de rechtbank onder r.o. 4.8-4.8.1. Dat het hof Den Haag in het arrest in de zaak Norma oordeelde dat de overdracht bij voorbaat te breed geformuleerd was om voldoende bepaald in de zin van artikel 3:84 lid 2 BW te zijn, welk oordeel in cassatie in stand bleef, doet daaraan niet af. In dit opzicht is er immers een relevant verschil tussen de hier relevante aan Lira bij voorbaat overgedragen rechten en de in die zaak aan Norma overgedragen rechten. Dat verschil vloeit voort

uit de aard van de (ten tijde van de overdracht toekomstige) werken. Het gaat hier immers, anders dan in Norma, louter om tekstuele werken, die voldoende identificeerbaar zijn, omdat (uit de tekst van het aansluitcontract als geheel valt op te maken dat) hier uitsluitend wordt bedoeld op tekstuele werken die zullen worden uitgezonden. Deze grieven falen.

2.13.4

Grief 4 van Ziggo respectievelijk 8 van Rodap ziet op de uitleg van de aansluitcontracten waar het gaat om de overdracht van rechten ter zake van de primaire openbaarmaking. Het hof acht juist de door de rechtbank in r.o. 4.13-4.13.5 van het bestreden vonnis gegeven uitleg, die er, sterk verkort, op neer komt dat een uitleg van het aansluitcontract aan de hand van de Haviltex-maatstaf meebrengt dat de rechten met betrekking tot zowel de secundaire als de primaire uitzending worden overgedragen. In het bijzonder moet het zinsdeel "of indien een dergelijke uitzending niet plaatsvindt" tegen de achtergrond van de doelstellingen van Lira als cbo, en gelet op de juxtapositie met "dergelijke uitzending" waarmee bedoeld wordt op gelijktijdige ongewijzigde uitzending via de kabel, zo worden uitgelegd dat ook de rechten met betrekking tot primaire openbaarmaking worden overgedragen. Dat de makers, als de contractuele wederpartijen van Lira, deze teksten ook zo hebben begrepen, wordt ondersteund door het feit dat diverse makers bij de zittingen aanwezig waren om Lira te ondersteunen en is door Ziggo ook niet, althans onvoldoende gemotiveerd of onderbouwd betwist. Ook deze grieven falen.

2.13.5

Zoals uit het hiervoor onder 2.13.1 overwogene reeds blijkt, is het hof van oordeel dat Lira - gelet op de nadere stukken die zij nog in het geding heeft gebracht - voldoende heeft gesteld om aannemelijk te achten dat zij op basis van wederkerigheidsovereenkomsten ook bevoegd is op te treden voor althans een aantal buitenlandse rechthebbenden. Dit maakt dat het categorisch oordeel van de rechtbank, dat Lira niet gevolgd kan worden in haar stelling dat zij bevoegd is namens buitenlandse auteurs op te treden, waartegen de incidentele grief 1 van Lira is gericht, geen stand kan houden. Bij een nadere beoordeling in deze procedure bestaat geen belang. Zo nodig kan daaromtrent nadere bewijslevering plaatsvinden in de schadestaat.

2.14.1

Hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen in het kader van de beoordeling van de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure geldt niet voor de, ook voor de uitzendingen via de Mediagateway, nog steeds door Lira gevorderde ge- en verboden. Voor toewijzing van die vorderingen is immers nodig dat vastgesteld kan worden dat onrechtmatig is gehandeld, jegens één of meer concreet aan te geven makers of ten aanzien van één of meer concrete werken. De enkele mogelijkheid als hiervoor besproken is onvoldoende voor een zo vergaande maatregel als een ge- of verbod. De hiervoor weergegeven rol van Lira als cbo strekt niet zo ver dat zij op dit punt reeds heeft voldaan aan haar stelplicht. Daarvoor zijn haar stellingen te vaag. Een dergelijk gebod is ingrijpend en de noodzaak daarvan, in de huidige gewijzigde situatie, is ook niet behoorlijk onderbouwd.

2.14.2

Onder de in r.o. 2.13.1 bedoelde ge- en verboden is mede het bevel begrepen om opgave te doen. Ook voor toewijzing van dat bevel is nodig dat vast staat om welke werken en makers het precies gaat, zodat de kabelexploitanten weten welke informatie zij moeten verstrekken en wordt voorkomen dat niet-relevante informatie wordt verstrekt.

In zoverre heeft 3.4 van het tussenarrest in dit opzicht geen heroverweging.

2.14.3

De vorderingen van Lira zijn dus toewijsbaar als het gaat om via de Mediagateway uitgezonden pre-existente werken c.a. en werken ten aanzien waarvan met de producent een Lira-beding is overeengekomen, doch slechts voor zover zij zien op verwijzing naar de schadestaat.

2.15

Dan behoeft grief 2 van Ziggo c.s. en behoeven de grieven 9 en 10 van Rodap nog behandeling. Ziggo betoogt met haar grief dat Lira bewust wanprestatie uitlokt door in de aansluitcontracten te bedingen dat de rechten aan haar worden overgedragen, terwijl Lira weet dat de maker in beginsel zijn rechten overdraagt aan de producent. Rodap meent op dezelfde gronden dat Lira onrechtmatig handelt, en voegt daaraan nog toe dat de door Lira geëiste overdracht van alle huidige en toekomstige rechten misbruik van een economische machtspositie oplevert, onder verwijzing naar rechtspraak van het HvJ EU over onbillijke voorwaarden.

2.15.1

De redenering van Ziggo komt erop neer dat Lira de makers misleidt. Zij laat een aansluitcontract ondertekenen waarin op een groot aantal punten op voorhand is aangekruist welke rechten de maker overdraagt aan Lira, maar zij vermeldde toch in de informatie op haar website (in elk geval tot 2014) dat de producent kon beschikken over de rechten die voor verfilming en uitzending op televisie benodigd waren. Zij verstrekt dus misleidende berichten en lokt de maker aldus uit om wanprestatie te plegen jegens de producent. Ziggo acht dat ook jegens haar onrechtmatig. Ziggo stelt in dat verband dat Lira daarvan profiteert. Lira kan op basis van de verbodsrechten vergoedingen claimen, haar positie versterken en de afhankelijkheid van de makers van Lira vergroten.

Rodap beroept zich er met name op dat de aansluitcontracten en die voorwaarden onrechtmatig jegens haar zijn en dat Lira misbruik maakt van haar machtspositie, omdat Lira door middel van een verbodsactie de kabelexploitanten en/of de producenten dwingt tot het betalen van excessieve, onbillijke vergoedingen.

2.15.2

Dit betoog van Ziggo en Rodap treft geen doel, alleen al omdat het hof de verbodsvorderingen afwijst. Ziggo en Rodap hebben niet aangevoerd dat het enkele creëren van een aanspraak op schadevergoeding onrechtmatig is. Daar komt bij dat het hof de aanspraak op schadevergoeding slechts toewijst voor zover de maker een Lira-beding is overeengekomen met de producent of sprake is van pre-existente werken c.a.

Een Lira-beding houdt in dat de maker en de producent zijn overeengekomen dat de rechten niet bij de producent liggen. Overdracht van rechten in het aansluitcontract kan in die situatie nooit leiden tot wanprestatie van de maker ten opzichte van de producent, laat staan onrechtmatig zijn ten opzichte van Ziggo of Rodap. Bovendien moet, mede in het licht van de door de wetgever uitdrukkelijk wenselijk geachte rol van cbo's, worden aanvaard en rechtmatig worden geacht dat Lira, ook al is zij de enige cbo op dat gebied, aansluitcontracten met makers sluit. Anders dan Rodap in de toelichting op de grief (MvG, 13.11) aanneemt, hebben de aansluitcontracten niet de betekenis die Lira daaraan toekende als het gaat om, kort gezegd, gewone werken die via Mediagateway worden uitgezonden. De vrijheidsbeperking voor de makers en de afbreuk aan het maatschappelijke belang van ontwikkeling en exploitatie van filmwerken zijn daarmee dus zeer veel geringer dan Rodap aanneemt. Van het gijzelen van de producenten in verband met een verbod is inmiddels geen sprake meer. Wat de vergoedingen betreft ging de gehele branche er, tot de beslissing van de Hoge Raad in Norma, vanuit dat het hier om billijke vergoedingen ging. Dat Lira nu aanspraak meent te kunnen maken op vergelijkbare vergoedingen kan in dat licht niet als misbruikelijk en onrechtmatig jegens Rodap worden beschouwd. De grieven falen.

Voor zover Rodap met haar betoog bedoelt dat de aansluitcontracten van rechtswege nietig zijn faalt haar betoog evenzeer, nu uit haar eigen stellingen blijkt dat niet de contracten tussen Lira en de makers als zodanig maar de wijze waarop Lira die inzette jegens de producenten (en Rodap en Ziggo) het mededingingsrechtelijk relevante misbruik opleveren.

Uitzending anders dan via Mediagateway

2.16

Resteert de vraag in hoeverre Lira's vorderingen jegens Ziggo toewijsbaar zijn als het gaat om de uitzendingen die niet via Mediagateway zijn doorgezet en waarbij het signaal dus door de kabelexploitant via de (digitale) ether of satelliet is ontvangen en vervolgens opnieuw uitgezonden. Dat is, zoals reeds in het tussenarrest werd opgemerkt, een wezenlijk van de situatie in Norma afwijkende feitelijke situatie. Hier is immers wel sprake van een eerdere/andere primaire openbaarmaking, zodat de doorgifte via de kabel nog steeds moet worden gekwalificeerd als een heruitzending als bedoeld in artikel 26a Aw.

2.17

In het tussenarrest (r.o. 3.12.1-3.12.3) is omtrent de uitzendingen anders dan via Mediagateway bewezen geacht dat een dergelijke heruitzending zich voordoet ten aanzien van de 24 door kabelexploitanten met name genoemde buitenlandse zenders, behoudens tegenbewijs. Nu de kabelexploitanten en Rodap expliciet hebben afgezien van tegenbewijs op dat punt staat dit inmiddels vast. Zoals ook opgemerkt in het tussenarrest, is de voorwaarde waaronder Lira een deskundigenbericht heeft verzocht en inzage heeft gevorderd in zoverre niet vervuld.

2.17.1

Daarnaast heeft Lira aangevoerd dat (zij denkt dat) voor NPO 1, 2 en 3, BBC en de Belgische publieke zenders eenzelfde signaal dat direct wordt aangeleverd bij de

kabelexploitanten via de Mediagateway, tegelijk ook *free to air* de ether ingaat. In het midden kan blijven of dat zo is. Voor zover dat het geval is, is naar het oordeel van het hof in die situatie geen sprake van heruitzending in de zin van artikel 26a Aw, omdat de omroep het signaal dat de kabelexploitanten gebruiken, rechtstreeks bij hen aanlevert via de – niet voor het publiek toegankelijke – Mediagateway; dat er, wellicht, tegelijk een ander signaal wordt uitgezonden mist belang (zie hiervoor onder r.o. 2.7.2). Gelet daarop is het door Lira verzochte deskundigenbericht over die stellingen niet nodig.

2.17.2

Voorts moet worden geconcludeerd dat, voor zover de gevorderde inzage betrekking heeft op de stellingen over deze zenders, Lira geen rechtmatig belang heeft bij inzage in de zin van artikel 843a Rv, zodat die moeten worden afgewezen.

2.18.1

Lira stelt zich met betrekking tot uitzendingen anders dan via de Mediagateway, terecht, op het standpunt dat het uitgangspunt hier moet zijn dat Ziggo toestemming van de makers diende te vragen voor de doorgifte van deze signalen in het kader van deze heruitzendingen. Die toestemming diende via de weg van de cbo verkregen te worden, nu uit artikel 26a Aw volgt dat het hier rechten betreft die rechthebbenden louter collectief, via een cbo, kunnen uitoefenen. Daarbij doet niet ter zake of het hier (ook) buitenlandse makers/rechthebbenden betreft, omdat artikel 26a Aw als *lex loci protectionis* toepasselijk is (zie r.o. 2.8).

2.18.2

Dat uitgangspunt geldt echter niet onverkort. Als sprake is van overdracht aan de producent is elke band tussen Lira als cbo en de makers doorgesneden, zodat van uitoefening van bedoelde rechten door Lira geen sprake kan zijn.

Uit Uradex (HvJEU 1 juni 2006, zaak C-169/05, ECLI:EU:C:2006:365, 24) en Norma (r.o. 5.4.6) volgt dat ook in een dergelijk geval, waar collectief beheer uitgangspunt is, het vermoeden van overdracht zoals dat in Nederland is neergelegd in artikel 45d Aw geldt, zij het dat uit Luksan voortvloeit dat het vermoeden van overdracht weerlegbaar moet zijn. Lira heeft zich, zoals hiervoor onder r.o. 2.12.1 al aan de orde kwam, op het standpunt gesteld dat in elk geval ten aanzien van een aantal werken/makers overeenkomsten met producenten bestaan die ten gevolge hebben dat dat vermoeden is weerlegd. Voorts stelt zij dat er ook pre-existente werken c.a. zijn en worden uitgezonden, waarvoor het overdrachtsvermoeden niet geldt.

2.19

Hier geldt hetgeen onder r.o. 2.13 -2.13.5 werd overwogen aangaande de stelplicht en de verwijzing naar de schadestaatprocedure evenzeer, te meer omdat in dit geval sprake is van verplicht collectief beheer. Lira heeft voor een dergelijke verwijzing voldoende gesteld om aannemelijk te maken dat tenminste in enkele gevallen de makers met de producent zijn overeengekomen dat de kabeldoorgifrechten zijn uitgezonderd van de rechtenoverdracht aan de producent en dat er ook pre-existente werken c.a. zijn en worden uitgezonden.

2.20

Lira's vorderingen jegens Ziggo zijn dus, als het gaat om de uitzendingen die niet via Mediagateway zijn doorgezet, in zoverre toewijsbaar dat is voldaan aan de vereisten voor verwijzing naar de schadestaat voor zover een Lira-beding is overeengekomen met de producent en/of er sprake is van pre-existente werken c.a.

Om hoeveel makers/werken het gaat is niet duidelijk, maar er is geen aanleiding om aan te nemen dat het om een zo beperkt aantal gaat dat de schade verwaarloosbaar is. Voor (sommige van) deze uitzendingen hebben de kabelexploitanten en Rodap verweer gevoerd dat erop neerkomt dat Lira in sommige gevallen toch niet vorderingsgerechtigd is. Ook dat kan in de schadestaatprocedure nader worden onderzocht.

2.21

Hier geldt evenzeer, op mutatis mutandis dezelfde gronden als hiervoor onder 2.14.1-2.14.3 weergegeven, dat voor een gebod of verbod onvoldoende grondslag bestaat.

Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

2.22

Het betoog van Lira aangaande de betrokken bedragen, de eerdere langjarige praktijk, de afhankelijkheid van de makers van de kabelvergoeding en hun moeizame onderhandelingspositie mondt uit in de stelling dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is dat Ziggo en Rodap over de periode voor januari 2015 (dan wel juli 2015) en/of voor de periode daarna geen kabelvergoedingen betalen. Zij hebben toegelicht dat de producenten die vergoedingen niet zullen willen betalen en dat zulks, gelet op de dynamiek in de markt, de onderlinge verhoudingen en het gegeven dat de verdiensten met name naar de distributeurs, de kabelexploitanten, toegaan ook niet verwonderlijk is. Zij wijzen op de billijke vergoeding voor de maker zoals die wordt erkend in het Unierecht en de wet en op r.o. 3.12 uit het tussenarrest.

Het hof merkt daaromtrent op dat de door Lira genoemde omstandigheden op dit moment, in deze procedure, onvoldoende zijn om haar beroep op de onaanvaardbaarheid naar redelijkheid en billijkheid te laten slagen nu het debat nog niet ten volle gevoerd is. Tot dusver hebben de makers en Lira kennelijk niet eens geprobeerd om de producenten in rechte aan te spreken.

Tegen die achtergrond falen de stellingen van Lira in deze procedure.

slotsom

2.23

De toelichting op de grieven voor zover hiervoor niet besproken bouwt voort op de stellingen aangaande de overdracht bij voorbaat en daaraan komt dus, gelet op de beslissing op dat punt, geen zelfstandige betekenis toe.

Uit al hetgeen in het tussenarrest en hiervoor is overwogen volgt dat het vonnis wordt vernietigd, de zaak op voornoemde punten naar de schadestaat wordt verwezen en de vorderingen van Lira voor het overige worden afgewezen. Er zijn geen relevante

bewijsaanbiedingen gedaan, voor een deskundigenbericht bestaat geen noodzaak en de grieven behoeven, naast het voorgaande, geen bespreking.

kosten

2.24

Nu partijen in het principaal, het incidenteel beroep en het voorwaardelijke inzage-incident over en weer gedeeltelijk in het gelijk gesteld zijn zullen de kosten gecompenseerd worden. Dat geldt ook voor Rodap, die in zoverre het lot deelt van de partij aan wier zijde zij zich heeft gevoegd.

3. Beslissing

Het hof:

in principaal en incidenteel appel:

vernietigt het vonnis waarvan appel;

veroordeelt Ziggo tot vergoeding van de schade die is voortgevloeid uit het zonder toestemming van Lira in Nederland openbaar maken van

i) filmwerken ten aanzien waarvan de maker met de producent schriftelijk anders is overeengekomen dan het bepaalde in artikel 45d, eerste lid, Aw, en

ii) pre-existente werken c.a. als bedoeld in 2.10,

in beide gevallen voor zover het gaat om werken waarvan Lira of een buitenlandse cbo waarmee Lira een wederkerigheidsovereenkomst heeft rechthebbende is en/of om werken die Ziggo secundair heeft uitgezonden via de 24 onder 2.17 bedoelde televisiezenders,

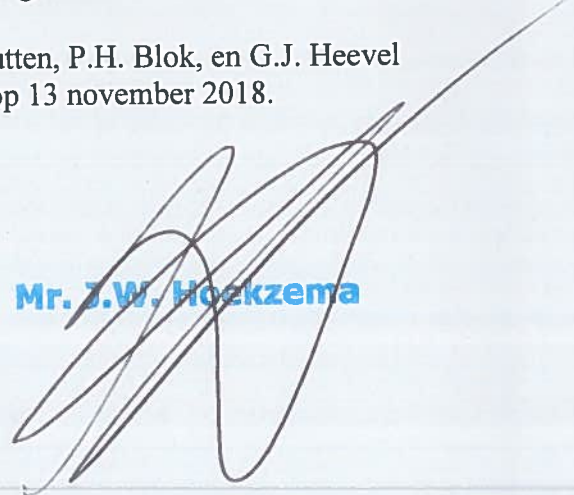
op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

compenseert de kosten in dier voege dat elke partij de eigen kosten draagt;

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde, waaronder de incidenteel gevorderde inzage voor zover de voorwaarde waaronder die vordering is ingesteld is vervuld.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, P.H. Blok, en G.J. Heevel en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 13 november 2018.



Mr. J.W. Hoekzema