

## **Noot onder Hoge Raad 28 maart 2014, 12/03490 (Norma/NLKabel)**

[gepubliceerd in NJ, 2015-42, nr. 365, p. 4822-4825]

P.B. Hugenholtz

### *Inleiding*

1. Dit arrest heeft in de Nederlandse IE-wereld veel stof doen opwaaien. Norma is de rechtenorganisatie van uitvoerende kunstenaars (voornamelijk musici en acteurs). NLKabel is de brancheorganisatie van kabelexploitanten, zoals Ziggo, Delta en UPC, de overige verweerders in deze zaak. De centrale vraag in deze langlopende procedure is of de kabelexploitanten toestemming van Norma nodig hebben voor de distributie per kabel van de radio- en televisieprogramma's van de Nederlandse omroepen.

2. Tot 2006 was dit een vrij eenvoudige vraag. Zoals de Hoge Raad in 1981 en 1984 tot tweemaal toe duidelijk had uitgemaakt, geldt de gelijktijdige doorgifte per kabel van omroepprogramma's die via de ether worden uitgezonden als afzonderlijke openbaarmaking, waarvoor de kabelexploitanten de toestemming van de auteursrechthebbenden dienen te vragen (HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982/435 (Columbia e.a./CAI Amstelveen); HR 25 mei 1984, *NJ* 1984/697 (CAI Amstelveen/Columbia e.a.), beide met noot E.A. van Nieuwenhoven Helbach). Hetzelfde leek mutatis mutandis te gelden voor de uitvoerende kunstenaars, die zich in Nederland weliswaar niet op de Auteurswet, maar sinds 1993 wel op de Wet op de Naburige Rechten (WNR) konden beroepen. Op grond van art. 2 lid 1(d) WNR heeft de uitvoerende kunstenaar het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor (onder meer) "het heruitzenden" van zijn uitvoering. Dat hieronder mede de kabeldoorgifte verstaan moet worden, was al die jaren nooit een punt van discussie.

3. Het toestemmingsrecht van de uitvoerende kunstenaar ten aanzien van heruitzending via de kabel kan op grond van art. 14a lid 1 WNR enkel worden uitgeoefend door een collectieve rechtenorganisatie, zoals Norma. Op basis van dit wettelijke mandaat was – tot zo'n 10 jaar geleden – duidelijk dat de kabelexploitanten met Norma tot zaken moesten komen. Met BUMA en andere auteursrechthebbenden deden de kabelexploitanten inmiddels al veel langer zaken. De eerste Kabelmodelovereenkomst, die voorzag in generieke toestemming voor kabeldoorgifte van de programma's van de Nederlandse publieke omroep en een groot aantal buitenlandse zenders, dateert al van 1985 (gepubliceerd in *AMR* 1985/6, p. 114; een latere versie van 2007 is gepubliceerd in *AMI* 2009/1, p. 18; de overeenkomst is in 2012 beëindigd). Met Norma was de kabelbranche echter om allerlei praktische redenen nooit tot overeenstemming gekomen, hetgeen voor Norma aanleiding was om een inbreukprocedure te starten.

4. De timing van deze procedure was ongelukkig. Kort na het uitbrengen van de dagvaarding (in december 2006) werden de omroepzenders van de publieke omroep buiten bedrijf gesteld. Voortaan werden de omroepprogramma's niet langer door de vertrouwde etherzenders uitgezonden, maar – via de zogenaamde 'media gateway' in Hilversum – in gecodeerde vorm rechtstreeks aangeboden aan de kabelbeheerders (in de kabelnetten 'geïnjecteerd'). Deze *switch-off* riep onmiddellijk de juridische vraag op of de kabeldistributie van de omroepprogramma's nog wel als 'doorgifte' c.q. 'heruitzenden' is te kwalificeren (zie Visser, *AMI* 2007, p. 37). Zo niet, dan zou Norma zich niet meer op haar wettelijke mandaat kunnen beroepen. Deze vraag staat in dit arrest centraal, en zal in het eerste deel van deze annotatie

worden besproken. Daarnaast speelt de kwestie van het goederenrechtelijke mandaat van Norma. Hoe ‘bepaalbaar’ in de zin van art. 3:84 BW lid 3 dienen de rechten die volgens de aansluitingscontracten aan Norma worden overgedragen te zijn? Laatstgenoemde vraag, die raakt aan de kern van het collectieve rechtenbeheer, wordt in het tweede deel behandeld. Tenslotte worden enkele woorden gewijd aan de per 1 juli 2015 in werking getreden nieuwe Wet Auteurscontractenrecht, die voorziet in ten dele nieuwe regels met betrekking tot de doorgifte van (auteursrechtelijk beschermde) werken en (naburrechtelijk beschermde) uitvoeringen.

*Het wettelijke mandaat van Norma: wat is ‘heruitzenden’?*

5. Kort na de invoering van de Wet op de Naburige Rechten (op 1 juli 1993) werd in Brussel de Satelliet- en Kabelrichtlijn aangenomen (Richtlijn 93/83/EC d.d. 23 september 1993). Een belangrijk doel van deze richtlijn was om de doorgifte van buitenlandse omroepprogramma’s via de – destijds opkomende – kabeltelevisie te faciliteren. Doordat inmiddels in veel lidstaten was komen vast te staan dat kabeldoorgifte een auteursrechtelijk relevante handeling is, waren de kabelexploitanten in een lastig parket geraakt; zij moesten van de talloze rechthebbenden op de door hen doorgegeven radio- en televisieprogramma’s toestemming voor doorgifte verwerven, hetgeen zonder een vorm van collectief rechtenbeheer praktisch onmogelijk was. Daarom introduceerde de richtlijn een regime van verplicht collectief beheer van kabeldoorgifrechten. Voortaan konden de rechthebbenden hun rechten niet langer individueel jegens de kabelexploitanten uitoefenen, maar enkel door tussenkomst van een representatieve collectieve rechtenorganisatie. Dit nieuwe regime werd in 1996 in de Nederlandse Auteurswet (art. 26a-c) en de WNR (art. 14a-c) geïmplementeerd (*Stb.* 1996, 410).

6. Op grond van art. 14a WNR kan het recht van de uitvoerende kunstenaar om toestemming te verlenen “voor het ongewijzigd en onverkort heruitzenden van een uitvoering [...] door middel van een omroepnetwerk [lees: een kabelnet]” uitsluitend worden uitgeoefend door “rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van rechthebbenden door de uitoefening van het aan hen toekomende hiervoor bedoelde recht te behartigen”. In deze zaak was niet in geschil dat Norma zo’n rechtspersoon is. Cruciaal was daarentegen de vraag of hetgeen de kabelexploitanten vanaf eind 2006 deden (nog steeds) als het ‘heruitzenden van een uitvoering [...] door middel van een omroepnetwerk’ was te beschouwen. Volgens de Haagse rechtbank en het Haagse hof (Rb. ’s-Gravenhage 28 januari 2009, *AMI* 2009, p. 163, *IER* 2009, p. 124; Hof ’s-Gravenhage 10 april 2012, *IER* 2012, 38) was dit ten gevolge van de ‘switch-off’ niet langer het geval. ‘Heruitzenden’ vooronderstelt een voorafgaande ‘uitzending’; daarvan was naar het oordeel van rechtbank en hof geen sprake meer nu de omroepsignalen in gecodeerde vorm naar de kabelnetten – en dus niet naar het algemene publiek – werden gezonden.

7. Ook in cassatie trekt Norma op dit punt aan het kortste eind. In navolging van A.-G. Verkade, wiens lijvige conclusie door de Hoge Raad in belangrijke mate wordt gevolgd, legt de Hoge Raad het ‘heruitzenden’ van art. 14a WNR uit in het licht van het begrip ‘doorgifte via de kabel’ in art. 1(3) van de Satelliet- en Kabelrichtlijn, waaronder wordt verstaan “de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere Lid-Staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma’s die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn”. Na raadpleging van diverse taalversies van de richtlijn komt de Hoge Raad tot de conclusie dat ‘doorgifte via de kabel’ een eerdere ‘mededeling aan het

publiek' veronderstelt (r.o. 4.1.3). En van een mededeling aan het 'publiek' is volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie (zie met name HvJEU 14 juli 2005, zaak C-192/04 (Lagardère), *NJ* 2006/467, en HvJEU 7 december 2006, zaak C-306/05 (Rafael Hoteles)) eerst sprake indien de mededeling zich richt tot "een onbepaald aantal potentiële kijkers en overigens een vrij groot aantal personen" (r.o. 4.2.2). Omdat de feitenrechter had vastgesteld dat de omroepsignalen die via de media gateway worden aangeboden in dat stadium nog niet voor een dergelijk 'publiek' toegankelijk worden gemaakt, wordt het cassatieberoep van Norma op dit onderdeel verworpen.

8. Het oordeel van de Hoge Raad verbaast op het eerste gezicht niet echt. Al in 2009 had de Hoge Raad onder verwijzing naar de Luxemburgse jurisprudentie het oordeel van het Amsterdamse hof in stand gehouden dat de aanlevering per satelliet van gecodeerde programmasignalen naar kabelnetten niet als 'openbaarmaking' in auteursrechtelijke zin is aan te merken (HR 19 juni 2009 (BUMA/Chellomedia), *NJ* 2009/290). Mede gezien deze Luxemburgse en Haagse precedentes concludeerde A.-G. Verkade in de onderhavige zaak dat voor het stellen van prejudiciële vragen geen aanleiding bestond. De tekst van de richtlijn en het systeem daarvan "zijn zodanig duidelijk dat sprake is van een 'acte clair'", een conclusie waarbij de Hoge Raad zich impliciet aansluit.

9. Maar zijn de tekst van de richtlijn en de Europese rechtspraak op dit punt wel zo duidelijk? Over de betekenis van het begrip 'mededeling aan het publiek' bestaat inderdaad een vrij consistente Europese jurisprudentie, zij het dat het Hof van Justitie zich over de vraag of de aanlevering van programmadragende signalen aan een kabelnet als 'mededeling aan het publiek' is te kwalificeren nog niet heeft uitgesproken. Voor het Hof van Beroep Brussel is deze kwestie zelfs helemaal niet zo 'clair', getuige de – nog onbeantwoorde – prejudiciële vragen die het Belgisch hof kort na het arrest van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie heeft gesteld (Hof van Beroep Brussel 17 juni 2014, HvJEU, zaak C-325/14 (SBS Belgium/SABAM)). Maar zelfs als dit aspect wel 'éclairé' zou zijn, over de betekenis van het kernbegrip in deze zaak, 'doorgifte via de kabel' ('cable retransmission'), heeft het Luxemburgse Hof tot op heden nooit opheldering verschaft.

10. Is het eigenlijk wel zo evident – en logisch – dat wat tot 2006 door de richtlijn gereguleerde 'doorgifte via de kabel' was door een louter technische maatregel – het omzetten van een paar knoppen – ineens primaire kabeltransmissie is geworden, die zich aan het wettelijke mandaat van de rechtenorganisaties volledig onttrekt? In plaats van de nogal formele, techniek-gebonden benadering van A.-G. en Hoge Raad had ook een interpretatie in het licht van de ratio van de richtlijn – het faciliteren van kabeltelevisie door middel van verplicht collectief beheer – ontwikkeld kunnen worden (in deze zin Spoor, *AMI* 2014, p. 81). De problemen van het 'clearen' van kabelrechten zijn door de switch-off immers niet als sneeuw voor de zon verdwenen.

#### *Het goederenrechtelijke mandaat van Norma*

11. Nu Norma zich niet langer op haar wettelijk mandaat kon beroepen, bleef over de vraag of zij op grond van haar aansluitingscontracten met de uitvoerende kunstenaars wellicht toch voldoende gelegitimeerd was om de kabelexploitanten transmissie van de omroepprogramma's – zonder Norma's toestemming – te ontzeggen. Inderdaad voorzien deze contracten in een vergaande overdracht aan Norma van de rechten van de uitvoerende kunstenaars, inclusief levering bij voorbaat van toekomstige rechten en bevoegdheden. Volgens het Haagse hof voldeed deze generieke rechtenoverdracht echter niet aan de

goederenrechtelijke eis van art. 3:84 lid 2 BW, dat het over te dragen goed ‘met voldoende bepaaldheid’ is omschreven. Deze eis impliceerde naar het oordeel van het hof “dat, eventueel achteraf, alle naburige rechten die de desbetreffende naburig kunstenaar heeft verkregen, kunnen worden geïdentificeerd’. Dat was naar ’s hofs oordeel hier niet het geval. Naburige rechten van uitvoerende kunstenaars ontstaan immers voortdurend, overal en in oncontroleerbare mate; het zingen van een liedje in familie- of vriendenkring (het voorbeeld is van het hof) is al voldoende.

12. Naar het oordeel van de Hoge Raad en conform de conclusie van de A.-G., heeft het Hof hiermee geen onjuiste maatstaf gehanteerd. “Door te oordelen dat alle over te dragen naburige rechten aan de hand van de leveringsakte (in dit geval de exploitatieovereenkomsten) moeten kunnen worden geïdentificeerd, heeft het hof geen aanvullend vereiste in de bepaalbaarheidstoets geïntroduceerd, doch slechts tot uitdrukking gebracht dat die eis betrekking heeft op elk van de over te dragen goederen” (r.o. 4.4.2). Ergo, Norma kon zich jegens de kabelexploatanten ook niet op een goederenrechtelijk mandaat beroepen.

13. Deze (alweer) nogal formele benadering doet naar mijn oordeel geen recht aan het bijzondere karakter van de rechtsfiguur van het collectieve rechtenbeheer. Door de eis te stellen dat alle rechten die onderwerp zijn van de levering (eventueel achteraf) kunnen worden geïdentificeerd, bij gebreke waarvan de overdrachten categoriaal ongeldig zijn, wordt collectief rechtenbeheer – een onmisbare rechtsfiguur in het moderne recht van de intellectuele eigendom – onnodig bemoeilijkt. Bij collectief rechtenbeheer gaat het, niet alleen om redenen van efficiency, maar ook om auteurs en uitvoerend kunstenaars een betere onderhandelingspositie te geven, doorgaans om zeer grote aantallen aangeslotenen en een veelvoud van tot het ‘repertoire’ behorende creaties of prestaties. Bij zo’n rechtsfiguur past naar mijn mening niet de eis dat ieder werk of iedere uitvoering waarop het aansluitingscontract betrekking heeft *en detail* identificeerbaar is.

14. De jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot art. 3:84 BW dwingt ook geenszins tot een dergelijke uitleg. Zoals P.-G. Hartkamp in zijn conclusie bij het arrest Mulder q.q./Rabobank uit de (overvloedige) jurisprudentie afleidde, moet de “maatstaf van ‘voldoende bepaaldheid’ hierbij naar gelang van de omstandigheden verschillend [...] worden ingevuld” (Concl. P.-G.Hartkamp bij HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 182). In dat arrest accordeerde de Hoge Raad een generiek geformuleerde pandakte waarmee verpand werden “alle ten tijde van ondertekening van de pandlijst bestaande rechten/vorderingen van de pandgever en alle rechten/vorderingen van de pandgever die worden verkregen uit ten tijde van de ondertekening van de pandlijst bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden”. Bedenk hierbij dat de Hoge Raad en de lagere rechtspraak het bepaaldheidsvereiste “verre van strikt” (P.-G. Hartkamp, para. 8; zie ook HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 182, ro. 3.5) plegen uit te leggen en toe te passen. Volgens Verstijlen is het vereiste zelfs “verwaterd tot homeopathische proporties” (Verstijlen, *WPNR* 6906, 919). Met dat al valt moeilijk in te zien waarom een generiek omschreven verpanding wel, maar de Norma-overdracht niet aan de eis van art. 3:84 lid 2 BW voldeed.

15. Betekent dit nu dat de aansluitingscontracten van Norma (of zelfs die van alle rechtenorganisaties) naar de prullenbak zijn verwezen? Gelukkig niet. Art. 5 van het standaard-aansluitcontract (‘exploitatie-overeenkomst’) van Norma voorziet naast de globale rechtenoverdracht in de verplichting voor de uitvoerende kunstenaars om bestaande en toekomstige uitvoeringen onmiddellijk te melden. Deze melding geschiedt door middel van een door de aangeslotenen te ondertekenen ‘speellijst’. De auteursrechtenorganisatie

Buma/Stemra hanteert al jaren een vergelijkbaar systeem van repertoire-declaratie. Door de combinatie van generieke rechtenverlening en afzonderlijke ‘speellijsten’ wordt aan de eis van art. 84 lid 2 BW – zelfs naar het zuinige oordeel van het hof – waarschijnlijk wel voldaan, zo blijkt impliciet uit r.o. 5.7 van ’s hofs arrest, waar het hof ambtshalve constateert dat de aansluitingscontracten van Norma in een meldingsplicht voorzien. Maar, zo voegt het hof er vilein aan toe, daarop heeft Norma in rechte geen beroep gedaan, dus het hof mag zijn oordeel daarop niet baseren.

16. Met dat al stuurde het Haagse hof Norma met vrijwel lege handen naar huis. Alleen voor de ongeautoriseerde kabeldoorgifte die vóór de ‘switch-off’ had plaatsgevonden, en waarvoor het wettelijke mandaat dus nog gelding had, mocht schadevergoeding, nader op te maken bij staat, worden gevorderd. *To add insult to injury*, wordt in cassatie zelfs deze troostprijs Norma niet gegund. Op grond van art. 4 WNR jo. art. 45d Aw worden uitvoerende kunstenaars die aan een filmwerk meewerken (hoofdzakelijk filmacteurs dus) van rechtswege vermoed hun rechten aan de filmproducent te hebben overgedragen, tenzij tussen acteur en producent schriftelijk anders is overeengekomen; dergelijke afwijkende bedingen worden in de praktijk echter maar zelden gemaakt. Blijkens een arrest van het Hof van Justitie (HvJEU 1 juni 2006, zaak C-169/05 (Uradex)) verliest de rechtenorganisatie in geval van een dergelijk rechtsvermoeden het wettelijke mandaat van de betrokken rechthebbende. Volgens de Hoge Raad moet in de schadestaatprocedure derhalve voor iedere door Norma gestelde inbreuk worden aangetoond dat een dergelijk afwijkend beding is gemaakt (r.o. 5.4.4 en 5.4.6), zodat er zelfs van deze troostprijs vrijwel niets over blijft.

17. Daarmee is deze procedure voor Norma uitgelopen op een nachtmerrie. Zowel het wettelijke als het goederenrechtelijke mandaat is haar grotendeels uit handen geslagen; naar een kabelvergoeding – voor ‘grote zus’ Buma al jaren een belangrijke bron van inkomsten – kan Norma voorlopig blijven fluiten. Een schrale troost hierbij is de gedachte dat het voor Norma nóg erger had kunnen aflopen, als de Hoge Raad de conclusie van A.-G. Verkade helemaal gevolgd had. Een belangrijk deel van zijn conclusie is gewijd aan nog een goederenrechtelijke kwestie: de vraag of een overdracht bij voorbaat van de naburige rechten van de uitvoerende kunstenaars aan Norma (gesteld al dat deze rechtsgeldig zou zijn) voorgaat boven het rechtsvermoeden van overdracht van art. 4 WNR jo. art. 45d Aw. Kunnen acteurs (c.q. auteurs) zich aan het rechtsvermoeden onttrekken door hun creatieve prestaties bij voorbaat aan een rechtenorganisatie te leveren? Volgens de A.-G. is dat niet het geval; het rechtsvermoeden kan enkel weerlegd worden doordat de acteurs en auteurs met de producenten ‘schriftelijk anders overeenkomen’. De eerdere overdracht van rechten aan een rechtenorganisatie geldt volgens Verkade niet als ‘anders overeenkomen’ *met de producent* (Concl. A.-G., para. 6.7.7). De A.-G. neemt hiermee afstand van het oordeel van de Commissie Auteursrecht, het vaste adviescollege van de minister van Justitie. In een advies uit 2011 had de Commissie op grond van het nemo plus-beginsel betoogd dat in zo’n geval de eerdere overdracht aan de rechtenorganisatie prevaleert. In de literatuur wordt over deze moeilijke vraag verschillend gedacht; zie de door de A.-G. t.a.p. aangehaalde literatuur, en recent ook (uitvoerig) Kabel, *AMI* 2014, p. 73-77. In het onderhavige arrest kan de Hoge Raad deze vraag in het midden laten (r.o. 5.4.7), nu de aansluitingscontracten van Norma naar het – in cassatie in stand gehouden – oordeel van het hof helemaal niet tot een overdracht aan Norma hebben geleid.

18. Intussen heeft de Amsterdamse rechtbank in een door de Stichting Lira, de rechtenorganisatie van onder meer scenarioschrijvers, tegen enkele kabelexploitanten aangespannen procedure een voorschot genomen op deze discussie door te oordelen dat de

overdracht bij voorbaat van de rechten van de scenaristen aan Lira wel degelijk voorgeat boven het rechtsvermoeden van art. 45d Aw. De rechtbank legt aan dit oordeel een uitvoerig onderzoek naar de wetsgeschiedenis van art. 45d Aw ten grondslag, en concludeert hieruit dat de rechten van de filmproducent ex art. 45d Aw eerst ontstaan nadat het filmwerk is voltooid. Vóór dat tijdstip behouden de auteurs het auteursrecht op hun afzonderlijke bijdragen, hetgeen impliceert dat zij hun rechten tot dat tijdstip rechtsgeldig aan een rechtenorganisatie – of een derde – kunnen leveren (Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, hoger beroep ingesteld).

*De nieuwe Wet Auteurscontractenrecht: eind goed, al goed?*

19. De kabelrechtencrisis waarin de omroepwereld, mede door de arresten van het hof en de Hoge Raad, werd gedompeld, was voor het ministerie van Justitie aanleiding om direct wettelijk in te grijpen (zie Visser, *AMI* 2014, p. 82-84). Aan het al enkele jaren bij de Kamer aanhangige Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht, dat voorziet in dwingendrechtelijke bepalingen om auteurs en uitvoerende kunstenaars tegen oneerlijke exploitatiecontracten te beschermen, werd in allerijl een nieuwe regel toegevoegd die het recht van de auteurs en uitvoerende kunstenaars op een vergoeding voor de kabeldoorgifte alsnog moest waarborgen. Deze nieuwe bepaling is als onderdeel van de nieuwe wet op 1 juli 2015 in werking getreden. Op grond van een nieuw tweede lid van art. 45d Aw (jo. art. 4 WNR) krijgen de hoofdregisseur, scenarioschrijver en de hoofdrolspelers van een film het recht om een “proportionele billijke vergoeding” te vorderen van “een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek, per draad of draadloos [...]”. Dit vergoedingsrecht kan enkel door een collectieve rechtenorganisatie worden uitgeoefend. Daarmee krijgt Norma van de wetgever alsnog waarvoor zij tien jaar lang in rechte vergeefs gestreden heeft: een kabelvergoeding.

Het arrest is eerder besproken door Kabel, Spoor en Visser in *AMI* 2014, p. 73-84.