

vennootschap met de vennoten. In de UWV-beslissing oordeelde de Hoge Raad dat de vof geen rechtspersoon is en derhalve niet zelfstandig werkgever kan zijn; “De verbintenissen uit de arbeidsovereenkomst rusten (...) op de gezamenlijke vennoten en daarmee op iedere vennoot afzonderlijk.” (r.o. 3.6.2). In deze benadering lost het collectief op in de individuen waaruit het is opgebouwd; de vennootschap is geen van de vennoten te onderscheiden rechtssubject. Uitgaande van die voorstelling van zaken ligt het voor de hand te oordelen dat verklaringen ‘jegens de vof’ verklaringen zijn gericht tot de gezamenlijke vennoten — en daarmee tot iedere vennoot afzonderlijk.

11. Wie het met die stelling oneens is, keert zich dus in feite tegen de UWV-beslissing. Dat deed bijvoorbeeld M.J.G.C. Raaijmakers (AA december 2019) op een wijze die mij overtuigend voorkomt. Hij schrijft dat de Hoge Raad abrupt en zonder goede reden een langjarige ontwikkeling naar erkenning van de juridische zelfstandigheid van de vof afbreekt. De Hoge Raad had eenvoudigweg kunnen en moeten beslissen dat de vof als werkgever heeft te gelden en dat de vennoten ingeval de vof in gebreke blijft loonvorderingen te betalen daarvoor hoofdelijk aansprakelijk zijn.

12. Een voldoende gemotiveerde bijval van die opvatting gaat het bestek van deze noot te buiten; het is een klassiek en complex debat (wie hiervan een indruk wil krijgen zij verwezen naar noot 16 van de conclusie van A-G Hartlief). Het kernargument is wat mij betreft dat wat zich in het maatschappelijke verkeer manifesteert als collectief, in beginsel door het recht als zodanig behandeld moet worden. Dat gebeurt bij de vof ook in tal van omstandigheden; in de rechtspraak is uitgemaakt dat de vof kan procederen, faileren, onrechtmatig handelen en zowel jegens de eigen vennoten als jegens derden rechten en plichten kan hebben. Als dat allemaal kan, is het onlogisch het feit dat de vof geen rechtspersoonlijkheid heeft eraan in de weg te laten staan dat zij een arbeidsovereenkomst sluit (zie uitvoerig J.M. Blanco Fernández, *WPNR* 7294).

13. In vergelijkbare zin lijkt het mij onlogisch en hogelijk fictief alle verklaringen jegens de vennootschap voor gericht tot de vennoten te houden. Bedenk dat vele verklaringen betrekking hebben op de dagelijkse bedrijfsvoering van de vennootschap. Wat moet, bijvoorbeeld, de vennoot met de ingebrekestelling inzake een overeenkomst waarbij hij zelf in praktische zin geen betrokkenheid heeft? De vennootschap als organisatorisch verband moet tot actie komen. In de beleving van degene van wie de mededeling uitgaat, staat dat collectief normaal gesproken ook centraal. Te oordelen dat hij zich eigenlijk tot de vennoten richt, stemt niet, althans zeker niet steeds, overeen met zijn perceptie.

14. Wat mij betreft had het de voorkeur gehad als de Hoge Raad niet als regel maar als mogelijkheid had geformuleerd dat verklaringen niet alleen tot de vennootschap, maar ook tot de vennoten gericht zijn. Het wordt dan — en zou dit m.i. ook moe-

ten zijn — een uitlegkwestie: wie bedoelde degene die de verklaring aflegde te adresseren? Langs deze route had men in de onderhavige zaak eenvoudig de correspondentie ‘[naam van de vof] t.a.v. de directie’ voor mede gericht tot de vennoten kunnen houden. Dat had tot dezelfde uitkomst geleid.

J.L. Smeehuijzen

NJ 2022/225

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

2 oktober 2020, nr. 19/00776

(Mrs. C.A. Streefkerk, G. Sniijders, M.J. Kroeze,

C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff;

A-G mr. B.J. Drijber)

m.nt. P.B. Hugenholtz

Art. 1 lid 3 Richtlijn 93/83/EEG (SatKabRichtlijn); art. 26a, 45d (oud) Auteurswet

NJB 2020/2413

RvdW 2020/1056

ECLI:NL:PHR:2020:354

ECLI:NL:HR:2020:1548

Auteursrecht. Vermoeden van overdracht auteursrechten op filmwerken aan producent film (art. 45d (oud) Aw); verhouding tot eerdere overdracht door auteur van zijn rechten aan collectieve beheersorganisatie. Collectief rechtenbeheer op grond van art. 26a Aw; begrip ‘doorgifte via de kabel’; moet worden teruggekomen van HR 28 maart 2014, NJ 2015/365 (Norma/NLKabel)?

Het Unierecht laat lidstaten de mogelijkheid om te voorzien in een vermoeden van overdracht van de exploitatierechten van het cinematografisch werk door de maker aan de producent daarvan, vooropgesteld dat dit vermoeden weerlegbaar is zodat de maker iets anders kan overeenkomen (HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, NJ 2013/196 (Luksan/Van der Let)). De regeling van art. 45d (oud) Aw, die voorziet in een vermoeden van overdracht van exploitatierechten aan de filmproducent, bevat de mogelijkheid dat de maker en de producent schriftelijk anders overeenkomen. Deze regeling is niet in strijd met het Unierecht. De door art. 45d (oud) Aw veronderstelde overdracht van rechten aan de producent vindt niet eerst plaats op het moment van vertoningsgereedheid van het filmwerk. Een overdracht bij voorbaat aan een derde voorafgaand aan het moment waarop de maker met de producent overeenkomt een bijdrage aan de film te leveren, heeft geen rechtsgevolg indien de maker niet schriftelijk met de producent een afwijking van art. 45d (oud) Aw is overeengekomen. Dat geldt ook indien die derde een collectieve beheersorganisatie is. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat de maker zonder toestemming van de producent zou kunnen verhinderen dat de exploitatierechten ter zake van zijn bijdrage aan het filmwerk bij de producent komen te berusten,

en dat de maker aldus het doel van art. 45d (oud) Aw zou kunnen frustreren.

In het arrest *Norma/NLKabel* (HR 28 maart 2014, NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat 'doorgifte via de kabel' als bedoeld in art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn een eerdere openbaarmakingshandeling ('eerste uitzending') veronderstelt. Mede gelet op de na het arrest *Norma/NLKabel* gewezen uitspraak in de zaak *SBS Belgium/Sabam* (HvJ EU 19 november 2015, C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764) ziet de Hoge Raad geen aanleiding om van zijn oordeel in *Norma/NLKabel* terug te komen of om (alsnog) prejudiciële vragen te stellen over het begrip 'doorgifte via de kabel'.

Stichting Lira, te Amsterdam, eiseres tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep, adv.: mr. S.M. Kingma, tegen

1. Ziggo Services B.V., te Utrecht,
 2. Ziggo B.V., te Utrecht,
 3. Delta Fiber Nederland B.V., te Middelburg,
 4. Vereniging Rechtenoverleg voor distributie van audiovisuele producties, te Hilversum,
- verweersters in cassatie, eiseressen in het incidentele cassatieberoep, hierna: Ziggo c.s., adv.: mr. A.M. van Aerde.

Hof:

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 interpretatie van het betreffende artikel in de Auteurswet (...) Dat alles wil zeggen dat Lira aan haar aansluitcontracten geen recht als door haar gesteld kan ontlenen, 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 heeft 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 digitale 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 voorschands in dat bewijs is geslaagd. De kabelexploitanten zullen daartegen, desgewenst, tegenbewijs kunnen leveren.

(...)

3.12.3 De omstandigheid dat dus, voorschands 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 reden om daarop terug te komen. Dat geldt in het bijzonder voor de overwegingen aangaande de rechten die Lira meent aan haar aansluitcontracten te kunnen ontfemen 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 vergeboden in de hierna te bespreken gevallen (post- en pre-existente werken, radio-uitzendingen, buitenlandse recht-hebbenden 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 spra-

ke 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.”

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 comparatie 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 rechtgebende 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/memoratie 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 gedoeld 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 neerkomt 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 behoeft 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 een 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 kabel-exploitant 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 doorsneden, 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 de 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 rechtebende 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 die 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.

Cassatiemiddel:

Het hof heeft het recht geschonden en/of vormen verzuimd waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in de bestreden arresten, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

1 Art. 45d Aw

Inleiding

In r.o. 3.5–3.10 TA en r.o. 2.3 EA (en r.o. 2.9–2.10, 2.12 en 2.18.2 en 2.20 EA bouwen daarop voort) oordeelt het hof, naar de kern genomen, dat art. 45d Aw meebrengt dat de (in dat artikel bedoelde) exploitatierechten van de makers van een filmwerk van meet af aan (waarmee het hof kennelijk bedoelt: vanaf het moment van ontstaan van de rechten op de bijdragen van scheppende aard van de makers) bij de producent van het filmwerk zijn komen te berusten, tenzij de makers en de producent schriftelijk anders zijn overeengekomen. Dat brengt volgens het hof mee dat Lira aan haar aansluitcontracten geen recht als door haar gesteld kan ontlenen, omdat de makers dan nooit (beschikkings)bevoegd zouden zijn geweest om hun rechten via de aansluitcontracten aan Lira over te dragen.¹

Het hof overweegt hierover in het TA het volgende. Het 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 en het Unierecht, meer in het bijzonder de richtlijnen EG 93/84 en 2006/116. Het hof is in r.o. 3.6 TA van oordeel dat, in geval van strijd met bedoelde algemene rechtsregels van Nederlands vermogensrecht, de specifieke verdragen 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 Aw. Het hof licht dat oordeel vervolgens toe in r.o. 3.7 en 3.10 TA.

Het hof overweegt in r.o. 3.7 TA dat de producent van een film de middelen bijeenbrengt om tot een openbaar te maken werk, de film, te komen en draagt de producent het exploitatierisico. Tegen die achtergrond is volgens het hof 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 elk van de bijdragende auteurs te bereiken overeenstemming. Omdat het ongewenst werd geacht dat de auteur

¹ Het hof schrijft deze redenering niet zelf geheel uit, maar dat het hof dit heeft bedoeld, blijkt uit de verwijzing door het hof in r.o. 3.10 TA naar § 6.7.7 van de conclusie van A-G Verkade van 20 september 2013 (ECLI:NL:PHR:2013:1093) vóór het arrest *Norma/NLKabel*, die dit daar bepleitte.

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 heeft volgens het hof in de zaken *Uradex* en *Luksan* 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 hof geeft vervolgens het antwoord van het HvJEU op de tweede prejudiciële vraag in *Luksan* weer.

Het hof oordeelt in r.o. 3.10 TA dat uitgaande van doorgifte via Mediagateway en van een primaire openbaarmaking die geen heruitzending vormt noodzakelijk is, maar ook voldoende dat de kabel-exploitant 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 van Lira moeten verwerven. Uw 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 uw Raad niet toegekomen aan beantwoording daarvan. Het hof geeft vervolgens een deel van de conclusie van A-G Verkade over dat aspect weer. Het hof oordeelt dat het deze analyse onderschrijft, meer in het bijzonder die in 6.7.7 van het citaat. Waar art. 45d Aw een materiële 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 volgens het hof zeggen dat Lira aan haar aansluitcontracten geen recht als door haar ge-

steld kan ontlenen, zodat bedoelde grieven in zoverre slagen en het vonnis in dit opzicht niet in stand kan blijven.

In r.o. 2.3 EA oordeelt het hof dat het bij de beslissingen blijft die zijn neergelegd in het tussenarrest en dat het in hetgeen partijen inmiddels nog hebben aangevoerd onvoldoende reden ziet om daarop terug te komen. Dat geldt in het bijzonder voor de overwegingen aangeande de rechten die Lira meent aan haar aansluitcontracten te kunnen ontlenen in het kader van art. 45d Aw.

Deze oordelen geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting of zijn ontoereikend gemotiveerd.

klachten

1.1 Ten onrechte heeft het hof geoordeeld dat art. 45d Aw² meebrengt dat de daar bedoelde rechten van de makers (behoudens een schriftelijke andersluidende afspraak tussen makers en producent) 'van meet af aan' bij de producent zijn komen te berusten.³ Het hof heeft miskend dat die rechten ingevolge art. 45d Aw pas naar het vermogen van de producent kunnen overgaan op het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip, en dat zij in het geheel niet ingevolge dat artikel naar het vermogen van de producent overgaan c.q. in het geheel niet ingevolge dat artikel bij de producent komen te berusten, als zij door de maker voordien aan een ander zijn overgedragen. Vóór het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip kunnen de makers immers wel degelijk deze rechten (hetzij na het ontstaan ervan, hetzij door middel van een levering bij voorbaat⁴) overdragen: hetzij aan de producent, hetzij aan een derde. In dat geval gaan de bedoelde rechten op het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip dus niet ingevolge art. 45d Aw over op de producent. De makers zijn dan door de eerdere overdracht immers niet meer de rechthebbende op de in dat artikel bedoelde rechten, en de producent moet de eerdere overdracht tegen zich laten gelden.

2 Art. 45d Aw had vóór 1 juli 2015 (de periode waarover het grootste deel van de vorderingen gaat) nog geen artikelliden. Sinds die datum is de bepaling met het 'vermoeden van overdracht' met dezelfde inhoud opgenomen in art. 45d lid 1 Aw.

3 Vgl. § 84–93 DGV; § 5–7 conclusie van antwoord in incident; § 36–79 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 22–144 MvA; § 25–30, 32 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016.

4 In het geval van een levering bij voorbaat is de overdracht voltooid zodra de maker beschikkingsbevoegd is geworden, dat wil zeggen: op het moment van ontstaan van de rechten. Dat moment zal doorgaans vóór, en nooit na het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip liggen. Lira meent overigens dat voor zover het moment van ontstaan van het werk c.q. de rechten daarop in een concreet geval exact zou samenvallen met het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip, een eerdere levering bij voorbaat voorrang heeft boven de overgang als gevolg van het 'vermoeden van overdracht' van art. 45d Aw.

Voor zover het hof heeft gemeend dat uit art. 14bis Berner Conventie,⁵ de Satelliet- en Kabelrichtlijn (hierna: *SatKabRI*),⁶ de Beschermingstermijnrichtlijn⁷ of een van de arresten *Uradex*⁸ of *Luksan*⁹ iets anders voortvloeit — in het bijzonder: een specifieke gedrags- en Unierechtelijke regeling die boven de Nederlandse regelgeving gaat en als factor van beslissend gewicht mee moet wegen in de interpretatie van art. 45d Aw, die dan de uitleg zou meebrengen de uitleg die het hof in r.o. 3.10 TA aan art. 45d Aw geeft — vindt die opvatting geen steun in het recht.

1.2 In elk geval geldt het in onderdeel 1.1 bevestigde als de derde aan wie de rechten zijn overgedragen, een collectieve beheersorganisatie is als bedoeld in de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (en die is onderworpen aan het toezicht van het College van Toezicht Collectieve Beheersorganisaties Auteurs- en naburige rechten) (hierna: *cbo*) — zoals Lira.¹⁰

1.3 Althans, als de hiervóór verdedigde uitleg van art. 45d Aw niet opgaat, heeft het hof miskend dat deze bepaling zo moet worden uitgelegd dat de daarin bedoelde rechten *niet* ingevolge deze bepaling van rechtswege bij de producent komen te berusten als de maker met de producent (vóór het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip) overeenstemming heeft bereikt over (het (al dan niet) overdragen van) de in art. 45d Aw bedoelde rechten (en/of over de uitoefening van die rechten en/of een deel daarvan). Dat ingevolge die bepaling de bedoelde rechten overgaan op c.q. geacht worden te zijn overgedragen aan de producent, is immers slechts bedoeld als 'vangnet' voor het geval waarin de maker en de producent over (de exploitatie van) de rechten niets overeen zijn gekomen.¹¹ Zijn de maker en de producent echter *wel* iets overeengekomen over (de ex-

ploitatie van) de rechten, dan komen de rechten dus *niet* ingevolge deze bepaling van rechtswege bij de producent te berusten, maar wordt de rechtsverhouding van partijen ter zake van de bedoelde rechten beheerst door wat tussen hen is overeengekomen en door wat verder ten aanzien van hun rechtsverhouding voortvloeit uit de gewone regels van het vermogensrecht. Dat betekent ook dat als de bedoelde rechten zowel onderwerp zijn van een overeenkomst met de producent als van een overeenkomst met een derde (zoals een *cbo*, zoals Lira), en hieromtrent een geschil rijst, de vraag aan wie de rechten toekomen c.q. wie welke bevoegdheden heeft ten aanzien van de rechten, moet worden beantwoord aan de hand van wat tussen de betrokken partijen is overeengekomen en door wat verder ten aanzien van hun rechtsverhouding voortvloeit uit de gewone regels van het vermogensrecht.

Voor zover het hof heeft gemeend dat uit art. 14bis Berner Conventie,¹² de Satelliet- en Kabelrichtlijn (hierna: *SatKabRI*),¹³ de Beschermingstermijnrichtlijn¹⁴ of een van de arresten *Uradex*¹⁵ of *Luksan*¹⁶ iets anders voortvloeit — in het bijzonder: een specifieke gedrags- en Unierechtelijke regeling die boven de Nederlandse regelgeving gaat en als factor van beslissend gewicht mee moet wegen in de interpretatie van art. 45d Aw, die dan de uitleg zou meebrengen de uitleg die het hof in r.o. 3.10 TA aan art. 45d Aw geeft — vindt die opvatting geen steun in het recht.

1.4 Althans heeft het hof miskend dat art. 45d Aw in die zin beperkt moet worden uitgelegd dat de producent niet ingevolge deze bepaling geacht wordt auteursrechten in verband met filmwerken te hebben verkregen, voor zover het gaat om rechten die ingevolge de wet, en/of feitelijk, collectief worden beheerd: dat geldt bijvoorbeeld voor kabeldoorgifte, en in elk geval voor de situatie waarop art. 26a Aw betrekking heeft.¹⁷

Althans geldt dat in elk geval voor zover die rechten vóór het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip contractueel aan een *cbo* (zoals Lira) zijn overgedragen. Dit vitiëert ook het oordeel van het hof in r.o.

5 Zie daarover bijvoorbeeld § 22–35 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 107–111 MvA; § 133–138 MvA; § 34–36 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016; § 25 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

6 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, door het hof ook wel als *KabSatRI* afgekort.

7 Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.

8 HvJEU 1 juni 2006, zaak C-169/05, ECLI:EU:C:2006:365 (*Uradex/RTD en Brutele*).

9 HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*).

10 Vgl. § 20–26 van de conclusie van antwoord in incident; § 66 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 16–20 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

11 Zie: § 63–67 MvA en de verwijzingen naar de wetsgeschiedenis aldaar; § 20–21 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016; § 10–12, 42 (1) van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

12 Zie daarover bijvoorbeeld § 22–35 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 107–111 MvA; § 133–138 MvA; § 34–36 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016.

13 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, door het hof ook wel als *KabSatRI* afgekort.

14 Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.

15 HvJEU 1 juni 2006, zaak C-169/05, ECLI:EU:C:2006:365 (*Uradex/RTD en Brutele*).

16 HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*).

17 Vgl. § 64–65, 67–68, 109 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 51–57, 112–119 MvA; § 16, 32–33 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

2.18.2 EA dat, in de situatie waarin collectief beheer uitgangspunt is en de maker zijn rechten aan een cbo (zoals Lira) heeft overgedragen, de 'band' tussen de cbo en de maker is 'doorgesneden' doordat ook in dergelijk geval het vermoeden van overdracht zoals dat in Nederland is neergelegd in art. 45d Aw zou gelden. Anders dan het hof oordeelt, volgt dat oordeel van het hof niet uit *Uradex*, noch uit *Norma*, nu die arresten alleen zagen op de situatie waarin dat collectieve beheer op grond van wettelijke vertegenwoordiging werd uitgeoefend, en niet op de situatie waarin de rechten contractueel aan de cbo waren overgedragen.¹⁸

1.5 In r.o. 3.7 TA overweegt het hof, onder verwijzing naar *Uradex* en *Luksan*, dat een systeem waarbij de nationale regelgeving uitgaat van een vermoeden van overdracht aan de producent toelaatbaar is, mits dat vermoeden weerlegbaar is, om te voorkomen dat de auteur nooit enig recht zou kunnen doen gelden. Daarom is, aldus het hof, voorzien in de uitzondering dat de auteur van een door hem geschapen 'deel van'¹⁹ 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. Door vervolgens (in algemene zin) in r.o. 3.10 TA te overwegen dat art. 45d Aw een materiële rechtsregel inhoudt, zodat de exploitatierechten van rechtswege bij de producent berusten, zodat *uitsluitend* [cursivering adv.] 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, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft miskend dat een dergelijk systeem, waarin de auteur om te kunnen beschikken over zijn auteursrechten geheel afhankelijk is van de instemming van de producent met een afwijkend beding, in strijd is met het Unierecht.²⁰ In een dergelijk systeem – zoals het hof art. 45d Aw uitlegt – kan de producent immers altijd eenzijdig bewerkstelligen dat de rechten van rechtswege bij hem komen te berusten, namelijk door te weigeren in te stemmen met een afwijkend beding met de auteurs, terwijl de auteur geen andere mogelijkheid heeft om zijn rechten geldend te maken (in het bijzonder niet: door overdracht aan een cbo). Een dergelijk systeem komt naar de kern genomen neer op c.q. is voor zover hier relevant gelijk te stellen aan een systeem waarin de exploitatierechten van rechtswege en uitsluitend aan de producent worden toegekend, en aan de maker worden ontnomen (c.q. niet (of niet langer) aan de maker worden toegekend). Over een dergelijk systeem heeft het HvJEU bij de beantwoording van de eerste prejudi-

ciële vraag in *Luksan* geoordeeld dat dat in strijd met het Unierecht is, namelijk: als in strijd met de bevoegdheden van de Unie op dit gebied, als onverenigbaar met het door de Auteursrechtlijn (hierna: *Arl*)²¹ beoogde doel en ten slotte als niet voldoende aan de vereisten van art. 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: *Handvest*).²² Ten onrechte dus heeft het hof art. 45d Aw niet uitgelegd in overeenstemming met het Unierecht: het hof heeft miskend dat in een geval als het onderhavige, waarin het nationale recht (zults in overeenstemming met het Unierecht) auteursrechten heeft toegekend aan de auteurs van door hen gecreëerde bijdragen aan een film,²³ het Unierecht – in het bijzonder art. 2 en 3 *Arl* (j^o art. 2 lid 2 Beschermingstermijnrichtlijn²⁴) en art. 17 Handvest – meebrengt dat art. 45d Aw zo moet worden uitgelegd, dat de auteurs wél over hun exploitatierechten kunnen beschikken – in elk geval door deze rechten door een cbo (zoals Lira) te laten uitoefenen c.q. aan een cbo (zoals Lira) over te dragen.

1.6 Althans heeft het hof met zijn uitleg van art. 45d Aw in r.o. 3.10 TA miskend dat een systeem waarin de rechten die de nationale auteursrechtwetgeving in beginsel aan auteurs toekent, geacht worden aan de producent te zijn overgedragen, tenzij een schriftelijk overeengekomen, afwijkend beding tussen auteur en producent is overeengekomen, slechts dan in overeenstemming is met het Unierecht – in het bijzonder art. 17 Handvest en de bescherming van de rechten, en art. 2 en 3 *Arl*, mede uitgelegd tegen de achtergrond van overwegingen 9 ('hoog beschermingsniveau') en 10 ('passende beloning, adequate rechtsbescherming') van de considerans van de *Arl* – als zij voor die overdracht een billijke vergoeding c.q. een passende beloning ontvangen. Het hof leek dit op zichzelf te erkennen in r.o. 3.11 TA, waar het het volgende overwoog: *'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*

18 Vgl. § 34 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

19 Bedoeld zal zijn: 'bijdrage aan' (vergelijk art. 45a lid 2 Aw).

20 Vgl. § 51–56 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 89, 96–106 MvA; § 120–125 MvA; § 24–31, 34 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep 16 oktober 2017.

21 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

22 2012/C 326/02.

23 Zie art. 45a lid 2 Aw.

24 Zie voetnoot 7.

*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.*²⁵ Het hof is niet van deze overwegingen teruggekomen, zodat in cassatie veronderstellenderwijs vast staat dat de eerdere vergoedingen, waarover vele jaren branchebrede overeenstemming had bestaan, wél billijk waren, en 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. Daarnaast heeft Lira gesteld — zoals weergegeven door het hof in r.o. 2.22 EA — dat de producenten de 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;²⁶ van (de juistheid van) deze stellingen moet in cassatie veronderstellenderwijs worden uitgegaan. Ondanks dat het hof de stelling van Lira dat, kort gezegd, de auteurs in de situatie in deze zaak, onvoldoende vergoedingen hebben ontvangen en dat de producenten ook niet bereid zijn om meer te betalen, niet heeft verworpen, heeft het hof art. 45d Aw zo uitgelegd dat de exploitatierechten geacht worden aan de producenten toe te komen. Het hof heeft aldus ten onrechte art. 45d Aw niet uitgelegd in overeenstemming met het Unierecht (in het bijzonder art. 17 Handvest en art. 2 en 3 Arl). Het hof had moeten oordelen dat in een geval als het onderhavige (een Unierechtconforme uitleg van) art. 45d Aw meebrengt dat de rechten niet ingevolge dit artikel bij de producenten zijn komen te berusten, nu de auteurs daarvoor geen billijke vergoeding hebben ontvangen.

Heeft het hof dat niet miskend, maar moet zijn oordeel zo worden begrepen dat niet is komen vast te staan dat de door het hof aan art. 45d Aw gegeven toepassing in het onderhavige geval per saldo een resultaat oplevert dat strijdig is met het Unierecht, dan is dat oordeel zonder nadere motivering, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk. Het hof heeft dat immers niet vastgesteld, maar heeft de juistheid van de stel-

lingen van Lira ter zake van het ontbreken van een voldoende vergoeding juist aangenomen, of in elk geval in het midden gelaten.

Voor zover het hof heeft bedoeld — mede gelet op de overwegingen van het hof in r.o. 2.22 EA (in het kader van het beroep van Lira op art. 6:2 lid 2 BW) dat *'het debat nog niet ten volle gevoerd is 'de makers en Lira kennelijk niet eens geprobeerd [hebben] om de producenten in rechte aan te spreken'* — dat nog onvoldoende is komen vast te staan dat de door het hof aan art. 45d Aw gegeven toepassing in het onderhavige geval per saldo een resultaat oplevert dat strijdig is met het Unierecht, heeft het hof miskend dat het dan de stellingen van partijen (Ziggo c.s. enerzijds en Lira anderzijds) op dit punt had moeten beoordelen, en eventueel een van beide partijen bewijs van haar stellingen had moeten opdragen. De omstandigheid dat de makers en Lira de producenten nog niet in rechte hebben aangesproken, kan in elk geval niet afdoen aan de verplichting van het hof om art. 45d Aw overeenkomstig het Unierecht uit te leggen (en daartoe: om zich een oordeel te vormen over de juistheid van de hiervóór bedoelde stellingen van Lira), temeer niet nu Lira haar vorderingen in deze zaak heeft ingesteld tegen Ziggo c.s., en niet tegen de producenten.

1.7 Gegrondbevinding van een of meer klachten van de voorgaande subonderdelen vitiëert ook het oordeel van het hof in r.o. 2.18.2 EA en het daarop voortbouwende oordeel in r.o. 2.20 EA, nu het hof daar (deels impliciet) het onjuiste uitgangspunt hanteert dat het van rechtswege bij de producent komen te berusten van die rechten ingevolge art. 45d Aw uitsluitend kan worden voorkomen door een beding tussen de maker en de producent.

1.8 Gegrondbevinding van een of meer klachten van de voorgaande subonderdelen vitiëert ook (onder meer) de volgende oordelen van het hof:

r.o. 3.6 TA: *'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 beslis-send gewicht mee moet wegen in de interpretatie van het betreffende artikel in de Auteurswet.'*

25 Zie voor de door het hof bedoelde stellingen van Lira: § 13–26, 30–32, 44–50, 173–177 MvA; § 8–10, 22, 23, 24, 31 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016 en productie 61 met verklaringen van scenarioschrijvers; § 20–23, 52–60 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017. Zie ook de stellingen van Lira in eerste aanleg: § 15–60 DGV; § 54–56, 63–64, 73 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; proces-verbaal van de comparitie van 15 april 2014, p. 3.

26 Zie voor de door het hof bedoelde stellingen van Lira: § 17, 20–23, 28, 35, 52–60 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

r.o. 3.10 TA: *‘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.*

[...]

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

r.o. 2.2 EA: *‘Terugkomen op tussenarrest 18 oktober 2016?’*

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 ontlenen in het kader van artikel 45d Aw.’

r.o. 2.9 EA: *‘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.’*

2 Art. 26a Aw Inleiding

In r.o. 3.8 TA en 2.5–2.8 EA, waarop het hof voortbouwt in r.o. 2.20 EA, oordeelt het hof dat Lira geen vorderingsrecht kan baseren op art. 26a Aw in het geval van openbaarmaking via de kabel door middel van de Mediagateway. Het hof overweegt in het TA het volgende. Bij openbaarmaking via de kabel door middel van de Mediagateway is, naar uw Raad in *Norma/NLKabel*²⁷ (hierna: *Norma*) heeft uitgemaakt, sprake van slechts één openbaarmakingshandeling, waar de film door de kabelexploitant aan haar abonnees openbaar wordt gemaakt. In *SBS/SABAM*²⁸ (hierna: *Sabam*) heeft ook het HvJEU beslist dat alsdan sprake is van één openbaarmaking; in zoverre is de juistheid van het oordeel van uw Raad dus bevestigd en moet daarvan uitgegaan worden. Uw 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 ontlenen 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 van de vraag of die visie juist is, aldus het hof. Het hof volgt Lira in het EA echter niet in haar stellingen. Het hof heeft geen reden om te betwijfelen dat het oordeel van uw Raad in *Norma* in overeenstemming is met het Europees recht en ziet dus geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU. Dat wordt door het hof als volgt toegelicht aan de hand van drie vragen die Lira heeft voorgesteld.

De eerste door Lira voorgestelde vraag luidt als volgt: ‘Dient artikel 1 lid 3 van de SatKabRI 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 *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 SatKabRI niet ziet op een signaal dat niet rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen is.

De tweede vraag die Lira heeft voorgesteld is of artikel 9 van de SatKabRI 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 volgens het hof voldoende duidelijk gelet op het oordeel van het HvJEU in *Sabam*. Uit dat arrest volgt dat artikel 1 lid 3 en dus artikel 9 van de SatKabRI 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 sig-

²⁷ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (*Norma/NLKabel*).

²⁸ HvJEU 29 november 2015, ECLI:EU:C:2015:764 (*SBS Belgium/SABAM*).

naal dat de distributeur doorgeeft en kan daarom niet worden aangemerkt als 'eerste uitzending' in de zin van artikel 1 lid 3 SatKabRI, aldus nog steeds het hof.

Op grond van (onder meer) het voorgaande moet volgens het hof worden geconcludeerd dat Lira haar vorderingen jegens Ziggo c.s. niet kan baseren op artikel 26a Aw voor zover het gaat om uitzendingen via de Mediagateway.

Deze oordelen geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Klachten

2.1 Het hof heeft miskend dat van een gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008, in de zin van art. 26a Aw (hierna ook: *een uitzending in de zin van art. 26a Aw*) niet alleen sprake is als die uitzending een secundaire openbaarmaking is — dus een openbaarmaking van een signaal waaraan een 'primaire' openbaarmaking (in de zin van een mededeling aan het publiek als bedoeld in de Arl) van datzelfde signaal voorafgaat — maar ook als aan die uitzending géén (primaire) openbaarmaking voorafgaat, Art. 26a Aw vormt een implementatie van art. 9 lid 1 SatKabRI. Een uitzending in de zin van art. 26a Aw moet daarom worden uitgelegd overeenkomstig het begrip 'doorgifte via de kabel' uit art. 9 lid 1 SatKabRI, dat is gedefinieerd in art. 1 lid 3 SatKabRI.²⁹ Dat een doorgifte via de kabel volgens art. 1 lid 3 SatKabRI de doorgifte betreft 'van een eerste uitzending' moet *niet* aldus worden uitgelegd dat die 'eerste uitzending' een voorafgaande mededeling aan het publiek (primaire openbaarmaking) in de zin van de Arl moet betreffen. Daarbij is mede — maar niet uitsluitend — van belang dat die verwijzing naar een 'eerste uitzending' niet meer is dan een verwijzing naar de ten tijde van de totstandkoming van de SatKabRI bestaande feitelijke praktijk, waarbij doorgifte via de kabel plaatsvond van een signaal dat door de distributeur werd opgevangen nadat het signaal 'eerder' al dan niet via de ether, ook per satelliet' was uitgezonden. Of die eerdere uitzending een auteursrechtelijke openbaarmaking c.q. mededeling aan het publiek behelsde, is echter irrelevant voor de kwalificatie van de uitzending door de distributeur als 'doorgifte via de kabel' in de zin van de SatKabRI. Art. 9 lid 1 SatKabRI strekt ertoe te verzekeren dat in geval van doorgifte via de kabel van (voltooid) werken, de auteursrechten op die werken collectief (en niet individueel) worden beheerd, maar de reikwijdte van het artikel is niet be-

perkt tot situaties waarin aan die doorgifte een primaire openbaarmaking voorafgaat.³⁰

Lira is er uiteraard mee bekend dat uw Raad in *Norma* (zij het in de nabuurrechtelijke context van art. 14a Wnr) anders heeft geoordeeld, maar verzoekt uw Raad desalniettemin (primair) om van dat (volgens Lira onjuiste) oordeel terug te komen, althans (subsidiar) om prejudiciële vragen over de uitleg van art. 1 lid 3 c.q. art. 9 lid 1 SatKabRI aan het HvJEU te stellen, nu het HvJEU hieromtrent niet eerder heeft beslist en er redelijkerwijs twijfel kan bestaan over de juiste uitleg van de bedoelde artikelen.³¹ Anders dan het hof heeft geoordeeld, kan aan *Sabam* geen duidelijk antwoord worden ontleend op de hier aan de orde gestelde rechtsvragen over de uitleg van art. 1 lid 3 c.q. art. 9 lid 1 SatKabRI; *Sabam* betrof (uitsluitend) de (in dit subonderdeel niet aan de orde gestelde) uitleg van de Arl met betrekking tot de vraag of een in die zaak aan de orde zijnde doorgifte van een signaal een mededeling aan het publiek vormde. *Sabam* had echter geen betrekking op de vraag óf een 'doorgifte via de kabel' in de zin van de SatKabRI een voorafgaande primaire openbaarmaking c.q. mededeling aan het publiek in auteursrechtelijke zin veronderstelt; het hof heeft miskend dat uit *Sabam* niet volgt dat 'eerste uitzending' in de zin van artikel 1 lid 3 SatKabRichtlijn niet ziet op een signaal dat niet rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen is (r.o. 2.71 EA) en evenmin dat art. 1 lid 3 en dus art. 9 van de SatKabRichtlijn niet van toepassing zijn op een doorgifte via de kabel van een signaal dat niet door eindgebruikers te ontvangen is (r.o. 2.72 EA).³²

2.2 Althans heeft het hof miskend dat van een gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk dooreen omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008, in de zin van art. 26a Aw in elk geval sprake is als de doorgifte via de kabel plaatsvindt gelijktijdig met de (ongewijzigde en onverkorte) uitzending van hetzelfde (in een radio- of televisieprogramma opgenomen) werk aan het publiek op een andere wijze (bijvoorbeeld via de ether of per satelliet). Dat geldt in elk geval als het signaal van laatstbedoelde uitzending (aan het publiek) hetzelfde signaal is c.q. dezelfde bronsignaal heeft als het signaal dat vervolgens door de distributeur wordt doorgegeven via de kabel. Lira heeft in dit verband het voorbeeld genoemd van de

³⁰ Vgl. de stellingen in hoger beroep over de SatKabRI: § 222–236 MvA; § 73–89 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016; § 44–47 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

³¹ Vgl. de stellingen in eerste aanleg en hoger beroep over het verzoek prejudiciële vragen te stellen: § 99–106 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 237–246 MvA; § 76, 88 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016.

³² Vgl. de stellingen in hoger beroep over de verhouding tussen de arresten *Norma/NLKabel* en *Sabam*: § 239 MvA; § 77, 88 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016.

²⁹ Met dien verstande dat een uitzending in de zin van art. 26a Aw ook van toepassing is op doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen uit Nederland en niet-EU-landen omvat.

NPO-zenders die hun programmasignaal aanbieden via de Mediagateway, waar Digitenne, in opdracht van de NPO, het signaal 'oppikt' en via DVB-T *free-to-air* de ether in stuurt (aan het publiek), maar waar ook de distributeurs (kabelmaatschappijen) hetzelfde signaal oppikken om (tegelijktijd met Digitenne) uit te zenden via de kabel.³³ Anders dan het hof heeft geoordeeld (r.o. 2.72 EA), kwalificeert in een dergelijke situatie, waarin parallel aan het signaal dat niet door eindgebruikers is te ontvangen — maar dat door de distributeur (kabelmaatschappij) wordt ontvangen en wordt doorgegeven aan zijn abonnees — een ander signaal wordt uitgezonden dat wél voor het publiek toegankelijk is, de uitzending door de distributeur wel degelijk als gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008, in de zin van art. 26a Aw, c.q. als de 'doorgifte via de kabel' in de zin van art. 1 lid 3 SatKabRI. Dat geldt in elk geval wanneer de parallelle signalen dezelfde zijn, c.q. van hetzelfde bronssignaal gebruik wordt gemaakt. Het gelijktijdige, parallelle, wél voor het publiek toegankelijke signaal geldt dan immers, anders dan het hof heeft geoordeeld, wel degelijk als mededeling aan het publiek in de zin van de Arl, althans in elk geval als 'eerste uitzending' in de zin van art. 1 lid 3 SatKabRI; dat niet datzelfde parallelle signaal wordt opgevangen door de distributeur om het vervolgens door te geven aan zijn eindgebruikers, is daarbij niet relevant, althans niet doorslaggevend.

2.3 Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande subonderdelen vitiesert in zoverre ook het daarop voortbouwende oordeel van het hof in r.o. 2.73 EA dat artikel 26a Aw net als artikel 14a WNR een eerdere andere primaire openbaarmaking vergt, en dat nu aan het doorzetten via de Mediagateway niet een dergelijke primaire openbaarmaking voorafgaat art. 26a Aw dus niet van toepassing is.

2.4 Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande subonderdelen vitiesert in zoverre ook het oordeel van het hof in r.o. 2.8 EA dat Lira haar vorderingen jegens Ziggo niet kan baseren op artikel 26a Aw voor zover het gaat om uitzendingen via de Mediagateway.

2.5 Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande subonderdelen vitiesert ook de oordelen van het hof in r.o. 2.171 EA dat in het daar beschreven geval geen sprake is van heruitzending in de zin van art. 26a Aw, omdat de omroep het signaal dat de kabelexploitanten gebruiken, rechtstreeks bij hen aanlevert via de — niet voor het publiek toegankelijke — Mediagateway, dat dat er, wellicht, tegelijk een ander signaal wordt uitgezonden belang mist, en dat gelet daarop het door Lira verzochte deskundi-

genbericht over de daar bedoelde stellingen niet nodig is.

2.6 Gegrondbevinding van een of meer klachten van de voorgaande subonderdelen vitiesert ook het volgende oordeel van het hof:

r.o. 3.10 TA: '*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.*'

In gevallen die worden bestreden door art. 26a Aw, is immers wel degelijk de toestemming van de desbetreffende cbo('s) noodzakelijk.

3 *Deskundigenbericht; 843a Rv-vordering*
Het oordeel van het hof in r.o. 3.12.2 TA dat '[i]n die situatie' de voorwaarde die was verbonden aan het verzoek tot het bevelen van een deskundigenbericht dan wel exhibitie ex art. 843a Rv niet vervuld is, zodat hetgeen in dat verband is aangevoerd geen bespreking behoeft, en de bevestiging van dat oordeel in r.o. 2.17 EA, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting of is onbegrijpelijk. Zoals het hof in r.o. 3.12 TA heeft overwogen, heeft Lira deugdelijk onderbouwd gesteld dat zij het aannemelijk acht dat de kabelexploitanten gebruik maken van de signalen die 'ouderwets' via de (digitale) ether en/of de satelliet aan het publiek worden uitgezonden. Meer concreet heeft Lira in dat verband gewezen op de etheren satellietuitzendingen van (in elk geval) NPO1, NPO2, NPO3, BBC1, BBC2, TV5, België één, Canvas, Ketnet, ARD en ZDF.³⁴ Voorwaardelijk, voor het geval het hof zou menen dat Lira de bewijslast heeft van de stelling dat de door Ziggo c.s. voor de doorgifte gebruikte signalen ook rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen zijn en dat Lira dit nog niet heeft bewezen, heeft zij primair verzocht om een deskundigenbericht te gelasten teneinde een deskundige onderzoek te laten doen bij Ziggo c.s. zodat de deskundige in een deskundigenbericht kan verklaren, per zender die door Ziggo c.s. wordt doorgegeven aan abonnees, waar het signaal vandaan komt dat wordt gebruikt en of dit signaal ook rechtstreeks voor het publiek toegankelijk is. Subsidiair (en nog steeds voorwaardelijk) heeft Lira een incidentele vordering ex art. 843a Rv ingesteld om inzage, afschrift of uittreksel te verkrijgen van alle documenten waarin informatie voorkomt waaruit blijkt of die bijdraagt aan de vaststelling, voor de zenders die door Ziggo c.s. wordt doorgegeven aan abonnees, waar het signaal vandaan komt dat wordt gebruikt en/of dit signaal ook rechtstreeks voor het publiek toegankelijk is, waaronder in ieder geval de overeenkomsten van appellanten met de omroepen wiens zenders worden doorgegeven en de overeen-

33 Zie § 107–108 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014; § 247–251 MvA; § 75 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016; § 51 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

34 Zie § 107 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014 (met verwijzing naar productie 23 en 24); § 247–266 (met verwijzing naar productie 22 en 23) MvA; § 71 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016.

komst(en) van de appellanten met de exploitant van de Media Gateway. Vervolgens (pas) – tot de memorie van antwoord in incidenteel appel hebben Ziggo c.s. deze voor de vorderingen van Lira uiterst relevant informatie voor zich gehouden – hebben Ziggo c.s. een lijst met 24 buitenlandse zenders in het geding gebracht waarvan zij erkennen dat zij daarvoor een tevens voor het publiek te ontvangen signaal benutten en via hun kabelnetwerken doorgeven, zodat in zoverre sprake zou kunnen zijn van heruitzending als bedoeld in art. 26a Aw. Het hof heeft vastgesteld (eerst voorshands (r.o. 3.12.1, 3.12.3 TA) en nadat door Ziggo c.s. is afgezien van het leveren van tegenbewijs definitief (r.o. 2.17 EA)) dat zich ten aanzien van deze 24 zenders een heruitzending voordoet. Ten aanzien van alle *andere* zenders dan de 24 door Ziggo c.s. gespecificeerde zenders heeft het hof echter niets vastgesteld. In het bijzonder heeft het hof niet vastgesteld dat, zoals door Lira was gesteld maar door gebrek aan informatie uit het domein van Ziggo c.s. door Lira nog niet verder kon worden onderbouwd, bij de doorgifte via de kabel van die andere zenders gebruik werd gemaakt van een signaal dat ook voor het publiek toegankelijk was, zodat dit een heruitzending als bedoeld in art. 26a Aw zou opleveren. Lira heeft in dit verband, zoals gezegd in het bijzonder NPO1, NPO2, NPO3, België één, Ketnet en Canvas genoemd, die niet op de lijst met 24 zenders voorkomen.³⁵

Voor zover het oordeel van het hof zo moet worden begrepen dat Ziggo c.s. die stellingen van Lira voldoende hebben betwist, heeft het hof in het licht van de stellingen van Lira ten onrechte te lage eisen gesteld aan de betwisting door Ziggo c.s. nu Ziggo c.s. ten aanzien van andere zenders dan die 24 hebben volstaan met de enkele stelling dat die lijst van 24 zenders uitputtend is, zonder deze stelling op enigerlei wijze te onderbouwen, terwijl, zoals Lira heeft aangevoerd, deze informatie volledig in het domein van Ziggo c.s. ligt, zodat hogere eisen aan de stelplicht/betwisting van Ziggo c.s. mogen worden gesteld; althans is dit oordeel zonder nadere motivering die nu ontbreekt onbegrijpelijk, nu uit de gedingstukken niet blijkt dat Ziggo c.s. (in het licht van de stellingen van Lira) hun betwisting voldoende hebben onderbouwd.

Voor zover het hof ervan uit is gegaan (en ervan uit heeft mogen gaan) dat Ziggo c.s. voldoende hebben betwist dat die zenders (de andere zenders dan de 24 hiervoor bedoelde, in het bijzonder NPO1, NPO2, NPO3, België één, Ketnet en Canvas) worden heruitgezonden in de zin van art. 26a Aw, rustte op Lira de bewijslast van haar stelling dat dat wél gebeurt. Het hof heeft dit miskend, althans is zijn oordeel dat aan de voorwaarde waaronder Lira het deskundigenbericht, subsidiair de 843a Rv-vordering had ingesteld, niet vervuld is, onbegrijpelijk; die voorwaarde hield immers in dat Lira de bewijslast zou hebben van haar bedoelde stellingen. Het hof had het verzoek om een deskundigenbericht, subsi-

diair de ingestelde 843a-vordering dus inhoudelijk moeten behandelen.

In elk geval is het hof ten onrechte, althans zonder voldoende motivering voorbijgegaan aan het uitdrukkelijk in hoger beroep gedane aanbod van Lira om door middel van getuigenbewijs haar stellingen te bewijzen.³⁶

4 Gebods- en verbodsvorderingen; bevel tot opgave Inleiding

In r.o. 2.14.1–2.14.3 EA overweegt het hof dat wat het daarvoor heeft overwogen in het kader van de beoordeling van de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure niet 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, aldus het hof. Onder de in r.o. 2.13.1 EA bedoelde ge- en verboden is mede het bevel begrepen om opgave te doen, zo vervolgt het hof in r.o. 2.14.2. 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 behoef r.o. 3.4 TA in dit opzicht geen heroverweging, zo oordeelt het hof. Het concludeert dat de vorderingen van Lira dus toewijsbaar zijn 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.

Deze oordelen geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting of zijn onvoldoende gemotiveerd.

4.1 Het oordeel van het hof dat Lira niet heeft voldaan aan haar stelplicht ten aanzien van dat onrechtmatig is gehandeld, jegens één of meer concreet aan te geven makers of ten aanzien van één of meer concrete werken, en dat er slechts sprake zou zijn van de 'enkele mogelijkheid' van inbreuk, is zonder nadere toelichting, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk. Dat geldt alleen al nu Lira concreet als voorbeeld van een 'pre-existing' werk de cabaretvoorstelling van [cabaretvoorstelling] heeft genoemd, die in 2012 is uitgezonden,³⁷ en als voor-

³⁶ Zie § 267 MvA.

³⁷ § 50 Spreekkaantekeningen mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016, onder verwijzing naar producties 2 en 16.

³⁵ Zie voetnoot 30.

beeld van een werk ten aanzien waarvan met de producent een 'Lira-beding' is overeengekomen, heeft gewezen op de serie 'A'dam – E.V.A.', die in november 2014 is uitgezonden.³⁸ Dat zijn al twee makers en twee werken die concreet zijn aangeduid.

Het oordeel is temeer, althans in elk geval, zonder nadere toelichting onbegrijpelijk, nu Lira bovendien heeft gesteld dat in het Verenigd Koninkrijk het scenario als pre-existing werk geldt (en niet als bijdrage aan het filmwerk), en dat Lira op grond van haar submandaat van de Engelse zusterorganisatie ALCS die (aan ALCS contractueel overgedragen) rechten handhaaft.³⁹ Lira heeft daarbij gewezen⁴⁰ op productie 16, waarin alleen al over een periode van drie maanden (oktober-december 2012) meer dan 100 uitzendingen in Nederland (op Nederlandse en buitenlandse kabelzenders) zijn gespecificeerd, met vermelding van de naam van het werk, de datum van uitzending en de naam van de maker(s) ten aanzien waarvan Lira de rechten van de schrijvers handhaaft onder haar submandaat van ALCS:

- [A]
- makers: [naam 1]
- kabelzender: [zender 1]
- uitgezonden op 1-10-2010, 2-10-2012, 3-10-2012, 7-10-2012, 8-10-2012, 9-10-2012, 10-10-2012, 14-10-2012, 16-10-2012, 17-10-2012, 21-10-2012, 23-10-2012; 24-10-2012; 28-10-2012; 29-10-2012; 30-10-2012; 31-10-2012; 4-11-2012; 6-11-2012; 7-11-2012; 11-11-2012; 12-11-2012; 13-11-2012; 19-11-2012; 21-11-2012; 25-11-2012; 26-11-2012; 27-11-2012; 28-11-2012; 2-12-2012; 3-12-2012; 4-12-2012; 9-12-2012; 11-12-2012
- [B]
- makers: [naam 2 en naam 3]
- kabelzender: [zender 2]
- uitgezonden op 7-10-2012, 14-10-2012, 21-10-2012;
- [C]
- makers: [naam 4], [naam 5], [naam 5], en (auteur van het oorspronkelijke boek) [naam 6]
- kabelzender: [zender 3]
- Uitzonden op 20-10-2012; 17-12-2012; 18-12-2012; 19-12-2012; 20-12-2012; 21-12-2012; 24-12-2012; 25-12-2012; 26-12-2012; 27-12-2012; 29-12-2012; 30-12-2012
- [D]
- maker: [naam 7];
- kabelzender: [zender 4]
- uitgezonden op 2-11-2012; 10-11-2012; 17-11-2012

- [E]
- maker: [naam 8];
- kabelzender: [zender 5]
- uitgezonden op 9-11-2012; 23-11-2012; 30-11-2012; 7-12-2012; 14-12-2012; 21-12-2012; 24-12-2012
- [F]
- maker: [naam 9]
- kabelzender: [zender 6]
- Uitzonden op 10-11-2012; 17-11-2012; 24-11-2012; 1-12-2012; 8-12-2012; 15-12-2012
- [G]
- maker: [naam 10]
- kabelzender: [zender 7]
- Uitzonden op 19-11-2012; 21-11-2012; 22-11-2012; 23-11-2012; 26-11-2012; 27-11-2012; 28-11-2012; 29-11-2012; 30-11-2012; 1-12-2012; 2-12-2012; 4-12-2012; 5-12-2012; 6-12-2012; 7-12-2012; 8-12-2012; 9-12-2012; 10-12-2012; 11-12-2012; 12-12-2012; 13-12-2012; 14-12-2012; 15-12-2012; 17-12-2012; 18-12-2012; 19-12-2012; 20-12-2012; 21-12-2012; 22-12-2012; 30-12-2012
- [H]
- maker: [naam 11]
- kabelzender: [zender 8]
- uitgezonden op 1-12-2012; 8-12-2012; 15-12-2012; 22-12-2012; 29-12-2012

4.2 Het oordeel van het hof in r.o. 2.14.1 EA dat de noodzaak van het gevorderde (volgens het hof: ingrijpende) gebod/verbod, in de huidige gewijzigde situatie, niet behoorlijk is onderbouwd, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting of is zonder nadere toelichting, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk. Het hof heeft miskend dat een auteursrecht hebben – waaronder begrepen: een collectieve beheersorganisatie⁴¹ – (in beginsel) belang heeft bij het vorderen van een verbod op (dreigende) inbreuken op zijn auteursrecht,⁴² althans geeft het oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting of heeft het hof onvoldoende belang ontbreekt. Voor zover het hof in r.o. 2.14.1 EA met 'in de huidige gewijzigde situatie' doelt – zoals kan worden afgeleid uit r.o. 3.4 TA en r.o. 2.3–2.4 EA – op de in r.o. 3.1.11 TA beschreven wijziging van art. 45d Aw per 1 juli 2015, heeft het hof in r.o. 2.14.1 EA miskend dat die wijziging van art. 45d Aw geen gevolgen heeft voor pre- en post-existente werken nu dat artikel daar niet op ziet, althans is zijn oordeel onbegrijpelijk, want innerlijk tegenstrijdig met r.o. 2.3–2.4 EA, waar het hof dat wél heeft erkend. Althans heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom *niet* voldoende belang bij de gevorderde geboden/verboden bestaat.

Dit laatste geldt temeer nu het hof heeft vastgesteld in r.o. 2.13.1 EA dat Ziggo c.s. hebben erkend dat pre-existente werken c.a. voorkomen (waarmee bedoeld wordt: worden uitgezonden), dat RODAP als gevoegde partij daarover geen afwijkend standpunt heeft verdedigd, en dat vast staat dat niet (in

38 § 14 Spreekantekeningen mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017, onder verwijzing naar productie 69.

39 Spreekantekeningen mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016, § 50–51.

40 § 60 van de dagvaarding; § 12.4 van de spreekantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2015; § 45, 50, 51, 54 van de spreekantekeningen mr. Seignette in hoger beroep van 25 april 2016; § 51 van de spreekantekeningen mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

41 Vergelijk art. 4 aanhef en sub c Handhavingsrichtlijn.

42 Zie § 67 van de dagvaarding.

alle gevallen) om toestemming is gevraagd en dat niet (in alle gevallen) voor die rechten is betaald aan Lira, en/of dat Lira (zie onderdeel 4.1) heeft gewezen op een inbreuk op de door haar ingeroepen auteursrechten door de openbaarmaking van meer dan 100 pre-existente werken in een periode van drie maanden tijd. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien, voor zover het hof dat bedoeld zou hebben, dat deze inbreuken onvoldoende belang opleveren voor de gevorderde verbods/gebodsvorderingen.

Voor zover het hof met 'in de huidige gewijzigde situatie' niet heeft bedoeld op de wijzigingen in art. 45d Aw per 1 juli 2015, is zonder nadere toelichting, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk waar het hof dan wel op heeft bedoeld.

4.3 Tussen partijen is niet in geschil (en heeft het hof vastgesteld) dat er geregeld pre-existente werken c.a. worden uitgezonden zonder toestemming van of betaling aan Lira (zoals het hof in r.o. 2.13.1 EA heeft vastgesteld, en zie voorts wat Lira over concrete inbreuken in het verleden heeft aangevoerd (zie subonderdeel 4.1)), en niet is gesteld of gebleken dat dergelijke inbreuken (in algemene zin) in de toekomst niet meer zullen voorkomen. Het hof heeft miskend dat onder dergelijke omstandigheden gebods- en verbodsvorderingen zoals door Lira gevorderd wel degelijk kunnen worden toegewezen, mits de kabelexploitanten daarbij voldoende in staat zullen zijn om die veroordeling na te komen. Aan dat criterium is in een geval als dit voldaan, indien de partijen die verboden worden inbreuken te maken, tijdig van tevoren kunnen weten welke voorgenomen uitzendingen een inbreuk zullen opleveren indien daarover geen voorafgaande overeenstemming met de rechthebbende wordt bereikt. De rechtbank had in deze zaak de vorderingen dan ook toegewezen onder bepaling dat, kort gezegd, de kabelexploitanten vier weken voor de voorgenomen uitzending hun uitzendschema aan Lira moesten toezenden, en dat Lira dan uiterlijk twee weken voor de voorgenomen uitzending zou laten weten welke werken onder haar 'mandaat' zouden vallen. Het hof heeft miskend dat het de vorderingen onder deze of een vergelijkbare regeling had moeten toewijzen, althans is zonder nadere motivering, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk waarom de vorderingen niet met een dergelijke regeling zouden kunnen worden toegewezen. Daarbij is van belang dat van een partij die weet of behoort te weten dat zij geregeld inbreuk zal maken, verlangd mag worden mee te werken aan een dergelijke regeling waarmee die inbreuk kan worden voorkomen.

4.4 Het oordeel in 2.14.2 EA dat voor toewijzing van bevel om opgave te doen nodig is 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, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting of is zonder nadere motivering, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk. Lira heeft (niet gevorderd om opgave te doen van werken en/of makers, maar heeft) gevorderd (onder 2

van haar petitum) om per maand opgave te doen van de zenders en aantallen abonnees. Lira heeft toegelicht dat zij deze opgave vordert in het kader van haar vordering tot schadevergoeding;⁴³ die vordering is door het hof ten aanzien van de pre-existente werken c.a. toegewezen, met een verwijzing naar de schadestaatprocedure. De vordering (opgave doen, per maand, van zenders en aantallen abonnees) is een heldere omschrijving, en zonder nadere toelichting valt dan ook niet in te zien waarom de kabelexploitanten niet zouden weten welke informatie zij zouden moeten verstrekken.

Voor zover het hof zou hebben bedoeld dat de kabelexploitanten alleen opgave hoeven te doen van de zenders waarop programma's werden of worden uitgezonden waarvan de uitzending inbreuk maakt op de door Lira uitgeoefende rechten, heeft het hof miskend dat nu ervan uit moet worden gegaan (gelet op de verwijzing in r.o. 2.13.1 EA naar de schadestaatprocedure, en zie voorts onderdelen 4.1 en 4.2 hiervóór) dat er geregeld, en op verschillende kabelzenders, beschermde werken werden en worden uitgezonden zonder de daarvoor benodigde toestemming van c.q. betaling aan Lira, voldoende grondslag voor en belang bij een dergelijk opgavebevel bestaat, althans heeft het hof onvoldoende gemotiveerd waarom dit niet zo zou zijn.

4.5 Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande subonderdelen vult tevens r.o. 2.21 EA, dat op r.o. 2.14.1–2.14.3 EA voortbouwt. Hierbij verdient vermelding dat alle voorbeelden genoemd in productie 16 die hiervóór in onderdeel 4.1 zijn aangehaald, de NPO, BBC en de Belgische publieke zenders betreffen, waarvan Lira heeft gesteld dat deze zenders behalve via de Mediagateway ook *free-to-air* worden uitgezonden. Dit is door Ziggo c.s. voor de BBC-zenders erkend op hun lijst met de in r.o. 2.17 EA bedoelde 24 zenders en voor het overige is de juistheid van die stelling door het hof in het midden gelaten, zodat in cassatie veronderstellen-derwijs van die juistheid moet worden uitgegaan (zie r.o. 2.17.1 EA).

5 R.o. 2.15.1–2.15.2 EA (voorwaardelijke klacht)

In r.o. 2.15.1–2.15.2 EA verwerpt het hof het betoog van Ziggo c.s. en RODAP dat Lira onrechtmatig zou handelen of wanprestatie zou plegen. Het hof overweegt in r.o. 2.15.2 EA onder meer dat 'de aansluitcontracten niet de betekenis [hebben] 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' en: 'Voor zover RODAP met haar betoog bedoelt dat de aansluitcontracten van rechtswege nietig zijn faalt haar betoog evenzeer, nu

⁴³ Zie § 71–73 van de dagvaarding.

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.' Lira leest deze stellingen niet als eindbeslissingen van het hof die inhouden (i) dat van het 'gijzelen' producenten van de producenten in verband met een verbod in de in deze zaak relevante periode wél sprake was, en (ii) dat de wijze waarop Lira haar contracten met de makers inzette jegens de producenten (en RODAP en Ziggo c.s.) mededingingsrechtelijk relevant misbruik opleverde, maar als een weergave van stellingen van RODAP en Ziggo c.s. Voor zover het hof echter wél zou hebben bedoeld te oordelen (i) dat van het 'gijzelen' van de producenten in verband met een verbod in de in deze zaak relevante periode wél sprake was, en/of (ii) dat de wijze waarop Lira haar contracten met de makers inzette jegens de producenten (en RODAP en Ziggo c.s.) mededingingsrechtelijk relevant misbruik opleverde, én onder de voorwaarde dat Ziggo c.s. en RODAP in cassatie met succes tegen oordelen van het hof in r.o. 2.15.1–2.15.2 zouden opkomen, voert Lira hierbij de klacht aan dat die oordelen blijken te geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans dat zij onvoldoende zijn gemotiveerd, in het licht van wat Lira over deze verwijten van RODAP en Ziggo c.s. heeft aangevoerd.⁴⁴ Het hof geeft geen enkel inzicht in zijn gedachtegang zodat zijn oordeel, zonder nadere motivering, die nu ontbreekt, onbegrijpelijk is, en gaat bovendien ten onrechte voorbij aan de essentiële verweren die Lira tegen de betogen van Ziggo c.s. en RODAP heeft gevoerd.

6 Veegklacht

Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande klachten vult ook de 'slotsom' in r.o. 2.23 EA, de beslissing omtrent de kosten in r.o. 2.24 EA, en de dicta van beide arresten.

Conclusie A-G mr. B.J. Drijber:

1 Inleiding

1.1 De Stichting Lira (hierna: *Lira*) is een collectieve beheersorganisatie (afgekort: *cho*) voor auteurs van werken van tekstuele aard. Ziggo Services B.V., Ziggo B.V. en Delta Fiber Nederland B.V. (hierna: *de kabelexploitanten*) zijn distributeurs van onder andere televisieprogramma's via de kabel. Verweerder sub 4 (hierna: *Rodap*) is een samenwerkingsverband van tv- en filmproducenten, omroepen en distributeurs. Verweerder in het principale beroep worden gezamenlijk aangeduid als *Ziggo c.s.*

1.2 Deze zaak vormt het vervolg op het arrest *Norma/NLKabel* uit 2014.¹ Allereerst is aan de orde de vraag of Lira de auteursrechten kan uitoefenen op beschermde werken in films die worden doorgegeven via de kabel. Meer specifiek gaat het om werken van tekstuele aard, zoals het script of het scenario. Lira baseert haar vorderingsrechten jegens de kabelexploitanten op de contractuele overdracht van primaire openbaarmakingsrechten door de makers aan haar zelf. Ziggo c.s. stellen dat de exploitatierechten op grond van art. 45d Auteurswet (hierna: *Aw*) bij de filmproducent liggen en niet aan Lira kunnen worden overgedragen. In de zaak *Norma/NLKabel* is deze kwestie ook aan de orde geweest. De Hoge Raad hoefde daarover toen niet te beslissen.² AG Verkade sloot zich aan bij het standpunt van de kabelexploitanten.³ In deze zaak heeft het hof zich bij die opvatting aangesloten. Onderdeel 1 keert zich tegen deze beslissing van het hof.

1.3 Deze zaak gaat verder over de vraag of doorgifte van programmasignalen door kabelbedrijven een openbaarmakingshandeling is die op grond van art. 26a Aw onder collectief beheer valt. De Hoge Raad heeft die vraag in *Norma/NLKabel* ontkennend beantwoord op de grond dat wegens technologische veranderingen kabelbedrijven niet langer een secundaire openbaarmakingshandeling verrichten. Aan de doorgifte via de kabel gaat namelijk niet langer een voor het publiek toegankelijke uitzending door de omroepen vooraf. Art. 14a Wet op de naburige rechten, het equivalent van art. 26a Aw, is niet op een primaire openbaarmaking van toepassing. In onderdeel 2 stelt Lira dat deze uitspraak in strijd is met het Unierecht. Zij nodigt uw Raad uit terug te komen op de in het arrest *Norma/NLKabel* gegeven uitleg, althans daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie (hierna: *HvJEU*).

1.4 De zaak *Norma/NLKabel* is voor de wetgever aanleiding geweest om art. 45d Aw aan te passen. Op grond van een nieuw tweede lid hebben scenarioschrijvers en hoofdregisseurs die hun exploitatierechten hebben overgedragen aan de producent, aanspraak op een proportionele billijke vergoeding van de distributeurs van de programma's waarin hun werken zijn opgenomen. Die aanspraak moet collectief worden uitgeoefend.⁴ Deze nieuwe regeling is op 1 juli 2015 in werking getreden.⁵

1.5 Voor een naar verhouding beperkt deel heeft deze zaak betrekking op gevallen waarin de

1 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, NJ 2015/356, m.nt. P.B. Hugenholtz.

2 Zie rov. 5.47: '... kan in het midden blijven of een overdracht bij voorbaat aan Norma zou hebben geprevaleerd boven de in art. 45d Aw (in verbinding met art. 4 WNR) bedoelde overdracht van exploitatierechten aan de producent.'

3 ECLI:NL:PHR:2013:1093.

4 Nieuwe leden 2 en 3 van art. 45d Aw.

5 Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburige recht (Wet auteurscontractenrecht), *Stb.* 2015/257.

44 Zie § 182–195 MvA (mededingingsrecht); § 196–204 MvA (uitlokken van wanprestatie). Eerder voerde Lira al aan dat het juist UPC, Ziggo en Delta zijn die misbruik maken van hun machtspositie, zie bijvoorbeeld § 71–73 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in eerste aanleg van 15 april 2014. Zie voorts § 38–43 van de spreekkaantekeningen van mr. Seignette in hoger beroep van 16 oktober 2017.

exploitatierechten niet (geheel) zijn overgedragen aan de filmproducent of waarin vast staat dat er wel een voor het publiek toegankelijke uitzending aan de kabeldoorgifte voorafging. De overige onderdelen van het principaal beroep en de meeste klachten in het incidenteel beroep hebben vooral daarop betrekking.

2 Feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.⁶

2.2 Lira houdt zich onder meer bezig met het incasseren en de repartitie van auteursrechtelijke licentievergoedingen ten behoeve van tekstschrijvers. Auteurs kunnen met Lira een overeenkomst sluiten (hierna: *het Aansluitingscontract*), waarbij zij hun rechten op auteursrechtelijk beschermde werken, zowel bestaande als toekomstige rechten, voor de looptijd van de overeenkomst aan Lira overdragen. Het Aansluitingscontract luidt, voor zover in cassatie 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 (...) 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

(...)

2.3 Daarnaast kan een auteur op grond van een facultatieve overdracht andere rechten bij Lira onder te brengen.

2.4 De kabelexploitanten zijn de beheerders van de coax kabelnetwerken die worden gebruikt voor de doorgifte van onder meer televisie, radio en

internet. Zij (of hun rechtsvoorgangers) hadden vanaf 1985 een met (een collectiviteit van) cbo's uitonderhandelde licentieovereenkomst (hierna: *de kabelovereenkomst*), op grond waarvan zij een vergoeding verschuldigd waren voor de doorgifte van beschermde werken in programma's. De laatste kabelovereenkomst liep op 1 oktober 2012 af.

2.5 Diverse cbo's en Rodap (namens onder meer de kabelexploitanten) hebben nadien vruchteloos met elkaar overleg gevoerd over het sluiten van een nieuwe kabelovereenkomst. Anticiperend op de in 1.4 genoemde wijziging van art. 45d Aw hebben Rodap en diverse cbo's, waaronder Lira, vervolgens echter wel een convenant gesloten dat ziet op de vergoeding voor bepaalde diensten ten aanzien van de zogenoemde Rodap-zenders (NPO, RTL en SBS).⁷ Dit convenant is op 1 januari 2015 van kracht geworden.⁸

2.6 Tussen 1 oktober 2012 en 1 januari 2015 hebben de kabelexploitanten niet betaald voor de doorgifte via de kabel van beschermde tekstuele werken in films.

3 Procesverloop

A Eerste aanleg

3.1 Bij dagvaarding van 22 februari 2013 heeft Lira gevorderd dat de rechtbank Amsterdam (hierna: *de rechtbank*) bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:⁹

1. de kabelexploitanten zal bevelen om de openbaarmaking door middel van Lineaire Doorgifte en Uitzending Gemist-diensten van de door Lira vertegenwoordigde werken of een gedeelte daarvan, zonder dat daarvoor schriftelijke toestemming van LIRA is verkregen, na afloop van dertig dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis onmiddellijk te staken en gestaakt te houden.

[...]

2. de kabelexploitanten zal bevelen om binnen veertien dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis over de periode van 1 oktober 2012 totdat het handelen als vermeld onder 1 is gestaakt schriftelijk opgave te doen aan de raadvrouw van Lira van:

- per maand: de namen van de televisie- en radiozenders opgenomen in de in die maand doorgegeven pakketten;

- per maand: het aantal abonnees op de laatste dag van die maand;

3. de kabelexploitanten zal bevelen om aan Lira een dwangsom van EUR 50.000,- te voldoen voor iedere dag of gedeelte van een dag dat

⁷ Tussenarrest hof, rov. 2.1.1.

⁸ Volgens Lira zijn de kabelexploitanten vanaf 1 januari 2015 weer gaan betalen voor uitzendingen van werken van scenarioschrijvers; zie schriftelijke toelichting Lira, onder 3.2.

⁹ De in petitum onder 1 gebruikte begrippen 'Lineaire Doorgifte', 'Uitzending Gemist-diensten' en 'door Lira vertegenwoordigde werken' zijn door Lira omschreven; zie rov. 3.2 van het vonnis van 27 augustus 2014.

⁶ Vgl. het tussenarrest van het gerechtshof Amsterdam van 18 oktober 2016 onder 3.1.1-3.1.11. Zie voorts het vonnis van 27 augustus 2014 van de rechtbank Amsterdam onder 2.1-2.10.

zij in gebreke zijn om aan het bevel onder 1 of 2 geheel of gedeeltelijk te voldoen;'

Daarnaast heeft Lira gevorderd dat de rechtbank:

4. de kabelexploitanten zal bevelen om de schade te vergoeden die Lira en de door Lira vertegenwoordigde rechthebbenden hebben geleden en nog zullen lijden als gevolg van de door hen gepleegde handelingen als vermeld onder 1, meer in het bijzonder om binnens dertig dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan Lira de volgende schadevergoeding te voldoen:

5. de kabelexploitanten veroordeelt in een derde van de kosten van deze procedure, waaronder de kosten als vermeld op de door Lira geproduceerde overzichten, althans een zodanig door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige buitengerechtelijke kosten en gerechtskosten die Lira heeft gemaakt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betekening van het te dezen te wijzen vonnis tot aan de algehele voldoening.¹⁰

3.2 Bij vonnis in incident van 22 mei 2013 is het Rodap toegestaan zich in de hoofdzaak te voegen aan de zijde van de kabelexploitanten.

3.3 Bij vonnis van 27 augustus 2014 heeft de rechtbank de vorderingen van Lira grotendeels toegewezen.¹¹ De rechtbank 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 het vonnis te staken en gestaakt te houden, op straffe van dwangsommen.

3.4 De rechtbank baseerde deze beslissing op het oordeel dat, kort samengevat, het beroep van de kabelexploitanten en Rodap op art. 45d Aw faalt en dat Lira een (eigen) vorderingsrecht toekomt uit hoofde van de aansluitingscontracten. De overdracht bij voorbaat van de auteursrechten aan Lira is volgens de rechtbank niet in strijd met art. 45d Aw. De kabelexploitanten hebben op de aldus aan Lira overgedragen auteursrechten inbreuk gemaakt (rov. 4.7.6-4.7.7). De aan Lira overgedragen rechten zijn voldoende bepaalbaar als bedoeld in art. 3:84 lid 2 BW (rov. 4.8.1). Vaststelling van de schade is niet mogelijk, maar omdat de mogelijkheid van schade wel aannemelijk is, wordt de zaak naar de schadestaat verwezen (rov. 4.16). Volgens de rechtbank is Lira echter niet bevoegd om 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 (rov. 4.11). Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat, gelet op het kort daarvoor gewezen arrest *Norma/NLKabel*, Lira haar vorderingsbevoegdheid niet langer kan ontlenen aan art. 26a Aw, nu geen sprake (meer) is van heruitzending (rov. 4.13).

B Hoger beroep

3.5 Zowel de kabelexploitanten als Rodap zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Amsterdam (hierna: *het hof*). Lira heeft bij memorie van antwoord incidenteel appel ingesteld.¹²

3.6 Bij tussenarrest van 18 oktober 2016¹³ (hierna: *tussenarrest*) heeft het hof allereerst geoordeeld dat Lira geen belang meer heeft bij een verbod of gebod, omdat inmiddels de wet en de situatie zijn gewijzigd en het haar gaat om vaststelling van haar rechten op vergoeding voor het verleden (rov. 3.4).

3.7 Het hof heeft Lira niet gevond in haar uitleg van art. 45d lid 1 Aw. Het standpunt dat (het wettelijk vermoeden van) art. 45d Aw niet aan de rechtenoverdracht aan Lira in de weg staat, miskent volgens het hof het eigen karakter van het auteursrecht op films en de betekenis die in dat kader toekomt aan de Berner Conventie en het Unierecht (rov. 3.6). Volgens het hof houdt art. 45d Aw een materiële rechtsregel in en berusten de exploitatierechten van rechtswege bij de producent. Daarom kan uitsluitend een schriftelijk overeengekomen, afwijkend beding tussen auteur en producent ertoe leiden dat de auteursrechten niet van meet af aan de producent zijn overgedragen, maar bij de auteur zijn gebleven. Het hof overweegt dat deze interpretatie beter bij het Unierecht past, verschillen in toepassing van het Unierecht voorkómt, recht doet aan het primaat van internationale verdragen en het algemene uitgangspunt dat 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. Tot slot wordt een concentratie van de rechten bij de producent als wenselijk beschouwd omdat het financieren van films er eenvoudiger door wordt gemaakt (rov. 3.10).

3.8 In het tussenarrest is het hof ook ingegaan op de vraag of Lira haar vorderingsbevoegdheid aan art. 26a Aw kan ontlenen. Het hof stelde voorop dat de achtergrond van het onderhavige geschil is gelegen in de interpretatie in de sector van het arrest *Norma/NLKabel*, die ertoe heeft geleid dat de kabelexploitanten menen geen licentievergoedingen voor de kabeldoorgifte van omroepuitzendingen meer te hoeven betalen (rov. 3.3). Bij openbaarmaking via de kabel door middel van de Media Gateway, die de meerderheid van de gevallen uitmaakt, is sprake van slechts één openbaarmakingshandeling. Ook uit het arrest van het HvJEU in de zaak *SBS*

¹⁰ Zie rov. 3.1 van het vonnis van 27 augustus 2014.

¹¹ Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, m.nt. J.J.C. Kabel, *AMI* 2014/6. Zie verder: A.G.F. Ancery, 'Het filmauteurscontractenrecht belicht – De overdracht bij voorbaat en art. 45d Aw', *MvV* 2015/04 en D.J.G. Visser, 'Houdt het dan nooit op?', *IEF* 15848.

¹² Zie rov. 1 van het tussenarrest voor een samenvatting van de vorderingen.

¹³ ECLI:NL:GHAMS:2016:4183, *AMI* 2017/1, m.nt. J.J.C. Kabel.

*Belgium/Sabam*¹⁴ volgt dat alsdan sprake is van één openbaarmaking. De Hoge Raad heeft daaraan de consequentie verbonden dat in die situatie geen sprake is van heruitzending. Een eventuele gelijktijdige uitzending door de omroep via andere technische weg is niet relevant. Volgens het hof zou dit betekenen dat Lira niet langer een grondslag voor haar vordering aan art. 26a Aw kan ontleen.

3.9 Deze kwesties zijn naar het oordeel van het hof niet in het arrest *SBS Belgium/Sabam* aan de orde geweest. Het hof heeft de beslissing op de vraag of van heruitzending ook sprake kan zijn als het gaat om een gelijktijdige primaire openbaarmaking aangehouden (rov. 3.8). Het heeft verder overwogen dat uit het Unierecht (en de Berner Conventie) volgt dat auteurs een billijke vergoeding dienen te ontvangen voor de exploitatie van hun arbeid en dat door Lira is gesteld dat de auteurs nu een lagere vergoeding ontvangen dan vóór het arrest *Norma/NLKabel*.

3.10 Het hof heeft verder geoordeeld dat voorshands en behoudens tegenbewijs ook sprake is van doorgifte van *free to air* uitzendingen, wat meebrengt dat in zoverre toch nog sprake zou kunnen zijn van heruitzending als bedoeld in art. 26a Aw (rov. 3.12.3). Omdat Lira voorshands in haar bewijs is geslaagd, wordt aan haar verzoek tot het bevelen van een deskundigenbericht dan wel exhibitie ex art. 843a Rv niet toegekomen (rov. 3.12.1).

3.11 Bij eindarrest van 13 november 2018¹⁵ (hierna: *eindarrest*) heeft het hof in principaal en incidenteel appel het bestreden vonnis van de rechtbank vernietigd. Ziggo c.s. zijn veroordeeld tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, die is voortgevloeid uit het zonder toestemming van Lira in Nederland openbaar maken van:

- filmwerken ten aanzien waarvan de maker met de producent schriftelijk anders is overeengekomen dan het bepaalde in art. 45d Aw, en
- pre-existente werken (werken die voordat de film aan de orde was, al als zelfstandig werk bestonden) en post-existente werken (werken die na voltooiing van de film zijn gemaakt),

voor zover het gaat om werken waarvan Lira, of een buitenlandse cbo waarmee Lira een wederkerigheidsovereenkomst heeft, rechthebbende is en/of om werken die de kabelexploitanten volgens eigen opgave secundair hebben uitgezonden. Het hof heeft de kosten gecompenseerd en het arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het meer of anders gevorderde is afgewezen.

3.12 Het hof overweegt dat wat in rov. 3.11 van het tussenarrest is overwogen (onder andere dat 'de eerdere vergoedingen, waarover vele jaren branchebrede overeenstemming had bestaan, billijk waren') een *obiter dictum* vormt (rov. 2.2). Het hof ziet geen aanleiding terug te komen op zijn oordeel omtrent art. 45d Aw en verduidelijkt dat de overweging om-

trent het ontbreken van een belang bij een verbod of gebod ziet op de aanspraken die worden bestreden door de nieuwe wettelijke regeling in art. 45d lid 2 Aw (rov. 2.3); deze overweging ziet niet op post- en pre-existente werken, radio-uitzendingen, buitenlandse rechthebbenden en doorgifte anders dan via de Media Gateway (rov. 2.4).

3.13 Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat Lira haar vorderingen jegens de kabelexploitanten niet kan baseren op art. 26a Aw, voor zover het gaat om uitzendingen via de Media Gateway (rov. 2.8). Het hof ziet geen reden te twijfelen dat het oordeel van de Hoge Raad in *Norma/NL Kabel* in overeenstemming is met het Europees recht en ziet geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU (rov. 2.7) omdat het arrest *SBS Belgium/Sabam* voldoende helderheid biedt (rov. 2.7.1-2.7.3).

3.14 Volgens het hof geldt het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw niet als de maker en de producent schriftelijk ten aanzien van het recht op kabeldoorgifte anders zijn overeengekomen. Het hof duidt zo'n afwijkende afspraak aan als *het Lira-beding* (rov. 2.11). Art. 45d is evenmin van toepassing op andere werken dan gewone filmwerken, zoals pre-existente, post-existente werken en radio-uitzendingen, door het hof aangeduid als *pre-existente werken c.a.* (rov. 2.10).

3.15 Voor zover de vorderingen van Lira zien op uitzendingen via de Media Gateway heeft zij voldoende gesteld om aannemelijk te maken i) dat tenminste in enkele gevallen een Lira-beding is overeengekomen, ii) dat pre-existente werken zijn uitgezonden en iii) dat aan haar – of buitenlandse counterparts waarmee een wederkerigheidsovereenkomst bestaat – bedoelde rechten zijn overgedragen. Uit stellingen van de kabelexploitanten c.s. volgt dat niet in alle gevallen toestemming is gevraagd en niet in alle gevallen voor die rechten is betaald. De mogelijkheid van een inbreuk en dus van schade is daarmee aannemelijk, zodat verwijzing naar de schadestaat dient te volgen (rov. 2.13.1).

3.16 Naar het oordeel van het hof geldt het voorgaande niet voor de gevorderde ge- en verboden, nu voor toewijzing dáárvan nodig is 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 is daartoe onvoldoende. Lira heeft hier niet voldaan aan haar stelplicht. Een dergelijk gebod is ingrijpend en de noodzaak daarvan heeft Lira niet behoorlijk onderbouwd (rov. 2.14.1).

3.17 Voor zover de vorderingen van Lira zien op uitzendingen anders dan via de Media Gateway heeft het hof bewezen geacht dat een heruitzending zich voordoet ten aanzien van 24 met name genoemde buitenlandse zenders. Voor deze uitzendingen hadden de kabelexploitanten toestemming aan Lira moeten vragen (rov. 2.18.1), behoudens voor zover de band tussen haar en de makers als gevolg van het in art. 45d Aw neergelegde vermoeden is doorgesneden (rov. 2.18.2). Het hof heeft vervol-

¹⁴ HvJEU 19 november 2015, C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764 (*SBS Belgium/Sabam*).

¹⁵ ECLI:NL:GHAMS:2018:4101.

gens aansluiting gezocht bij de eerdere overwegingen omtrent de verwijzing naar de schadestaat (rov. 2.19-2.20) en ook hier geoordeeld dat voor een gebod of verbod onvoldoende grondslag bestaat (rov. 2.21).

C Cassatie

3.18 Bij procesinleiding van 12 februari 2019 heeft Lira – tijdig – tegen beide arresten van het hof cassatieberoep ingesteld. De kabelexploitanten en Rodap hebben geconcludeerd tot verwerping en hebben tegen de beide arresten incidenteel cassatieberoep ingesteld. Lira heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Vervolgens is er gere- en gedupliceerd.

4 Het principaal cassatieberoep

A Onderdeel 1: overdracht exploitatierechten (art. 45d Aw)

1 Inleiding

4.1 Onderdeel 1 betreft de door het hof gegeven uitleg van art. 45d Aw en vormt het centrale geschilpunt.

4.2 Ik begin met een schets van het juridisch kader van art. 45d Aw. Vervolgens citeer ik (delen van) de bestreden rechtsoverwegingen en daarna bespreek ik de klachten.

2 Juridisch kader

Internationaal recht: Berner Conventie

4.3 De Berner Conventie (hierna ook: BC) is enkele malen aangepast.¹⁶ Bij de Akte van Parijs (1971) werd art. 14 bis toegevoegd dat als volgt luidt:¹⁷

‘1. [...]

2.

a. Het is aan de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen voorbehouden te bepalen wie de rechthebbenden op het auteursrecht op het cinematografische werk zijn.

b. In de landen van de Unie waar de wetgeving als rechthebbenden mede erkent de auteurs die bijdragen hebben geleverd aan de totstandkoming van het cinematografische werk kunnen dezen, wanneer zij zich verbonden hebben tot het leveren van die bijdragen, behoudens andersluidende of bijzondere bepalingen, zich evenwel niet verzetten tegen de vereenvoudiging, het in omloop brengen, de openbare opvoering en uitvoering, de overbrenging per draad aan het publiek, de radio-uitzending, de mededeling aan het publiek, het aanbrengen van ondertitels en het nasynchroniseren van de teksten van het cinematografische werk.
[...]

¹⁶ Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 19 september 1886, aangevuld te Parijs op 24 juli 1971, *Trb.* 1972, 157.

¹⁷ Waar in de artikeltekst wordt verwezen naar ‘de Unie’ wordt de Berner Unie bedoeld.

3. Tenzij de nationale wetgeving anders bepaalt, zijn de bepalingen van het tweede lid, onder b, niet van toepassing op auteurs van scenario's, dialogen en muziekwerken die zijn gemaakt voor het tot stand brengen van het cinematografische werk noch op degene die bij het tot stand brengen daarvan de leiding heeft [...].’

4.4 Voornaamste doel van deze regeling is te bevorderen dat de filmproducent het product normaal kan exploiteren. Bij een film zijn doorgaans veel makers betrokken. Ieder van hen moet toestemming geven voor de exploitatie van zijn of haar werk. Om te voorkomen dat individuele makers dwarsliggen en de exploitatie van de film frustreren is bepaald dat zij zich niet mogen verzetten tegen de exploitatie van de film, behoudens andersluidende of bijzondere bepalingen.

4.5 Art. 14 bis lid 2 onder (b) gaat uit van de *présomption de légitimation*, feitelijk een exclusieve licentie van ieder van de makers aan de filmproducent. Het staat de verdragstaten vrij een ander stelsel te kiezen. Ik citeer Spoor/Verkade/Visser:¹⁸

‘Artikel 14 bis 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 auteursrecht-hebbende op het filmwerk, met uitsluiting van anderen; dit stelsel was bekend uit Groot-Brittannië;

b. de zgn. *cessio legis*: dit stelsel gaat uit van auteursrechten van de makers volgens algemene 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 [...] 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.

Een van deze stelsels moest echter ingevolge art. 14 bis BC gekozen worden.’

4.6 De regeling van art. 14bis geldt ingevolge het derde lid niet voor de belangrijkste makers, waaronder de scenarist, tenzij de nationale wetgeving anders bepaalt. Het derde lid bevat tevens de mogelijkheid om lid 2 onder (b) niet toe te passen op *oeuvres préexistantes*, zoals een te verfilmen boek. Deze werken bestaan ook los van de gereproduceerde film.

Auteurswet

4.7 Sinds 1985 kent de Auteurswet een hoofdstuk 5 dat ‘Bijzondere bepalingen betreffende film-

¹⁸ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (Recht en Praktijk nr. IE2), 2019/14.10.

werken' bevat. Daarmee is uitvoering gegeven aan art. 14bis BC. De wetgever heeft de in art. 14bis lid 3 BC toegestane uitzondering toegepast op auteurs van muziekwerken en teksten voor muziekwerken, maar niet op scenaristen en andere tekstschrijvers.

4.8 In de hier relevante periode luiden de bepalingen van hoofdstuk 5 als volgt (mijn cursivering):

'Artikel 45a

1. Onder filmwerk wordt verstaan een werk dat bestaat uit een reeks beelden met of zonder geluid, ongeacht de wijze van vastlegging van het werk, indien het is vastgelegd.

2. Onverminderd het in de artikelen 7 en 8 bepaalde worden als de makers van een film aangemerkt de natuurlijke personen die tot het ontstaan van het filmwerk een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd.

3. Producent van het filmwerk is de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de totstandbrenging van het filmwerk met het oog op de exploitatie daarvan.

[...]

Artikel 45c

Het filmwerk geldt als voltooid op het tijdstip waarop het vertoningsgereed is. Tenzij schriftelijk anders overeengekomen is, beslist de producent wanneer het filmwerk vertoningsgereed is.

Artikel 45d

Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk openbaar te maken, dit te verveelvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Het vorenstaande geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek gemaakt heeft en degene die de bij de muziek behorende tekst maakt heeft. De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. [...].'

4.9 Nederland heeft in art. 45d Aw gekozen voor het stelsel van de '*présomption de cession*'. Dat sloot volgens de wetgever het beste aan bij de wetgeving in omliggende landen, met name Frankrijk en Duitsland. Het gaat om een wettelijk vermoeden van overdracht door de maker aan de producent. Voor die overdracht is geen overeenkomst en ook geen akte nodig. Anders dan bij de varianten '*film copyright*' en '*cessio legis*' kunnen maker en producent een afwijkende afspraak maken waarmee het vermoeden van overdracht kan worden weerlegd. Ik verwijs naar de memorie van toelichting:¹⁹

'[...] Het ontwerp heeft het stelsel van de Franse en de Duitse wetgeving gekozen, het stelsel waarin het vermoeden geldt dat de auteurs hun

exploitatie-recht aan de producent hebben overgedragen. Juist bij een onderwerp als dit is enige uniformiteit van belang. Daarom is aansluiting gezocht bij al bestaande stelsels. Dat van de Franse en de Duitse wetgeving kwam het meest aanvaardbaar voor. Het geeft enerzijds de producent de nodige rechten en tast anderzijds de rechten van de auteurs niet te zeer aan. Met name de Franse wet, die een zeer uitgewerkte regeling bevat, heeft tot voorbeeld gestrekt.'

4.10 Art. 45d Aw bevat enkele aanvullingen op art. 14bis BC. De eerste zin verwijst naar 'het in artikel 45c bedoelde tijdstip'; exploitatie is pas mogelijk (en toegestaan) als de film vertoningsgereed is. De laatste zin voorziet in de verplichting van de producent om de maker een billijke vergoeding voor de exploitatie van het filmwerk te betalen.

4.11 Sinds 1 juli 2015 luidt art. 45d Aw als gevolg van de in 1.4 genoemde wetswijziging als volgt (mijn cursivering):

1. Tenzij de makers en de producent van een filmwerk schriftelijk anders zijn overeengekomen, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken, dit te verveelvoudigen in de zin van artikel 14, er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Het vorenstaande geldt niet ten aanzien van degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek heeft gemaakt en degene die de bij de muziek behorende tekst heeft gemaakt.

Ongeacht de wijze van overdracht is de producent aan de makers voor de overdracht van rechten en de exploitatie van het filmwerk een billijke vergoeding verschuldigd. Van het recht op een billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.

2. Onverminderd het in artikel 14 bepaalde is *een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek*, per draad of draadloos, met uitzondering van de beschikbaarstelling van het filmwerk op zodanige wijze dat het filmwerk voor de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk is, *aan de hoofdregisseur en de scenarioschrijver van het filmwerk die deze rechten aan de producent heeft overgedragen een proportionele billijke vergoeding verschuldigd*. Van het recht op een proportionele billijke vergoeding kan geen afstand worden gedaan.

3. *Het recht op de vergoeding bedoeld in het tweede lid wordt uitgeoefend door representatieve rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van hoofdregisseurs of scenarioschrijvers te behartigen door de uitoefening van dat recht. Artikel 26a, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing. [...].'*

¹⁹ Kamerstukken II 1980–1981, 16 740, nrs. 3–4, p. 9 en 10.

4.12 Het eerste lid voorziet in de overdracht van de exploitatierechten aan de producent en handhaaft het recht van de maker op een billijke vergoeding van de producent. Deze billijke vergoeding kan de vorm aannemen van een honorarium. Het tweede lid van art. 45d Aw kent daarnaast aan twee categorieën makers, de scenarioschrijver en de hoofdregisseur, jegens *distributeurs* een recht op een proportionele billijke vergoeding toe voor de exploitatie in Nederland. Het recht op een billijke vergoeding wordt uitgeoefend door cbo's. Voor de scenarioschrijvers is dat Lira.

4.13 Deze regeling is evenwichtig. De kabeldoorgiftevergoeding die in *Norma/NLKabel* was geneuveld (zie hierna), is weer terug. Maar om daarop aanspraak te maken moet de auteur zijn exploitatierechten aan de producent hebben overgedragen (lid 2). Verder heeft de cbo weer een eigen rechtspositie en een vorderingsrecht voor de proportionele billijke vergoeding (lid 3).

Unierecht

4.14 De wetgeving van de Europese Unie bevat niet een regeling inzake de overdracht van rechten door makers van een filmwerk aan de producent die op deze zaak van toepassing is.²⁰ Toch wordt dit geschil mede beheerst door het Unierecht, namelijk de SatKabRichtlijn²¹ en de AuteursrechtRichtlijn.²²

4.15 Art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn bepaalt dat het uitsluitend recht op kabeldoorgifte alleen door cbo's kan worden uitgeoefend:

'Uitoefening van het recht op doorgifte via de kabel

1. De lidstaten dragen er zorg voor dat het recht van auteursrechthebbers en houders van naburige rechten om aan kabelmaatschappijen doorgifte via de kabel van een omroepuitzending toe te staan of te verbieden, uitsluitend door maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging kan worden uitgeoefend.

2. Indien een rechthebber het beheer van zijn rechten niet aan een maatschappij voor collectieve belangenbehartiging heeft opgedragen, wordt de maatschappij die rechten van dezelfde categorie beheert, geacht met het beheer van zijn rechten te zijn belast.'

20 Een overdracht aan de producent is wél voorzien voor het verhuurrecht van uitvoerend kunstenaars. Art. 3 lid 4 van Richtlijn 2006/115/EG betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (*Pb.* 2006, L 376/28) bepaalt namelijk dat wanneer uitvoerende kunstenaars een contract voor de productie van een film hebben gesloten met de producent van deze film, de in het contract genoemde kunstenaars geacht worden, behoudens andersluidend beding, hun verhuurrecht te hebben overgedragen aan de producent.

21 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (*Pb.* 1993, L 248/15).

22 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*Pb.* 2001, L 167/10).

Uit het tweede lid volgt dat een cbo ook rechthebbers die zich niet bij haar hebben aangesloten, rechtsgeldig kan vertegenwoordigen. Op die manier wordt bereikt dat de cbo een 100 % dekkende licentie kon geven.

4.16 Twee arresten van het HvJEU hebben betrekking op de overdracht van openbaarmakingsrechten van filmmaker aan filmproducent.

4.17 Het eerste arrest, in de zaak *Uradex*,²³ gaat over de vraag of Uradex, een Belgische cbo, toestemming kon geven voor de exploitatie van werken, waaronder de doorgifte per kabel, of dat haar rol beperkt was tot financiële aspecten, zoals het innen van vergoedingen. Die vraag zag op de situatie genoemd in art. 9 lid 2 van de SatKabRichtlijn. Het HvJEU koos voor de eerste, ruime, interpretatie van die bepaling. In hetzelfde arrest werd echter, enigszins terloops, de volgende verduidelijking gegeven:

'24 In de context van het hoofdgeding moet hieraan echter worden toegevoegd dat de [SatKabRichtlijn] [...] zich niet verzet tegen een overdracht van het recht op doorgifte. Deze overdracht kan zowel op basis van een overeenkomst als op basis van een wettelijk vermoeden plaatsvinden. Derhalve staat de richtlijn niet eraan in de weg dat een auteur, uitvoerend kunstenaar of producent krachtens een nationale bepaling [...] zijn hoedanigheid van 'rechthebber' [...] verliest, met als gevolg dat elke rechtsverhouding die op grond van deze bepaling tussen hem en de maatschappij voor collectieve belangenbehartiging bestaat, wordt verbroken.'²⁴

4.18 Het tweede arrest, in de zaak *Luksan*,²⁵ ging onder meer over de rechtsverhouding tussen de hoofdregisseur en de producent van een filmwerk, meer precies de reikwijdte van de overdracht van rechten aan de producent.²⁶ Volgens de hoofdregisseur had deze aan derden toestemming gegeven voor bepaalde exploitatiewijzen die niet tussen hen beiden waren overeengekomen. In die zaak kwam betekenis toe aan art. 2 lid 1 van Richtlijn 2006/116, dat luidt:²⁷ 'De hoofdregisseur van een cinematogra-

23 HvJEU 1 juni 2006, C-169/05, ECLI:EU:C:2006:365 (*Uradex/RTD en Brutele*). Uradex is, net als Norma in Nederland, een cbo voor het beheer van de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars. RTD is een brancheorganisatie van kabelbedrijven waar Brutele lid van is.

24 De nationale bepaling in kwestie, art. 36, eerste alinea, van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (*Belgisch Staatsblad* van 27 juli 1994, blz. 19297) vormt, net als art. 45d Aw, de omzetting van art. 14bis BC.

25 HvJEU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (*Luksan/Van der Let*), NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2012/51, m.nt. J.M.B. Seignette. Zie ook J.J.C. Kabel, 'De betekenis van het arrest *Luksan/Van der Let* voor het Nederlandse auteursrecht: Commentaar bij Hof van Justitie EU 9 februari 2012, C-277/01', AMI 2012/5, p. 195 e.v.

26 Het slot van het arrest gaat over een billijke thuishoekvergoeding. Dat deel van het arrest is voor deze zaak zonder belang.

27 Richtlijn 2006/116/EG betreffende de beschermingstermijn van auteursrechten en van bepaalde naburige rechten (*Pb.* L 372/12). Deze richtlijn vormt een codificatie van Richtlijn 93/98/EG, destijds aangeduid als de 'duurrichtlijn'.

fisch of audiovisueel werk wordt als auteur of een van de auteurs beschouwd. [...]

4.19 Op grond van de toepasselijke (Oostenrijkse) wetgeving waren de exploitatierechten van de regisseur op grond van *cessio legis* rechtstreeks overgedragen aan de producent. Het HvJEU bepaalde dat het rechtstreeks toekennen van de exploitatierechten aan een ander dan de feitelijke makers (de stelsels *film copyright* en *'cessio legis'*) niet langer is toegestaan in de lidstaten van de EU, omdat die rechten aan de auteur op grond van het Unierecht zijn toegerekend:

'64. Door te bepalen dat de hoofdregisseur van een cinematografisch werk als de auteur of één van de auteurs hiervan wordt beschouwd, heeft de Uniewetgever echter de bevoegdheden van de Unie op het gebied van intellectuele eigendom uitgeoefend. De lidstaten zijn bijgevolg niet meer bevoegd om bepalingen vast te stellen die afbreuk doen aan deze Unieregeling. Derhalve kunnen zij geen gebruik meer maken van de bij artikel 14 bis van de Berner Conventie verleende bevoegdheid.'

4.20 Vervolgens toetste het HvJEU de Oostenrijkse wetgeving aan de Auteursrechtlijn. Het oordeelde dat directe toekenning van de rechten van de hoofdregisseur aan de producent in strijd komt met het in die richtlijn omschreven doel van het auteursrecht: het waarborgen van een hoog beschermingsniveau voor auteurs. Het auteursrecht is bovendien op grond van art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: *Handvest*)²⁸ als eigendom beschermd en kan als zodanig alleen worden ontnomen in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed.²⁹

4.21 Na aldus te hebben vastgesteld dat de *cessio legis* niet verenigbaar is met het Unierecht, oordeelde het HvJEU dat een wettelijk vermoeden van overdracht van rechten wél verenigbaar is met het Unierecht, mits dit vermoeden weerlegbaar is:

'81. [...] dit mechanisme van het vermoeden van overdracht [is] vastgesteld in overeenstemming met het in punt 78 van het onderhavige arrest genoemde vereiste evenwicht om te waarborgen dat de filmproducent het verhuurrecht van het cinematografische werk verkrijgt, waarbij de hoofdregisseur evenwel vrij over de rechten kan beschikken die hij in zijn hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen.'

Het HvJEU concludeerde daaromtrent:

'87 [...] dat het Unierecht aldus moet 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 Tegengestelde opvattingen

4.22 Met betrekking tot de overdracht van rechten staan twee rechtsopvattingen tegenover elkaar. Volgens de eerste opvatting, die prominent is verdedigd door A-G Verkade in *Norma/NLKabel*, kan een filmmaker niet bij voorbaat zijn exploitatierechten overdragen aan een cbo omdat het wettelijk vermoeden van overdracht aan de producent (art. 45d Aw) prevaleert. Aanhangers van deze lijn beroepen zich onder meer op punt 24 van het arrest *Uradex* (zie 4.17). Het hof heeft in zijn tussenarrest deze opvatting gevolgd en daar in zijn eindarrest aan vastgehouden. Daar tegenover staat de opvatting dat de filmmaker wél de exploitatierechten bij voorbaat kan overdragen aan een cbo en dat die overdracht in de weg staat aan een latere overdracht aan de producent, althans tot het moment waarop de film vertoningsgereed is. Aanhangers van deze lijn beroepen zich onder meer op het arrest *Luksan* (zie 4.18 e.v.) Zoals we zagen heeft de rechtbank zich aangesloten bij deze tweede, door Lira verdedigde opvatting.

4.23 De eerste opvatting wordt aangehangen door onder meer de volgende schrijvers: Ancery.³⁰

'Ik zou menen dat bij een keuze tussen deze opties vooral de gedachte achter het auteurscontractenrecht voor ogen gehouden moet worden. Het exploiteren van een filmwerk moet zo eenvoudig mogelijk worden gemaakt en dat kan als de exploitatierechten zich zo veel mogelijk in één hand concentreren. De door de rechtbank [in de onderhavige zaak] gevolgde koers leidt ertoe dat de producent alsnog met allemaal verschillende cbo's moet gaan onderhandelen om de exploitatierechten voor de film te verkrijgen. Een perspectief dat weinig wenkend is, omdat het de exploitatie van filmwerken kan bemoeilijken en daarmee een onwenselijk effect zou kunnen hebben op de financiering van de Nederlandse film. [...]

Het (nog) niet mogen vertonen van de film wil echter niet zeggen dat de rechten niet al bij de producent zouden berusten. Art. 45d Aw verzet zich daar (taalkundig) ook niet tegen. [...] Een individuele maker is ook na het inbrengen van de overdracht ex. art. 45d Aw auteursrechthebber, zij het dat het gaat om een auteursrecht waaruit het exploitatie-element is weggenomen. Dat komt exclusief aan de producent toe.'

²⁸ Art. 17 lid 1 is gebaseerd op art. 1 Eerste protocol bij het EVRM. Lid 2 benoemt specifiek intellectuele eigendom.

²⁹ Arrest *Luksan*, punten 65–70.

³⁰ A.G.F. Ancery, 'Het filmcontractenrecht belicht. De overdracht bij voorbaat en art. 45d Aw', *MvV* 2015/4, p. 106–113, op p. 112–113.

Schuijling:³¹

'Ik meen dat het recht van de producent ex [...] art. 45d Aw prevaleert. Zowel de wetttekst als de strekking van de regeling pleiten voor deze opvatting. In de eerste plaats wijst de tekst van het wetsartikel erop dat de producent de exploitatierechten alleen dan niet verkrijgt, indien hij afwijkende afspraken maakt met de makers en acteurs. Een 'afwijkend beding' waar de producent geen partij bij is, zoals een afspraak tussen de makers of acteurs en een collectieve beheersorganisatie, volstaat niet om van het vermoeden af te wijken. Dat de maker of acteur niet de wil heeft om de rechten aan de producent te laten toekomen, is in zoverre niet relevant. In de tweede plaats strookt de prioriteit van het wettelijk vermoeden van overdracht ook met de strekking van de regeling. Het vermoeden beoogt de producent immers een redelijke mate van zekerheid te verschaffen omtrent het exploitatierecht van het filmwerk ter bevordering van de financiering van de productie. [...] Met het stelsel van art. 45d Aw heeft de wetgever enerzijds de producent de nodige rechten willen geven zonder anderzijds de rechten van de auteurs te zeer aan te tasten.'

Ook Wigman³² geeft prioriteit aan de wettelijke overdracht boven de contractuele overdracht bij voorbaat, geleet op tekst en ratio van art. 45d Aw.

4.24 Dan de *andere opvatting*. In zijn conclusie in *Norma/NLKabel* heeft A-G Verkade de door hem voorgestane uitleg geplaatst naast het advies van de Commissie Auteursrecht over onderdelen van het wetsvoorstel auteursrechtcontracten.³³ Lira beroept zich uitdrukkelijk op dat advies.³⁴

4.25 De Commissie Auteursrecht is een vaste adviescommissie van het Ministerie van Justitie (thans: Justitie en Veiligheid), die adviseert over vragen die genoemd departement haar voorlegt. In het betrokken advies ging het om de vraag of er een noodzaak bestond over te gaan naar het *cessio legis*-stelsel (het arrest *Luksan* zou een jaar later worden gewezen). Met het betrokken advies is niet beoogd een antwoord te geven op de vraag hoe een contractuele overdracht van rechten aan een cbo zich verhoudt tot de wettelijke overdracht van exploitatierechten aan de filmproducent. Naar het oordeel van de Commissie Auteursrecht ontbrak de noodzaak de *cessio legis* in te voeren omdat de pro-

ducent zich in de praktijk uitstekend weet te red- den:

'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.'

4.26 In de aansluitende passage van het advies, waar Lira zich in het bijzonder op beroept, wordt onderkend dat het '*kan voorkomen*' dat de exploitatierechten aan een cbo zijn overgedragen en daarom '*niet altijd bij de filmproducent terecht komen*' omdat het 'nemo plus'-beginsel van toepassing is. Ook bij deze passage komt het aan op de context, te weten dat er geen goede gronden zijn om het wettelijk vermoeden in te ruilen voor een dwingend-rechtelijke overdracht aan de producent dan wel een fictief makerschap.

4.27 De door Lira verdedigde opvatting wordt aangehangen door de volgende auteurs: Kabel:³⁵

'Als gezegd moet voor uitleg van artikel 45d Aw richtinggevend zijn overweging (10) van de Auteursrechtlijn: een hoog niveau van bescherming voor de maker van scheppend werk en een passende beloning voor zowel auteurs en uitvoerende kunstenaars voor het gebruik van hun werk als voor producenten om dat werk te kunnen financieren. Vervolgens staat vast dat artikel 45d Aw een uitzondering is op een fundamenteel beginsel, namelijk dat auteursrechten toekomen aan de maker en dat in ieder geval de belangrijkste makers, in de uitleg van het Hof van Justitie EU in *Luksan*, daarover de vrije beschikking moeten hebben. (...) Op grond van het uitzonderingskarakter van artikel 45d Aw, dient het vermoeden van overdracht restrictief te worden uitgelegd. (...) Een bijkomend argument voor die restrictieve uitleg kan zijn het minimale karakter van de verplichtingen uit de Berner Conventie. Inhoudelijk gezien moet die restrictieve uitleg op grond van overweging (10) van de Auteursrechtlijn leiden tot een situatie waarin de producent een passende beloning krijgt om het werk te kunnen financieren en de maker voor het gebruik dat van zijn werk wordt gemaakt. Een (niet: hét) middel tot verkrijging van die passende beloning wijst de Berner Conventie aan: de verplichting voor de makers zich

31 B.A. Schuijling, *Levering en verpanding* (O&R nr. 90) 2016/6.3.5.

32 R. Wigman, 'Het wettelijk vermoeden van overdracht en de overdracht bij voorbaat', *IEF* 10503.

33 Conclusie A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:1093 onder 6.7.7 (slot). Het gaat om: Commissie Auteursrecht, Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010, 16 februari 2011, p. 7–8.

34 Zie 4.1.20 e.v. van de schriftelijke toelichting van Lira. Voor de duidelijkheid wijs ik erop dat ik op dat moment lid was van deze adviescommissie. Wat ik hier over dit advies opmerk is uitsluitend gebaseerd op een lezing van het door Lira geciteerde gedeelte van het advies.

35 J.J.C. Kabel, 'Voorbaat of vermoeden? De rol van artikel 45d Auteurswet. Kanttekeningen bij het arrest *NORMA/NLKabel*', *AMI* 2014/3, p. 73–77. Zie ook de schriftelijke toelichting van Lira onder 4.1.35.

niet te verzetten tegen vertoning en reproductie van het filmwerk, indien niet anders overeengekomen. Die verplichting behoort in het systeem van de BC tot de verbintenis tussen maker en producent, hoewel dat er niet uitdrukkelijk staat.'

Donker:³⁶

'De uitleg van Verkade leidt hiermee mijns inziens de facto tot een, in beginsel verboden, onteigening van door het Handvest van de Grondrechten beschermde intellectuele eigendomsrechten van deze filmmakers. Artikel 17 van het Handvest bepaalt daarbij bovendien dat, voor zover een onteigening op grond van het algemeen belang al vereist zou zijn, dit niet is toegestaan, zonder dat deze ontneming tijdig op billijke wijze vergoed wordt. Van een (billijke) vergoeding voor deze ontneming is, zoals hierboven uiteengezet, momenteel echter in het geheel geen sprake.'

4.28 Er is duidelijk een spanningsveld tussen enerzijds de doelstelling de exploitatie van een filmwerk tot eenvoudig mogelijk te maken en de producent in staat te stellen zijn investeringen terug te verdienen en anderzijds de doelstelling een zo hoog mogelijk beschermingsniveau voor makers te waarborgen. Sinds het arrest *Luksan* is duidelijk dat de bescherming van de maker niet door een Unierechtelijke ondergrens mag zakken. Waar die ondergrens precies ligt, is moeilijk in zijn algemeenheid aan te geven (zie ook hierna, bij de bespreking van subonderdeel 1.5).

4 Bestreden overwegingen

4.29 In het tussenarrest heeft het hof het volgende overwogen:

'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. 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 *Uradox*, 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.

[...]

3.10 [...] 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 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.'

³⁶ J. Donker, 'Wetgever let op: vergoedingsaanspraken filmmakers dreigen lege dop te blijven', *IEF* 13126.

4.30 Het hof citeert vervolgens uitvoerig de conclusie van A-G Verkade in *Norma/NLKabel*, waarin wél is ingegaan op de vraag wat de status is van een eerdere overdracht bij voorbaat.³⁷ De kern staat in de volgende passage:

'6.7.7 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.'

Het hof sluit zich hierbij aan waar het verderop in rov. 3.10 overweegt:

'Het hof onderschrijft deze analyse, meer in het bijzonder die in 6.7.7 van het citaat. Waar art. 45d Aw een materiële 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 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 ontnemen, zodat bedoelde grieven in zoverre slagen en het vonnis in dit opzicht niet in stand kan blijven.'

4.31 In rov. 2.3 van het eindarrest overweegt het hof te blijven bij de beslissingen die zijn neergelegd

in het tussenarrest, in het bijzonder voor zover het de overwegingen betreft aangaande de rechten die Lira meent aan haar aansluitcontracten te kunnen ontnemen in het kader van art. 45d Aw.

5 Samenvatting van de klachten

4.32 Het onderdeel, dat is opgebouwd uit acht subonderdelen, is gericht tegen de wetsuitleg die het hof aan art. 45d Aw heeft gegeven. Lira voert, samengevat, de volgende klachten aan:

- Het hof heeft ten onrechte geoordeeld dat art. 45d Aw meebrengt dat de exploitatierechten (behoudens een andersluidende schriftelijke afspraak tussen makers en producent) 'van meet af aan' bij de producent zijn komen te liggen. Het hof heeft miskend dat de rechten van auteurs pas naar het vermogen van de producent overgaan op het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip van vertoningsgereedheid en in het geheel niet op de producent kunnen overgaan als zij door de maker aan een ander zijn overgedragen (*subonderdeel 1.1*);³⁸

- Het voorgaande geldt in ieder geval indien de betrokken derde aan wie de rechten zijn overgedragen een cbo is (*subonderdeel 1.2*);³⁹

- Voor zover deze rechtsopvatting niet juist is, heeft het hof miskend dat art. 45d Aw een vangnet is. Als de rechten voorwerp zijn van een overeenkomst met zowel de producent als met een derde (althans een cbo), dan moet de vraag aan wie de rechten toekomen, respectievelijk wie welke bevoegdheden toekomen worden beantwoord aan de hand van wat tussen partijen is overeengekomen en wat verder ten aanzien van hun rechtsverhouding voortvloeit uit de gewone regels van het vermogensrecht (*subonderdeel 1.3*);⁴⁰

- Het hof heeft miskend dat art. 45d Aw beperkt moet worden uitgelegd, in die zin dat de producent niet ingevolge deze bepaling wordt geacht auteursrechten in verband met filmwerken te hebben verkregen, voor zover het gaat om rechten die ingevolge de wet (bijvoorbeeld ingevolge art. 26a Aw) of feitelijk collectief worden beheerd, althans dat dit

³⁸ Lira verwijst voor haar stellingen in feitelijke aanleg naar de inleidende dagvaarding onder 84–93, de conclusie van antwoord in het incident onder 5–7, haar spreekantekeningen in eerste aanleg onder 36–79, de memorie van antwoord in principaal appel onder 22–144 en de spreekantekeningen van 25 april 2016 onder 25–30 en 32. Verder verwijst zij naar haar stellingen omtrent art. 14bis BC in de spreekantekeningen van 15 april 2014 onder 22–35, de memorie van antwoord in principaal appel onder 107–111 en 133–138 en de spreekantekeningen van 25 april 2016 onder 34–36 en van 16 oktober 2017 onder 25.

³⁹ Lira verwijst voor haar stellingen in feitelijke aanleg naar de conclusie van antwoord in incident onder 20–26, haar spreekantekeningen van 15 april 2014 onder 66 en van 16 oktober 2017 onder 16–20.

⁴⁰ Lira verwijst naar de memorie van antwoord in principaal appel onder 63–67, waar wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis van wetsvoorstel 16740, dat heeft geleid tot de Wet van 30 mei 1985 tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie (*Stb.* 1985/307). Voorts verwijst zij naar de spreekantekeningen van 25 april 2016 onder 20–21 en de spreekantekeningen van 16 oktober 2017 onder 10–12 en 42.

³⁷ ECLI:NL:PHR:2013:1093.

geldt voor rechten die vóór het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip contractueel aan een cbo zijn overgedragen. Deze rechten zijn, althans tot aan genoemde tijdstip, van overdracht aan de producent uitgezonderd (*subonderdeel 1.4*);⁴¹

- Het hof heeft in rov. 3.7 en 3.10 van het tussenarrest miskend dat een systeem waarin de auteur, om te kunnen beschikken over zijn auteursrechten, geheel afhankelijk is van de instemming van de producent met een afwijkend beding, in strijd is met het Unierecht, nu een dergelijk systeem gelijk (te stellen) is aan een in het arrest *Luksan* ontoelaatbaar geoordeeld systeem waarin de exploitatierechten van rechtswege en uitsluitend aan de producent worden toegekend en aan de maker worden ontnomen (*subonderdeel 1.5*);⁴²

- Het hof heeft miskend dat het systeem van art. 45d Aw slechts dan in overeenstemming is met het Unierecht als de auteurs voor de overdracht een billijke vergoeding of passende beloning ontvangen en had moeten oordelen dat het onderhavige geval (een Unierechtconforme uitleg van) art. 45d Aw meebrengt dat de rechten niet bij de producenten zijn komen te rusten, nu daarvoor geen billijke vergoeding is ontvangen (*subonderdeel 1.6*);⁴³

- Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande klachten treft ook rov. 2.18.2 en 2.20 van het eindarrest (*subonderdeel 1.7*);

- Gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande klachten treft ook rov. 3.6 en 3.10 van het tussenarrest en rov. 2.2 en 2.9 van het eindarrest (*subonderdeel 1.8*).

6 Afbakening en belang

4.33 Ik begin de bespreking van het onderdeel met een enkele opmerking over de afbakening en het belang van het onderhavige geschil.

4.34 Het geschil ziet alleen op het openbaarmakingsrecht. De andere verbodsrechten die op grond van art. 45d Aw (oud) onder het wettelijk vermoeden van overdracht vallen (verveelvoudigen, ondertitels aanbrengen en nasynchroniseren) zijn niet aan de orde.

4.35 Anders dan Norma in het geschil tegen NL-Kabel stelt Lira zich in dit geschil niet op het stand-

punt dat art. 45d Aw (oud) slechts een (bewijs-)vermoeden zou behelzen.⁴⁴ Zij onderkent dat het artikel een verdergaande strekking heeft.

4.36 Art. 45d Aw (oud) is van toepassing op het grootste deel van de vorderingen. Het belang van het geschil voor de periode na 1 juli 2015 is beperkt.

7 Bespreking van de klachten

4.37 *Subonderdeel 1.1* betoogt dat het hof heeft miskend dat de exploitatierechten van auteurs pas naar het vermogen van de producent overgaan op het tijdstip van vertoningsgereedheid en niet op hem (kunnen) overgaan als zij voordien aan een derde zijn overgedragen. De door het hof aan art. 45d Aw (oud) gegeven uitleg legt de nadruk op de gedachte dat de exploitatie van een filmwerk zo eenvoudig mogelijk moet worden gemaakt. Gezien de doelstelling van art. 14bis BC is dat terecht. De concentratie van de exploitatierechten bij de producent draagt daaraan bij. Wel moet er een toereikend beschermingsniveau voor de maker blijven bestaan (zie *subonderdelen 1.5 en 1.6*).

4.38 De tekst van art. 45d Aw (oud) geeft geen aanleiding om aan te nemen dat de rechten van auteurs pas naar het vermogen van de producent overgaan op het tijdstip van vertoningsgereedheid in de zin van art. 45c Aw. De tekst luidt: *'Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn, worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk openbaar te maken'*. Er staat niet: *'Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn, worden de makers geacht vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip aan de producent het recht overgedragen te hebben om het filmwerk openbaar te maken'*. Zoals de Ziggo c.s. stellen, ziet de tijdsbepaling in art. 45d Aw (oud) enkel op de *inhoud* van het recht dat wordt geacht te zijn overgedragen en niet op het *moment* van overdracht.⁴⁵ Dat geldt overigens ook voor het huidige art. 45d lid 1 Aw. Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen tussen de maker en de filmproducent, heeft de producent 'van meet af aan' (namelijk: zodra het werk is voltooid) het recht om de film openbaar te maken, welk recht hij echter pas kan uitoefenen als de film vertoningsgereed is.⁴⁶ De door het hof gegeven interpretatie is rehtens niet onjuist.

41 Lira verwijst voor haar stellingen in feitelijke aanleg naar de spreekkaantekeningen van 15 april 2014 onder 64–65, 67–68 en 109, de memorie van antwoord in principaal appel onder 51–57 en 112–119 en de spreekkaantekeningen van 16 oktober 2017 onder 16 en 32–34.

42 Lira verwijst voor haar stellingen in feitelijke aanleg naar de spreekkaantekeningen van 15 april 2014 onder 51–56, de memorie van antwoord in principaal appel onder 89, 96–106 en 120–125 en de spreekkaantekeningen van 16 oktober 2017 onder 24–31 en 34.

43 Lira verwijst voor haar stellingen in feitelijke aanleg naar de inleidende dagvaarding onder 15–60, de spreekkaantekeningen van 15 april 2014 onder 54–56, 63–64 en 73, het procesverbaal van 15 april 2014, de memorie van antwoord in principaal appel on 13–26, 30–32, 44–50, 173–177, de spreekkaantekeningen van 25 april 2016 onder 8–10, 22–24 en 31, haar productie 61, met verklaringen van scenarioschrijvers, en haar spreekkaantekeningen van 16 oktober 2017 onder 17, 20–23, 28, 35 en 52–60.

44 Vgl. haar schriftelijke toelichting onder 4.1.1.4. Zie ook PG BW, Boek 3, p. 444 (MvT): *'Het ontwerp gebruikt voor het geval van een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden de term 'wordt vermoed'; in geval van een niet voor tegenbewijs vatbaar vermoeden wordt de term 'wordt geacht' bezigt.'*

45 Vgl. de schriftelijke toelichting van Ziggo c.s. onder 39.

46 Zie *Kamerstukken II* 1982–1983, 16 740, nr. 7, p. 18, *Kamerstukken I* 1983–1984, 16 740, nr. 12, p. 9–10 en *Kamerstukken I* 1984–1985, 16 739 en 16 740, nr. 122a, p. 2 in de schriftelijke toelichting van de kabelexploitanten c.s. onder 40–42, waarover ook Ancery, 'Het filmcontractenrecht belicht. De overdracht bij voorbaat en art. 45d Aw', *MvV* 2015/4, p. 106–113 (op p. 112). Anders J.J.C. Kabel, 'Voorbaat of vermoeden? De rol van artikel 45d Auteurswet. Kanttekeningen bij het arrest NORMA/NL-Kabel', *AMI* 2014/3, p. 73–77. Uit de parlementaire geschiedenis volgt niet iets anders.

4.39 Er is geen aanleiding over het voorgaande anders te oordelen indien de betrokken derde aan wie de maker zijn rechten heeft overgedragen een cbo is, zoals *subonderdeel 1.2* betoegt. Ook als wordt aangenomen dat niet iedere 'overdracht bij voorbaat' aan een cbo onmogelijk is, blijft staan dat het recht een werk openbaar te maken wordt vermoed aan de producent te zijn overgedragen zodra het is ontstaan. Een wat hybride rechtsfiguur op grond waarvan overdracht bij voorbaat mogelijk is maar niet in de weg staat aan latere overdracht van exploitatierechten aan de producent, zoals de Duitse *Urheberrechtsgesetz* die kent,⁴⁷ bestaat in Nederland niet. Als een overdracht bij voorbaat in de weg zou staan aan de overdracht van exploitatierechten aan de producent, zoals Lira betoegt, dan zou de producent alsnog met verschillende cbo's (of andere derden) moeten onderhandelen om de exploitatierechten te verkrijgen. Het wettelijk vermoeden van overdracht zou dan worden doorkruist.⁴⁸

4.40 Ik ben kom daarmee bij *subonderdeel 1.3*. Art. 45d Aw (oud) geldt niet voor zover maker en producent afwijkende afspraken hebben gemaakt. Alleen een overeenkomst die ertoe strekt dat (een deel van) de exploitatierechten niet bij de producent zijn komen te liggen, staat (in zoverre) aan toepassing van het wettelijk vermoeden in de weg.⁴⁹ Uiteraard dient elke overeenkomst tussen producent en maker volgens de gebruikelijke maatstaven te worden uitgelegd. Dat heeft het hof niet miskend.

4.41 Anders dan *subonderdeel 1.4* betoegt, maakt het wettelijk vermoeden van art. 45d Aw (oud) geen onderscheid tussen rechten die wel en rechten die niet collectief worden beheerd. Voor zover Lira wil betogen dat iets anders zou moeten gelden voor rechten die vóór het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip contractueel aan een cbo zijn overgedragen, berust haar betoeg op een uitleg van art. 45d Aw (oud) die ik bij de bespreking van *subonderdeel 1.1* als onjuist heb aangemerkt. De producent beschikt over de exploitatierechten, tenzij hij met de maker schriftelijk iets anders is overeengekomen.

4.42 Het betoeg van Lira in *subonderdeel 1.5*, dat het wettelijke vermoeden van overdracht op de voet van art. 45d Aw (oud) op hetzelfde neerkomt als een *cessio legis*-stelsel, volg ik niet. Anders dan de Oostenrijkse regeling in de zaak *Luksan*, heeft de maker hier de mogelijkheid andersluidende afspraken met de producent te maken. Toch snijdt Lira hier een belangrijk punt aan, dat raakt aan wat ik in 4.28 de 'Unierechtelijke ondergrens' heb genoemd. De 'ten-

zij-bepaling' aan het begin van art. 45d Aw ('*Tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn*') maakt duidelijk dat de maker die een afwijkende afspraak wil maken daartoe de producent mee moet zien te krijgen. Het wettelijk vermoeden van overdracht is namelijk pas weerlegd als partijen schriftelijk anders zijn overeengekomen. Het maken van een eenzijdig voorbehoud door de auteur volstaat daartoe dus niet. In dat verband viel mij op dat Ziggo c.s. in hun stukken enkele malen spreken van een voorbehoud van de maker: '*behoudens voorbehoud van de maker jegens de producent*' en '*De maker heeft de mogelijkheid om te bedingen dat de rechten niet bij de producent komen te liggen*'.⁵⁰ Ik kan moeilijk inschatten of Ziggo c.s. daarmee de suggestie willen wekken dat de maker eenzijdig de overdracht kan tegenhouden. Dat lijkt mij niet het geval te zijn. Sterker: het lijkt aannemelijk dat de gemiddelde maker geen daadwerkelijke keuze heeft af te wijken.

4.43 Betekent dat laatste nu dat de maker niet 'vrij over de rechten kan beschikken die hij in de hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen'? (zie arrest *Luksan*, punt 87, geciteerd in 4.21). Alles afwegende meen ik van niet: de regeling van art. 45d Aw (oud) zakt niet door de Unierechtelijke ondergrens. Ten eerste kan de auteur iets anders overeenkomen met de producent. Dat het in de praktijk vaak moeilijk zal zijn voor makers om de producent daarin mee te krijgen, laat onverlet dat de regeling die mogelijkheid biedt. De Unierechtelijke toetsing dient plaats te vinden op het niveau van de regeling. Wat deze zaak betreft wijs ik er overigens op dat het hof heeft vastgesteld dat ten minste in enkele gevallen een Lira-beding is overeengekomen (zie hiervoor, 3.14). Het was dus kennelijk niet onmogelijk afwijkende afspraken te maken waarmee het wettelijk vermoeden wordt weerlegd. Ten tweede staat tegenover de overdracht een billijke vergoeding. Het is altijd lastig vast te stellen wanneer een vergoeding 'billijk' of juist 'niet billijk' is. Ook als die vergoeding weinig voorstelt (zie hierna, 4.86), betekent dat niet art. 45d Aw niet gerechtvaardigd zou zijn. Als in een concreet geval sprake is van onbetamelijk optreden van de producent jegens de maker, biedt het algemene vermogensrecht de maker middelen om daar tegen op te treden.

4.44 Ik kom daarmee toe aan *subonderdeel 1.6*. Voor zover Lira opkomt tegen rov. 3.11 van het tussenaarrest, waarin het hof overwegingen wijdt aan de billijkheid van de eerder verstrekte vergoeding, ziet zij eraan voorbij dat het hier een overweging ten overvloede betreft, zoals het hof heeft verduidelijkt in rov. 2.2 van het eindarrest. Lira kan niet worden gevolgd waar zij stelt dat het ontbreken van een billijke vergoeding meebrengt dat de exploitatierechten niet op de voet van art. 45d Aw (oud) bij de producent zijn komen te rusten. Genoemd artikel schrijft voor dat de producent een billijke vergoe-

⁴⁷ Zie § 89 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz: '*Hat der Urheber des Filmwerkes das in Absatz 1 bezeichnete Nutzungsrecht im voraus einem Dritten eingeräumt, so behält er gleichwohl stets die Befugnis, dieses Recht beschränkt oder unbeschränkt dem Filmhersteller einzuräumen.*'

⁴⁸ Vgl. D.J.G. Visser, 'Houdt het dan nooit op?', *IEF* 15848.

⁴⁹ Uit de parlementaire geschiedenis waarnaar Lira in haar schriftelijke toelichting onder 4.1.47 verwijst, volgt niet iets anders. Zie *Kamerstukken II* 1983–1984, 16740, nr. 12, p. 9–10, *Kamerstukken II* 1982–1983, 16740, nr. 7 (MvA), p. 15, *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 308, nr. 9, p. 3.

⁵⁰ Schriftelijke toelichting Ziggo c.s. onder 39 en 64.

ding moet betalen, maar de overdracht van de exploitatierechten is daar niet afhankelijk van gesteld. Als geen billijke vergoeding is betaald, is het aan de maker om alsnog (in rechte) *van de producent* een billijke vergoeding af te dwingen. Waar de vorderingen van Lira alleen betrekking hadden op de kabel-exploitanten – en niet zagen op de producenten – bestond er voor het hof ook geen aanleiding in het kader van de uitleg van art. 45d Aw (oud) nader in te gaan op de stellingen van partijen omtrent het al dan niet ontbreken van een billijke vergoeding van de producent. Het hof heeft niet feitelijk vastgesteld dat een billijke vergoeding *van de producent* ontbrak; wél dat de kabelexploitanten na 1 oktober 2012 niet meer hebben betaald voor de kabeldoorgifte.

8 Conclusie

4.45 Uit het voorgaande volgt dat het hof, door de 'lijn Verkade' te kiezen, niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. De klachten falen. De voortbouwkachten in *subonderdelen 1.7 en 1.8* delen dat lot. Op zichzelf is er wel enige twijfel mogelijk of het mechanisme van art. 45d Aw (oud) dat slechts met instemming van de producent kan worden afgeweken van het wettelijk vermoeden van overdracht van exploitatierechten aan diezelfde producent, de toets van het arrest *Luksan* doorstaat (zie de bespreking van *subonderdeel 1.5*). Aanleiding om uw Raad te adviseren hierover een prejudiciële vraag aan het HvJEU te stellen zie ik niet, om de redenen die ik zo-even heb genoemd in 4.43. Deze kwestie zou echter meegenomen kunnen worden in het geval dat uw Raad beslist om naar aanleiding van onderdeel 2 prejudiciële vragen te stellen.

B Onderdeel 2: secundaire openbaarmaking (art. 26a Aw)

1 Inleiding

4.46 Onderdeel 2 heeft betrekking op de uitleg van art. 26a Aw. Daarin is bepaald dat het recht om toestemming te verlenen voor, kort gezegd, kabeldoorgifte uitsluitend kan worden uitgeoefend door cbo's. In het arrest *Norma/NLKabel* heeft de Hoge Raad bepaald dat de doorgifte via de kabel technisch gezien niet langer een handeling is als bedoeld in art. 26a Aw. Het gevolg is geweest dat cbo's de kabeldoorgiftevergoeding niet langer konden invorderen.

2 Juridisch kader

Grondslag kabeldoorgiftevergoeding

4.47 In de *Amstelveense kabelarresten* uit 1981 en in 1984⁵¹ besliste de Hoge Raad dat gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte door een centrale antenne-inrichting (CAI) van uit de ether ontvangen

televisieprogrammasignalen een afzonderlijke, 'secundaire', openbaarmaking oplevert.⁵²

4.48 Sinds 1993 wordt de doorgifte via de kabel mede beheerd door de SatKabRichtlijn.⁵³ Deze richtlijn vormt als zodanig niet een bron van rechten voor auteurs; zij regelt enkel de wijze van uitoefening van openbaarmakingsrechten van auteurs, waaronder filmmakers. Bepaald werd dat de auteursrechten en naburige rechten collectief dienden te worden uitgeoefend door een cbo, zodat kabelmaatschappijen niet langer individueel toestemming hoefden te krijgen van alle individuele makers (zie hiervoor, 4.15). Met het invoeren van een *one stop shop* werd beoogd kabelmaatschappijen de zekerheid van 100% clearance van rechten te geven en daarmee belemmeringen voor het grensoverschrijdend dienstenverkeer weg te nemen. Collectief beheer draagt er tegelijkertijd toe bij dat alleen toestemming wordt verleend als daar een redelijke vergoeding voor de maker tegenover staat omdat de maker bij individuele uitoefening van zijn rechten doorgaans een zwakke onderhandelingspositie heeft. Voor zowel de gebruikers als de rechthebbenden werd collectief beheer aantrekkelijk geacht.

4.49 Art. 1 lid 3 van de SatKabRichtlijn verstaat onder 'doorgifte via de kabel':

'de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere lidstaat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.'

Volgens deze definitie is de kabeldoorgifte een tweede openbaarmaking van 'een eerste uitzending' uit een andere lidstaat. Als bijvoorbeeld de BBC programma's uitzond kon een Nederlandse kabel-exploitant het signaal oppikken en doorzenden via de kabel aan zijn (Nederlandse) abonnees. In een dergelijke (grensoverschrijdende) situatie ging het in technisch opzicht om twee afzonderlijke openbaarmakingen, zij het dat die gelijktijdig plaatsvonden.

4.50 Art. 8 ('Recht op doorgifte via de kabel') luidt:

'1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen uit andere lidstaten op hun grondgebied met inachtneming van de toepasselijke auteursrechten en naburige rechten geschiedt en op grond van individuele of collectieve contractuele regelingen tussen de auteursrechthebbenden, de houders van naburige rechten en de kabelmaatschappijen.'

51 HR 30 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG425, NJ 1982/435 m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach, AA 1982, p. 79, m.nt. H. Cohen Jehoram, en HR 25 mei 1984, NJ 1984/697, m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach, AA 1986, p. 628, m.nt. H. Cohen Jehoram.

52 Daarvoor was onder andere redengevend dat de CAI moest worden aangemerkt als een 'ander organisme' in de zin van art. 11bis lid 11 aanhef en sub 2 BC en het daarop gebaseerde art. 12 lid 4 (oud) Aw.

53 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satelliet-omroep en de doorgifte via de kabel (Pb. 1993, L 248/15).

4.51 Art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn bepaalt dat het uitsluitend recht op kabeldoorgifte in art. 1 lid 3 enkel door cbo's kan worden uitgeoefend (zie reeds 4.15).

4.52 In de considerans van de SatKabRichtlijn staat onder meer:

'(27) Overwegende dat de doorgifte via de kabel van programma's uit andere lidstaten een handeling is die aan auteursrechten en, in voorkomend geval, aan naburige rechten onderworpen is; dat de kabelmaatschappij bijgevolg voor elk onderdeel van het programma dat zij doorgeeft, de toestemming van alle rechthebbenden moet verkrijgen; dat deze toestemming volgens de onderhavige richtlijn op contractuele basis moet worden verleend, tenzij er in een tijdelijke uitzondering is voorzien voor reeds bestaande stelsels van wettelijke licenties;

(28) Overwegende dat, om te voorkomen dat aan het soepel functioneren van contractuele regelingen afbreuk wordt gedaan door het verzet van buitenstaanders die houder zijn van rechten op bepaalde programmaonderdelen, door het verplicht stellen van de inschakeling van maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging moet worden voorzien in een uitsluitend collectieve uitoefening van het toestemmingsrecht, voor zover zulks wegens de specificiteit van de doorgifte via de kabel noodzakelijk is; dat daarbij aan het toestemmingsrecht als zodanig niet mag worden geraakt en dat alleen de wijze van uitoefening van dat recht tot op zekere hoogte moet worden geregeld, zodat het recht om doorgifte via de kabel toe te staan, overdraagbaar blijft; dat deze richtlijn geen gevolgen heeft voor de uitoefening van morele rechten.'

4.53 Ter implementatie van art. 9 van de SatKabRichtlijn zijn de art. 26a-26c in de Auteurswet opgenomen. De reikwijdte van deze bepalingen is niet beperkt tot grensoverschrijdende situaties. De wetgever heeft ervoor gekozen dezelfde regeling toe te passen op de kabeldoorgifte van binnenlandse zenders. Die keuze lag voor de hand omdat er technisch gezien geen relevant verschil bestond tussen de doorgifte van binnenlandse omroepsignalen en de doorgifte van uitzendingen uit een andere EU-lidstaat. In beide gevallen vonden twee gelijktijdige openbaarmakingen plaats.

4.54 Art. 26a lid 1 Aw schrijft collectief beheer van auteursrechten voor:

'1. Het recht om toestemming te verlenen voor de gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008, kan uitsluitend worden uitgeoefend door rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van rechthebbenden door de uitoefening van het aan hen toegekende hiervoor bedoelde recht te behartigen.'

Deze bepaling kent aan de cbo's een wettelijk mandaat toe.

4.55 Met art. 26a lid 1 Aw (en art. 14a WNR) was een wettelijke grondslag gecreëerd voor de 'kabelovereenkomsten' tussen kabelexploitanten (vertegenwoordigd door hun brancheorganisatie) en een collectief van cbo's (zie 2.4). De kabelexploitanten (en andere distributeurs) betaalden een vergoeding voor de toestemming voor de doorgifte via de kabel van beschermde werken in programmasignalen. Dat heeft van 1985 tot 1 oktober 2012 gewerkt.

4.56 In die lange periode is er in technologisch opzicht veel veranderd, onder andere door de digitalisering. Op 11 december 2006 vond in Nederland de zogenoemde 'switch off' plaats. De switch-off betekende niet alleen het einde van een stukje folklore zoals de sprietantennes op de daken, maar ook dat aan kabeldoorgifte technisch gezien niet langer een openbaarmaking voorafging. De omroepen leverden namelijk de signalen voortaan rechtstreeks via de Media Gateway aan iedere distributeur aan, zonder dat die signalen daarbij nog toegankelijk waren voor het publiek. Alleen de distributeurs, waaronder de kabelexploitanten, maken de signalen toegankelijk.

De auteursrechtlijn

4.57 De Auteursrechtlijn uit 2001 is wél een bron van rechten voor makers. Art. 3 lid 1 van deze richtlijn bepaalt dat de nationale wetgeving moet voorzien in een geharmoniseerd 'recht van mededeling aan het publiek' in. Deze bepaling luidt:

'Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek.

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

Het openbaarmakingsrecht heeft daarmee een Unierechtelijke grondslag gekregen. Vóór de Auteursrechtlijn was het overgelaten aan het nationale recht wat onder 'mededeling aan het publiek' moet worden verstaan.⁵⁴

4.58 Art. 1 lid 2 van de Auteursrechtlijn regelt de verhouding tussen die richtlijn en bestaande specifieke richtlijnen:

'2. Behoudens de in artikel 11 bedoelde gevallen, doet deze richtlijn geen afbreuk aan en raakt zij op generlei wijze aan de bestaande bepalingen van de Gemeenschap betreffende:

(...)

⁵⁴ Zie HvJEG 3 februari 2000, C-293/98, NJ 2000/669, m.nt. Verkade (Egeda/House).

c) het auteursrecht en de naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel.’

Hieruit volgt enerzijds dat de SatKabRichtlijn onverkort van toepassing is naast de Auteursrechtlijn en anderzijds dat de Auteursrechtlijn van de SatKabRichtlijn kan aanvullen.⁵⁵

HR 28 maart 2014; Norma/NLKabel⁵⁶

4.59 De Hoge Raad heeft in het al meer genoemde arrest *Norma/NLKabel* geoordeeld dat de verspreiding van via de Media Gateway ontvangen signalen niet als een secundaire, maar als een primaire openbaarmaking dient te worden aangemerkt. Het gevolg daarvan was dat het doorgiferegime van art. 26a Aw e.v., met het daarbij horende collectieve rechtenbeheer, niet langer van toepassing was.

4.60 De Hoge Raad heeft in dat verband het volgende overwogen:

‘4.1.2 Op grond van art. 14a lid 1 WNR kan het recht van de uitvoerende kunstenaar om toestemming te verlenen voor het ongewijzigd of onverkort ‘heruitzenden’ van een uitvoering door middel van een omroepnetwerk, uitsluitend worden uitgeoefend door rechtspersonen (zoals Norma) die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van de rechthebbenden door de uitoefening van dit recht te behartigen. Art. 14a WNR strekt ter implementatie van art. 9 van de SatKabRichtlijn, met dien verstande dat de Nederlandse bepalingen niet slechts zien op de doorgifte van programma’s uit andere lidstaten, maar ook van toepassing zijn op de doorgifte van programma’s uit Nederland en derde landen. Art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgdragen dat het recht van houders van naburige rechten om aan kabelmaatschappijen ‘doorgifte via de kabel’ van een omroepuitzending toe te staan of te verbieden, uitsluitend door maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging kan worden uitgeoefend. Het begrip ‘heruitzenden’ in art. 14a WNR moet daarom worden uitgelegd overeenkomstig het begrip ‘doorgifte via de kabel’, bedoeld in de SatKabRichtlijn.

4.1.3 Onder ‘doorgifte via de kabel’ verstaat art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn ‘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 ont-

vangst door het publiek bestemd zijn.’ Deze formulering wijst erop dat ‘doorgifte via de kabel’ een eerdere openbaarmakingshandeling (‘eerste uitzending’) veronderstelt. Dit blijkt ook uit de Franse, Duitse en Engelse taalversies van de SatKabRichtlijn, waarin ‘eerste uitzending’ en ‘doorgifte’ zijn weergegeven als ‘*transmission initiale*’ en ‘*retransmission par câble*’, ‘*Erstsendung*’ en ‘*Kabelweiterverbreitung*’, respectievelijk ‘*initial transmission*’ en ‘*cable retransmission*’.

Een en ander strookt met de strekking van de SatKabRichtlijn, die blijkens de considerans daarvan (punt 28) beoogt de doorgifte via de kabel van een eerste uitzending uit een andere lidstaat mogelijk te maken, zonder dat daaraan afbreuk kan worden gedaan door individuele rechthebbenden.

Deze uitleg stemt voorts overeen met de punten 20 en 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn. Blijkens punt 20 bestaat samenhang tussen de Auteursrechtlijn en (onder andere) de SatKabRichtlijn. Daarom komt bij de uitleg van de begrippen ‘doorgifte via de kabel’ en ‘eerste uitzending’ ook gewicht toe aan de Engelse en Franse taalversies van deze considerans, alwaar in punt 23 wordt gesproken van ‘*transmission*’ en van ‘*retransmission*’. (...)

Het hof heeft daarom terecht geoordeeld dat aan ‘doorgifte via de kabel’ (en daarmee aan ‘heruitzenden’) een primaire openbaarmaking voorafgaat. (...)

‘Openbaarmaking’ en ‘mededeling aan het publiek’

(...)

4.2.3 Het hof heeft in rov. 4.3 vastgesteld dat de aanlevering door de omroepen van programmadrage signalen via de Mediagateway plaatsvindt door middel van een niet voor het algemene publiek toegankelijke één-op-één-verbinding tussen de omroepen en de kabelexploitanten, dat de aanlevering via de satelliet en kabelkoppstation in gecodeerde, voor het algemene publiek niet toegankelijke vorm plaatsvindt, en dat het ook bij aanlevering via glasvezelinternet om een rechtstreekse (één-op-één-)verbinding gaat. Het hof heeft daaruit geconcludeerd dat de programmadrage signalen die de omroepen aan de kabelexploitanten aanleveren, niet op zodanige wijze aan het algemene publiek ter beschikking zijn gesteld dat dit publiek toegang heeft tot de daarin vervatte programma’s, en dat het publiek die toegang pas kan krijgen na doorgifte van die signalen via de kabel. Deze vaststellingen zijn in cassatie op zichzelf niet bestreden. Door op grond van deze vaststellingen te oordelen dat de aanlevering van programmadrage signalen door de omroepen aan de kabelexploitanten niet als ‘mededeling aan het publiek’ valt aan te merken, heeft het hof (...) geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en heeft het zijn oordeel genoegzaam gemotiveerd.(...).’

⁵⁵ Art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn is niet apart omgezet in nationale wetgeving. In Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (recht en Praktijknr. IE2) 2019/4.28 staat het volgende: ‘In Nederland was daar geen wetswijziging voor nodig. Weliswaar vallen de verschillende exploitatievormen onder verschillende wetsbepalingen, voor zover de Auteurswet ze al met name noemt, maar uit het systeem van de wet en de jurisprudentie blijkt genoegzaam dat iedere immateriële openbaarmaking aan de auteur voorbehouden is.’

⁵⁶ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholz.

4.61 Het arrest is kritisch ontvangen, en zeker niet door de minste schrijvers.

4.62 Spoor meent dat de door de Hoge Raad gegeven uitleg tekort doet aan de strekking van de SatKabRichtlijn en de artikelen 26a Aw en 14a WNR (mijn cursivering):⁵⁷

'De vrij uitvoerige motivering die het arrest op dit punt geeft steunt voornamelijk op een grammaticale interpretatie: het woord heruitzenden impliceert dat het heruitgezondene al eerder is uitgezonden. De Engelse, Franse en Duitse taalversies bevestigen dat, constateert de Hoge Raad nadrukkelijk. Ja, nogal wiedes; de richtlijn zegt in alle talen hetzelfde, zoals het hoort. Vervolgens legt de Hoge Raad er nog een schepje bovenop door ook de Auteursrechtlijn in verschillende taalversies aan te halen, waar inderdaad andermaal hetzelfde staat. Maar in al zijn uitvoerigheid gaat het in wezen om niet meer dan één enkel argument: er staat heruitzenden, en taalkundig is daarvan pas sprake als een eerdere uitzending opnieuw wordt uitgezonden.

Het (als aanvullend gepresenteerde) argument dat de Hoge Raad daar vervolgens aan toevoegt werpt echter een ander licht op de zaak:

Een en ander strookt met de strekking van de SatKabRichtlijn, die blijkens de considerans daarvan (punt 28) beoogt de doorgifte via de kabel van een eerste uitzending uit een andere lidstaat mogelijk te maken, zonder dat daaraan afbreuk kan worden gedaan door individuele rechthebbenden.

De kwintessens van deze overweging 28 ligt evenwel niet, zoals de Hoge Raad kennelijk aanneemt, in de woorden (doorgifte van een) 'eerste uitzending', maar in het feit dat doorgifte mogelijk moet zijn 'zonder dat daaraan afbreuk kan worden gedaan door individuele rechthebbenden'. *De strekking van artikel 9 lid 1 SatKabRI is, dat de doorgifte van complete, kant en klare programma's, collectieve in plaats van individuele uitoefening van de daarbij betrokken auteurs- en nabuurrechten vereist. Voor die strekking is volstrekt niet van belang of die doorgifte na, naast, of in plaats van een uitzending door de omroep zelf geschiedt.*

De formulering 'doorgifte van een eerste uitzending', die de richtlijn bezigt, gaat eenvoudigweg uit van de situatie zoals die zich in de tijd dat de richtlijn tot stand kwam voordeed, zeker waar het de doorgifte van buitenlandse zenders betrof. Kennelijk hebben de opstellers van de richtlijn er geen rekening mee gehouden dat het ook anders kon. Technologiespecifiek geformuleerde regelgeving dus. *Maar getel op de strekking van de regeling is er geen reden om haar tot die techniek beperkt te achten.'*

4.63 Hugenholtz schrijft in zijn NJ-annotatie:

'9. (...) 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 gereuleerde '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 rechtenorganisatie 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.'

4.64 Visser merkt in een bijdrage over *Norma/NLKabel* op:⁵⁸

'Hebben de rechters het goed gedaan? Ja. Is dit per saldo een houdbare uitkomst voor de lange termijn? Nee. Het is nogal 'oneerlijk' dat de regisseurs en scenarioschrijvers, voor wie die kabeldoorgiftevergoeding een belangrijke secundaire inkomstenbron was, nu plotseling niets meer krijgen. Feit is ook dat de 'billijke vergoeding' die auteurs en uitvoerenden op grond van het filmrecht [van de producenten] zouden moeten krijgen in de praktijk vaak niet veel voorstelt. Lira, Vevam en NORMA zullen hun leden blijven 'opstoken' om in individuele contractonderhandelingen met producenten van het wettelijke vermoeden van overdracht (schriftelijk) af te wijken. Dat maakt veel van deze contractonderhandelingen al geruime tijd zeer moeizaam. Bovendien kan Lira nog tot de Hoge Raad doorprocederen over de vraag of de overdracht bij voorbaat nu wel of niet mogelijk is in verband met het wettelijke vermoeden van rechtenoverdracht. Dat kan nog wel even duren en gedurende die tijd blijft er rechtsonzekerheid.'

Visser had overigens al begin 2007 gesignaleerd dat 'de kabeldoorgifte in toenemende mate één primaire openbaarmaking (van omroep en kabel-exploitant tezamen) lijkt te worden'.⁵⁹

HvJEU 19 november 2015, *SBS Belgium/Sabam*⁶⁰

4.65 In deze Belgische zaak was in geschil of een omroep een mededeling aan het publiek doet en daarvoor toestemming van Sabam, een cbo, moest

58 D.J.G. Visser, 'De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding', *AMI* 2014/3, p. 82–84, op p. 82.

59 D.J.G. Visser, 'Primair openbaar maken via de kabel', *AMI* 2007/2, p. 37–44.

60 HvJEU 19 november 2015, C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764, *IER* 2016/19, m.nt. A.M.E. Verschuur (*SBS Belgium/Sabam*).

57 Zie J.H. Spoor, 'Primaire of secundaire openbaarmaking, uitzending of heruitzending', *AMI* 2014/3, p. 78–81, op p. 80.

hebben, wanneer zij programmasignalen door de techniek van directe injectie één-op-één ter beschikking stelt aan distributeurs, die deze signalen doorgeven aan hun abonnees. Doet de omroep daarbij een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn? Die bepaling heb ik geciteerd in 4.57.

4.66 Het HvJEU stelt allereerst vast dat in de hem voorgelegde zaak sprake is van een mededeling van de omroepen (punt 19). Vraag is vervolgens of de omroepen zelf ook 'het publiek' bereiken. Dat is niet het geval. De programmadragende signalen worden geleverd aan de distributeurs zonder dat potentiële kijkers daar toegang toe hebben (punt 22). De door de omroeporganisatie verrichte levering van het signaal (in het arrest aangeduid als 'doorgifte') valt daarom in beginsel niet onder het begrip 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn.

4.67 Dit uitgangspunt wordt vervolgens genuanceerd omdat er ergens toch een publiek moet zijn:

25 Niettemin kan niet van meet af worden uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden abonnees van distributeurs als die in het hoofdgeding, kunnen worden aangemerkt als het 'publiek' waarvoor de oorspronkelijke doorgifte van de omroeporganisatie bestemd is.

[...]

28 Derhalve is in het hoofdgeding slechts sprake van één 'publiek', namelijk het publiek dat wordt gevormd door de optelsom van de abonnees van de distributeurs.

[...]

30 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de door een ondernemer als in casu aan zijn abonnees verrichte distributie van het uitgezonden werk een zelfstandige dienst vormt waarmee winst wordt beoogd, aangezien de abonnementsprijs door hen niet aan de omroeporganisatie, maar aan de ondernemer wordt betaald en niet voor eventuele technische prestaties verschuldigd is, maar voor de toegang tot de betrokken mededeling en daarmee tot de beschermde werken (zie naar analogie arrest *Airfield en Canal Digitaal*, C-431/09 en C-432/09, EU:C:2011:648, punt 80).

31 Een door een ondernemer verrichte doorgifte die plaatsvindt onder de in het voorgaande punt van het onderhavige arrest genoemde omstandigheden, is dus niet slechts een technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied mogelijk te maken of te verbeteren (zie naar analogie arrest *Airfield en Canal Digitaal*, C-431/09 en C-432/09, EU:C:2011:648, punt 79).

32 Toch valt niet uit te sluiten dat een distributeur geen autonome positie heeft ten opzichte van de omroeporganisatie en dat de door hem verrichte distributie zuiver technisch van aard is, zodat de tussenkomst van de distributeur slechts een technisch middel zou zijn in de

zin van de rechtspraak van het Hof (zie met name arresten *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 194, en *Airfield en Canal Digitaal*, C-431/09 en C-432/09, EU:C:2011:648, punten 74 en 79).

33 Mocht dit het geval zijn, wat ter beoordeling van de verwijzende rechter staat, dan zouden de abonnees van de betrokken distributeurs kunnen worden aangemerkt als het relevante publiek van de door de omroeporganisatie verrichte mededeling, met als gevolg dat sprake zou zijn van 'mededeling aan het publiek' door die omroeporganisatie.

34 Gelet op al het voorgaande moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat een omroeporganisatie geen mededeling aan het publiek in de zin van deze bepaling 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 respectievelijke abonnees sturen, zodat deze de programma's kunnen bekijken, tenzij de tussenkomst van de betrokken distributeurs slechts louter een technisch middel is, hetgeen ter beoordeling staat van de verwijzende rechter.'

4.68 Zie ik het goed, dan onderscheidt het HvJEU twee casusposities. In de eerste heeft de distributeur een zelfstandige rol (punten 30 en 31). Het HvJEU zegt niet expliciet of dat betekent dat de distributeur een mededeling aan het publiek doet als bedoeld in art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn, mogelijk omdat in die zaak niet een distributeur maar een omroep door Sabam was aangesproken. M.i. verricht de distributeur een mededeling aan het publiek: nu de aanleveringshandeling hem in staat stelt het programma door te geven aan zijn abonnees, krijgt het publiek door zijn toedoen toegang tot beeld en geluid en dus tot (beschermde werken in) programma's. Er vindt dus één openbaarmaking plaats, door de distributeur. In de tweede casuspositie vormt de distributeur technisch een verlengstuk van de omroeporganisatie. In dat geval kunnen de abonnees van de distributeur worden aangemerkt als het relevante publiek van de door de omroeporganisatie verrichte mededeling. In die situatie is het de omroeporganisatie die een mededeling aan het publiek doet. Uit het arrest kan m.i. worden afgeleid dat in beide situaties een auteursrechtelijke relevante handeling wordt verricht, te weten een mededeling aan het publiek.

4.69 Ik zou menen dat wij in Nederland te maken hebben met de eerste situatie: distributeurs, zoals de kabelexploitanten, bieden de abonnee een zelfstandige dienst aan, zij hebben een autonome positie ten opzichte van de omroepen en vormen beslist niet louter het technisch verlengstuk van de

omroepen.⁶¹ Net als in België bieden de omroepen het signaal zo aan dat het niet toegankelijk is voor het publiek. Ik leid daarom uit het arrest *SBS Belgium/Sabam* af dat de Nederlandse distributeurs, ook sinds de programma's aan hen rechtstreeks via de Media Gateway worden aangeleverd, onverminderd toestemming van de makers nodig hebben voor de door hen verrichte mededeling aan het publiek.

4.70 Voor wat het waard is wijs ik erop dat het arrest *SBS Belgium/Sabam* is gewezen door een kamer van slechts drie rechters en zonder voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal. Kennelijk bestond de perceptie dat dit een eenvoudige zaak zonder nieuwe rechtsvragen was, na het grote aantal zaken over het recht op mededeling aan het publiek dat al in Luxemburg voorbij was gekomen.⁶² Dat is achteraf gezien wellicht niet helemaal een juiste inschatting geweest.

Recente wijziging Uniewetgeving

4.71 Recent is Richtlijn (EU) 2019/789 (hierna: *Richtlijn 2019/789*) vastgesteld.⁶³ Met deze richtlijn wordt beoogd grensoverschrijdende levering van online TV- en radioaanbod te vergemakkelijken. Duidelijk is dat deze richtlijn, die onderdeel is van het *Digital Single Market*-programma, temporeel niet van toepassing is op onderhavige zaak. Niettemin zou de richtlijn aanknopingspunten kunnen bieden voor de uitleg van het Unierecht zoals dat van toepassing was in de hier relevante periode waarin de kabelexploitanten voor de kabeldoorgifte niet hebben betaald (van 1 oktober 2012 tot 1 januari 2015).

4.72 Art. 2 lid 4 van Richtlijn 2019/789 bevat de volgende definitie van 'directe injectie':

"directe injectie": een technisch proces waarin een omroeporganisatie haar programmadragende signalen overbrengt aan een organisatie die geen omroeporganisatie is, op zodanige wijze dat de programmadragende signalen tijdens die overbrenging niet toegankelijk zijn voor het publiek."

61 Bij distributeurs van het slag 'louter een technisch middel' denk ik eerder aan ondernemingen die in opdracht van omroepen programmasignalen de ether in stralen vanaf hoge opstelpunten.

62 Eerdere zaken over dit verbodsrecht zijn onder andere: HvJEU 2 juni 2005, C-89/04, ECLI:EU:C:2005:348 (*Mediakabel*), punt 30, HvJEG 14 juli 2005, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475 (*Lagardère*), HvJEG 7 december 2006, C-306/05, EU:C:2006:764 (*SGAE/Rafael Hoteles*), HvJEG 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648 (*Airfield en Canal Digital*), HvJEU 7 maart 2013, C-607/11, ECLI:EU:C:2013 (*ITV Broadcasting*) en HvJEU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (*Svensson*).

63 Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van de Richtlijn 93/83/EEG van de Raad (Pb. 2019, L 130/82). De richtlijn dient uiterlijk op 7 juni 2021 in nationale wetgeving te zijn omgezet.

4.73 Art. 8 van Richtlijn 2019/789 luidt voor zover hier van belang:

'Uitzending van programma's via directe injectie

1. Indien een omroeporganisatie haar programmadragende signalen via directe injectie aan een distributeur van signalen overbrengt, zonder dat zijzelf deze programmadragende signalen gelijktijdig en direct uitzendt naar het publiek, en de distributeur van signalen deze programmadragende signalen aan het publiek uitzendt, worden de omroeporganisatie en de distributeur van signalen geacht samen één enkele handeling van mededeling aan het publiek te verrichten, waarvoor zij toestemming van de rechthebbenden verkrijgen. De lidstaten kunnen voorzien in modaliteiten voor het verkrijgen van toestemming van rechthebbenden.'

De nieuwe richtlijn voert dus het concept in van 'één enkele handeling van mededeling aan het publiek' van omroep en distributeur gezamenlijk, een concept dat Visser al in 2007 had geopperd (zie hiervoor, 4.64).

4.74 Considerans punt 20 van Richtlijn 2019/789 luidt:

'(20) Teneinde rechtszekerheid te waarborgen en een hoog niveau van bescherming van rechthebbenden te handhaven, is het passend te bepalen dat, indien omroeporganisaties via directe injectie hun programmadragende signalen uitsluitend overbrengen aan de distributeurs van signalen, zonder dat zijzelf hun programma's gelijktijdig naar het publiek uitzenden, en de distributeurs van signalen die programmadragende signalen aan hun gebruikers verzenden zodat die de programma's kunnen bekijken of beluisteren, er slechts van een enkele handeling van mededeling aan het publiek geacht wordt sprake te zijn, waaraan zowel de omroeporganisaties als de distributeurs van signalen met hun respectieve bijdragen deelnemen. De omroeporganisaties en de distributeurs van signalen moeten derhalve van de rechthebbenden toestemming verkrijgen voor hun specifieke bijdrage aan de enkele handeling van mededeling aan het publiek (...)'

4.75 De Nederlandse wetgever heeft in het kader van een internetconsultatie het implementatiewetsvoorstel⁶⁴ en de daarbij behorende memorie van toelichting gepubliceerd. De consultatie is gesloten op 23 oktober 2019.

3 Bestreden overwegingen

4.76 Ik keer terug naar onze zaak en geef eerst de overwegingen weer waartegen de klachten van onderdeel 2 zich richten.

4.77 Het hof heeft in het *tussenarrest* overwogen:

64 Implementatiewet Richtlijn online omroepdiensten, te raadplegen op https://www.internetconsultatie.nl/online_omroepdiensten.

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 ontlenen 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.

4.78 De relevante overwegingen uit het *eindarrest* luiden:

'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/memoriam van grieven in incidenteel appel.

[...]

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 toegevoegd aan de hand van de drie vragen die Lira heeft voorgesteld. [...]

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 (parallele) 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 [...]

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.'

4 Samenvatting van de klachten

4.79 Lira verzoekt de Hoge Raad primair om terug te komen van het arrest *Norma/NLkabel* en sub-

sidiar om vragen van uitleg over de SatKabRichtlijn aan het HvJEU te stellen. Achtereenvolgens bevat het onderdeel de volgende klachten:

- Het hof heeft miskend dat van een gelijktijdige en ongewijzigde en onverkorte uitzending in de zin van art. 26a Aw niet alleen sprake is als die uitzending een secundaire openbaarmaking is, maar ook als aan die uitzending géén (primaire) openbaarmaking voorafgaat (*subonderdeel 2.1*);⁶⁵
- Het hof heeft miskend dat uit het arrest *SBS Belgium/Sabam* niet volgt dat 'eerste uitzending' in de zin van art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn niet ziet op een signaal dat niet rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen is en evenmin dat dit artikel, en dus ook art. 9 SatKabRichtlijn niet van toepassing is op doorgifte via de kabel van een signaal dat niet door eindgebruikers is te ontvangen, nu dat arrest uitsluitend zag op de uitleg van de Auteursrechtlijn met betrekking tot de vraag of een in die zaak aan de orde zijnde doorgifte van een signaal een mededeling aan het publiek vormde (*subonderdeel 2.1*);⁶⁶
- Het hof heeft miskend dat van een gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door een omroepnetwerk als bedoeld in art. 1.1 van de Mediawet 2008, in de zin van art. 26a Aw in elk geval sprake is als de doorgifte via de kabel plaatsvindt gelijktijdig met de (ongewijzigde en onverkorte) uitzending van hetzelfde werk aan het publiek op een andere wijze. Dat geldt in elk geval als het signaal van laatstbedoelde uitzending hetzelfde signaal is of hetzelfde bronsignaal heeft als het signaal dat vervolgens door de distributeur wordt doorgegeven via de kabel. (*subonderdeel 2.2*);⁶⁷

4.80 Lira stelt verder dat gegrondbevinding van een of meer van de voorgaande klachten gevolgen heeft voor:

- het oordeel in rov. 2.7.3 van het eindarrest dat art. 26a Aw net als art. 14a WNR een eerdere andere primaire openbaarmaking vergt en dat nu aan het doorzetten via de Media Gateway niet een dergelijke primaire openbaarmaking voorafgaat art. 26a Aw dus niet van toepassing is (*subonderdeel 2.3*);
- het oordeel in rov. 2.8 van het eindarrest dat Lira haar vorderingen jegens de kabelexploitanten niet kan baseren op art. 26a Aw voor zover het gaat om uitzendingen via de Media Gateway (*subonderdeel 2.4*);
- de oordelen in rov. 2.17.1 van het eindarrest dat in het daar beschreven geval geen sprake is van

heruitzending in de zin van art. 26a Aw, omdat de omroep het signaal dat de kabelexploitanten gebruiken, rechtstreeks bij hen aanlevert via de Media Gateway, dat er, wellicht, tegelijk een ander signaal wordt uitgezonden belang mist en dat, gelet daarop, het door Lira verzochte deskundigenbericht over de daar bedoelde stellingen niet nodig is (*subonderdeel 2.5*);

- het oordeel in rov. 3.10 van het tussenarrest dat uitgaande van doorgifte via de Media Gateway en van een primaire openbaarmaking die geen heruitzending vormt, noodzakelijk, maar ook voldoende is dat de kabelexploitant van de producent de auteursrechten verwerft om de film via de kabel uit te zenden (*subonderdeel 2.6*).

4.81 In haar schriftelijke toelichting gaat Lira uitvoerig in op Richtlijn 2019/789, die is gepubliceerd na het indienen van de procesinleiding. In de kern betoogt Lira dat gelet op de doelstelling van de richtlijngever deze richtlijn zoveel mogelijk te laten aansluiten op de SatKabRichtlijn, het voor de hand ligt aan te nemen dat de SatKabRichtlijn op dit punt niet wezenlijk anders moet worden uitgelegd. In elk geval blijkt uit Richtlijn 2019/789 dat de omstandigheid dat de directe injectie op zichzelf nog geen mededeling aan het publiek oplevert (de door de omroep aangeleverde signalen zijn voor het publiek immers niet toegankelijk), er niet aan in de weg staat dat de kabelmaatschappijen voor hun bijdrage aan de uitzending van de programma's, toestemming van de rechthebbenden behoren te verkrijgen.⁶⁸

4.82 Ziggo c.s. stellen daartegenover dat Richtlijn 2019/789 niet relevant is. De nieuwe regels ten aanzien van 'directe injectie' zijn nog geen geldend recht. In diverse communicaties wordt gesproken van 'new rules' (dupliek onder 2.5-2.8). Voor de wijziging van (art. 1 lid 3 van) de SatKabRichtlijn was ook een nieuwe richtlijn nodig zodat het om meer gaat dan een verduidelijking of bevestiging van de oude richtlijn.

5 Belang

4.83 Ziggo c.s. stellen dat Lira geen belang heeft bij haar klachten indien onderdeel 1 niet slaagt én onderdeel 1 van het incidentele cassatieberoep – met de strekking dat Lira niet in het bewijs is geslaagd dat 'pre-existente werken c.a.' en/of 'andersluitende bedingen' in deze zaak relevant zijn – wél slaagt.⁶⁹ In dat geval berusten de exploitatierechten integraal bij de producent en is de band tussen Lira en de maker doorgesneden, terwijl niet vast staat dat Lira op grond van andersluitende bedingen bevoegd is om op te treden namens (buitenlandse) makers.⁷⁰ Ziggo c.s. beroepen zich voor dit standpunt op rov. 5.4.6 van *Norma/NLKabel*, waar de Hoge

65 Lira verwijst in dit verband naar haar stellingen in de memorie van antwoord in principaal appel onder 222–236, de spreekkaantekeningen van 25 april 2016 onder 73–89 en de spreekkaantekeningen van 16 oktober 2017 onder 44–47.

66 Lira verwijst voor haar stellingen in feitelijke aanleg omtrent de verhouding tussen beide arresten naar de memorie van antwoord in principaal appel onder 239 en de spreekkaantekeningen van 25 april 2016 onder 77 en 88.

67 Lira verwijst naar de spreekkaantekeningen van 15 april 2014 onder 107–108, de memorie van antwoord in principaal appel onder 247–251, de spreekkaantekeningen van 25 april 2016 onder 75 en de spreekkaantekeningen van 16 oktober 2017 onder 51.

68 Schriftelijke toelichting Lira onder 4.2.17.

69 Vgl. de schriftelijke toelichting van Ziggo c.s. onder 83 en dupliek onder 2.17.

70 Zie ook de schriftelijke toelichting van Ziggo c.s. onder 56–57.

Raad het volgende heeft overwogen (mijn cursivering):

5.4.6 De hiervoor aan het slot van 5.4.4 weergegeven uitspraken van het HvJEU [C-169/05 (Uradex) en C-277/10 (Luksan); A-G] stellen buiten redelijke twijfel dat het Unierecht, en in het bijzonder de SatKabRichtlijn, zich niet er tegen verzet dat een uitvoerende kunstenaar op grond van art. 45d Aw (in verbinding met art. 4 WNR) geacht wordt zijn exploitatierechten als bedoeld in eerstgenoemde bepaling aan de producent van het filmwerk te hebben overgedragen, met als gevolg dat de uitvoerende kunstenaar zijn hoedanigheid van 'rechthebbende' in de zin van art. 14a WNR verliest en dat elke rechtsverhouding tussen hem en de collectieve beheersorganisatie als bedoeld in deze bepaling wordt verbroken. Zie aldus uitdrukkelijk punt 24 van het Uradex-arrest. *Dit brengt mee dat de collectieve beheersorganisatie (Norma) niet meer op grond van art. 14a WNR ten behoeve van deze uitvoerende kunstenaar (die immers geen rechthebbende meer is) kan optreden.*

In overeenstemming met punt 87 van het Luksan-arrest kan dit vermoeden van overdracht aan de producent op de voet van art. 45d Aw in verbinding met art. 4 WNR worden weerlegd indien de uitvoerende kunstenaar met de producent schriftelijk anders is overeengekomen; in dat geval kan de uitvoerende kunstenaar zelf over zijn rechten beschikken en kan de collectieve beheersorganisatie op de voet van art. 14a WNR ten behoeve van hem blijven optreden. Het betoog van Norma dat aldus het in art. 14a WNR en art. 9 SatKabRichtlijn neergelegde systeem van collectieve belangbehartiging wordt doorkruist en dat daardoor mede de (onderhandelings)positie van de uitvoerende kunstenaars wordt verzwakt, stuit op bovenstaande rechtspraak van het HvJEU af.

4.84 Zoals hiervoor is toegelicht meen ik dat het vorige onderdeel faalt. Bij de bespreking van het incidenteel cassatiemiddel zal ik toelichten dat onderdeel 1 van het incidenteel cassatieberoep m.i. eveneens moet falen. Lira heeft daarom niet op voorhand geen belang bij de in onderdeel 2 aangevoerde klachten. Voor de gevallen waarin de rechten van de maker geacht moeten worden aan de producent te zijn overgedragen, ben ik het echter met Ziggo c.s. eens dat de zo-even geciteerde overweging 5.4.6 uit *Norma/NL Kabel* er aan in de weg staat dat Lira kan optreden ten behoeve van een maker om een vergoeding te bedingen voor het toestaan van de kabeldoorgifte. Die toestemming is gegeven met de overdracht aan de producent. Lira's vorderingen — ook haar vordering tot schadevergoeding — zijn gebaseerd op de aanname dat zij bevoegd is om voor tekstschrijvers op te treden. Die veronderstelling is, als onderdeel 1 faalt, onjuist. Alleen voor zover haar klachten relevant zijn voor de gevallen waarop art. 45d Aw niet van toepassing is (en voor zover het tevens zou gaan om uitzendingen niet via de Media Gateway), heeft Lira belang bij haar klachten.

4.85 Ik wil hier direct aan toevoegen dat ik deze uitkomst onbevredigend vind omdat het door de Europese wetgever ingevoerde stelsel van collectief beheer van filmrechten voor kabeldoorgifte in feite de nek wordt omgedraaid. Lira heeft op grond van art. 26a Aw een *wettelijk* mandaat, op grond waarvan zij ook auteurs kan vertegenwoordigen die niet bij haar zijn aangesloten. Dat mandaat kan, zo is gebleken, niet worden uitgeoefend als de exploitatierechten van de maker zijn overgegaan naar de filmproducent. En dat is bijna altijd het geval. Ziggo c.s. zien dat kennelijk ook zo: wanneer de exploitatierechten bij de producent zitten, is voor het hebben van 'schone rechten' nog slechts een contract tussen producent en omroep en tussen omroep en distributeur nodig,⁷¹ maar de cbo's moeten er vooral buiten worden gehouden.⁷²

4.86 Drie van de vier schakels in de keten werken met het oog op het 'rechtenoverleg' samen in Rodap. De eerste schakel in de keten, de maker, is daarentegen op zichzelf aangewezen; zijn belangorganisatie staat als gevolg van *Norma/NL Kabel* buiten spel, behalve als de maker met de producent andere afspraken heeft weten te maken. Dat resultaat vind ik niet alleen onbevredigend maar ook paradoxaal: het handjevol makers van filmwerken dat weet te bedingen dat zij niet hun rechten aan de producent hoeven over te dragen kan wél worden vertegenwoordigd door een cbo; alle andere makers, die veelal moeten tekenen bij het spreekwoordelijke kruisje, kunnen dat niet. Zij krijgen van de producent een honorarium dat wordt geacht zowel een beloning voor hun creatieve inspanningen als een compensatie voor het prijsgeven van hun exploitatierechten te omvatten. Of daar in de praktijk veel van terecht komt is een vraag die hier onbeantwoord kan blijven. Ik wijs er wel op dat Visser naar aanleiding van het arrest *Norma/NL Kabel* schreef:⁷³

'Feit is ook dat de 'billijke vergoeding' die auteurs en uitvoerenden op grond van het filmrecht [van de producenten] zouden moeten krijgen in de praktijk vaak niet veel voorstelt.'

4.87 Als overdracht van rechten collectief beheer van die rechten onmogelijk maakt, hoe zit het dan met het nieuwe art. 45d Aw? 'Onverminderd het bepaalde in art. 26a' kent het nieuwe lid 2 aan de scenarioschrijver (en de hoofdregisseur) van een film jegens de kabelmaatschappij het recht toe op een proportionele billijke vergoeding mits hij zijn exploitatierechten heeft overgedragen aan de producent. Ingevolge lid 3 wordt genoemd recht collectief uitgeoefend (zie 4.11). Dat overdracht van rechten en collectief beheer hier wél samengaan komt m.i. omdat lid 2 niet voorziet in een verbodsrecht maar in een vergoedingsrecht: de maker heeft zijn toestemming voor de doorgifte gegeven met de

71 Als een omroep tevens de producent is, is er een partij minder in de keten.

72 Zie de beschrijving van de 'keten' zoals die nu geldt in dupliek onder 1.5.

73 D.J.G. Visser, 'De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding!', *AMI* 2014/3, p. 82–84, op p. 82.

overdracht van zijn exploitatierechten aan de producent, zodat alleen hoeft te worden onderhandeld over het bedrag van de vergoeding van de distributeurs. Dít — eigen — recht van de maker staat los van de exploitatierechten en kan ook niet worden overgedragen aan een cbo. Deze oefent dit recht slechts uit. Naar mijn indruk werkte in het verleden het systeem van de kabelovereenkomsten in wezen op dezelfde manier. Het ging in de praktijk om een vergoedingsrecht dat voor de makers een tweede bron van inkomsten betekende, naast het van de producent ontvangen honorarium.

4.88 De logische partij om alsnog achter die vergoedingen aan te gaan lijkt de partij die dit recht voor de makers uitoefende: de cbo. Maar Lira krijgt tegengeworpen daarvoor geen bevoegdheid te hebben, omdat de rechten die de grond vormen voor de vergoedingsaanspraak noch bij de maker noch bij haar zelf berusten. Om die reden (en de hierna te bespreken materiële reden: het wegvalen van de secundaire openbaarmaking) achtten de kabelexploitanten zich na 1 oktober 2012 niet meer gehouden tot betaling van de kabeldoorgiftevergoeding.

4.89 Heeft Lira dan niet toch langs andere weg belang bij haar klachten? De schade als gevolg van het uitblijven van de kabelvergoeding is geleden door makers die bij Lira zijn aangesloten en die vóór 1 oktober 2012 de kabeldoorgiftevergoeding ontvingen. Lira stelt zich ten doel de materiële en immateriële belangen te behartigen en te bevorderen van, kort gezegd, tekstschrijvers voor films.⁷⁴ Echter, als moet worden aangenomen dat de vorderingen van Lira strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van de bij haar aangesloten auteurs, dan stuiten zij af op art. 3:305a lid 3 BW (oud), zoals geldend ten tijde van de feiten: een collectieve actie kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.⁷⁵ Lira heeft, naar mijn indruk, deze procedure ook niet opgezet als een collectieve actie.⁷⁶

4.90 Gelet op dit alles is begrijpelijk dat Lira in deze procedure zo zwaar heeft ingezet op de overdracht van rechten bij voorbaat (zie onderdeel 1). Het is de enige manier voor haar om aan boord te komen. Ik heb hiervoor geconstateerd dat die poging niet kan slagen. Lira heeft daarom geen belang bij de in dit onderdeel 2 aangevoerde klachten. Toch maak ik hierna nog enkele opmerkingen over die klachten.

6 Bespreking van de klachten

4.91 Ook als Lira wél belang zou hebben bij haar klachten in onderdeel 2 voor zover betrekking hebbende op uitzendingen via de Media Gateway, doemt meteen een volgende barrière op. En weer is

het arrest *Norma/NLKabel* daarvan de oorzaak. Zoals wij zagen is daarin uitgemaakt dat sinds de directe aanlevering van de omroepsignalen via de Media Gateway de distributeur niet langer een secundaire openbaarmaking verricht en daarmee art. 26a Aw als wettelijke grondslag voor het collectief uitoefenen van het openbaarmakingsrecht is komen te vervallen.

4.92 Lira betoogt in de kern dat art. 1 lid 3 van de SatKabRichtlijn uitgelegd dient te worden conform Richtlijn 2019/789, meer bepaald het in art. 8 lid 1 neergelegde concept dat bij directe injectie omroeporganisatie en distributeur gezamenlijk één mededeling aan het publiek doen. Lira leidt daar uit af dat art. 1 lid 3 van de SatKabRichtlijn niet alleen de (traditionele) ‘secundaire openbaarmaking’ omvat, maar ook de (gezamenlijke) primaire openbaarmaking.

4.93 Ik ben het in zoverre met Lira eens dat de Uniewetgever de openbaarmaking van beschermde werken die zijn opgenomen in een film heeft willen beschermen. De definitie van doorgifte via de kabel in art. 1 lid 3 van de SatKabRichtlijn moet dynamisch en technologie-neutraal worden geïnterpreteerd. Ik ben het dan ook eens met de kritiek van Spoor op (dit onderdeel van) het arrest in *Norma/NL Kabel* (zie 4.62). Dit arrest staat m.i. ook op gespannen voet met art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn: weliswaar is het gevolg strikt genomen alleen dat de cbo niet langer op de voet van art. 26a het recht kan uitoefenen, duidelijk lijkt echter dat daarmee het uitsluitende recht op mededeling aan het publiek in zijn *bestaan* is aangetast, nu een realistische alternatieve handhavingsmogelijkheid ontbreekt. Waar een recht is moet een remedie zijn; zonder remedie is er geen recht.

4.94 Richtlijn 2019/789 bevestigt, in bewoordingen die aan de stand van de technologie zijn aangepast, dat bij uitzending van programma's auteursrechtelijk beschermde werken worden doorgegeven aan het publiek. Maar de Uniewetgever heeft zonder twijfel een beschermingscontinuüm beoogd. Dat continuüm is in Nederland tijdelijk (twee jaar en drie of zes maanden) onderbroken geweest. Ik denk niet dat het met de nieuwe richtlijn nagestreefde doel voor de periode na de implementatie hierdoor is doorkruist. Ik denk wel dat de nieuwe richtlijn bevestigt dat de techniek van directe injectie van het signaal niets heeft veranderd aan het recht van de maker om kabeldoorgifte te verbieden of toe te staan tegen betaling van een vergoeding. Materieel is er niets veranderd. Ook het arrest *SBS Belgium/Sabam* bevestigt dat de overgang naar de nieuwe techniek van directe injectie niet tot gevolg heeft gehad dat de maker niet langer beroep kan doen op zijn recht op mededeling aan het publiek (zie 4.68 en 4.69). Het wegredeneren van deze bescherming op de grond dat er geen eerste uitzending meer is bij gebrek aan publiek en er geen tweede openbaarmaking meer is bij gebrek aan eerste uitzending lijkt mij Unierechtelijk aanvechtbaar. Dankzij voortvarend ingrijpen van onze wetgever is

⁷⁴ Vgl. art. 3 lid 1 van de statuten van Lira, geciteerd in rov. 3.1.2 van het tussenarrest.

⁷⁵ Pas met de invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (Wamca) per 1 januari 2020 is dit verbod opgeheven.

⁷⁶ Evenmin is er bewijs dat makers een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad aan Lira (zouden) hebben gecedeerd.

de ontstane beschermingslacune per 1 juli 2015 gelukkig weer goeddeels gedicht.⁷⁷

4.95 Indien ik hiervoor tot de conclusie zou zijn gekomen dat Lira wél belang heeft bij haar klachten voor zover die betrekking hebben op kabeldoorgifte van via de Media Gateway rechtstreeks aangeleverde programmasignalen, dan zou ik uw Raad hebben geadviseerd prejudiciële vragen te stellen en in zoverre dus met Lira zijn meegegaan. Die vragen zouden er dan in de kern op gericht moeten zijn te vernemen of de uitleg van art. 1 lid 3 van de SatKabRichtlijn die de Hoge Raad in *Norma/NL Kabel* heeft gegeven in overeenstemming is met doel en strekking van art. 1 lid 3 en art. 8 (en eventueel art. 9) van de SatKabRichtlijn. Daarnaast zou een vraag gesteld kunnen worden over de uitleg van art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn, in verbinding met art. 17 Handvest.⁷⁸ Nu deze laatste bepaling blijkens het arrest *Luksan* horizontale werking heeft,⁷⁹ kan zij een rol spelen in een procedure met geschilpunten als hier aan de orde.

7 Conclusie

4.96 Ik concludeer dat Lira belang mist bij haar klachten. Mocht uw Raad daar anders over oordelen en toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de klachten, dan geef ik in overweging om naar aanleiding van de subonderdelen 2.1, 2.3 en 2.4 prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU en het geding zo lang te schorsen.

C Onderdeel 3: deskundigenbericht of exhibitie

1 Bestreden overwegingen

4.97 Onderdeel 3 heeft geen betrekking op uitzendingen via de Media Gateway. Het gaat hier om de stelling van Lira dat de door Ziggo c.s. gebruikte signalen (maar ik begrijp: voor een deel) eveneens in de ether of vanaf een satelliet *free to air* beschikbaar worden gesteld aan het publiek.⁸⁰ De kabeldoorgifte van die signalen zou daarom nog steeds een 'heruitzending' zijn waarvoor Ziggo c.s. op grond van art. 26a Aw moeten betalen aan Lira. Lira betoogt dat de bewijslast bij Ziggo c.s. ligt, omdat alleen zij beschikken over de informatie welke zenders precies (ook) *free to air* uitzenden. Indien het hof echter zou oordelen dat de bewijslast op Lira rust, dan moet Lira voor haar bewijslevering hulp krijgen in de vorm van een deskundigenbericht of,

subsidiair, een exhibitie op de voet van art. 843a Rv.⁸¹

4.98 Het hof heeft, samengevat, aanvaard dat *free to air* uitzendingen plaatsvinden door 24 zenders die staan vermeld op een door Ziggo c.s. overgelegde lijst.⁸² Het gaat daarbij overwegend om buitenlandse publieke zenders. Deze beslissing betekent dat, naar het oordeel van het hof, ten aanzien van die 24 zenders ('in zoverre') de door Lira gestelde voorwaarde (te weten: dat zij de bewijslast heeft) niet is vervuld. Lira wil echter weten hoe het zit met andere dan de 24 zenders, waarbij zij benadrukt dat de Nederlandse en Vlaamse publieke zenders niet op de lijst van 24 voorkomen. Daarvan zegt het hof dat dit niet ter zake doet omdat Ziggo c.s. voor die zenders het signaal in elk geval via de Media Gateway ontvangen en een eventueel *free to air* signaal niet het signaal is dat door Ziggo c.s. bij de doorgifte van die zenders wordt gebruikt.

4.99 In rov. 2.17-2.17.2 van het eindarrest overweegt het hof:

'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.'

Daarmee bevestigde het hof wat het al had overwogen in rov. 3.12.1 en 3.12.2 van het tussenarrest.

⁷⁷ Als gezegd in 2.5 heeft de sector daar al op geanticipeerd met het akkoord over de Rodap-zenders.

⁷⁸ Rov. 68, zie hiervoor 4.20.

⁷⁹ Voor bijdragen over de doorwerking van het Handvest in het auteursrecht verwijs ik naar Stefan Kulk en Peter Teunissen, 'Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt', *AMI* 2019/4, p. 121–132 (deel 1) en *AMI* 2019/5, p. 149–161 (deel 2).

⁸⁰ Dit zou met name gelden voor binnen- en buitenlandse publieke zenders die tot het pakket van verplicht door te geven zenders behoren (de zogenaamde *must carry*-zenders).

⁸¹ Memorie van antwoord tevens memorie van grieven in het incidenteel appel onder 250–265.

⁸² Prod. 13 bij de memorie van antwoord in incidenteel appel.

2 Samenvatting van de klachten

4.100 Lira klaagt dat de geciteerde overwegingen onjuist of onbegrijpelijk zijn:

- Voor zover het oordeel van het hof zo moet worden begrepen dat Ziggo c.s. de stellingen van Lira voldoende hebben betwist, heeft het hof in het licht van die stellingen te lage eisen aan de betwisting door de kabelexploitanten gesteld, nu zij hebben volstaan met de enkele stelling dat de lijst van 24 zenders uitputtend is, zonder verdere onderbouwing daarvan, terwijl deze informatie volledig in hun domein ligt.

- Voor zover het hof ervan is uitgegaan (en mocht uitgaan) dat de Ziggo c.s. voldoende hebben betwist dat ten aanzien van de door Lira genoemde zenders (NPO1, NPO2, NPO3, BBC1, BBC2, TV5, België één, Canvas, Ketnet, ARD en ZDF)⁸³ nog steeds sprake is van heruitzending in de zin van art. 26a Aw, heeft het hof miskend dat op Lira de bewijslast rustte van de stelling dat daarvan wél sprake is, althans is zijn oordeel dat de voorwaarde waaronder het deskundigenbericht is verzocht of de vordering ex art. 843a Rv is ingesteld niet is vervuld, onbegrijpelijk. Het hof had het verzoek om een deskundigenbericht, subsidiair de ingestelde 843a-vordering inhoudelijk moeten behandelen.

- In elk geval is het hof ten onrechte, althans zonder voldoende motivering, voorbijgegaan aan het uitdrukkelijk in hoger beroep gedane aanbod van Lira om door middel van getuigenbewijs haar stellingen te bewijzen.⁸⁴

3 Bespreking van de klachten

4.101 Het hof heeft Lira's verzoek en vordering in het eindarrest gepasseerd. Het heeft die beslissing ten aanzien van de 24 zenders gemotiveerd met de overweging dat de door Lira gestelde voorwaarde (dat zij de bewijslast heeft) *in zoverre* niet is vervuld. Van de andere zenders die mogelijk *free to air* uitzenden, gaat het hof nog slechts in op NPO1, 2 en 3, BBC en de Belgische publieke zenders.⁸⁵ Volgens het hof kan voor deze zenders in het midden blijven of eenzelfde signaal dat direct wordt aangeleverd bij de kabelexploitanten via de Media Gateway tegelijk ook *free to air* de ether ingaat. Gevolg is dat de schadestaatprocedure op dit onderdeel is beperkt tot werken die Ziggo c.s. hebben doorgegeven via de 24 televisiezenders.⁸⁶ Het klopt echter dat Lira heeft betwist dat de kabelexploitanten (uitsluitend) het via

de Media Gateway ontvangen signaal gebruiken voor doorgifte.

4.102 Toch meen ik dat de klacht ongegrond is. Lira heeft rov. 2.17.1 van het eindarrest in cassatie niet bestreden. Het oordeel dat de kabelexploitanten voor doorgifte van NPO 1, 2 en 3, BBC en de Belgische publieke zenders een signaal gebruiken dat de omroepen via de Media Gateway aan hen aanleveren, staat daarmee vast. Daarover een deskundigenbericht gelasten is niet nodig is. In rov. 2.17.2 van het eindarrest heeft het hof voorts geoordeeld dat Lira geen rechtmatig belang heeft bij inzage in de zin van art. 843a Rv. Ook dat oordeel is niet in cassatie aangevochten. Nu Lira geen klachten heeft gericht tegen de twee dragende oordelen waarop het hof zijn beslissing heeft gebaseerd, heeft zij geen belang bij de door haar wél tegen die beslissing aangevoerde klachten.

4.102 Ik denk dat de beslissing van het hof om nog een andere reden in stand dient te worden gelaten. Het betoog van Lira in appel berustte op louter een vermoeden dat van meer zenders dan van de 24 op de meergenoemde lijst het signaal *free to air* wordt uitgezonden en dát signaal door de kabelexploitanten zou kunnen worden opgepikt. Ik zou menen dat Lira in deze langlopende procedure ampel de gelegenheid heeft gehad dat vermoeden meer te concretiseren. Het kennelijke oordeel van het hof dat Lira daar niet in is geslaagd, acht ik te billijken en in elk geval niet onbegrijpelijk. Zelfs als aan de door Lira gestelde 'voorwaarde' is voldaan, behoeft het oordeel in rov. 2.17.1 dat het deskundigenbericht niet nodig was geen nadere motivering. Dat geldt eveneens voor de art. 843a-vordering en voor het passeren van het relevante deel van Lira's bewijsaanbod.

D Onderdeel 4: gebods- en verbodsvorderingen

1 Bestreden overwegingen

4.104 Onderdeel 4 betreft de afwijzing van Lira's gebods- en verbodsvorderingen, ook wat betreft onderwerpen die wél naar de schadestaatprocedure zijn verwezen. Het hof heeft in het eindarrest het volgende overwogen:

'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 Mediatgateway, nog steeds door Lira gevorderde ge- en verboden. Voor toewijzing van die vorderingen is immers nodig dat vastgesteld kan worden dat onrechtmatig is gehandeld, jagers 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

83 Lira verwijst naar haar spreekkaantekeningen van 15 april 2014, met de producties 23 en 24, de memorie van antwoord in principaal appel onder 247-266, met de producties 22 en 23 en de spreekkaantekeningen van 25 april 2016 onder 71.

84 Lira verwijst naar de memorie van antwoord in principaal appel onder 267.

85 De andere door haar bij naam genoemde zenders staan op de door de kabelexploitanten overgelegde lijst. Dat geldt overigens ook voor de BBC.

86 Zie het eindarrest, dictum in het principaal en incidenteel appel ('of om werken die Ziggo secundair heeft uitgezonden via de 24 (...) bedoelde televisiezenders').

daarvan, in de huidige gewijzigde situatie, is ook niet behoorlijk onderbouwd.

2.14.2 Onder de [...] 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 behoeft 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. [...]

2.20 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. [...].

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.

2 Samenvatting van de klachten

4.105 Voornoemde overwegingen geven volgens Lira blijk van een onjuiste rechtsopvatting of zijn onvoldoende gemotiveerd:

- Het oordeel dat niet is voldaan aan de stelplicht ten aanzien van de stelling dat onrechtmatig is gehandeld jegens één of meer concreet aan te geven makers of ten aanzien van concrete werken en dat er slechts sprake zou zijn van de 'enkele mogelijkheid' van inbreuk is onbegrijpelijk (*subonderdeel 4.1*);⁸⁷

- Het hof heeft miskend dat een auteursrechtgebende (waaronder begrepen een cbo) in beginsel belang heeft bij het vorderen van een verbod op (dreigende) inbreuken,⁸⁸ althans onvoldoende gemotiveerd waarom dit belang hier ontbreekt. Voor zover het hof met de woorden 'in de huidige gewij-

zigde situatie' het oog heeft op de wijziging van art. 45d Aw per 1 juli 2015, heeft het hof miskend dat die wijziging geen gevolgen heeft voor pre-existente werken e.a., zoals het hof in rov. 2.3-2.4 van het eindarrest heeft onderkend (*subonderdeel 4.2*);

- Niet in geschil is dat er geregeld pre-existente werken c.a. worden uitgezonden zonder toestemming van of betaling aan Lira en gesteld noch gebleken is dat dergelijke inbreuken in de toekomst niet meer zullen voorkomen. Het hof heeft miskend dat onder deze omstandigheden gebods- en verbodsvorderingen wel degelijk kunnen worden toegewezen, mits de kabelexploitanten voldoende in staat zullen zijn om die veroordeling na te komen (*subonderdeel 4.3*);

- Het oordeel dat voor toewijzing van het bevel om opgave te doen nodig is dat vaststaat om welke werken en makers het gaat, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting of is onbegrijpelijk. Een opgave van werken of makers is niet gevorderd. Lira heeft, in het kader van haar vordering tot schadevergoeding, gevorderd om per maand opgave te doen van zenders en aantallen abonnees.⁸⁹ (*subonderdeel 4.4*);

- Gegrondbevinding van één of meer van de voorgaande klachten treft ook rov. 2.21 van het eindarrest (*subonderdeel 4.5*).

3 Bespreking van de klachten

4.106 Het bestreden oordeel, dat in zoverre niet is voldaan aan de stelplicht omdat de stellingen van Lira te vaag zijn, berust op een aan het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden waardering van de processtukken.

4.107 De vraag is echter of dat oordeel in het licht van die processtukken – in het bijzonder de concrete passages waarnaar Lira in cassatie verwijst – onvoldoende is gemotiveerd, zoals Lira aanvoert. Van de rechter kan niet kan worden verlangd dat hij ten aanzien van alle afzonderlijke stellingen motiveert waarom het gestelde te vaag is.⁹⁰ Naarmate stellingen concreter worden moeten echter wel hogere eisen aan de motivering worden gesteld. Het is waar dat Lira enkele concrete inbreuken heeft gesteld op een 'pre-existent' werk en een werk ten aanzien waarvan een 'Lira-beding' is overeengekomen, onder overlegging van de bijbehorende overeenkomsten. Daarnaast heeft zij een lijst overgelegd van op Nederlandse en buitenlandse zenders uitgezonden filmwerken waarbij sprake zou zijn van 'pre-existent' werk en rechten die zij op grond van een submandaat van haar buitenlandse zusterorganisatie handhaaft. De enkele overweging dat de stellingen te vaag zijn moet worden gezien tegen de achtergrond van de gevorderde ge- of verboden. Terecht heeft het hof de lat daarvoor hoog gelegd. Daarmee faalt *subonderdeel 4.1*.

4.108 *Subonderdeel 4.2* deelt hetzelfde lot. Lira stelt, op zichzelf terecht, dat de primaire doelstelling

87 Lira verwijst onder andere naar haar spreekantekeningen van 25 april 2016 onder 50 en de bijbehorende producties 2 en 16 ('Wim Helsen, 'het uur van de prutser'), naar de spreekantekeningen van 16 oktober 2017 onder 14 en de bijbehorende productie 69 ('A'dam – E.V.A.') en naar diezelfde spreekantekeningen onder 51, met productie 16 (een lijst van op buitenlandse zenders uitgezonden filmwerken waarbij sprake zou zijn van 'pre-existent' werk en rechten die zij op grond van een submandaat van haar buitenlandse zusterorganisatie handhaaft).

88 Lira verwijst naar haar inleidende dagvaarding onder 67 waar wordt doorverwezen naar HR 4 maart 1938, ECLI:NL:HR:1938:262 (*Buma/Avro*), NJ 1938/948, m.nt. P. Scholten en HR 1 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:2C1899 (*Disney/Intres*), NJ 1996/510, m.nt. D.W.F. Verkade.

89 Lira verwijst naar haar inleidende dagvaarding onder 71–73.

90 Zie de schriftelijke toelichting van Ziggo c.s. onder 107 en 109.

van een verbod het voorkomen van een 'dreigend onrecht' is en dus ook kan worden gevorderd als een onrechtmatige daad dreigt te geschieden.⁹¹ Dat kan haar hier echter niet baten. Lira had enkele (relatief oude) voorbeelden van een inbreuk aangevoerd, maar naar het oordeel van het hof de dreiging van een nieuwe inbreuk onvoldoende concreet maakt. De overweging dat de noodzaak van een gebod in de huidige gewijzigde situatie niet voldoende is onderbouwd, dient m.i. tegen die achtergrond te worden begrepen. Dat de woorden 'in de huidige gewijzigde situatie' slaan op de wijziging van art. 45d Aw per 1 juli 2015 blijkt niet. Daarom is niet van belang dat die wetswijziging geen gevolgen heeft gehad voor pre-existente werken.⁹²

4.109 Zie ik het goed, dan bestrijdt Lira in *subonderdeel 4.3* dat het voor een gebod of verbod (steeds) nodig is dat vastgesteld kan worden dat onrechtmatig is gehandeld jegens concreet aan te geven makers of ten aanzien van concrete werken. In zijn algemeenheid heeft Lira hier zeker een punt. Voor het opleggen van een gebod of verbod kán voldoende zijn dat vaststaat dat onrechtmatig is gehandeld en dat niet is gebleken dat onrechtmatig handelen in de toekomst zal uitblijven, zonder dat duidelijk is welke concrete makers of werken het betreft. In een zaak als de onderhavige betekent dit dat het hof nader diende te motiveren waarom geen reden bestaat voor toewijzing van de gebods- of verbodsvorderingen. Daartoe volstaat echter de overweging van het hof dat een dergelijk gebod ingrijpend is en de noodzaak ervan niet behoorlijk is onderbouwd (slot rov. 2.14.1).

4.110 Ik ben daarmee bij *subonderdeel 4.4* aangeland. Lira acht onvoldoende begrijpelijk het oordeel van het hof dat voor toewijzing van het gevorderde bevel tot opgave nodig is dat vaststaat om welke werken en makers het gaat, zodat de kabelexploitanten weten welke informatie zij moeten verstrekken en voorkomen wordt dat niet-relevante informatie wordt verstrekt. Het gevorderde bevel tot opgave zag niet op de werken en makers, maar op de zenderpakketten en de aantallen abonnees. De gevorderde opgave is – zoals Lira in feitelijke aanleg heeft gesteld en in cassatie herhaalt⁹³ – van belang voor de berekening van de schade.

4.111 De klacht dient te falen wegens gebrek aan belang. Het hof heeft namelijk met het oog op de verwijzing naar de schadestaat overwogen dat Lira de inbreuken in dit stadium nog niet hoeft te concretiseren. Lira kan dus zo nodig in de schadestaat-

procedure het bevel van opgave (opnieuw) vorderen.

4.112 Nu de voorafgaande klachten falen behoeft *subonderdeel 4.5* geen bespreking.

E Onderdeel 5: uitlokken wanprestatie

4.113 Onderdeel 5 wordt ingesteld voor zover de kabelexploitanten in hun incidenteel cassatieberoep met succes opkomen tegen rov. 2.15-2.15.2 van het eindarrest. Daar verwerpt het hof hun stellingen dat Lira de makers misleidt, kort gezegd, door niet te communiceren dat de producent kan beschikken over de rechten die voor verfilming en uitzending op televisie nodig zijn. Voor zover het hof in deze overwegingen zou hebben bedoeld te oordelen:

(i) dat van het 'gijzelen' van de producenten in verband met een verbod in de in deze zaak relevante periode wél sprake was, en/of;

(ii) dat de wijze waarop Lira haar contracten met de makers inzette mededingingsrechtelijk relevant misbruik opleverde;

voert Lira de klacht aan dat die oordelen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting en onvoldoende zijn gemotiveerd, in het licht van wat zij over deze verwijten heeft aangevoerd.⁹⁴

4.114 Bij de bespreking van onderdeel 4 van het incidenteel cassatieberoep zal ik toelichten dat Ziggo c.s. niet met succes opkomen tegen de hiervoor genoemde rechtsoverwegingen. De voorwaarde waaronder de onderhavige klacht is ingesteld, is daarom niet vervuld.

4.114 Ten overvloede merk ik op dat het onderdeel feitelijke grondslag mist. In het oordeel van het hof kan niet worden gelezen dat van het 'gijzelen' van de producenten in verband met een verbod in de in deze zaak relevante periode wél sprake was en evenmin dat de wijze waarop Lira haar contracten met de makers inzette jegens producenten (en Rodap en de kabelexploitanten) een mededingingsrechtelijk relevant misbruik opleverde. Het hof heeft slechts tot uitdrukking gebracht dat van dit alles inmiddels in ieder geval geen sprake meer is.

F Onderdeel 6: veegklacht

4.116 Onderdeel 6 bevat een veegklacht. Deze faalt nu de onderdelen 1 tot en met 5 ongegrond zijn.

G Slotsom

4.117 Ik kom tot de slotsom dat het principale cassatieberoep faalt. Ik wijs echter nogmaals op wat ik heb opgemerkt in de conclusie van de bespreking van onderdeel 2 (zie 4.96).

91 Schriftelijke toelichting onder 4.4.5, onder verwijzing naar C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. BW A11), 2018/11 en 15, *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/153 en 361, A.W. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 613.

92 Zie ook rov. 2.3 en 2.4 van het eindarrest.

93 Zie ook de schriftelijke opmerkingen onder 4.4.10, waar wordt verwezen naar de inleidende dagvaarding onder 71-73 en de spreekantekeningen van 15 april 2014 onder 118 (bedoeld is kennelijk 119).

94 Lira verwijst in dit verband naar haar spreekantekeningen van 15 april 2014 onder 71-73 en van 16 oktober 2017 onder 38-43. Daarnaast verwijst zij naar haar memorie van antwoord in principaal appel onder 182-195 en onder 196-204.

5 *Het incidenteel cassatieberoep*

A Onderdeel: verwijzing naar de schadestaat

1 Bestreden overwegingen

5.1 Onderdeel 1 betreft de verwijzing naar de schadestaat voor zover het gaat om (i) gevallen waarin de maker een Lira-beding is overeengekomen met de producent, en/of (ii) pre-existente werken c.a. Ziggo c.s. menen dat Lira, op wie de stelplicht rust, zo weinig heeft gesteld dat reeds op die grond haar vorderingen moeten worden afgewezen (eindarrest, rov. 2.11.2). Hieromtrent overweegt het hof:

'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.

[...].

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 Samenvatting van de klachten

5.2 Ziggo c.s. voeren de volgende klachten aan:

- Het hof heeft miskend dat voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure ten minste vereist is dat in de hoofdprocedure wordt vastgesteld dat een inbreuk is gemaakt. Dat aannemelijk is dat sprake is van inbreuken, resp. dat de mogelijkheid van inbreuken aannemelijk is, is onvoldoende (*onder 1.1 en 1.1.1*);

- Voor zover het hof een inbreuk heeft bedoeld vast te stellen, geeft het oordeel blijk van een onjuiste verdeling van de stelplicht en bewijslast (*onder 1.2*), omdat Lira niet heeft bewezen en door het hof ook niet is vastgesteld dat zich gevallen voordoen waarin cumulatief (i) de auteur 'anders is overeengekomen' met de producent, (ii) Lira de betreffende auteursrechten kan handhaven en (iii) deze werken in de relevante periode door de kabelexploitanten zijn (her)uitgezonden (*onder 1.2.1*).⁹⁵

- Enig oordeel dat sprake zou zijn van inbreuk (of dat de mogelijkheid daarvan aannemelijk is), is bovendien onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Gemotiveerd is aangevoerd dat Lira niet heeft aangevoerd dat auteurs met producenten 'andersluidende' overeenkomsten sluiten. Wat Lira aanduidt als 'Lira-beding' ziet niet op primaire exploitatie- of verbodsrechten, maar op een vergoeding voor secundaire

⁹⁵ Ziggo c.s. verwijzen naar de conclusie van antwoord van de kabelexploitanten onder 2.16-2.17, 6.5, 10.4 en 11.7, de conclusie in interventie van Rodap onder 3.5, de comparitieaantekeningen van de kabelexploitanten van 15 april 2014 onder 2.5, 2.7, 2.9-2.15 en 3.3-3.4, de memorie van grieven van de kabelexploitanten onder 137, de memorie van grieven van Rodap onder 4.9-4.13, de memorie van antwoord in incidenteel appel van de kabelexploitanten onder 23 e.v., de memorie van antwoord in incidenteel appel van Rodap onder 1.3, de pleitnotities van de kabelexploitanten van 25 april 2016 onder 4.8-4.15, de pleitnotities van Rodap van 25 april 2016 onder 1.1, de pleitaantekeningen van de kabelexploitanten van 16 oktober 2017 onder 2.1.1-2.1.2 en het proces-verbaal van comparitie van 16 oktober 2017 op p. 5.

daire openbaarmaking.⁹⁶ De overweging dat de kabelexploitanten hebben erkend dat in uitzonderlijke gevallen makers zich bepaalde rechten met betrekking tot hun bijdrage voorbehouden in hun contracten met de producenten is onbegrijpelijk, nu niet op voormeld betoog is gerespondeerd, Lira in deze procedure niet heeft laten zien dat deze uitzonderlijke gevallen zich hebben voorgedaan en het hof dit ook niet heeft vastgesteld (*onder 1.2.2*);

- De overweging dat de kabelexploitanten hebben erkend dat pre-existente werken c.a. voorkomen, is onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Betoogd is dat auteurs van pre-existente werken c.a. en producenten de rechten onderling regelen.⁹⁷ Dat enkele feit betekent niet dat die werken ook zonder toestemming zijn (her)uitgezonden en dat Lira de betreffende rechten kan handhaven. Dat heeft Lira ook niet aangetoond (*onder 1.2.2*).

3 Bespreking van de klachten

5.3 Het hof heeft aansluiting gezocht bij rov. 5.3.2 uit het arrest *Norma/NLKabel*. In deze overweging wordt tot uitdrukking gebracht dat voor een verwijzing naar de schadestaat kan worden volstaan met de vaststelling dat sprake is geweest van een inbreuk. Niet hoeft vast te staan welke kabelexploitant, jegens welke rechthebbende en met betrekking tot welke uitzendingen een inbreuk heeft gepleegd op de rechten. Een andere opvatting zou onaanvaardbaar afbreuk doen aan de effectieve belangenbehartiging door cbo's.

5.4 Wat het hof in het onderhavige geval heeft gedaan, is met dit uitgangspunt in overeenstemming. Het is minder gelukkig dat het hof spreekt van een 'mogelijkheid van inbreuk en dus van schade'. Uit de overwegingen blijkt evenwel dat het hof heeft aangenomen dat van een inbreuk sprake is zodat het woord 'mogelijk' kennelijk alleen ziet op de mogelijkheid van schade. Het hof heeft overwogen dat er gevallen zijn waarin een 'Lira-beding' is overeengekomen, sprake is van pre-existente werken c.a. of aan Lira (dan wel een buitenlandse zusterorganisatie waarmee zij een wederkerigheidsovereenkomst heeft) bedoelde rechten zijn overgedragen bij de aansluitcontracten en dat niet in alle gevallen om toestemming is gevraagd en voor die rechten is be-

taald aan Lira. Dat is de grondslag van de verplichting tot schadevergoeding. Daarmee is de mogelijkheid van schade aannemelijk. Voor zover Ziggo c.s. klagen dat het hof heeft miskend dat voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure ten minste vereist is dat in de hoofdprocedure wordt vastgesteld dat een inbreuk is gemaakt, mist het onderdeel dan ook feitelijke grondslag.

5.5 Van een onjuiste verdeling van de stelplicht en bewijslast geeft het oordeel van het hof evenmin blijk. Het impliceert dat Lira erin is geslaagd aan te tonen dat cumulatief aan de thans in cassatie door de kabelexploitanten c.s. genoemde voorwaarden is voldaan: er zijn in de relevante periode werken door de kabelexploitanten uitgezonden, ter zake waarvan de rechten aan Lira toekomen, zonder dat daarvoor toestemming is gevraagd of voor is betaald. Niet vastgesteld hoeft te worden welke afzonderlijke inbreuken van welke kabelexploitant, jegens welke rechthebbende en met betrekking tot welke uitzendingen hebben plaatsgevonden. Nadere stellingen daarover mogen ook eerst in de schadestaatprocedure worden betrokken.

5.6 Ziggo c.s. bestrijden niet dat uit hun eigen stellingen voortvloeit dat niet (in alle gevallen) om toestemming is gevraagd en dat niet (in alle gevallen) voor de rechten aan Lira is betaald. Opgekomen wordt tegen het oordeel dat ten minste in enkele gevallen een Lira-beding is overeengekomen of sprake is geweest van pre-existente werken c.a. en bedoelde rechten aan Lira zijn overgedragen. De klachten spitsen zich met name toe op de door het hof in de processtukken gelezen erkenning van Lira's stellingen. Daarover kan nog het volgende worden opgemerkt.

5.7 De overweging dat de kabelexploitanten hebben erkend dat in uitzonderlijke gevallen makers zich bepaalde rechten met betrekking tot hun bijdrage voorbehouden in hun contracten met de producenten, is niet onbegrijpelijk. Op enkele van de door Ziggo c.s. in cassatie genoemde vindplaatsen wordt uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat het Lira-beding slechts de secundaire openbaarmaking betreft. Dat standpunt is ter gelegenheid van de comparitie op 15 april 2014 gehanteerd, waar namens de kabelexploitanten het volgende is opgemerkt:⁹⁸

'Er bestaat niet zoiets als het 'Lira-voorbehoud', het voorbehoud waar op gedoeld wordt is steeds anders. Van belang is of de producent zich heeft gerealiseerd dat hij de primaire uitzendrechten niet heeft verkregen.'

De pleitaantekeningen van de kabelexploitanten van 16 oktober 2017 houden verder het volgende in:

'32. Ten eerste volgt dit uit de verklaring van Tom de Lange, de managing director van AGICOA (Productie 16). AGICOA vertegenwoordigt buitenlandse producenten. Tom de Lange heeft verklaard dat naar zijn weten, afwijkende schrifte-

96 Ziggo c.s. verwijzen naar de conclusie van antwoord van de kabelexploitanten onder 2.16-2.18, de comparitieaantekeningen van de kabelexploitanten van 15 april 2014 onder 2.14 en 2.19, de pleitaantekeningen van Rodap van 15 april 2014 onder 2.1-2.8, het proces-verbaal van comparitie van 15 april 2014 op p. 4, de memorie van grieven van de kabelexploitanten onder 102, de memorie van grieven van Rodap onder 4.13-4.14, de memorie van antwoord in incidenteel appel van de kabelexploitanten onder 27, de pleitnotities van de kabelexploitanten van 25 april 2016 onder 4.9-4.11, de pleitnotities van Rodap van 25 april 2016 onder 1.1, de pleitaantekeningen van de kabelexploitanten van 16 oktober 2017 onder 25-36 onder verwijzing naar hun producties 16-20 en het proces-verbaal van de comparitie van 16 oktober 2017, op p. 4 en 5.

97 Ziggo c.s. verwijzen naar de conclusie in interventie van Rodap onder 3.5, voetnoot 7 en 9 op p. 17 van de memorie van grieven van kabelexploitanten en het proces-verbaal van de comparitie van 16 oktober 2017 op p. 5.

98 Vgl. het proces-verbaal van comparitie van 15 april 2014 op p. 4.

lijke bedingen waarin auteursrechten door scenarioschrijvers worden voorbehouden, niet of *amper* [cursivering door mij] voorkomen. Gezien het aantal rechthebbenden dat AGICOA ver tegenwoordigt, is dit een belangrijke feitelijke vaststelling.'

Verder is in het proces-verbaal van de comparitie van 16 oktober 2017 opgenomen dat namens de ka-beexploitanten het volgende is gesteld:⁹⁹

'De drie door Lira verwezen vindplaatsen van het Lirabeding betroffen enkel Nederlandse producenten die bij Lira zijn aangesloten en een Frans document uit 1980 over onduidelijke voorbehoud van rechten. (Productie 62b van Lira). Als we daarop een heel verbod op schade staat moeten toewijzen is dat ene geval van bijna 40 jaar geleden wel vergezocht.'

Dit laat zich m.i. niet anders lezen dan dat erkend is dat in ieder geval in enkele gevallen sprake is geweest van een relevant Lira-beding.

5.8 Het hof heeft verder in de processtukken van Ziggo c.s. kunnen lezen dat zij erkennen dat pre-existente werken c.a. voorkomen en dat Lira de daaraan verbonden rechten kan handhaven. Dat veruit de meeste makers hun rechten op reeds tot stand gebracht werk (zoals een te verfilmen boek) onvoorwaardelijk overdragen aan de producent staat vast, maar impliceert niet dat *alle* makers dit doen. Namens Lira is ter zitting terecht opgemerkt:¹⁰⁰

'Iedere auteur en iedere uitzending is er één. Door te zeggen dat het weinig voorkomt erkent Ziggo dus dat het daadwerkelijk wel gebeurt.'

B Onderdeel 2: bepaalbaarheid ex art. 3:84 lid 2 BW

1 Bestreden overwegingen

5.9 Onderdeel 2 klaagt over rov. 2.13.3 van het eindarrest, waarin het hof oordeelde dat de relevante rechten 'voldoende bepaald' zijn in de zin van art. 3:84 lid 2 BW. Deze kwestie was in *Norma/NL Kabel* ook al aan de orde. Het hof heeft het volgende overwogen:

2.13.3 Het gaat bij grief 3 van Ziggo respectievelijk 7 van Rodap om de vraag of is voldaan aan de bepaaldheidsis, 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 rele-

vante 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 gedeeld op tekstuele werken die zullen worden uitgezonden. Deze grieven falen.'

5.10 In de rechtsoverwegingen van de rechtbank, waarnaar het hof verwijst, staat het volgende: '4.8 UPC c.s. en RODAP hebben zich voorts op het standpunt gesteld dat de overdracht bij voorbaat niet voldoet aan het bepaaldheidsvereiste van artikel 3:84 lid 2 BW. Zij hebben in dit verband aangevoerd, dat de in het Aansluitingscontract gebruikte definitie van de over te dragen 'Werken' zo breed is, dat hieronder alle auteursrechtelijk beschermde werken van tekstuele aard vallen. Als gevolg hiervan is het, volgens UPC c.s. en RODAP, onmogelijk om alle auteursrechten die onderwerp zijn van de overdracht achteraf te identificeren.'

4.8.1 Het volgende staat hierbij voorop. Om vast te stellen of aan de bepaaldheidsis van artikel 3:84 lid 2 BW is voldaan, dient de leveringsakte zodanige gegevens te bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat. Deze maatstaf geldt ook bij overdracht van een auteursrecht (vergelijk HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381).

In het Aansluitingscontract is bepaald, dat de auteur de rechten overdraagt als vermeld in het Aansluitingscontract van alle door hem vervaardigde en tijdens de looptijd van de overeenkomst nog te vervaardigen Werken (artikel 1 Aansluitingscontract). Het begrip Werken is in de Voorwaarden gedefinieerd (zie hiervoor onder 2.5). In artikel 6 lid 1 van de Voorwaarden is bepaald dat de auteurs met wie het Aansluitingscontract wordt gesloten, zich verbinden om hun werken bij Lira aan te melden in een zo vroeg mogelijk stadium en uiterlijk op het moment van voltooiing daarvan. Deze artikelen in hun onderlinge verband en samenhang bezien, maken dat de leveringsakte (het Aansluitingscontract) voldoende gegevens bevat om, eventueel achteraf, aan de hand daarvan vast te stellen om welke werken het gaat. Daarbij is nog van belang dat de werken stoffelijk van aard zijn, het gaat immers alleen om tekstuele werken, en daarmee steeds voorhanden zijn ter verificatie. Daarmee zijn de over te dragen goederen voldoende bepaald. Het verweer op dit punt faalt dan ook.'

2 Samenvatting van de klachten

5.11 Achtereenvolgens voeren Ziggo c.s. de volgende klachten aan:

⁹⁹ Vgl. het proces-verbaal van comparitie van 16 oktober 2017 op p. 4 en 5.

¹⁰⁰ Zie het proces-verbaal van 16 oktober 2017 op p. 6.

- Het hof heeft met zijn overweging dat uit de tekst van het aansluitingscontract als geheel valt op te maken dat uitsluitend wordt bedoeld op tekstuele werken *die zullen worden uitgezonden*, een onbegrijpelijke uitleg gegeven van de tekst van het Aansluitingscontract. De tekst van het Aansluitingscontract laat zich niet anders uitleggen dan dat wordt beoogd dat de auteur de 'Rechten' op alle door hem vervaardigde en tijdens de looptijd van de overeenkomst nog te vervaardigen 'Werken' aan Lira overdraagt, althans bij voorbaat aan Lira levert. Uit de tekst blijkt geen beperking van de beoogde overdracht tot de 'Werken' voor zover deze zullen worden uitgezonden (*onder 2.1.1*).

- Voorts heeft Lira nimmer aangevoerd dat de beoogde overdracht slechts ziet op werken die zullen worden uitgezonden. Uit verschillende van haar stellingen volgt dat de overdracht alle werken betreft. Een andere uitleg is onverenigbaar met Lira's stelling (a) dat de overdracht plaatsvindt zodra het werk tot stand komt en aan het werkbegrip voldoet en (b) de overdracht ook op toekomstige werken ziet, omdat alsdan in beide gevallen op het moment van overdracht nog onzeker is of de werken ook zullen worden uitgezonden (*onder 2.1.2*);

- Lira heeft beoogd te regelen dat bij haar aangesloten auteurs *al* hun auteursrechten van tekstuele aard aan haar overdragen. In het licht daarvan is het oordeel dat het in casu gaat om tekstuele werken die voldoende identificeerbaar zijn omdat het uitsluitend gaat om tekstuele werken die zullen worden uitgezonden, onbegrijpelijk. De situatie die in *Norma/NLKabel* aan de orde was, doet zich ook hier voor. Niet valt in te zien waarom de redenering in dat arrest wel op zou gaan voor een lied, opgevoerd in familiekring, maar niet voor bijvoorbeeld een op papier gezette speech voor een uitvaart of trouwerij of een brief in relationele sfeer. Tegen deze achtergrond heeft het hof miskend dat niet is voldaan aan de bepaaldheidseis. Immers niet het gehele repertoire waarop een auteur auteursrechten verkrijgt kan achteraf worden geïdentificeerd, zodat de omschrijving in de aansluitingsovereenkomsten onvoldoende bepaald is (*onder 2.2*);¹⁰¹

- Het hof heeft miskend dat een levering van auteursrechten op dat deel van het gehele toekomstige repertoire van een auteur, bestaande uit alle 'tekstuele werken die zullen worden uitgezonden', niet als voldoende bepaald kan worden aangemerkt (*onder 2.3*).¹⁰²

3 Bespreking van de klachten

5.12 Ook in *Norma/NLKabel* kwam het bepaaldheidsvereiste aan de orde. Voor zover hier van belang, werd in dat arrest daaromtrent het volgende overwogen:

¹⁰¹ Ziggo c.s. verwijzen naar de memorie van grieven in principaal appel van de kabelexploitanten onder 151, 154-157, de memorie van grieven van Rodap in principaal appel onder 11.7-11.8 en de comparitieaantekeningen van de kabelexploitanten onder 3.36 en 3.38-3.40.

¹⁰² Ziggo c.s. verwijzen naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 402.

'4.4.1 Onderdeel IIB komt op tegen het oordeel van het hof [...] dat voor een rechtsgeldige levering van alle bestaande en toekomstige naburige rechten tenminste vereist is dat, eventueel achteraf, 'alle' naburige rechten die de desbetreffende kunstenaar heeft verkregen, kunnen worden geïdentificeerd. Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee een aanvullend vereiste in de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW geïntroduceerd.

4.4.2 Art. 3:84 lid 2 BW vereist dat het over te dragen goed met voldoende bepaaldheid is omschreven. Deze eis geldt ook in geval van overdracht van toekomstige goederen en betreft mede de overdracht van naburige rechten. Aan deze eis is in het algemeen voldaan als de akte van levering zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat (vgl. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, NJ 2002/610). 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 bepaaldheidseis geïntroduceerd, doch slechts tot uitdrukking gebracht dat die eis betrekking heeft op elk van de over te dragen goederen. Dat oordeel is juist. Het onderdeel faalt.

4.5.1 Onderdeel IIA richt zich tegen rov. 5.6 waarin het hof oordeelt dat niet het gehele repertoire waarop een uitvoerende kunstenaar naburige rechten verkrijgt achteraf kan worden geïdentificeerd, zodat de omschrijving in de exploitatieovereenkomsten onvoldoende bepaald is. Het hof overweegt daarbij dat van een uitvoering al sprake is wanneer een uitvoerende kunstenaar een voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komend lied in de vrienden- of familiekring uitvoert. Volgens het onderdeel is het hof met deze overwegingen buiten de rechtsstrijd van partijen getreden, omdat NLKabel c.s. hun beroep op onbepaaldheid in de zin van art. 3:84 lid 2 BW niet gegrond hebben op de omstandigheid dat niet alle naburige rechten die de desbetreffende rechtshabende heeft verkregen en aan Norma wil overdragen, kunnen worden geïdentificeerd.

4.5.2 Het onderdeel faalt. NLKabel c.s. hebben in de feitelijke instanties betoogd dat art. 3:84 lid 2 BW in de weg staat aan overdracht van alle toekomstige rechten van de naburig rechthebbende. Door naar aanleiding van dit verweer te onderzoeken of de omschrijving in de exploitatieovereenkomsten van de over te dragen rechten voldoet aan de in art. 3:84 lid 2 BW gestelde eis van voldoende bepaaldheid, is het hof niet buiten de rechtsstrijd van partijen getreden. Evenmin is het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door te refereren aan een voorbeeld (uitvoeringen in familie- of vriendenkring) dat niet door partijen ter sprake was gebracht. Het stond het

hof vrij zijn rechtsoordeel in rov. 5.6, dat naburige rechten van rechtswege komen te rusten op alle uitvoeringen die door uitvoerende kunstenaars worden verricht, met een voorbeeld te illustreren.'

5.13 Het arrest *Norma/NLKabel* is ook op dit onderdeel kritisch ontvangen. Ik citeer de NJ-noot van Hugenholtz:¹⁰³

'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 geïdentificeerd 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 kabelexploitanten 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 rech-

tenbeheer 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 aangesloten 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 generieke 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.'

5.14 Zie ik het goed, dan heeft de Hoge Raad met in het bijzonder rov. 4.4.2 juist *niet* bedoeld te overwegen dat alle rechten die onderwerp zijn van de levering moeten kunnen worden geïdentificeerd, wat inderdaad een aanvullend vereiste in de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW zou introduceren. Overwogen is slechts dat de eis van bepaalbaarheid betrekking heeft op elk van de over te dragen goederen. Wordt ten aanzien van sommige goederen niet aan dat vereiste voldaan en ten aanzien van andere goederen wel, dan kunnen eerstbedoelde goederen niet en laatstbedoelde goederen wel zijn overgedragen. Overigens deel ik de kritiek dat het bij de rechtsfiguur van collectief rechtenbeheer niet past te eisen dat ieder werk of iedere uitvoering waarop het aansluitingscontract betrekking heeft *en detail* identificeerbaar is.

5.15 Het oordeel van het hof spitst zich terecht toe op 'de hier relevante aan *Lira* bij voorbaat overge-

¹⁰³ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz.

dragen rechten'.¹⁰⁴ De toevoeging van de woorden 'hier relevante' houdt de mogelijkheid open dat is beoogd meer rechten over te dragen. In de verhouding met de kabelexploitanten gaat het echter slechts om rechten die rusten op werken die zullen worden uitgezonden. Dat zijn de hier relevante rechten. De overweging dat '(uit de tekst van het aansluitcontract als geheel valt op te maken dat) hier uitsluitend wordt bedoeld op tekstuele werken die zullen worden uitgezonden', moet ook in die zin worden gelezen. Mogelijk is beoogd de rechten op alle vervaardigde en tijdens de looptijd van de overeenkomst nog te vervaardigen werken over te dragen of bij voorbaat te leveren, zoals Ziggo c.s. onder verwijzing naar stellingen van Lira aanvoeren,¹⁰⁵ maar hier (lees; voor zover hier van belang) wordt uitsluitend bedoeld op tekstuele werken die zullen worden uitgezonden. Het gaat dan ook om de vraag of die rechten met voldoende bepaaldheid zijn omschreven. Dat partijen hebben beoogd rechten over te dragen die rusten op werken die zullen worden uitgezonden, is in het licht van het Aansluitingscontract met Bijlage en Voorwaarden¹⁰⁶ en van de (ook door Ziggo geciteerde) stellingen van Lira niet onbegrijpelijk. 5.16 Om vast te stellen of aan de bepaaldheidseis van artikel 3:84 lid 2 BW is voldaan, dient de leveringsakte zodanige gegevens te bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat.¹⁰⁷ Deze maatstaf geldt ook bij overdracht van een auteursrecht.¹⁰⁸ Aan de eis van voldoende bepaaldheid moeten bij de levering bij voorbaat van toekomstige goederen niet te strenge eisen worden gesteld. Bij toekomstige goederen brengt de maatstaf mee dat het goed identificeerbaar moet zijn op het tijdstip

waarop het wordt verkregen door de vervreemder.¹⁰⁹

5.17 Aan het oordeel van het hof dat aan voornoemd vereiste is voldaan ligt meer ten grondslag dan de overweging dat de rechten '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.' (rov. 2.13.3, slot). Het hof heeft ook de door de rechtbank genoemde gronden voor dat oordeel overgenomen. Daaruit volgt dat aan de bepaaldheidseis is voldaan omdat i) het begrip 'Werken' in de Voorwaarden is gedefinieerd, ii) het daarbij steeds gaat om werken van stoffelijke aard die steeds ter verificatie voorhanden zijn, nu het gaat om tekstuele werken, en iii) in art. 6 lid 1 van de Voorwaarden is bepaald dat de auteurs zich verbinden om hun werken bij Lira aan te melden in een zo vroeg mogelijk stadium en uiterlijk op het moment van voltooiing daarvan. Deze door de rechtbank genoemde gronden worden in cassatie niet bestreden.

5.18 Lira heeft op voornoemde bepaling uit de Voorwaarden uitdrukkelijk een beroep gedaan.¹¹⁰ Daarmee zijn er in dit opzicht enkele belangrijke verschillen met *Norma/NLKabel*. In die procedure ging het niet om voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten én in die procedure was er door Norma geen beroep gedaan op de bepaling dat de uitvoerend kunstenaar het repertoire 'met name voor zover daarvan opnamen, reproducties en/of uitzendingen zijn gemaakt' deze dient aan te melden. De stellingen van de kabelexploitanten dat dit geval zeer wel vergelijkbaar is met *Norma/NLKabel* stranden reeds daarop. Het oordeel van het hof dat aan de bepaaldheidseis is voldaan is, alle daartoe aangedragen gronden in aanmerking genomen, niet onbegrijpelijk en geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

C Onderdeel 3: buitenlandse rechthebbers

1 Bestreden overwegingen

5.19 Onderdeel 3 komt op tegen het oordeel in rov. 2.13.5 van het eindarrest dat Lira voldoende heeft gesteld om aannemelijk te achten dat zij op basis van wederkerigheidsovereenkomsten ook bevoegd is op te treden voor buitenlandse rechthebbers:

'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 ge-

104 Dat een levering bij voorbaat mogelijk is wordt algemeen aangenomen. Zie P.G.F.A. Geerts en A.M.E. Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* 2018/562, met verdere verwijzingen, en Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (R&P nr. IE2), 2019/9.20. Onder verwijzing naar laatstgenoemde auteurs stellen Ziggo c.s. in hun schriftelijke toelichting onder 161 dat pas aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan bij een omschrijving als 'een te schrijven boek over een bepaald onderwerp in een bepaald genre met een enigszins bepaalde omvang, of een te maken verfilming van een bestaand boek'. In een dergelijk geval zal aan dat vereiste inderdaad zijn voldaan. Dat betekent niet dat in andere gevallen met een minder specifieke omschrijving niet óók aan het bepaaldheidsvereiste kan zijn voldaan.

105 Vgl. de schriftelijke toelichting van Ziggo c.s. onder 153.

106 Vgl. de vastgestelde feiten onder 2.2 tot en met 2.5 van het vonnis van de rechtbank, waarnaar het hof in het tussenarrest onder 2 verwijst.

107 Voor het eerst in HR 14 oktober 1994,

ECLI:NL:HR:1994:ZC1488 (*Rivierenland/Gispén q.q.*), NJ 1995/447, m.nt. W.M. Kleijn. Zie ook *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/231*, *Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/204 e.v.*, P.C. van Es, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 2.3.1 en 2.6.

108 Zie reeds eerder HR 20 september 2002,

ECLI:NL:HR:2002:AE3381 (*JNG/Muller q.q.*), NJ 2002/610, m.nt. C.E. du Perron.

109 Vgl. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/248* en P.C. van Es, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 2.2, steeds met verdere verwijzingen, waaronder naar Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, 1990, p. 1248. Dat niet al te stringente eisen worden gesteld volgt ook uit HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842 (*Mulder q.q./Rabobank*), NJ 2004/182, m.nt. W.M. Kleijn.

110 Zie de inleidende dagvaarding onder 78–83, de spreekkaantekeningen van 15 april 2014 onder 80–90, de memorie van antwoord in principaal appel onder 145–156 en de spreekkaantekeningen van 25 april 2016 onder 40.

steld om aannemelijk te achten dat zij op basis van wederkerigheids-overeenkomsten 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 Samenvatting van de klachten

5.20 Ziggo c.s. formuleren de volgende klachten tegen de geciteerde overweging:

- Het oordeel dat voldoende aannemelijk is dat Lira op basis van wederkerigheidsovereenkomsten ook bevoegd is op te treden voor buitenlandse rechthebbenden, is onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu Ziggo c.s. uitgebreid het tegendeel hebben betoogd en het hof daarop niet kenbaar heeft gerepondeerd (*onder 3.1*);¹¹¹

- Lira heeft de door haar gestelde 'vertegenwoordigingsbevoegdheid' niet juridisch gekwalificeerd, zodat in het midden is gebleven of het hier zou gaan om volmacht of lastgeving, of Lira optreedt als enkel formele of ook als materiële procespartij en of de vertegenwoordigde cbo's en/of buitenlandse rechthebbenden gebonden zijn aan het arrest van het hof, of dit tegen hen gezag van gewijsde heeft en of Ziggo c.s. dit arrest tegen hen zouden kunnen executeren. Nu ook het hof zich daarover niet heeft uitgelaten is zijn arrest onjuist of ontoereikend gemotiveerd (*onder 3.2*);

- Het oordeel dat de bewijslevering in de schadestaatprocedure nog aan de orde kan komen ten aanzien van buitenlandse cbo's of auteurs waarvan Lira niet reeds aan de hand van overgelegde wederkerigheidsovereenkomsten kenbaar heeft gemaakt dat zij bevoegd zou zijn namens hen op te treden, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Lira had, voor zover zij in deze procedure optreedt krachtens volmacht, aanstonds bij inleidende dagvaarding de identiteit van haar volmachtgevers bekend moeten maken, hetgeen zij niet heeft gedaan.¹¹² Voor zover Lira optreedt als lasthebber, had zij aanstonds in reactie op het daarop gerichte verweer moeten stellen

en bewijzen dat zij uit hoofde van lastgeving bevoegd was op eigen naam ten behoeve van de buitenlandse auteurs op te treden¹¹³ (*onder 3.3*).

3 Bespreking van de klachten

5.21 Het hof heeft m.i. niet geoordeeld dat Lira heeft bewezen dat zij bevoegd is op te treden namens buitenlandse cbo's.¹¹⁴ Het onderdeel mist in zoverre feitelijke grondslag. Hoewel het gebruik van het woord 'aannemelijk' doorgaans een bewijsdeel impliceert,¹¹⁵ is er aanleiding te veronderstellen dat het hof dit woord hier niet in deze zin heeft willen gebruiken. Die aanleiding zie ik in de slotzin van rov. 2.13.5, waar het hof overweegt dat daaromtrent zo nodig nadere bewijslevering kan plaatsvinden in de schadestaat.

5.22 Volgens Ziggo c.s. had Lira al in de hoofdprocedure moeten bewijzen dat i) buitenlandse makers over auteursrechten beschikken, ii) de kabelexploitanten c.s. inbreuk maken op deze rechten, iii) de buitenlandse cbo's bevoegd zijn namens deze buitenlandse makers op te treden en iv) Lira op grond van een rechtsgeldige wederkerigheidsovereenkomst een adequaat mandaat heeft om namens de rechthebbende(n) op te treden.¹¹⁶ Dat standpunt impliceert dat in de hoofdprocedure een onderzoek naar de exacte reikwijdte van de wederkerigheidsovereenkomsten, per auteur en per werk had moeten plaatsvinden. Dat zou echter onaanvaardbaar afbreuk doen aan de effectieve belangenbehartiging door cbo's.

5.23 Ook de vraag of sprake is van volmacht of lastgeving kan in de schadestaatprocedure aan de orde komen. Dan zal Lira alsnog kunnen verduidelijken op grond van welke rechtsfiguur zij bevoegd is om de buitenlandse cbo's te vertegenwoordigen. Voor zover sprake blijkt te zijn van volmacht zal Lira

¹¹³ Ziggo c.s. verwijzen naar HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, NJ 2005/41 ('3.3 (...) Eerst indien het verweer van de wederpartij daartoe aanleiding geeft, zal de lasthebber dienen te stellen en zonodig te bewijzen dat hij uit hoofde van lastgeving bevoegd is op eigen naam ten behoeve van de rechthebbende op te treden.') en HR 30 augustus 2019, ECLI:NL:HR:2019:1293, NJ 2020/2, m.nt. D.W.F. Verkade (NZO/Alpro).

¹¹⁴ Overigens is dat ook de lezing die Ziggo c.s. in onderdeel 5 van het incidenteel cassatieberoep aan de overwegingen van het hof geven, waar zij onder 5.3 sub d stellen: 'Het punt is echter dat Lira haar stellingen dusdanig onvoldoende heeft onderbouwd dat het hof in de hoofdprocedure ten aanzien van geen enkele zusterorganisatie heeft kunnen vaststellen dat Lira bevoegd is namens deze zusterorganisatie op te treden. Het hof heeft de vraag of Lira bevoegd is op te treden namens buitenlandse zusterorganisaties dus niet beantwoord in de hoofdprocedure.'

¹¹⁵ Vgl. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (Bossers & Cnossen), NJ 2018/395, m.nt. E. Verhulp, rov. 3.4.3. Daarover J.W. Alt, *Advocatenblad* 2018/05. Zie ook het proefschrift van R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid*, 2011/5.7 ('het aannemelijk maken van feiten').

¹¹⁶ Ziggo c.s. verwijzen in hun schriftelijke toelichting onder 166 en verder naar de memorie van antwoord in incidenteel appel van de kabelexploitanten onder 23, 28, 40 en 48-72 en de memorie van antwoord in incidenteel appel van Rodap onder 2.5.

¹¹¹ Ziggo c.s. verwijzen naar de conclusie van antwoord van de kabelexploitanten onder 10.1-10.7, de memorie van antwoord in incidenteel appel van de kabelexploitanten onder 3 en 23-76, de memorie van antwoord in incidenteel appel van Rodap onder 1.3 en 2.1-2.14 en de pleitaantekeningen van de kabelexploitanten van 16 oktober 2017 onder 2.1.3.

¹¹² Ziggo c.s. verwijzen naar HR 2 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0919, NJ 1993/573, m.nt. D.W.F. Verkade (NVPI/Snelleman): '4.3 (...) Het hof heeft echter met zijn hierover omschreven oordeel tot uitdrukking gebracht dat een eisende partij die niet reeds bij dagvaarding heeft gesteld (mede) op te treden als gevolmachtigde van een met name genoemde volmachtgever, niet hangende de procedure die hoedanigheid alsnog kan aannemen door op de voet van art. 134 Rv haar eis te veranderen. Dat oordeel is juist (...).'

inderdaad tegengeworpen kunnen worden dat zij reeds bij dagvaarding had moeten stellen op te treden als gevolmachtigde van (een) met name genoemde volmachtgever(s). Voor zover sprake blijkt te zijn van lastgeving, kunnen Ziggo c.s. evenwel niet worden gevolgd in de stelling dat Lira al eerder naar aanleiding van hun verweer had moeten stellen en bewijzen dat zij uit hoofde daarvan bevoegd was op eigen naam ten behoeve van de buitenlandse rechthebbenden op te treden. Zoals zij zelf aanvoeren, had Lira alleen aan die eis kunnen voldoen door overlegging van de relevante documentatie: de overeenkomst tussen de maker en de producent, de overeenkomst tussen de maker en de buitenlandse cbo en de overeenkomst tussen Lira en de buitenlandse cbo. De relevante documentatie kan zij, waar nodig, voor het eerst in de schadestaat-procedure overleggen.

D Onderdeel 4: uitlokken wanprestatie

1 Bestreden overwegingen

5.24 *Onderdeel 4* is gericht tegen het oordeel dat het betoog dat Lira wanprestatie uitlokt en aldus onrechtmatig handelt, heeft verworpen. De relevante overwegingen houden het volgende in:

'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 Lirabeding 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.'

2 Samenvatting van de klachten

5.25 Het onderdeel bevat de volgende klachten:

- Het oordeel dat de onrechtmatigheid van Lira's constructie zou afhangen van het antwoord op de vraag of (eventuele) verbodsvorderingen al dan niet worden toegewezen, is onjuist of onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Ook het oordeel dat de kabelexploitanten niet hebben aangevoerd dat het enkele creëren van schadevergoeding onrechtmatig is, is onjuist of onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd (*onder 4.1.1*);

- Als Lira in cassatie met succes opkomt tegen de oordelen over de uitleg van art. 45d Aw, houdt de motivering van de verwerping van het betoog van Ziggo c.s. evenmin stand (*onder 4.1.2*).

3 Bespreking van de klachten

5.26 Het onderdeel komt op tegen de verwerping van het betoog van Ziggo c.s. dat Lira de makers

misleidt en uitlokt om wanprestatie tegen de producent te plegen, hetgeen ook onrechtmatig is jegens Ziggo c.s.¹¹⁷ Die verwerping berust op meerdere alternatieve gronden. Een van die gronden is dat in het licht van de door de wetgever uitdrukkelijk wenselijk geachte rol van cbo's moet worden aanvaard en rechtmatig geacht dat Lira, ook al is zij de enige cbo op dat gebied, aansluitcontracten met makers sluit. Dat wordt in cassatie – terecht – niet bestreden en kan het oordeel dragen. Dat laatste geldt zeker waar het de pre-existente werken c.a. betreft, waarop de kabelexploitanten in het onderdeel met name het oog hebben.

5.27 Ten overvloedige merk ik nog op dat aan de voorwaarde waaronder de klacht onder 4.1.2 wordt opgeworpen niet is voldaan; zie de bespreking van onderdeel 1 van het principaal cassatieberoep. Mocht de Hoge Raad daarover anders oordelen, dan dient het onderhavige onderdeel van Ziggo c.s. nog altijd te falen.

E Onderdeel 5: kostencompensatie

1 De klachten

5.28 Onderdeel 5 komt op tegen rov. 2.24 van het eindarrest, waarin het hof oordeelde dat, nu partijen in het principaal, het incidenteel appel en het voorwaardelijk inzage-incident over en weer gedeeltelijk in het gelijk zijn gesteld, de kosten gecompenseerd kunnen worden. De kabelexploitanten c.s. klagen achtereenvolgens:

- dat het oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van art. 237 Rv (jo. 1019h Rv), voor zover geen onderscheid is gemaakt tussen enerzijds de kosten veroordeling in principaal appel en anderzijds de kostenveroordeling in incidenteel appel. Het hof was gehouden om zowel in het principaal, als in het incidenteel appel een kostenveroordeling uit te spreken (*onder 5.1*);
- dat het oordeel dat partijen in het principaal appel over en weer gedeeltelijk in het gelijk zijn gesteld, onbegrijpelijk is. Het hof heeft geoordeeld dat Lira in het principaal appel heeft te gelden als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij (*onder 5.2*). Het enkele feit dat het hof Lira de kans heeft gegeven haar stellingen in de schadestaatprocedure alsnog te bewijzen, betekent niet dat het hof Lira in het gelijk heeft gesteld;
- het hof heeft miskend dat Lira in het incidenteel appel heeft te gelden als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij (*onder 5.3*).

5.29 Ziggo c.s. lichten hun stellingen gedetailleerd toe.

2 Bespreking van de klachten

5.30 De klacht *onder 5.1*. mist feitelijke grondslag voor zover de klacht berust op de veronderstelling dat het hof niet zowel in het principaal als in het incidenteel appel een kostenveroordeling heeft uitgesproken. Het dictum betreft onmiskenbaar het principaal en incidenteel appel en moet zo worden

begrepen dat het hof beide keren de kosten heeft gecompenseerd.

5.31 N.a.v. de klacht *onder 5.2 en 5.3* merk ik het volgende op. De beslissing over de vraag of, en zo ja op welke wijze, de kosten zullen worden gecompenseerd indien partijen over en weer op enige punten in het ongelijk zijn gesteld, staat – zoals Lira in haar schriftelijke toelichting *onder 5.5.3* met juistheid stelt – ter vrije beoordeling van de rechter die over de feiten oordeelt. Dat oordeel kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst en hoeft geen blijk te geven van een weging of partijen in gelijke mate over en weer in het ongelijk zijn gesteld.¹¹⁸ Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk. Vergelijking van de uitkomst in relatie tot het gevorderde leert dat partijen over en weer op verschillende punten in het ongelijk zijn gesteld.¹¹⁹ Het hof heeft niet tot een ander oordeel te komen op de grond dat het relatief gewicht van de onderwerpen ten aanzien waarvan Ziggo c.s. in het gelijk zijn gesteld zwaarder is dan dat van de onderwerpen ten aanzien waarvan Lira in het gelijk is gesteld.

F Onderdeel 6: billijke vergoeding

1 Bestreden overwegingen

5.32 Onderdeel 6 is gericht tegen rov. 3.11 van het tussenarrest en wordt ingesteld voor zover het hof daarin een bindende eindbeslissing heeft willen geven op enig onderdeel van het geschil. De bestreden overweging luidt:

'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 dispuuten 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 wel-

¹¹⁸ Vgl. P. de Bruin, in: GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 237/3 en Hugenholtz/Heemskerk, *Hooflijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2018/153. Zie verder A-G Rank-Berenschot in haar conclusie vóór HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6075 onder 3.8.

¹¹⁹ Vgl. *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/125, Van Dam-Lely, in: Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, art. 237 Rv en P. Sluiter, 'Sturen met proceskosten: wie betaalt de prijs van verstoring procesgedrag', 2011, p. 48–49.

¹¹⁷ Zie ook de schriftelijke toelichting van Ziggo c.s. onder 183.

licht 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 breedere overeenstemming had bestaan, billijk waren.

Ook dit aspect kan ter comparitie nader besproken worden.'

Van belang is verder dat het hof in het eindarrest heeft overwogen als volgt:

'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.

[...]

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.'

2 De klachten

5.33 Ziggo c.s. klagen dat het hof met dit oordeel art. 24 Rv heeft geschonden, buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en zonder toereikende motivering is voorbijgegaan aan hetgeen zij over de billijke vergoeding hebben aangevoerd.¹²⁰ Ter nadere onderbouwing van de klacht stellen Ziggo c.s. achtereenvolgens:

- Lira heeft geen billijke vergoeding (als bedoeld in thans art. 45d lid 1 Aw) gevorderd en (de billijkheid van) de billijke vergoeding maakt derhalve geen onderdeel uit van dit geschil;¹²¹
- (concrete) producenten — door wie een eventuele billijke vergoeding zou moeten worden betaald — zijn geen partij in deze procedure: ook niet 'in de persoon van Rodap';
- het enkele wegvallen van een wettelijke grondslag betekent dat niet langer sprake is geweest van een billijke vergoeding en hiervan is door Lira ook geen bewijs overgelegd; en
- het is niet in strijd met de Berner Conventie en het Unierecht indien een maker geen billijke vergoeding ontvangt voor de exploitatie van zijn daadwerkelijke creatieve arbeid.

5.34 De klachten behoeven geen nadere behandeling, omdat de voorwaarde waaronder zij zijn ingesteld niet is vervuld. Het hof heeft blijkens rov. 2.2 van het eindarrest in de bestreden overweging enkel een *obiter dictum* willen geven om partijen tot een schikking te bewegen. Daarbij heeft het hof niet uitdrukkelijk geoordeeld dat op dit moment niet langer van een billijke vergoeding sprake is, maar — kennelijk met het oog op de beoogde schikkingsonderhandelingen — gebruik gemaakt van bedekte bewoordingen. Uit rov. 2.22 van het eindarrest volgt dat het hof heeft onderkend dat het debat over het al dan niet ontbreken van een billijke vergoeding nog niet ten volle is gevoerd en dat Lira ter zake de producenten dient aan te spreken. De vorderingen in de onderhavige procedure zien op de kabelexploitanten en betreffen niet de billijke vergoeding van de producent.

G Onderdeel 7: Veegklacht

5.35 Het laatste onderdeel houdt in dat grondbevinding van een of meer van de voorgaande klachten tevens ieder oordeel dat voortbouwt op het daardoor met succes bestreden oordeel vitieert. Met het falen van de voorgaande onderdelen, wordt

¹²⁰ Ziggo c.s. verwijzen naar de pleitaantekeningen van de kabelexploitanten van 16 oktober 2017 onder 3.1-3.2, de pleitnotities van Rodap van 16 oktober 2017 onder 3 en het proces-verbaal van comparitie van partijen van 16 oktober 2017 op p. 4.

¹²¹ Dit blijkt uit Lira's petitiem. Zie ook de pleitaantekeningen van de kabelexploitanten van 16 oktober 2017 onder 4.9, de pleitnotities van Rodap van 16 oktober 2017 onder 3.4 en het proces-verbaal van comparitie van 16 oktober 2017 op p. 4.

ook deze algemene veegklacht tevergeefs voorgesteld.

H Slotsom

5.36 De onderdelen 4 en 6 behoeven geen behandeling. Indien zij wel worden behandeld, falen ze. Ook de overige klachten, in de onderdelen 1, 2, 3 en 5, slagen niet. Het incidentele cassatieberoep moet daarom worden verworpen. Net als in het principale cassatieberoep dienen de kosten te worden bepaald op de voet van art. 1019h Rv.

6 Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van zowel het principale cassatieberoep als het incidentele cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 *Procesverloop*

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

a. de vonnissen in de zaak C/13/537731 / HA ZA 13-279 van de rechtbank Amsterdam van 22 mei 2013, 9 oktober 2013 en 27 augustus 2014;

b. de arresten in de zaken 200.165.671/01 en 200.165.676/01 van het gerechtshof Amsterdam van 18 oktober 2016 en 13 november 2018.

Lira heeft tegen de arresten van het hof beroep in cassatie ingesteld. Ziggo c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Ziggo c.s. mede door T. van Tatenhove.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van zowel het principale cassatieberoep als het incidentele cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 *Uitgangspunten en feiten*

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) 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 ten behoeve van auteurs.

(ii) Auteurs kunnen met Lira een overeenkomst sluiten waarbij zij hun bestaande en toekomstige auteursrechten voor de looptijd van de overeenkomst aan Lira overdragen (hierna: het Aansluitingscontract). Het doel hiervan is om Lira in staat te stellen ten behoeve van de auteurs licentieovereenkomsten met derden te sluiten en namens de auteurs wettelijk vastgestelde vergoedingen te innen. Het Aansluitingscontract luidt, voor zover van belang:

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

I. Basisoverdracht

Auteur draagt hierbij, met het oog op de exploitatie (...) 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 (...)

(iii) Ziggo Services B.V., Ziggo B.V. en Delta Fiber Nederland B.V. (hierna: de kabelexploitanten) zijn beheerders van kabelnetwerken die worden gebruikt voor de doorgifte van onder meer televisie, radio en internet.

(iv) Vereniging Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele Producties (hierna: Rodap) is een vereniging ter behartiging van de belangen van tv- en filmproducenten, omroeporganisaties en distributeurs, zoals de kabelexploitanten.

(v) Tussen de kabelexploitanten (of hun rechtsvoorgangers) en – onder meer – Lira bestonden vanaf 1985 collectieve licentieovereenkomsten, op grond waarvan de kabelexploitanten tegen betaling van een vergoeding gerechtigd waren tot de doorgifte van auteursrechtelijk beschermde werken in programma's.

(vi) Sinds 11 december 2006 worden radio- en televisieprogramma's door de omroepen 'klaargezet' in de 'Media Gateway' in Hilversum. Aldaar worden zij door de kabelexploitanten 'opgehaald' en vervolgens op de kabel gezet ter distributie naar het publiek.

(vii) Tussen enerzijds Rodap en anderzijds collectieve beheersorganisaties, waaronder Lira, is gesproken over het sluiten van een nieuwe kabelovereenkomst. Deze is niet tot stand gekomen. De laatste kabelovereenkomst liep op 1 oktober 2012 af.

(viii) Per 1 juli 2015 is, door wijziging van de toepasselijke wetgeving, een wettelijke, directe vergoedingsaanspraak in het leven geroepen van collectieve beheersorganisaties, zoals Lira, op kabelexploitanten (art. 45d leden 2 en 3 Aw). Deze vergoedingsaanspraak geldt voor kabeldoorgiften die plaatsvinden vanaf die datum.

2.2.1 Lira vordert in deze procedure, kort gezegd, dat het de kabelexploitanten wordt verboden om zonder toestemming van Lira de door haar vertegenwoordigde auteursrechtelijk beschermde werken openbaar te maken, alsmede vergoeding van de schade die Lira en de door haar vertegenwoordigde auteurs hebben geleden en nog zullen lijden als gevolg van openbaarmakingen na 1 oktober 2012.

Lira legt aan deze vorderingen ten grondslag dat de kabelexploitanten inbreuk maken op de aan Lira

door middel van de Aansluitingscontracten overgedragen auteursrechten (hierna: grondslag A).

Daarnaast baseert Lira haar vorderingen op het bepaalde in art. 26a Aw, welke bepaling aan collectieve beheersorganisaties als Lira het recht geeft om namens de makers jegens de kabelmaatschappijen toestemming te verlenen voor uitzending (hierna: grondslag B).

2.2.2 Ziggo c.s. hebben de vorderingen van Lira, voor zover in cassatie van belang, op diverse gronden bestreden.

Wat betreft grondslag A betogen Ziggo c.s. onder meer dat art. 45d (oud) Aw een vermoeden schept van overdracht van auteursrechten door de makers die een bijdrage aan een filmwerk leveren aan de producent van dat filmwerk. Volgens Ziggo c.s. staat dit vermoeden van overdracht aan de producent in de weg aan overdracht aan Lira. Van inbreuk op aan Lira overgedragen rechten is daarom geen sprake.

Ziggo c.s. betogen ten aanzien van grondslag B dat Lira sinds de ingebruikneming van de Media Gateway niet langer een vorderingsbevoegdheid kan ontlenen aan art. 26a Aw, omdat dit artikel uitsluitend betrekking heeft op heruitzending, hetgeen een eerdere openbaarmaking veronderstelt. In het geval van uitzendingen via de Media Gateway is van een eerdere openbaarmaking en dus van heruitzending niet langer sprake, aldus Ziggo c.s.

2.2.3 De rechtbank heeft het gevorderde op grondslag A toegewezen en de zaak verwezen naar de schadestaatprocedure om de omvang van de schade vast te stellen.¹

2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, de vorderingen van Lira alsnog grotendeels afgewezen en de kabelexploitanten, voor zover het gaat om openbaarstellingen in enkele specifieke omschreven gevallen, veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.²

(met betrekking tot grondslag A:)

Tussenarrest

Het hof volgt Lira niet in haar standpunt dat het rechtsvermoeden van art. 45d (oud) Aw zonder effect blijft omdat de overdracht van de auteursrechten van de maker aan Lira haar beslag krijgt op het moment dat de bijdrage van de maker gereed is en dit moment voorafgaat aan het moment waarop de gehele film is voltooid in de zin van art. 45d (oud) Aw in verbinding met art. 45c Aw. Het standpunt van Lira miskent het eigen karakter van het auteursrecht in het kader van films en de betekenis die hierbij moet worden toegekend aan de Berner Conventie (hierna: BC) en het Unierecht. Art. 14bis BC 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. Het HvJEU heeft in de zaken *Uradex* (1 juni 2006, zaak C-169/05, ECLI:EU:C:2006:365) en *Luksan* (9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)) uitgemaakt dat een systeem waarbij de nationale regelgeving uitgaat van een vermoeden van overdracht aan de producent, toelaatbaar is, mits dat vermoeden weerlegbaar is. (rov. 3.5-3.7)

Het hof sluit zich aan bij het betoog van A-G Verkade voor HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.) (*Norma/NLKabel*), in het bijzonder voor zover dit inhoudt dat art. 45d (oud) Aw een materiële rechtsregel behelst op grond waarvan de exploitatierechten van rechtswege bij de producent berusten, zodat uitsluitend een schriftelijk overeengekomen afwijkend beding tussen de maker en de producent ertoe kan leiden dat de auteursrechten bij de maker blijven. Die uitleg van art. 45d (oud) Aw past beter bij het ontwikkelde stelsel van regels en voorkomt verschillen in de toepassing van het Unierecht in Nederland ten opzichte van andere EU-lidstaten. Voorts doet die uitleg 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. 14bis BC. Daarnaast wordt 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. Gelet hierop kan Lira aan de Aansluitingscontracten geen recht als door haar gesteld ontlenen. (rov. 3.10)

Eindarrest

Het vermoeden van overdracht van art. 45d (oud) Aw geldt niet als de maker en de producent schriftelijk anders zijn overeengekomen (hierna: Lirabeding). Daarnaast is art. 45d (oud) BW niet van toepassing op andere werken dan gewone filmwerken, zoals pre-existente werken, post-existente werken en radio-uitzendingen (hierna: pre-existente werken c.a.). (rov. 2.10)

Lira heeft voldoende gesteld om aannemelijk te maken i) dat ten minste in enkele gevallen de makers met de producent een Lirabeding zijn overeengekomen, ii) dat ook pre-existente werken c.a. worden uitgezonden, en iii) dat aan Lira (dan wel een buitenlandse tegenhanger waarmee Lira een wederkerigheidsovereenkomst heeft), de auteursrechten op de desbetreffende werken zijn overgedragen bij de zogeheten Aansluitingscontracten. Vast staat dat niet (in alle gevallen) om toestemming is gevraagd en dat niet (in alle gevallen) voor die rechten is betaald aan Lira. De mogelijkheid van inbreuk en dus van schade is daarmee aannemelijk. Weliswaar moet aangenomen worden dat het hier

1 Rechtbank Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397.

2 Gerechtshof Amsterdam 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4183 en Gerechtshof Amsterdam 13 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4101.

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. (rov. 2.13.1)

Lira heeft onvoldoende gesteld voor toewijzing van haar verbodsvordering. De enkele mogelijkheid van een inbreuk is daarvoor onvoldoende. (rov. 2.14.1)

De vorderingen van Lira zijn dus toewijsbaar als het gaat om pre-existente werken c.a. en werken ten aanzien waarvan tussen maker en producent een Lirabeding is overeengekomen, maar alleen voor zover zij zien op verwijzing naar de schadestaat. (rov. 2.14.3)

(met betrekking tot grondslag B:)

Tussenarrest

Bij openbaarmaking via de kabel door middel van de Media Gateway is er slechts één openbaarmakingshandeling, waarmee de film door de kabelexploitant aan haar abonnees openbaar wordt gemaakt. De Hoge Raad heeft daaraan in het arrest *Norma/NLKabel* de consequentie verbonden dat in die situatie geen sprake is van heruitzending. Ook kan uit dat arrest worden opgemaakt dat een eventuele gelijktijdige uitzending door de omroep via andere technische weg niet relevant is. (rov. 3.8)

Eindarrest

Het hof ziet geen aanleiding tot het stellen van pre-judiciële vragen aan het HvJEU over de juistheid van hetgeen de Hoge Raad heeft beslist in het arrest *Norma/NLKabel*. Uit het arrest van het HvJEU in de zaak *SBS/SABAM* (19 november 2015, zaak C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764) volgt dat 'eerste uitzending' in de zin van art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn en dus art. 9 van die richtlijn niet ziet op een signaal dat niet rechtstreeks door eindgebruikers te ontvangen is. (rov. 2.7.1)

Niet valt in te zien dat dit anders zou zijn in de situatie waarin de omroep parallel aan het signaal dat niet door eindgebruikers is te ontvangen, een ander signaal uitzendt dat wel voor het publiek toegankelijk is. Dat andere signaal is namelijk niet het signaal dat de distributeur doorgeeft en kan daarom niet worden aangemerkt als 'eerste uitzending' in de zin van art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn. (rov. 2.7.2)

Uit het arrest *Reha Trading/GEMA* (HvJEU 31 mei 2016, zaak C117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (NJ 2019/369, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.)) blijkt dat het begrip 'mededeling aan het publiek' in de Europese richtlijnen telkens dezelfde betekenis heeft, ongeacht of het gaat om auteursrechten of naburige rechten. Er is dan ook geen reden om aan art. 26a Aw een andere uitleg te geven dan de Hoge Raad in het arrest *Norma/NLKabel* aan art. 14a WNR heeft gegeven. Dat betekent dat art. 26a Aw evenals art. 14a WNR een andere, eerdere openbaarmaking vergt. (rov. 2.7.3)

Op grond van het voorgaande kan Lira, voor zover het gaat om uitzendingen via de Media Gateway, haar vorderingen niet doen steunen op artikel 26a Aw. (rov. 2.8)

Voor zover het gaat om uitzendingen anders dan via de Media Gateway, waarbij het signaal door de kabelexploitant via de (digitale) ether of satelliet is ontvangen en vervolgens opnieuw uitgezonden, is wel sprake van een eerdere/andere primaire openbaarmaking, zodat de doorgifte via de kabel in die gevallen nog steeds moet worden gekwalificeerd als een heruitzending als bedoeld in art. 26a Aw. (rov. 2.16)

Voor uitzendingen anders dan via de Media Gateway dienden de kabelexploitanten dan ook voor deze heruitzendingen toestemming te vragen aan Lira als collectieve beheersorganisatie, nu uit art. 26a Aw volgt dat het hier rechten betreft die rechthebbenden alleen collectief, via een collectieve beheersorganisatie, kunnen uitoefenen. Dit geldt echter niet als de auteursrechten op grond van art. 45d (oud) Aw zijn overgedragen aan de producent, waardoor elke band tussen de maker en de collectieve beheersorganisatie is doorgesneden. (rov. 2.18.2)

Lira heeft voldoende gesteld om aannemelijk te maken dat ten minste in enkele gevallen werken zijn uitgezonden ten aanzien waarvan overeenkomsten met producenten bestaan waarin van het vermoeden van overdracht aan de producent van art. 45d (oud) Aw is afgeweken, en dat er pre-existente werken c.a. worden uitgezonden, waarvoor dat vermoeden van overdracht evenmin geldt. Daarmee heeft Lira voldoende gesteld voor toewijzing van haar vordering tot schadevergoeding, op te maken bij staat, te meer omdat hier sprake is van collectief beheer. (rov. 2.19)

Voor een verbod bestaat onvoldoende grondslag. (rov. 2.21)

De vordering van Lira tot schadevergoeding, op te maken bij staat, is dus toewijsbaar als het gaat om uitzendingen die niet via de Media Gateway zijn doorgegeven, voor zover een Lirabeding is overeengekomen met de producent of 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 Ziggo c.s. verweer gevoerd dat erop neerkomt dat Lira in sommige gevallen toch niet vorderingsgerechtigd is. Ook dat kan in de schadestaatprocedure nader worden onderzocht. (rov. 2.20)

3 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

3.1.1 Onderdeel 1 van het middel heeft betrekking op grondslag A (zie hiervoor in 2.2.1). Het onderdeel bestrijdt de uitleg die het hof heeft gegeven aan art. 45d (oud) Aw. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat de rechten van makers pas op grond van art. 45d (oud) Aw naar het

vermogen van de producent overgaan op het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip van vertoningsgereedheid van de film en dat deze rechten niet op de producent kunnen overgaan als zij vóór dat tijdstip door de maker aan een derde zijn overgedragen. In elk geval geldt dit volgens het onderdeel als die derde een collectieve beheersorganisatie is, zoals Lira. Het onderdeel betoogt verder dat een uitleg van art. 45d (oud) Aw volgens welke de rechten van de maker alleen dan niet overgaan op de producent indien tussen de maker en de producent schriftelijk anders is overeengekomen, zodat makers geheel afhankelijk zijn van de producent om over hun rechten te kunnen beschikken, in strijd is met het Unierecht.

3.1.2 Op grond van art. 45d (oud) Aw worden de makers van een film, tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn, geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in art. 45c Aw bedoelde tijdstip het filmwerk openbaar te maken en is de producent aan de makers of hun rechtverkrigenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. Art. 45c Aw bepaalt dat het filmwerk geldt als voltooid op het tijdstip waarop het vertoningsgereed is.

Deze bepalingen zijn ingevoerd ter implementatie van art. 14bis BC.³

3.1.3 Art. 14bis lid 2, onder b, in verbinding met lid 3 BC verleent aan de daarbij aangesloten landen de bevoegdheid om de exploitatierechten betreffende cinematografische werken uitsluitend aan de producent van het werk toe te kennen. Deze bepaling strekt ertoe de filmproducent in staat te stellen de film te exploiteren ook wanneer de betrokken makers daarvoor geen toestemming hebben verleend en zij evenmin hun rechten bij uitdrukkelijke overeenkomst aan de producent hebben overgedragen. Aldus beoogt de bepaling te voorkomen dat de producent, die het financiële risico van de productie van de film draagt, van iedere betrokken auteur afzonderlijk toestemming zou moeten verkrijgen voor de exploitatie ervan en dat die exploitatie door verbodsacties van de daaraan meewerkende auteurs en uitvoerende kunstenaars zou kunnen worden gefrustreerd.⁴

3.1.4 Het HvJEU heeft geoordeeld dat lidstaten geen gebruik kunnen maken van de in art. 14bis lid 2, onder b, in verbinding met lid 3 BC verleende bevoegdheid, voor zover die bevoegdheid afbreuk doet aan het Unierecht.⁵

Een nationale wettelijke regeling die de maker de exploitatierechten van het cinematografisch werk ontzegt, is volgens het HvJEU niet verenigbaar met het Unierecht. Het HvJEU wijst in dit verband

op het doel van de Auteursrechtlijn⁶ om auteurs een hoog niveau van bescherming te waarborgen en herinnert eraan dat volgens art. 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie niemand zijn rechtmatig verkregen intellectuele-eigendomsrecht mag worden ontnomen.⁷

Volgens het HvJEU laat het Unierecht lidstaten echter de mogelijkheid om te voorzien in een vermoeden van overdracht van de exploitatierechten van het cinematografisch werk aan de producent daarvan, vooropgesteld dat dit vermoeden weerlegbaar is zodat de maker iets anders kan overeenkomen.⁸ De Hoge Raad begrijpt dat het HvJEU hiermee doelt op een overeenkomst tussen de maker en de producent.

De regeling van art. 45d (oud) Aw, die voorziet in een vermoeden van overdracht van exploitatierechten aan de producent van een filmwerk, bevat de mogelijkheid dat de maker en producent schriftelijk anders overeenkomen. Deze regeling is, anders dan het onderdeel aanvoert, derhalve niet in strijd met het Unierecht.

3.1.5 Anders dan het onderdeel betoogt, vindt de door art. 45d (oud) Aw veronderstelde overdracht van rechten aan de producent niet eerst plaats op het moment van vertoningsgereedheid van het filmwerk. De tekst van de bepaling houdt dit niet in (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.38). Die uitleg zou voorts de hiertoe in 3.1.2 en 3.1.3 vermelde strekking van art. 45d (oud) Aw ondergraven, omdat de maker dan zonder toestemming van de producent de exploitatierechten ten aanzien van zijn bijdrage aan het filmwerk aan een derde zou kunnen overdragen tot aan het moment van vertoningsgereedheid van het filmwerk. Aangenomen moet daarom worden dat het vermoeden van overdracht van art. 45d (oud) Aw geldt vanaf het moment waarop de maker met de filmproducent overeenkomt een bijdrage aan de film te leveren.

3.1.6 Gelet op de hiervoor in 3.1.2 en 3.1.3 vermelde strekking van art. 45d (oud) Aw moet voorts worden aangenomen dat een overdracht bij voorbaat aan een derde voorafgaand aan het moment waarop de maker met de filmproducent overeenkomt een bijdrage aan de film te leveren, geen rechtsgevolg heeft indien de maker niet schriftelijk met de producent een afwijking van art. 45d (oud) Aw is overeengekomen. Dat geldt ook indien die derde een collectieve beheersorganisatie is, zoals Lira. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat de maker zonder toestemming van de produ-

3 *Trb.* 1972, 157.

4 Vgl. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.) (*Norma/NLKabel*), rov. 5.4.4.

5 HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.) (*Luksan/Van der Let*), punten 62-64.

6 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PbEU* 2012, L 167/10.

7 HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.) (*Luksan/Van der Let*), punten 65-71.

8 HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 (NJ 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.) (*Luksan/Van der Let*), punt 87.

cent zou kunnen verhinderen dat de exploitatie-rechten ter zake van zijn bijdrage aan het filmwerk bij de producent komen te berusten, en dat de maker aldus het doel van (het op art. 14bis BC gebaseerde) art. 45d (oud) Aw zou kunnen frustreren.

3.1.7 Op het voorgaande stuiten de hiervoor in 3.1.1 vermelde klachten af.

3.2.1 Onderdeel 2 heeft betrekking op grondslag B (zie hiervoor in 2.2.1). Het klaagt over de uitleg die het hof heeft gegeven aan art. 26a Aw. Volgens het onderdeel is art. 26a Aw ook van toepassing indien geen sprake is van een eerdere openbaarmaking. Het onderdeel wijst op de Richtlijn 2019/789⁹ tot wijziging van de SatKabRichtlijn¹⁰ en bepleit dat de Hoge Raad terugkomt van zijn uitspraak in de zaak *Norma/NLKabel*, althans prejudiciële vragen stelt aan het HvJEU over het begrip “doorgifte via de kabel” in art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn.

3.2.2 Op grond van art. 26a Aw kan het recht om toestemming te verlenen voor de gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending door een omroepnetwerk als bedoeld in art. 1.1 van de Mediawet 2008 van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk, uitsluitend worden uitgeoefend door rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van rechthebbenden te behartigen door de uitoefening van het aan hen toekomende hiervoor bedoelde recht. Art. 26a Aw strekt tot implementatie van art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn.

Art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor zorgdragen dat het recht van auteursrechthebbenden om aan kabelmaatschappijen “doorgifte via de kabel” van een omroepuitzending toe te staan of te verbieden, uitsluitend door maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging kan worden uitgeoefend. Het begrip “gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte uitzending” in art. 26a Aw moet daarom worden uitgelegd overeenkomstig het begrip “doorgifte via de kabel” in de SatKabRichtlijn.¹¹

3.2.3 In het arrest *Norma/NLKabel* heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar de Nederlandse, Franse, Duitse en Engelse taalversies van de SatKabRichtlijn, alsmede naar de strekking van die richtlijn, geoordeeld dat “doorgifte via de kabel” als bedoeld in art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn een eerdere openbaarmakingshandeling (‘eerste uitzending’) veronderstelt.¹²

Mede gelet op de na het arrest *Norma/NLKabel* gewezen uitspraak van het HvJEU in de zaak *SBS Belgium/Sabam*¹³ ziet de Hoge Raad geen aanleiding om van zijn oordeel in *Norma/NLKabel* terug te komen of om (alsnog) prejudiciële vragen te stellen over het begrip “doorgifte via de kabel” als bedoeld in art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn. De Hoge Raad vindt daartoe evenmin aanleiding in Richtlijn 2019/789. In die richtlijn wordt een regeling gegeven voor de, in de SatKabRichtlijn nog niet geregelde, “directe injectie” (art. 8 in verbinding met art. 2 lid 4). Deze nieuwe regeling laat de in art. 26a Aw geïmplementeerde regeling voor “doorgifte via de kabel” uit de SatKabRichtlijn, welke doorgifte een eerdere openbaarmakingshandeling veronderstelt, onverlet.¹⁴

Gelet op het voorgaande faalt onderdeel 2.

3.3 De overige klachten van het middel in het principale beroep kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 *Beoordeling van het middel in het incidentele beroep*

De klachten van het middel in het incidentele beroep kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

5 *Proceskosten in cassatie*

Nu Lira en Ziggo c.s. in het principaal en incidenteel beroep over en weer in het ongelijk zijn gesteld, ziet de Hoge Raad aanleiding de proceskosten in cassatie te compenseren.

6 *Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- verwerpt het beroep;

in het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep;

voorts in het principale en in het incidentele beroep gezamenlijk:

- compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Noot

Over de auteursrechtelijke aspecten van de doorgifte van televisieprogramma's via kabelnetten bestaat een omvangrijke jurisprudentie. Nadat de kabelex-

9 Richtlijn (EU) 2019/789 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's en tot wijziging van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad, *PbEU* 2019, L 130/82.

10 Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satelliet-omroep en de doorgifte via de kabel, *PbEG* 1993, L 248/15.

11 Vgl. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*) (*Norma/NLKabel*), rov. 4.1.2.

12 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (NJ 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz; *red.*) (*Norma/NLKabel*), rov. 4.1.3.

13 HvJEU 19 november 2015, zaak C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764 (*SBS Belgium/Sabam*).

14 Vgl. overwegingen 6, 7 en 23 van de considerans van Richtlijn 2019/789.

ploitanten jarenlang hadden volgehouden dat de doorgifte van via de 'ether' uitgezonden omroepprogramma's niet meer was dan een vorm van — auteursrechtelijk irrelevante — ontvangstverbetering, oordeelde de Hoge Raad in 1981 en nogmaals in 1984 dat kabeldistributie een van de omroepuitzending te onderscheiden openbaarmaking oplevert waarvoor de afzonderlijke toestemming van de rechthebbenden vereist is (HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982/435, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach; HR 25 mei 1984, *NJ* 1984/697, m.nt. E.A. van Nieuwenhoven Helbach). Korte tijd later kwamen de auteursrechthebbenden met de kabelexploitanten collectief overeen dat er voortaan voor kabeldoorgifte betaald zou worden. Deze 'Kabelovereenkomst' zorgde jarenlang voor rust in de sector. In 1993 werd het Nederlandse model van collectief beheer van kabelrechten door Richtlijn 93/83/EEG (de 'Satelliet- en kabelrichtlijn') zelfs tot Europese norm verheven. Kabelrechten mochten voortaan enkel door tussenkomst van een collectieve rechtenbeheersorganisatie (c.b.o.) worden uitgeoefend. Dit Europese regime kreeg in 1996 een plaats in art. 26a-c van de Auteurswet (*Stb.* 1996, 410).

De rust in 'kabelland' werd eind 2006 wreed verstoord toen de televisiezenders van de publieke omroep buiten bedrijf werden gesteld. Voortaan werden de omroepprogramma's niet langer door de ether uitgezonden, maar — via de *mediagateway* in Hilversum — rechtstreeks in de kabelnetten 'geinjecteerd'. Volgens de kabelexploitanten was door deze *switch-off* een einde gekomen aan het tijdperk van de *kabeldoorgifte*, reden waarom de Kabelovereenkomst eind 2012 werd beëindigd en betaling aan de filmmakers, wier rechten collectief werden uitgeoefend, gestaakt.

Het standpunt van de kabelexploitanten dat directe injectie van televisieprogramma's in de kabelnetten niet als 'doorgifte' kwalificeerde, werd in 2014 door de HR gevalideerd in het arrest *Norma/NL Kabel* (HR 28 maart 2014, *NJ* 2015/365, m.nt. P.B. Hugenholtz). De cbo's konden zich daardoor niet langer beroepen op hun wettelijke mandaat, dat volgens de HR enkel gold ten aanzien van programma's die eerst via de ether waren uitgezonden.

De cbo's lieten het hier echter niet bij zitten. In de aansluitcontracten met filmmakers werd voorzien in de levering bij voorbaat aan de cbo's van alle rechten van kabeldistributie, directe 'injectie' daaronder begrepen. Deze overdracht bij voorbaat ligt aan de basis van de vordering van Lira (de rechtenorganisatie van scenarioschrijvers) tegen kabel-exploitant Ziggo, die leidde tot bovenstaand arrest.

Maar ook de kabelexploitanten hadden nog een ijzer in het vuur. Op grond van art. 45d lid 1 Auteurswet "[...] worden de makers geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben om vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken [...]" Deze bepaling, die onderdeel uitmaakt van een ingewikkelde regeling uit de Berner Conventie (het internationale auteursrechtverdrag) die in 1985 haar beslag

heeft gekregen in de Auteurswet, heeft ten doel de exploitatie van films te vergemakkelijken door te voorzien in een vermoeden van overdracht van de belangrijkste exploitatierechten van de filmmakers (scenarioschrijvers, regisseurs, etc.) aan de producent. Dat vermoeden geldt blijkens de aanhef van art. 45d lid 1 'tenzij de maker en de producent van een filmwerk schriftelijk anders zijn overeengekomen'. Volgens de kabelexploitanten waren de bij Lira aangesloten filmmakers slechts bij hoge uitzondering met de filmproducenten 'anders' overeengekomen, en konden zij zich dus niet op de bij voorbaat aan Lira overgedragen kabelrechten beroepen.

De kernvraag in deze zaak is welke rechtenoverdracht prevaleert: de levering bij voorbaat aan Lira of het wettelijke vermoeden van overdracht aan de producent. Deze vraag had in verband met de zaak *Norma/NL Kabel* al tot uitvoerige discussies aanleiding gegeven; de standpunten zijn in de conclusie van A-G Drijber helder weergegeven (onderdelen 4.22-4.28). Voorstanders van de ene opvatting beriepen zich op het *nemo plus*-beginsel: filmmakers die hun rechten bij voorbaat aan een cbo hadden geleverd zouden deze niet nogmaals aan de producenten kunnen overdragen, ook niet bij wege van rechtsvermoeden. Hiertegenover stond het standpunt dat de regel van art. 45d lid 1 Aw meer is dan een rechtsvermoeden. Eigenlijk betreft het een regel van materieel recht; de exploitatierechten van de filmmakers gaan van rechtswege over aan de filmproducent, tenzij er *met de producent* schriftelijk anders is overeengekomen. Op grond hiervan zou de overdracht bij voorbaat aan een cbo *grosso modo* ongeldig zijn.

Voornaamste pleitbezorger van deze tweede opvatting was A-G Verkade, die in zijn conclusie bij de zaak *Norma/NL Kabel* uitvoerig op deze kwestie was ingegaan. Hoewel de Hoge Raad uiteindelijk op andere gronden in het voordeel van NL Kabel besliste, had de opvatting van Verkade hierdoor de nodige autoriteit gekregen — reden waarom Ziggo bij het Amsterdamse gerechtshof aan het langste eind trok.

Na enig wikken en wegen sluit A-G Drijber zich bij deze opvatting aan. Daarbij toetst de A-G het Nederlandse filmrechtregime tevens aan het Unierecht. In het *Luksan*-arrest (HvJ EU 9 februari 2012, zaak C-277/10, *NJ* 2013/196, m.nt. P.B. Hugenholtz) had het Europese Hof, met inachtneming van het in art. 17 lid 2 Handvest als grondrecht gewaarborgde recht op intellectuele eigendom, geoordeeld dat de lidstaten mogen voorzien in een vermoeden van overdracht van rechten van filmmakers aan de producent 'vooropgesteld dat dit vermoeden weerlegbaar is zodat de [maker] iets anders kan overeenkomen' (r.o. 87). Volgens de A-G zakt art. 45d lid 1 Aw niet 'door de Unierechtelijke ondergrens' (onderdeel 4.43).

De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Drijber en verwerpt het cassatieberoep. Daarmee is Lira haar laatste wapen in de strijd tegen de kabelbeheerders uit handen geslagen. Lira kan zich enkel nog beroepen op de rechten van de filmmakers die

er in geslaagd zijn om met de producenten afwijkende afspraken over de rechtenverlening te maken. Zoals A-G Drijber in zijn conclusie terecht opmerkt, is dit een resultaat dat lijnrecht indruist tegen de ratio van het collectieve rechtenbeheer (onderdeel 4.86). Juist de auteurs die over een zwakke onderhandelingspositie beschikken hebben baat en belang bij collectieve rechtenuitoefening; de enkeling die wel over voldoende marktmacht beschikt, kan zelf zijn of haar boontjes doppen.

Al met al is de uitkomst van deze zaak, in combinatie met het oordeel van de HR in de zaak *Norma/NL Kabel* waarop de HR niet wenst terug te komen, onbevredigend. Zoals de A-G weinig diplomatiek opmerkt, wordt het door de Europese wetgever voorgeschreven – en ooit door Nederland geïnitieerde – collectieve beheer van kabelrechten door de HR ‘de nek omgedraaid’. Terwijl de Europese richtlijn voorschrijft dat kabelrechten uitsluitend door cbo’s mogen worden uitgeoefend, staan de cbo’s in Nederland met lege handen. Van kabeldoorgifte is in Nederland geen sprake, terwijl een rechtenoverdracht bij voorbaat aan een cbo praktisch is uitgesloten.

Hiermee loopt ons land dus flink uit de Europese pas. Dat is door de recente aanpassing van de Auteurswet aan Richtlijn 2019/789 (*Stb.* 2021, 248), waardoor het wettelijke mandaat van de cbo’s alsnog wordt uitgebreid tot het rechtstreeks injecteren van programma’s in kabelnetten, niet anders geworden (zie Visser, *Auteursrecht* 2021/3, p. 53-61). Door de uitleg die de HR aan art. 45d lid 1 Aw heeft gegeven, heeft een uitbreiding van het mandaat immers nauwelijks effect. De kabelinjectierechten gaan, evenals de meeste andere exploitatierechten, van rechtswege over op de filmproducent, tenzij maker en producent iets anders afspreken, wat in de praktijk zelden of nooit gebeurt.

Om te voorkomen dat de filmmakers helemaal met lege handen komen te staan, heeft de wetgever kort na het arrest *Norma/NL Kabel* ingegrepen. Ter compensatie van de verloren gegane kabeldistributierecht, die jarenlang een belangrijke bron van inkomsten vormden voor de filmmakers, is bij wet van 30 juni 2015 (*Stb.* 257) een recht op ‘proportionele billijke vergoeding’ in het leven geroepen, dat – uitsluitend door tussenkomst van een cbo – kan worden gevorderd van ‘een ieder die het filmwerk uitzendt of doet uitzenden of op enige andere wijze mededeelt aan het publiek, per draad of draadloos [...]’ (art. 45d lid 2 Aw). Of de kabelexploitanten doorgegeven of geïnjecteerde programma’s distribueren maakt daarbij geen verschil. Het vergoedingsrecht laat het in art. 45 lid 1 Aw geregelde rechtsvermoeden van overdracht aan de producent intact. Aanvankelijk kwam het vergoedingsrecht enkel toe aan de voornaamste makers/acteurs van een film (hoofdregisseur, scenarioschrijver en hoofdrolspelers), maar bij de wetwijziging van 2021 (*Stb.* 2021, 248) is deze categorie verruimd tot *alle* makers van een film.

Daarmee is via een grote en ingewikkelde omweg de feitelijke situatie van voor de switch-off grotendeels hersteld. Op een ding na: naar de gedeerde kabelinkomsten over de periode 2012-2015 kunnen de cbo’s en hun aangesloten makers fluiten.

Het arrest is eerder besproken door Van Gompel, *Auteursrecht* 2021/3, p. 85-90.

P.B. Hugenholtz

NJ 2022/226

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

17 juni 2022, nr. 20/03561

(Mrs. C.E. du Perron, H.M. Wattendorff, S.J. Schaafsma, G.C. Makkink, K. Teuben; A-G mr. R.H. de Bock)

met redactionele aantekening

Art. 7:653 BW

RvdW 2022/605

NJB 2022/1520

ECLI:NL:PHR:2021:1082

ECLI:NL:HR:2022:894

Arbeidsrecht. Concurrentiebeding. Belang werkgever om werknemer nog zekere tijd in dienst te houden (art. 7:653 lid 3 onder b BW). Vernietiging beding in kort geding?

Een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn, kan op grond van art. 7:653 lid 3, aanhef en onder b, BW door de rechter geheel of gedeeltelijk worden vernietigd indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. Bij de hier bedoelde belangenafweging speelt geen rol het belang van de werkgever om een werknemer nog een zekere tijd in dienst te houden, ook niet indien de werkgever tijd nodig heeft om in een krappe arbeidsmarkt vervangend personeel te vinden.

Een vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een dergelijk beding kan niet in kort geding worden toegewezen. In kort geding kan wel een vordering tot schorsing van een dergelijk beding worden toegewezen. Bij de beoordeling van deze vordering dient de voorzieningenrechter zich een voorlopig oordeel te vormen over de op grond van art. 7:653 lid 3, aanhef en onder b, BW te maken belangenafweging.