

Nr. 12/03490

Zitting 20 september 2013

Mr. D.W.F. Verkade

Conclusie *inzake*

de stichting Naburige Rechten Organisatie voor Musici en Auteurs (NORMA), (hierna: 'Norma'),
eiseres in het principale cassatieberoep,
verweerster in het incidentele beroep

tegen

1. Vereniging NLKabel
2. Ziggo BV,
3. Delta Comfort BV,
4. UPC Nederland BV,
(partijen 1 t/m 4 hierna gezamenlijk ook wel aangeduid als: 'NLKabel c.s.' of 'de kabelaars';
partijen 2 t/m 4 ook wel als: 'de kabelexploitanten'),
verweersters in het principale cassatieberoep,
eiseressen in het incidentele beroep

Inhoudsopgave

1. Feiten (nrs. 1.1 - 1.4)
2. Procesverloop (nrs. 2.1 - 2.3)
3. Inzet van de cassatiemiddelen: inleiding (nrs. 3.1 - 3.6.3)
4. Juridisch kader
 - 4.A. Internationale verdragen (TRIPS-Verdrag, Berner Conventie, Conventie van Rome) (nrs. 4.2 - 4.4)
 - 4.B. Unierechtelijk kader (algemeen) (nr. 4.5)
 - 4.C. Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG (nrs. 4.6.1 - 4.6.3)
 - 4.D. Verhuur-, leen- en naburige rechtenrichtlijn 2006/115/EG (nr. 4.7)
 - 4.E. Auteursrecht richtlijn 2001/29/EG (nr. 4.8)
 - 4.F. Auteurswet (nr. 4.9)
 - 4.G. Wet op de naburige rechten (nr. 4.10)
 - 4.H. Burgerlijk Wetboek (nr. 4.11)
5. Bespreking van het principale cassatieberoep
 - 5.A. Middel I: Verrichten de omroepen een primaire openbaarmaking? Is 'heruitzenden' secundaire openbaarmaking of ook primaire openbaarmaking? (nrs. 5.2 - 5.35)
 - 5.B. Middel II: De vorderingen van Norma op grond van de exploitatie-overeenkomsten (nrs. 5.36 - 5.55)

5.C. Middel III: Moeten de kabelexploitanten een rechtvaardigingsgrond stellen / bewijzen? (nrs. 5.56 - 5.60)

5.D. Middel IV: Norma's schadeclaim in verhouding tot haar afdrachtverplichtingen (nrs. 5.61 - 5.79)

6. Bespreking van het incidentele cassatieberoep

6.A. Onderdeel 2: Rechten zijn (als regel) bij producent; overdrachten aan Norma kunnen daaraan niet afdoen; kabelexploitanten hebben toestemming via producenten en omroepen (nrs. 6.3 - 6.14)

6.B. Onderdeel 1: Inbreukmakende heruitzendingen in het verleden zijn niet in rechte vastgesteld; ten onrechte verwijzing naar schadestaatprocedure (nrs. 6.15 - 6.24)

7. Conclusie

1. Feiten¹

1.1. De kabel is thans in Nederland het meest voorkomende transportmedium voor radio en televisieprogramma's. NLKabel is een branchevereniging van kabelexploitanten. Ziggo BV, Delta Comfort BV en UPC Nederland BV zijn kabelexploitanten.

1.2. In de jaren zeventig van de vorige eeuw is de kabel in Nederland opgekomen als methode om RTV-programma's te distribueren. Dat gebeurde aanvankelijk doordat kabelexploitanten door omroepen via de ether uitgezonden en voor het publiek toegankelijke RTV-programma's opvingen om deze verder te verspreiden naar bepaalde publieksgroepen. Dit handelen van kabelexploitanten vormde een secundaire openbaarmaking, naast de primaire openbaarmaking door de omroep.

1.3. Tegenwoordig worden RTV-programma's onder meer door de omroepen 'klaargezet' in de Media Gateway te Hilversum, waar zij door de kabelexploitanten worden 'opgehaald' en vervolgens op de kabel worden gezet ter distributie naar het publiek.

1.4. Norma, opgericht op 15 december 1995, stelt zich krachtens haar statuten ten doel de belangen van uitvoerende kunstenaars ter zake van de uitoefening en handhaving van hun naburige rechten te behartigen. Bijna alle professionele Nederlandse uitvoerend kunstenaars zijn (inmiddels) bij Norma aangesloten.

¹ De onder dit kopje vermelde feiten zijn ontleend aan rov. 1.1 van het (ten deze niet) bestreden arrest. Blijkens die rechtsoverweging heeft het hof op zijn beurt geput uit de in hoger beroep onbestreden feiten die de rechtbank 's-Gravenhage heeft vastgesteld onder 2 van haar vonnis van 28 januari 2009.

2. Procesverloop

2.1. Bij exploit van 17 augustus 2006 heeft Norma NLKabel c.s. gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage. Na de toewijzing van een thans niet relevante incidentele vordering tot tussenkomst² heeft de rechtbank bij vonnis van 28 januari 2009, voor zover in deze cassatieprocedure van belang, de vorderingen van Norma tegen NLKabel c.s. afgewezen.

2.2. Norma is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 10 april 2012³ het bestreden vonnis gedeeltelijk vernietigd en opnieuw rechtdoende NLKabel c.s. veroordeeld tot vergoeding van schade als gevolg van gepleegde inbreuken door secundaire openbaarmaking/heruitzending in de periode tussen de data van aansluiting en 11 december 2006 (door het hof aangeduid als 'A-inbreuken', zie rov. 6.7 van het arrest) nader op te maken bij staat. Het hof heeft het bestreden vonnis voor het overige bekrachtigd. Bij herstelarrest van 12 juni 2012 heeft het hof op verzoek van Norma het dictum van het arrest van 10 april 2012 aangevuld met een uitvoerbaar bij voorraad verklaring.

2.3. Bij exploit van 10 juli 2012 heeft Norma tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 10 april 2012. NLKabel c.s. concludeerde tot verwerping van het principaal cassatieberoep en stelde incidenteel cassatieberoep in. In het incidentele cassatieberoep heeft Norma tot verwerping geconcludeerd. Partijen hebben schriftelijke toelichtingen ingediend en vervolgens bij re- en dupliek op elkaars standpunten gereageerd.

3. Inzet van de cassatiemiddelen: inleiding

3.1. Inzet van het geschil is hoofdzakelijk de vraag of de kabelexploitanten die programma's (inmiddels) verkrijgen via Media Gateway voor de verdere distributie per kabel (nog) toestemming behoeven van Norma als organisatie van naburig rechthebbenden (uitvoerende kunstenaars).

3.2. Tussen partijen bestaat er geen verschil van mening over dat voor de (opnieuw gecodeerde) doorgifte door de kabelexploitanten aan het kijkers- en luisteraarspubliek na de decoding van de bij 'Media Gateway' door de kabelexploitanten opgehaalde tv-programma's krachtens de WNR toestemming van de kant van de naburig rechthebbenden vereist is. Partijen verschillen echter – hoofdzakelijk – van mening over de volgende vragen:

² Bij incidenteel vonnis van 7 maart 2007 heeft de rechtbank de stichting International Rights-Collecting and Distribution Agency (Irda) toegestaan in de procedure tussen Norma en NLKabel c.s. tussen te komen. Irda is in de onderhavige procedure thans niet meer betrokken.

³ ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1078; IER 2012, nr. 38, p. 330, m.nt. AMEV.

(i) of die toestemming niet – als regel – reeds verkregen is doordat de omroeporganisaties (voor zover niet zelf producenten van de programma's) daartoe, mede ten behoeve van de kabelexploitanten, die toestemming van de producenten van de programma's hebben verkregen, welke producenten op hun beurt – als regel – naburig-rechthebbenden zijn krachtens individuele overdracht van de desbetreffende naburige rechten door de betrokken uitvoerende kunstenaars, dan wel krachtens wettelijk veronderstelde overdracht van die rechten op grond van het bepaalde in art. 4 WNR in verbinding met art. 45d Auteurswet;

(ii) of (indien of voor zover de toestemming niet op de voet van punt (i) reeds aanwezig is) Norma op grond van art. 14a WNR gelegitimeerd is als rechthebbende partij, nu volgens art. 14a WNR het recht van een organisatie als Norma beperkt is tot het – al dan niet – toestemming te verlenen voor (kort gezegd) het *heruitzenden* van uitvoeringen, maar niet voor *uitzenden* daarvan, en nu volgens NLKabel c.s. (en volgens het hof) bij de onder 1.3 geschetste vermelde gang van zaken geen sprake (meer) is van *heruitzenden*;

(iii) of Norma, als alternatief voor de grondslag van art. 14a WNR, kan gelden als gelegitimeerde partij op basis van aan haar door individuele uitvoerende kunstenaars bij akten overgedragen rechten met betrekking tot (onder meer) uitzending en heruitzending van in die akten in algemene termen aangeduide uitvoeringen.

3.3. Het hof heeft, evenals de rechtbank, het antwoord op de hierboven met (i) aangeduide vraag grotendeels in het midden gelaten. Hierover klagen NLKabel c.s. in onderdeel 2 van hun incidentele cassatieberoep. Het hof heeft, evenals de rechtbank, het antwoord op de met (ii) aangeduide vraag beantwoord in voor Norma negatieve zin. Hierover klaagt Norma in middel I van het principale cassatieberoep. Het hof heeft het antwoord op de met (iii) aangeduide vraag beantwoord in voor Norma deels negatieve zin en voor NLKabel c.s. deels negatieve zin. Hierover zijn in cassatie klachten aan de orde van Norma in middel II van haar principale cassatieberoep en NLKabel c.s. in hun incidentele cassatieberoep. Verdere klachten over en weer (mede betrekking hebbend op de situatie vóór de aanlevering via 'Media Gateway') zullen bij de bespreking van de cassatieberoepen nog aan de orde komen.

3.4. Het geschil speelt zich af tegen de achtergrond van uitlegvragen van verdragen, Europese Richtlijnen en nationale wetsbepalingen, die ik in hoofdstuk 4 van deze conclusie zal weer geven.

3.5. De cassatiemiddelen over en weer omvatten niet alleen materieelrechtelijke maar ook procesrechtelijke klachten.

3.6.1. Het incidentele cassatieberoep van NLKabel c.s. heeft betrekking op de gedeeltelijke toewijzing door het hof van één – relatief ondergeschikte – vordering van Norma. NLKabel c.s. voeren daartegen verschillende klachten aan. Daartoe behoren klachten, die – indien ge-

grond bevonden – *extra* gronden opleveren tot afwijzing van Norma's (toch al afgewezen) overige vorderingen. Bij gegrondbevinding kan dat volgens NLKabel c.s. ertoe leiden dat Norma bij de beoordeling van haar principale cassatieklachten geen belang heeft.

3.6.2. Ik laat op deze plaats weten dat ik tot de conclusie ben gekomen dan één van de in nr. 3.6.1 bedoelde klachten van NLKabel c.s. zou moeten slagen (de klacht over het in het midden laten door het hof van het in nr. 3.2 onder (i) bedoelde thema).

3.6.3. Daarmee kan m.i. echter niet gezegd worden dat Norma bij de beoordeling van haar principale cassatieklachten geen belang meer zou hebben. Ik zie dan ook geen reden om bespreking van het incidentele middel aan bespreking van het principale middel vooraf te laten gaan.

4. Juridisch kader

4.1. Naar het voorbeeld van (advocaten-generaal bij) het HvJEU laat ik in dit hoofdstuk aan de bespreking van de klachten voorafgaan een overzicht van in deze zaak ter discussie staande / relevante regelgeving, hier en daar voorzien van een korte toelichtende opmerking.

Achtereenvolgens vermeld ik (bepalingen uit):

4.A. internationale verdragen (TRIPS-Verdrag, Berner Conventie, Conventie van Rome);

4.B. het Unierechtelijk kader (algemeen);

4.C. de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG;

4.D. de Verhuur-, Leen- en Naburige rechtenrichtlijn 92/100/EEG;

4.E. de Auteursrecht richtlijn 2001/29/EG;

4.F. de Auteurswet;

4.G. de Wet op de naburige rechten;

4.H. het Burgerlijk Wetboek.

4.A. Internationale verdragen

4.2. TRIPS-Verdrag⁴

Artikel 9

1. De Leden leven de artikelen 1 tot en met 21 van en het aanhangsel bij de Berner Conventie (1971) na. [...]

⁴ Trb. 1995, 130, p. 361. Voluit: Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, als bijlage 1C gehecht aan de Overeenkomst van Marrakech tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie. Namens de EG goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden (Pb L336/1).

4.3. *Berner Conventie*⁵

Artikel 11

1. Auteurs van toneelwerken, dramatisch-muzikale werken en muziekwerken genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

1°. de openbare opvoering en uitvoering van hun werken, met inbegrip van de openbare opvoering en uitvoering met alle middelen of werkwijzen;

2°. de openbare overbrenging met alle middelen van de opvoering en uitvoering van hun werken.

[...]

Artikel 11bis

1. Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

1°. de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel, dienende tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden;

2°. elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt;

3°. de openbare mededeling van het door de radio uitgezonden werk door een luidspreker of door ieder ander dergelijk instrument, dat tekens, geluiden of beelden overbrengt.

[...]

Artikel 14bis

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 verveelvoudiging, het in omloop brengen, de openbare 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 cinematografisch werk.

[...]

4.4. *Conventie van Rome*

Ik citeer uit art. 3 (definities):

(f) 'broadcasting' means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds;

(g) 'rebroadcasting' means the simultaneous broadcasting by one broadcasting organisation of the broadcast of another broadcasting organisation.⁶

⁵ Trb. 1972, 114 en 157, Trb. 1976, 37. Voluit: Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs van 24 juli 1971).

⁶ Blijkens de parlementaire geschiedenis van de WNR (Kamerstukken II 1988/89, 21 244, nr. 3, p. 1-2; 10-11) zijn de definities van 'uitzending' en 'heruitzending' in de WNR hieraan ontleend. De Nederlandse wetgever is met de definitie van 'uitzenden' evenwel afgeweken van de beperktere om-

4.B. Unierechtelijk kader (algemeen)

4.5. Via een zevental richtlijnen zijn in de afgelopen 22 jaar, stap voor stap, deelgebieden van het auteursrecht en de naburige rechten unierechtelijk geharmoniseerd. In de onderhavige zaak zijn drie richtlijnen aan de orde:

- de zgn. Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG⁷ (hierna: SatKabRichtlijn of SKRI),
- de zgn. Verhuur, Leen- en Naburige rechtenrichtlijn 92/100/EEG⁸, inmiddels vervangen ('gecodificeerde versie') door Richtlijn 2006/115/EG⁹ (hierna: VLNRI),
- en de richtlijn 2001/29/EG, die – het weinig onderscheidend karakter van die naam ten spijt – in Nederland vrij algemeen als 'de Auteursrechtrichtlijn' wordt aangeduid (hierna ook: ARI)¹⁰.

4.C. Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG

4.6.1. Uit de SKRI citeer ik de volgende op satelliet- en kabeltransmissie betrekking hebbende bepalingen:

'Hoofdstuk I. Definities

Artikel 1. Definities

1. In deze richtlijn wordt verstaan onder "satelliet": een satelliet die werkt op frequentiebanden die volgens het telecommunicatierecht alleen mogen worden gebruikt voor het uitzenden van signalen voor ontvangst door het publiek, of voor niet-openbare, individuele communicatie. In het laatste geval dient de individuele ontvangst van de signalen echter plaats te vinden onder omstandigheden die vergelijkbaar zijn met het eerste geval.

2. a) In deze richtlijn wordt verstaan onder "mededeling aan het publiek per satelliet": een handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt.

b) De mededeling aan het publiek per satelliet, vindt slechts plaats in de lidstaat waar de pro-

schrijving in de Conventie van Rome, waarin doorgifte per kabel niet wordt genoemd, zulks vanwege 'het huidige belang van de kabel distributie, waarvan ten tijde van de [Conventie van Rome, A-G] nog geen sprake was': Kamerstukken II 1988/89, 21 244, nr. 3, p. 10-11.

⁷ Voluit: 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. L 248/15.

⁸ Voluit: Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, Pb. L 346/61.

⁹ Voluit: Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom Pb. L 376/28.

¹⁰ Voluit: 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 L 167/10.

grammadragende signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt.

c) Indien de programmadragende signalen in gecodeerde vorm worden uitgezonden, is er sprake van mededeling aan het publiek per satelliet wanneer de middelen voor het decoderen van de uitzending door of met toestemming van de omroeporganisatie ter beschikking van het publiek worden gesteld.

[...]

3. In deze richtlijn wordt verstaan 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 Lid-Staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.

[...]

Hoofdstuk III. Doorgifte via de kabel

Artikel 8. Recht op doorgifte via de kabel

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

[...]

Artikel 9. Uitoefening van het recht op doorgifte via de kabel

1. De Lid-Staten dragen er zorg voor dat het recht van auteursrechthebbenden 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 rechthebbende 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. Indien de rechten van die categorie door meer dan één maatschappij voor collectieve belangenbehartiging worden beheerd, staat het de rechthebbende vrij te kiezen welke van die maatschappijen geacht wordt zijn rechten te beheren. Voor rechthebbenden waarnaar in dit lid wordt verwezen, gelden dezelfde rechten en plichten uit de overeenkomst tussen de kabelmaatschappij en de maatschappij voor collectieve belangenbehartiging die geacht wordt met het beheer van hun rechten te zijn belast, als voor de rechthebbenden die het beheer van hun rechten hebben opgedragen aan deze maatschappij voor collectieve belangenbehartiging; zij kunnen die rechten doen gelden binnen een termijn die door de betrokken Lid-Staat wordt vastgesteld en die niet korter mag zijn dan drie jaar vanaf de datum van de doorgifte via de kabel van een uitzending die hun werk of een andere beschermde prestatie omvat.

3. Een Lid-Staat kan bepalen dat, wanneer een rechthebbende de eerste uitzending van een werk of een andere beschermde prestatie op zijn grondgebied toestaat, hij geacht wordt te aanvaarden zijn rechten op doorgifte via de kabel niet op individuele basis, maar in overeenstemming met de bepalingen van deze richtlijn uit te oefenen.'

Artikel 10. Uitoefening door omroeporganisaties van het recht op doorgifte via de kabel

De Lid-Staten dragen er zorg voor dat artikel 9 niet van toepassing is op de rechten die door een omroeporganisatie worden uitgeoefend met betrekking tot haar eigen uitzendingen, ongeacht of het om de eigen rechten van die organisatie gaat dan wel om rechten die haar door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten zijn overgedragen.

4.6.2. De doelstelling van de SKRI blijkt uit de considerans ervan, waaruit ik de punten 3, 10 en 28 citeer:

3. Overwegende dat grensoverschrijdende omroepuitzendingen binnen de Gemeenschap, met name via satelliet en kabel, een van de belangrijkste middelen vormen ter bevordering van bovengenoemde doelstellingen van de Gemeenschap, die tegelijkertijd van politieke, economische, sociale, culturele en juridische aard zijn;

10. Overwegende dat kabelmaatschappijen er op het ogenblik met name niet zeker van kunnen zijn daadwerkelijk alle rechten te hebben verkregen op de programma's die het voorwerp van een dergelijke contractuele regeling vormen;

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; [...].

4.6.3. Met het oog op (satellietomroep en) kabeldoorgifte is de strekking van de SKRI dus om deze te faciliteren. Voor de kabeldoorgifte gebeurde dat door te bepalen dat de kabelmaatschappijen voor de (eventueel nog) vereiste (nadere) auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke toestemmingen niet afhankelijk zijn van onoverzienbare individuele auteursrechthebbenden en naburig rechthebbenden, maar slechts van de in art. 9 bedoelde 'maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging' (ook wel: collectieve beheersorganisaties of CBO's), waarvan in Nederland Buma en Norma voorbeelden zijn, of de in art. 10 bedoelde omroeporganisaties.

4.D. Verhuur-, leen- en naburige rechtenrichtlijn 2006/115/EG

4.7. Uit deze 'VLNRI' citeer ik de volgende op naburige rechten betrekking hebbende bepaling:

Artikel 8. Uitzending en mededeling aan het publiek

1. De lidstaten kennen uitvoerende kunstenaars het uitsluitende recht toe, het uitzenden via de ether en het mededelen aan het publiek van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, behalve wanneer de uitvoering op zichzelf reeds een uitzending is of aan de hand van een vastlegging is vervaardigd.

[...]

4.E. Auteursrechtlijn 2001/29/EG

4.8. Ik citeer lid 1 van art. 3:

'Artikel 3. 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 de 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. [...]

4.F. Auteurswet

4.9. Ik citeer uit de Auteurswet (Aw) de artikelen 2, 45a, 45c en 45d:

Art. 2. 1. Het auteursrecht gaat over bij erfopvolging en is vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht.

2. De levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, geschiedt door een daartoe bestemde akte. De overdracht omvat alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard en of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit. [...]

Art. 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.

Art. 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.

Art. 45d.¹¹ 1Tenzij 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. 2Het voorenstaande 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 gemaakt heeft. 3De producent is aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. 4De producent is eveneens aan de makers of hun rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd indien hij overgaat tot exploitatie in een vorm die ten tijde van het in artikel 45c bedoelde tijdstip nog niet bestond of niet redelijker-

¹¹ In subscrift heb ik de zes volzinnen van art. 45d genummerd.

wijs voorzienbaar was of indien hij aan een derde het recht verleent tot zo'n exploitatie over te gaan. ⁵De in dit artikel bedoelde vergoedingen worden schriftelijk overeengekomen. ⁶Van het recht op een billijke vergoeding voor verhuur kan door de maker geen afstand worden gedaan.

4.G. Wet op de naburige rechten¹²

4.10. Uit de Wet op de naburige rechten (WNR) citeer ik de volgende bepalingen:

Art.1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde word verstaan onder:
[...]

g. uitzenden: het verspreiden van programma's door middel van een omroepzender als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008 of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008;

h. heruitzenden: het door een instelling gelijktijdig uitzenden van een programma dat door een andere instelling of omroeporganisatie wordt uitgezonden;

i. programma: een uitgezonden radio- of televisieprogramma, of –programmaonderdeel;
[...].

Art. 2. 1. De uitvoerende kunstenaar heeft het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor een of meer van de volgende handelingen:

[...]

d. het uitzenden, het heruitzenden, het beschikbaar stellen voor het publiek of het op andere wijze openbaar maken van een uitvoering of een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan.

[...]

Art. 4. Op de uitvoering van een uitvoerend kunstenaar, die bestemd is als bijdrage voor de totstandkoming van een filmwerk als bedoeld in artikel 45a van de Auteurswet, zijn de artikelen 45a tot en met 45g van voornoemde wet van overeenkomstige toepassing.

Art. 9. De rechten die deze wet verleent gaan over bij erfopvolging. Deze rechten zijn [...] vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht. Levering vereist voor gehele of gedeeltelijke overdracht, geschiedt door een daartoe bestemde akte. De overdracht omvat alleen die bevoegdheden waarvan dit in de akte is vermeld of uit de aard en of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeit. [...]

Art. 14a.¹³ 1. Het recht van de uitvoerende kunstenaar en de producent van fonogrammen om toestemming te verlenen voor het ongewijzigd en onverkort heruitzenden van een uitvoering

¹² Wet van 18 maart 1993, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912, Stb. 178.

¹³ Artikel 14a WNR is (met art. 26a Aw voor het auteursrecht) de nationale tegenhanger van art. 9 en 10 SKRI. Art. 14a WNR is oorspronkelijk in 1994 ingevoerd en nadien driemaal gewijzigd, maar het betroffen slechts redactionele aanpassingen. Eerste aanpassing: art. 19.14 van de Telecommunicatiewet, Stb. 1998, 610 (wijziging van 'draadomroepinrichting' in art. 1 en 14a WNR in 'omroepnetwerk'). Tweede aanpassing: art. IX van Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, Stb. 2004, 189 (wijziging

onderscheidenlijk een fonogram of een reproductie daarvan door middel van 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 toekomende hiervoor bedoelde recht te behartigen.

2. De in het eerste lid bedoelde rechtspersonen zijn ook bevoegd de belangen te behartigen van rechthebbenden die daartoe geen opdracht hebben gegeven, indien het betreft dezelfde rechten als in de statuten vermeld. [...]

3. Voor rechthebbenden die geen opdracht hebben gegeven als bedoeld in het tweede lid, gelden de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een overeenkomst die een tot de uitoefening van dezelfde rechten bevoegde rechtspersoon heeft gesloten met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde uitzending, onverkort.

4. Vorderingen jegens de in het eerste lid bedoelde rechtspersoon terzake van de door deze geïnde gelden vervallen door verloop van drie jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de in het eerste lid bedoelde heruitzending heeft plaatsgevonden.

5. Dit artikel is niet van toepassing op rechten als bedoeld in het eerste lid die toekomen aan een omroeporganisatie met betrekking tot haar eigen uitzendingen.

4.H. Burgerlijk Wetboek

4.11. In cassatie zijn tevens aan de orde:

Art. 3:84. 1. Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.

2. Bij de titel moet het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn.

3. Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.

[...]

Art. 3:97. 1. Toekomstige goederen kunnen bij voorbaat worden geleverd, tenzij het verboden is deze tot onderwerp van een overeenkomst te maken of het registergoederen zijn.

2. Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed werkt niet tegen iemand die het goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen. [...]

5. Bespreking van het principale cassatieberoep

5.1. Norma's cassatiedagvaarding voert vier cassatiemiddelen op, die ik hierna zal aanduiden als middelen I t/m IV.

verwijzing naar Telecommunicatiewet in verwijzing naar Mediawet, omdat omroepnetwerk alleen in de laatste zou voorkomen). Derde aanpassing: art. 9.9 Mediawet 2008, Stb. 583 (gewijzigde verwijzing naar bepaling in Mediawet 2008).

5.A. Middel I: Verrichten de omroepen een primaire openbaarmaking? Is 'heruitzenden' secundaire openbaarmaking of ook primaire openbaarmaking?

5.2. Het middel is gericht tegen de volgende overwegingen van het hof:

4.1 Ter onderbouwing van haar op artikel 14a WNR gebaseerde vorderingen stelt Norma zich in hoger beroep onder meer op het standpunt dat ook in de huidige situatie de omroepen openbaar maken, althans in de zin van de WNR, zodat, wanneer "heruitzenden" in artikel 14a WNR betrekking zou hebben op een secundaire openbaarmaking – zoals de rechtbank heeft geoordeeld – aan het daarin besloten liggende vereiste dat de omroepen primair openbaar maken, is voldaan. Volgens de kabelaars vindt echter pas bij de doorgifte via de kabel voor het eerst een openbaarmaking plaats.

4.2 Bij de beoordeling van dit geschilpunt moet allereerst worden vastgesteld op welke wijze de distributie van RTV-programma's via de kabel tegenwoordig verloopt. Dat, naar Norma heeft gesteld (in o.m. de punten 22-24, 223 en 224 MvG en 48, 57, 62, 87 en 94 PA), de omroepen thans openbaarmakingshandelingen verrichten bij de distributie van programma's waarbij de kabel geen rol speelt – zoals bij bepaalde vormen van distributie via de satelliet (CanalDigitaal), de digitale ether (Digitenne) en internet – is niet relevant aangezien het er in dit verband om gaat of aanlevering aan de kabel een openbaarmaking oplevert.

4.3 Door Norma is naar voren gebracht (zie m.n. punt 21 MvG en punt 94 PA) dat kabelexploitanten signalen van omroepen kunnen ontvangen:

- a) door deze gratis uit de lucht te plukken (regionale omroepen);
- b) via de Media Gateway;
- c) via de kabel van andere kabelbedrijven;
- d) via glasvezelinternet;
- e) via een kabelkopstation;
- f) via de mast van een satelliet;
- g) via de satelliet (RTL, buitenlandse omroepen).

Door de kabelaars is uitdrukkelijk betwist (MvA onder 4.54, PA onder 4.15) dat de kabelexploitanten heden ten dage nog door omroepen uitgezonden signalen uit de lucht plukken. Nu de bewijslast in deze volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv op Norma rust en zij voor haar stelling-onderdeel a) in hoger beroep geen voldoende specifiek bewijsaanbod heeft gedaan, wordt dat stelling-onderdeel als onbewezen gepasseerd. Hoewel dat – zeker in het licht van het verweer van de kabelaars, dat de omroepen thans uitsluitend niet voor het publiek toegankelijk informatie aan de kabelexploitanten aanleveren (MvA onder 1.13(i), 1.16, 2.9, 3.11 en 4.55) – op haar weg lag, heeft Norma niet duidelijk gesteld dat het algemene publiek bij de onder b) t/m g) bedoelde aanleveringswijzen toegang kan hebben tot de programmadrage signalen. In dit verband is van belang dat Norma onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat, zoals de kabelaars onder 4.46 en 4.68 MvA hebben benadrukt, binnen de Media Gateway een niet voor het algemene publiek toegankelijke één-op-één verbinding tussen de omroepen en de kabelexploitanten wordt gelegd. Voorts heeft Norma tegenover de specifieke stellingen van de Kabelexploitanten onder 1.16 en 4.55 MvA, dat:

- (i) aanlevering via de satelliet en/of kabelkopstation in gecodeerde, en dus voor het algemene publiek niet toegankelijke, vorm plaatsvindt;
- (ii) het ook bij glasvezel om een rechtstreekse (één-op-één) verbinding gaat, niet concreet gesteld en te bewijzen aangeboden dat dit anders is.

Onder 68 PA heeft Norma opgemerkt dat de mededeling door de omroepen wordt gecodeerd en dat de decodeersleutels aan de kabelexploitanten worden verstrekt. Hiermee heeft Norma zelf bevestigd dat het algemene publiek geen decodeersleutels van de omroepen ontvangt. Dit een en ander brengt het hof tot het oordeel 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. Dat publiek kan die toegang pas krijgen na doorgifte van die signalen via de kabel.

4.4 Hoewel het in casu niet om auteursrecht maar om naburige rechten gaat, is niettemin het volgende van belang (zie ook rov. 4.5 hierna). Voor *auteurs* is het recht van mededeling aan het publiek, met inbegrip van het recht op beschikbaarstelling van het werk, neergelegd in artikel 3 lid 1 van 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 (de Auteursrechtlijn). In zijn arrest van 7 december 2006 inzake "*Hoteles*" (zaak C-306/05) heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) overwogen dat 'uit artikel 3, lid 1, van (de Auteursrechtlijn) (volgt), dat van een mededeling aan het publiek sprake is wanneer het werk op zodanige wijze aan het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor leden van dit publiek toegankelijk is' (punt 43). In punt 37 van het "*Hoteles*"-arrest heeft het HvJEU bevestigd hetgeen het in punt 31 van zijn arrest van 14 juli 2005 inzake "*Lagardère*" (zaak C-192/04) al had overwogen, namelijk dat onder "publiek" moet worden verstaan het "onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers", dat is het in rov. 4.3 genoemde algemene publiek. In zijn arrest van 9 juni 2009 inzake "*Buma/ Chel-lomedia*" (LJN: BH7602, NJ 2009/290) heeft de HR beslist dat de uitleg die het HvJEU in het "*Lagardère*"-arrest aan het begrip "publiek" heeft gegeven bepalend is "voor de thans aan 'openbaarmaking' in artikel 12 Aw te geven richtlijnconforme uitleg". In aanmerking nemende dat de bij de Media Gateway aangesloten partijen niet het "onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers" vormen, volgt hieruit en uit het onder 4.3 overwogene dat de aanleverings-handelingen van de omroepen niet als openbaarstellingen/ mededelingen aan het publiek *in auteursrechtelijke zin* kunnen worden gekwalificeerd. Dat – zoals Norma (in de punten 288-296 MvG en 54 en 63-71 PA) onder verwijzing naar het arrest van het HvJEU van 13 oktober 2011 inzake "*Airfield*" (zaken C431/09 en 432/09) nog heeft aangevoerd – de omroepen wel een exploitatiehandeling verrichten en profijt trekken van het aanleveren van de programma's aan de kabelexploitanten, kan dit niet anders maken. In punt 80 van het "*Airfield*"-arrest is uitsluitend op het winstoogmerk ingegaan in het kader van de in dit geding niet aan de orde zijnde vraag of het werk toegankelijk werd gemaakt voor een nieuw publiek waarop de toestemming van de rechthebbenden niet was gericht, terwijl het HvJEU in punt 204 van zijn arrest van 4 oktober 2011 inzake "*FA Premier League*" (zaken C 403/08 en C-429/08) heeft benadrukt dat het bij de in dit geding wel aan de orde zijnde vraag of een handeling een mededeling aan het publiek vormt, alleen maar "niet irrelevant" is dat deze een winstoogmerk heeft. Hiermee heeft het HvJEU, naar het hof begrijpt, tot uitdrukking gebracht dat winstoogmerk bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een "mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn een mee te wegen maar niet zonder meer doorslaggevende factor is (zie ook punt 36 van het arrest van het HvJEU van 15 maart 2012 inzake "*PLL/Ierland*", zaak C-162/10).

4.5 Artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn geldt, zo blijkt uit de tekst daarvan, niet voor naburig rechthebbenden. Norma heeft hierop (onder 263-283 MvG en 72-73 PA) een betoog ontwikkeld inhoudende dat het recht op mededeling aan het publiek voor naburig rechthebbenden

niet is geharmoniseerd, dat daarom, gezien ook artikel 2 lid 7 WNR, hier de "oude" Nederlandse regel moet worden toegepast dat er een openbaarmaking is zodra een mededeling buiten de "besloten kring" wordt gedaan en dat, uitgaande van deze regel, het handelen van de omroepen openbaarmaking oplevert nu de kabelexploitanten niet tot de besloten (vrienden- en kennissen)kring van de omroepen behoren. Dit betoog faalt aangezien het recht op mededeling aan het publiek voor naburig rechthebbenden wel degelijk is geharmoniseerd, namelijk in artikel 8 lid 1 van Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom (de Verhuurrichtlijn, voorheen Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992). Naburig rechthebbenden hoefden dan ook niet in artikel 3 lid 1 Auteursrecht richtlijn te worden genoemd. De conclusie luidt dat het onder 4.4 overwogene gelijk van toepassing is op naburige rechten. Gezien het onder 4.3 overwogene kan in dit geval het enkele feit dat door de omroepen mogelijk winst is beoogd, niet met zich brengen dat hun handelen als een "mededeling aan het publiek" in de zojuist bedoelde zin moet worden aangemerkt.

4.6 Het onder 4.1 vermelde standpunt van Norma kan, het voorgaande resumerend, niet als juist worden aanvaard; de omroepen verrichten bij het aanleveren aan de kabelexploitanten geen (primaire) openbaarmaking, ook niet in de zin van de WNR.

Is "heruitzenden" secundaire openbaarmaking of ook primaire openbaarmaking?

4.7 Voorts heeft Norma zich ter onderbouwing van haar artikel 14a WNR-vorderingen op het standpunt gesteld dat om van "heruitzenden" in de zin van artikel 14a WNR te kunnen spreken niet is vereist dat daaraan een primaire openbaarmaking voorafgaat. Met andere woorden: van "heruitzenden" is niet alleen sprake bij een secundaire openbaarmaking, ook een primaire openbaarmaking valt onder dat begrip. Voor dit standpunt heeft Norma een aantal argumenten aangedragen die hier op neerkomen.

(a) Niets duidt er op dat "heruitzenden" in artikel 14a WNR een eerdere openbaarmaking impliceert, gezien ook het navolgende. (1) De totstandkomingsgeschiedenis van dat artikel en het gezond verstand verzetten zich tegen de opvatting dat "heruitzenden" een secundaire openbaarmaking is. De rechtbank heeft ten onrechte slechts op de letterlijke bewoordingen van artikel 14a WNR gelet. (2) De WNR en de definitiebepalingen van artikel 1.g en h daarvan zijn in 1993 in werking getreden, artikel 14a is pas drie jaar later, in 1996, in de WNR opgenomen. (3) De definities van "uitzenden" en "heruitzenden" in artikel 1.g en h WNR hebben slechts betrekking op feitelijke handelingen, waarvoor de aanwezigheid van publiek niet is vereist. De termen "publiek" of "openbaar" ontbreken in deze definities, waaruit volgt dat de begrippen "uitzenden" en "heruitzenden" in die definitiebepalingen niet als exclusief recht gebruikt zijn. Deze begrippen zijn alleen in de WNR opgenomen om de rechten van de omroeporganisaties op grond van artikel 8 WNR te definiëren. (4) Indien, zoals het geval zou zijn wanneer wordt geoordeeld dat "heruitzenden" op secundaire openbaarmaking ziet, de kabelexploitanten in de huidige situatie niet zouden "heruitzenden" dan zouden de omroepen niet "uitzenden", hetgeen de merkwaardige consequentie zou hebben dat zij niet over naburige rechten als bedoeld in artikel 8 WNR beschikken (MvG onder 182 en 284-286 en PA onder 39). (5) Kabelexploitanten kunnen, anders dan de rechtbank heeft geconcludeerd, niet "uitzenden" in de zin van de WNR; in de systematiek van die wet is "uitzenden" voorbehouden aan omroepen en dat zijn kabelexploitanten niet.

(b) In artikel 14a WNR heeft de Nederlandse wetgever niet willen afwijken van artikel 9 SatKabRichtlijn.

(c) Voor de toepasselijkheid van laatstgenoemd artikel is niet noodzakelijk dat een openbaarmaking voorafgaat aan "doorgifte via de kabel". Dit blijkt uit het volgende. (1) Voor "doorgifte via de kabel" als bedoeld in de SatKabRichtlijn is krachtens artikel 1 lid 3 daarvan slechts vereist dat de "eerste uitzending" RTV-programma's betreft die "voor ontvangst door het publiek bestemd zijn" en aan dit vereiste is bij de tegenwoordige wijze van aanlevering door de omroepen voldaan. Het is dus mogelijk dat de door de omroepen aan de Kabelexploitanten geleverde programmadragende signalen zelf niet bestemd zijn voor het publiek. In hoeverre het publiek toegang heeft tot die signalen is dus niet relevant (zie o.m. MvG onder 158-160 en PA onder 60). (2) De Europese wetgever heeft uit artikel 11bis lid 1 ii) Berner Conventie (BC) afgeleid dat de enige voorwaarde die aan "doorgifte via de kabel" wordt gesteld is, dat de doorgifte geschiedt door een ander organisme dan het oorspronkelijke.

(d) Het probleem dat artikel 9 SatKabRichtlijn beoogt op te lossen – te weten dat, nu kabelexploitanten praktisch gezien niet de mogelijkheid hebben om alle rechten te clearen, voorkomen moet worden dat een individuele rechthebbende, door zijn toestemming aan "doorgifte" via de kabel te onthouden, "black holes" in het programma-aanbod kan doen ontstaan – speelt evenzeer in het geval dat een "doorgifte via de kabel" niet vooraf wordt gegaan door een primaire openbaarmaking.

4.8 Het begrip "uitzenden" fungeert, zoals Norma stelt, in de WNR weliswaar als sleutelbegrip (zie ook artikel 1.e en i WNR) bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een naburig recht van omroepen als bedoeld in artikel 8 WNR, doch dat begrip en het begrip "heruitzenden" zijn daarnaast in die wet opgenomen ter omlijning van de aan de naburig rechthebbenden toekomende exclusieve rechten, zie de artikelen 2 lid 1 sub d, 6 lid 1 sub c en 8 lid 1 sub a WNR. In het oorspronkelijk voorstel voor artikel 1.g WNR werd "uitzenden" gedefinieerd als "*het openbaar maken (...)*", later is dit, om redenen van congruentie met de Mediawet, gewijzigd in "*het verspreiden (...)*", zonder dat daarmee een inhoudelijke wijziging van het begrip "uitzenden" was beoogd (zie de Nota naar aanleiding van het eindverslag bij artikel 1.g WNR). "Heruitzenden" is in artikel 1.h WNR gedefinieerd als, kort gezegd, het gelijktijdig en ongewijzigd uitzenden. De Nederlandse wetgever heeft, zo moet worden vastgesteld, bij de totstandkoming van de WNR in 1993 met zowel het begrip "uitzenden" als het begrip "heruitzenden" openbaarmakingshandelingen voor ogen gehad. Argument a)(3) van Norma loopt hierop stuk. Ook Norma's argumenten a)(4) en (5) gaan niet op. Een instelling is ingevolge artikel 1.e WNR ook een omroeporganisatie wanneer zij een door haar verzorgd programma (door de kabelexploitanten) "doet uitzenden" en alsdan is sprake van een "uitgezonden programma" als bedoeld in artikel 1.i WNR en verkrijgt een omroeporganisatie de in artikel 8 WNR genoemde rechten. Indien kabelexploitanten niet "heruitzenden" dan zijn zij nog geen omroeporganisaties in de zin van de WNR, omdat zij geen programma's verzorgen zoals artikel 1.e WNR voor de hoedanigheid van "omroeporganisatie" eist.

4.9 Wanneer echter louter op basis van hetgeen de wetgever bij de definiëring van de begrippen "uitzenden" en "heruitzenden" voor ogen heeft gehad, zou worden geconcludeerd dat met "heruitzenden" in artikel 14a WNR een secundaire openbaarmaking is bedoeld, dan wordt te gemakkelijk voorbijgegaan aan de met de argumenten a)(1) en (2) en d) van Norma genoemde omstandigheden, dat artikel 14a WNR pas drie jaar na de totstandkoming van de WNR en met name de definitiebepalingen van artikel 1.g en h. daarvan, is ingevoerd en zulks met een ander doel, namelijk het treffen van een voorziening bij kabeldoorgifte, dan waarvoor de begrippen "uitzenden" en "heruitzenden" oorspronkelijk in de WNR waren opgenomen. Een nader onderzoek is derhalve geboden.

4.10 Norma heeft – zie haar argument (b) – terecht naar voren gebracht dat de Nederlandse wetgever met artikel 14a WNR heeft beoogd aansluiting te zoeken bij artikel 9 SatKabRichtlijn. Dit blijkt uit:

a) de Memorie van Toelichting (MvT) op artikel 26a Aw, waarin het volgende is vermeld: *“Artikel 26a strekt tot uitwerking van artikel 9 van de richtlijn, welk artikel collectieve uitoefening van het recht met betrekking tot kabeldoorgifte verplicht stelt. Dit uitgangspunt van de richtlijn is in het onderhavige wetsvoorstel ruimer geformuleerd in die zin dat ook de kabeldoorgifte van nationale programma’s en van programma’s afkomstig uit derde landen onder deze regeling vallen. Er bestaat geen aanleiding om in dit opzicht onderscheid te maken”*.

b) de parlementaire geschiedenis van artikel 14a WNR, waarin het volgende is vermeld: *“Inhoudelijk is artikel 14a gelijk aan het voorgestelde artikel 26a van de auteurswet 1912. Verwezen zij naar de toelichting op laatstgenoemd artikel”* (Kamerstukken II 1993-1994, 23 813, nr. 3, p. 10).

Zeker nu de Nederlandse wetgever duidelijk heeft gemaakt voor binnenlandse kabeldoorgifte en kabeldoorgifte uit derde landen geen ander regime te hebben willen creëren dan voor grensoverschrijdende kabeldoorgifte binnen de Europese Unie (EU), moet het begrip “heruitzenden” in artikel 14a WNR worden uitgelegd in overeenstemming met het begrip ‘doorgifte via de kabel’ uit de artikelen 1 lid 3 en 9 SatKabRichtlijn.

4.11 In de Engelse tekst van artikel 1 lid 3 SatKabRichtlijn worden voor “eerste uitzending” en “doorgifte via de kabel” de woorden “(initial) transmission” en “retransmission” gebruikt. In punt 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn worden “transmission” en “retransmission” uitdrukkelijk als vormen van mededeling aan het publiek (openbaarmaking) aangemerkt. Aangenomen moet worden dat deze begrippen in beide richtlijnen dezelfde betekenis hebben. Dit betekent dat niet alleen “retransmission”/ “doorgifte via de kabel” maar ook “(initial) transmission”/ “eerste uitzending” in artikel 1 lid 3 SatKabRichtlijn ziet op een openbaarmakingshandeling en dat derhalve aan “doorgifte via de kabel” een primaire openbaarmaking voorafgaat. Dit is ook af te leiden uit het door Norma in haar argument c)(2) ter sprake gebrachte artikel 11bis lid 1 ii) BC, dat in de Engelse taalversie als volgt luidt:

“Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(...)

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one”, waarbij opmerking verdient dat het begrip “doorgifte via de kabel” besloten ligt in het woord “*rebroadcasting*”, dat zowel “by wire” als “wireless” kan zijn. In deze bepaling wordt een exclusief recht verleend voor twee situaties, ten eerste voor primaire openbaarmaking via de kabel (“*any communication to the public by wire*”) en ten tweede voor “*any communication to the public by rebroadcasting*”, al dan niet via de kabel, “*of the broadcast of the work*”, in welk geval er (alleen) een exclusief recht is indien de “*communication*” geschiedt door een andere organisatie dan de oorspronkelijke. In de tweede situatie (“*rebroadcasting*”/ “doorgifte via de kabel”) wordt een primaire openbaarmaking voorondersteld. Immers, indien er geen voorafgaande primaire openbaarmaking zou zijn, dan zou de “*rebroadcasting*” zelf de primaire openbaarmaking vormen, hetgeen niet het geval kan zijn omdat “*rebroadcasting*” dan onder [de] eerste situatie zou vallen.

4.12 Argument c)(2) kan Norma dus niet baten, en werkt zelfs veeleer in haar nadeel. De bevinding, dat met “(initial) transmission”/ “eerste uitzending” een openbaarmakingshandeling is bedoeld, wordt niet weerlegd door Norma’s argument c)(1) (dat, zo herhaalt het hof, is aange-

voerd in het kader van haar stelling dat voor “doorgifte via de kabel” niet is vereist dat daaraan een openbaarmaking voorafgaat). Norma heeft ter onderbouwing van dat argument immers gesteld dat het mogelijk is dat de programmadragende signalen van deze “(initial) transmission”/ “eerste uitzending” niet bestemd zijn voor het publiek, en daarin ligt besloten dat het ook mogelijk [is] dat deze signalen wel toegankelijk zijn voor het publiek, in welk geval er een aan de “doorgifte via de kabel” voorafgaande openbaarmaking is. Argument (d) van Norma is van onvoldoende gewicht om de in rov. 4.11 gemaakte analyse te kunnen ontkrachten.

4.13 Het voorgaande voert tot de conclusie dat van “doorgifte via de kabel” in de zin van de artikelen 1 lid 3 en 9 SatKabRichtlijn eerst sprake kan zijn wanneer daaraan een openbaarmaking is voorafgegaan, zodat met dat begrip op “secundaire openbaarmaking” wordt bedoeld. Het begrip “heruitzenden” in artikel 14a WNR moet in dezelfde zin worden uitgelegd, dus overeenkomstig de bedoeling die de Nederlandse wetgever met de definities van artikel 1.g en h WNR heeft gehad, ook al stammen deze definities van een aantal jaren voor de invoering van artikel 14a WNR en werden met die definities andere doelen nagestreefd dan met dit artikel. De argumenten a)(1) en (2) van Norma treffen derhalve geen doel. Ook Norma’s verwijzing (MvG onder 321-324) naar de kabelovereenkomsten die andere collectieve belangenorganisaties dan Norma met de kabelexploitanten hebben gesloten, is niet steekhoudend. Daaraan kan geen enkel argument worden ontleend voor de uitleg van artikel 14a WNR, en al helemaal niet voor de uitleg van artikel 9 SatKabRichtlijn. Het in rov. 4.7 genoemde standpunt van Norma gaat bijgevolg evenmin op.

Vormt het handelen van de kabelexploitanten “heruitzenden”?

4.14 Omdat de omroepen in de huidige situatie niet openbaar maken (zie de rovv. 4.1 - 4.6) kan het handelen van de kabelexploitanten niet als secundaire openbaarmaking worden betiteld, maar moet dit als een primaire openbaarmaking worden gezien. Gezien het onder 4.13 overwogene moet derhalve worden geoordeeld dat de kabelexploitanten niet “heruitzenden” in de zin van artikel 14a WNR, zodat Norma zich thans niet met vrucht op dit artikel kan beroepen.

4.15 Ten overvloede overweegt het hof nog dat deze uitkomst bevestiging vindt in het navolgende. Indien, zoals Norma bepleit, een organisatie ter collectieve belangenbehartiging op de voet van artikel 14a WNR/artikel 9 SatKabRichtlijn exclusief bevoegd zou zijn om, ook tegen de wil van een individuele rechthebbende, toestemming te verlenen voor primaire openbaarmaking door de kabelexploitanten, dan zou dat tot gevolg hebben dat die individuele rechthebbende – die in een constellatie als hier aan de orde, aan zijn naburig recht geen verbodsrecht ten aanzien van handelingen vóór de eerste openbaarmaking kan ontnemen – op geen enkel moment kan verhinderen dat zijn uitvoering aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. De toekenning van een exclusief recht op een uitvoering impliceert evenwel dat een uitvoerend kunstenaar dat wel moet kunnen (vergelijk HvJEU 9 februari 2012 inzake “Luksan/Van der Let”, zaak C-277/10, punten 66 t/m 72). De door Norma voorgestane uitleg van artikel 9 SatKabRichtlijn komt in strijd met dit uitgangspunt en kan daarom niet worden gevolgd. Bij de onder 4.13 als juist aanvaarde uitleg doet het zo-even signaleerde bezwaar zich niet voor. Daarbij kan een individuele naburig rechthebbende zich immers wel zelf verzetten tegen de primaire openbaarmaking, waarover een organisatie ter behartiging van collectieve belangen geen zeggenschap heeft. Wanneer de rechthebbende zijn verzetsrecht gebruikt tegen de primaire openbaarmaking kan ook geen secundaire openbaarmaking volgen. Dit betekent dat hij bij de in rov. 4.13 gegeven uitleg effectief kan verhinderen dat zijn uitvoering aan het publiek

ter beschikking komt. Aan dit een en ander doet overigens niet af dat als regel uitvoerend kunstenaars zich toch niet tegen openbaarmaking zullen kunnen verzetten hetzij omdat zij daarvoor (impliciet) toestemming hebben gegeven hetzij omdat hun rechten (aan de producent) zijn overgedragen.'

5.3.1. Norma duidt in middel I (punt 3) als hoofdklachten aan, dat de aangehaalde overwegingen van een onjuiste rechtsopvatting getuigen omdat doorgifte van signalen door de kabelexploitanten niet kwalificeert als 'primaire openbaarmaking' en (dus) wél als 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR; en dat 'heruitzenden' zich ook kan voordoen bij een 'primaire openbaarmaking'. De klacht wordt uitgewerkt in vier onderdelen.

5.3.2. Onderdeel I.A klaagt inzonderheid over onjuiste uitleg en toepassing van art. 14a WNR in rov. 4.7 t/m 4.13.

Onderdeel I.B klaagt inzonderheid over een onjuiste althans ontoereikend gemotiveerde kwalificatie van het aanleveren door de omroepen aan de kabelexploitanten als geen (primaire) openbaarmaking, ook niet in de zin van de WNR, in rov. 4.2 t/m 4.6.

Onderdeel I.C verdedigt in het bijzonder het standpunt dat aan 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR ook een andere (exploitatie-) handeling voorafgaan kan gaan dan een 'openbaarmakingshandeling' / 'mededeling aan het publiek', en dat het hof zulks heeft miskend.

Onderdeel I.D bevat een 'veegklacht', mede gericht tegen rov. 4.14 en 4.15.

5.4. Bij de bespreking van middel I heb ik (niet onbegrijpelijk) acht geslagen op de beoordeling door de Hoge Raad (in rov. 2.2 - 2.7) van een in menig opzicht vergelijkbare cassatieklacht van Buma in de zaak die leidde tot HR 9 juni 2009 inzake Buma/ Chellomedia.¹⁴ Het leek mij in meer dan één opzicht dienstig om op hoofdlijnen de daar door de Hoge Raad gevolgde beoordelingswijze zo veel mogelijk tot voorbeeld te nemen: zie hierna nrs. 5.5 - 5.14. Ik zal evenwel daarna, in de nrs. 5.18 - 5.35 (ten overvloede) nog ampel stilstaan bij de afzonderlijke klachten van Norma in haar middel I.

5.5. Bij de bespreking van dit middel I (onder 3.2 aangeduid als kwestie (ii)) gaat het ook in cassatie om de vraag of de kabelexploitanten door de doorgifte aan het kijkers- en luisteraarspubliek na de decodering van de bij 'Media Gateway' door de kabelexploitanten opgehaalde tv-programma's, uitvoeringen al dan niet 'heruitzenden' en dus om de vraag of het begrip 'heruitzenden' in art. 14a WNR handelingen omvat als de onderhavige van de kabelexploitanten. 'Heruitzenden' is – reeds in een aan de invoering van art. 14a voorafgaande versie van de WNR, en nog steeds – in art. 1 sub h WNR gedefinieerd als: 'het door een instelling gelijktijdig uitzenden van een programma dat door een andere instelling of omroeporganisatie wordt uitgezonden'.

¹⁴ ECLI:NL:HR:2009:BH7602, NJ 2009, 290.

5.6. Bij de uitleg van het begrip 'heruitzenden' in art. 14a WNR dient in aanmerking genomen te worden dat dit artikel¹⁵, zoals hierboven vermeld in voetnoot 13, in de nationale wetgeving is opgenomen ter implementatie van de SKRI. Blijkens de nationale wetgeschiedenis heeft Nederland het stelsel van de SKRI getrouw willen implementeren, zij het met een – door de SKRI niet verboden – verbreding van het toepassingsbereik daarvan tot ook (puur) nationale gevallen van satellietomroep en doorgifte via de kabel¹⁶. Dit brengt mee dat het begrip 'heruitzenden' in art. 14a WNR dient te worden uitgelegd overeenkomstig het corresponderende begrip 'doorgifte via de kabel' van de SKRI, in het bijzonder artikel 1 lid 3 (hieronder nogmaals weergegeven), en de artikelen 8 - 10 van die richtlijn (hierboven in nr. 4.6.1 weergegeven).

5.7. Artikel 1 lid 3 SKRI luidt:

'In deze richtlijn wordt verstaan 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 Lid-Staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.'

5.8. Eén van de door Norma's middel I ter discussie gestelde centrale vragen is of 'heruitzenden / doorgifte via de kabel' al dan niet een 'eerste uitzending' (zoals in art. 1 lid 3 SKRI te lezen is), veronderstelt. In dit verband hebben partijen (en het hof) ook wel gedebatteerd in termen van een aan de 'secundaire openbaarmaking' ten grondslag liggende 'primaire openbaarmaking'.

Het hof heeft, evenals de rechtbank, deze vraag – ten nadele van Norma – bevestigend beantwoord.

De daartoe door het hof in rov. 4.11 - 4.13 gegeven motivering laat zich als volgt samenvatten:

- in de Engelse tekst van art. 1 lid 3 SKRI worden voor 'eerste uitzending' en 'doorgifte via de kabel' de woorden '(initial) transmission' en 'retransmission' gebruikt;
- in punt 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn 2001/29 worden 'transmission' en 'retransmission' uitdrukkelijk als vormen van mededeling aan het publiek (openbaarmaking) aangemerkt. Aangenomen moet worden dat deze begrippen in beide richtlijnen dezelfde betekenis hebben. Dit betekent dat niet alleen 'retransmission' / 'doorgifte via de kabel' maar ook '(initial) transmission' / 'eerste uitzending' in art. 1 lid 3 SKRI ziet op een openbaarmakingshandeling en dat derhalve aan 'doorgifte via de kabel' een primaire openbaarmaking voorafgaat;
- dit is ook af te leiden uit art. 11bis lid 1 ii) Berner Conventie, in de Engelse taalversie luidt

¹⁵ Evenals de artikelen 14b-14c WNR, en de artikelen 25a-25d Auteurswet.

¹⁶ Vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 813, nr. 3, p. 7-8.

dende:

'Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing: (...) (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one', waarbij opmerking verdient dat het begrip 'doorgifte via de kabel' besloten ligt in het woord 'rebroadcasting', dat zowel 'by wire' als 'wireless' kan zijn; bij 'rebroadcasting' / 'doorgifte via de kabel' wordt een primaire openbaarmaking voorondersteld, omdat zonder primaire openbaarmaking, de 'rebroadcasting' zelf de primaire openbaarmaking zou vormen, hetgeen niet het geval kan zijn (rov. 4.11);

- het begrip 'heruitzenden' in artikel 14a WNR moet in dezelfde zin worden uitgelegd, overeenkomstig de bedoeling die de Nederlandse wetgever met de definities van artikel 1.g en h WNR heeft gehad, ook al stammen deze definities van een aantal jaren voor de invoering van artikel 14a WNR en werden met die definities destijds andere doelen nagestreefd dan met dit artikel (rov. 4.13).

5.9. Voor zover middel I (inzonderheid onderdeel I.A) klaagt over onjuiste uitleg en toepassing van art. 14a WNR in rov. 4.7 - 4.13 van het bestreden arrest, faalt het, omdat 's hofs daar gegeven oordeel juist is. De tekst van de richtlijn (in de verschillende taalversies) en het systeem daarvan zijn zodanig duidelijk dat sprake is van een 'acte clair'. Er bestaat dus ook geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen ter zake aan het Hof van Justitie van de EU. In de nrs. 5.18 - 5.20.2 hierna zal ik, ten overvloede, niettemin nog stilstaan bij de (sub-) onderdelen van middel I.A.

5.10. Aan de juistheid van 's hofs oordeel in rov. 4.7 - 4.13 kan een tweede centrale klacht van het middel (toegespitst in onderdeel I.B) niet afdoen. Volgens die (ook hierboven reeds) samengevatte klacht heeft het hof in rov. 4.2 - 4.6 ten onrechte, of op onbegrijpelijke gronden, geoordeeld dat het aanleveren door de omroepen aan de kabelexploitanten niet kan gelden als een primaire openbaarmaking oftewel een 'uitzending' in de zin van de WNR. De strekking van deze klacht van Norma is vanzelfsprekend dat bij gegrondbevinding daarvan, de distributie door de kabelexploitanten tóch als een secundaire openbaarmaking / heruitzending zou moeten, althans kunnen worden gezien.

5.11. Hetgeen Norma hier bedoelt met 'primaire openbaarmaking' moet, in het licht van de eerder aangegeven uitleg conform aan Richtlijn 93/83 begrepen worden als een 'eerste uitzending [...] van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn' in de zin van de geciteerde bepaling van art. 1 lid 3 SKRI. Zoals Norma bij de hier besproken cassatieklacht ook onderkent, is de uitleg van het element 'die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn' beslissend voor het lot van de onderhavige klacht.

5.12. Bij de beoordeling van deze klacht kan – en dient te – worden teruggegrepen op de volgende richtinggevende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG/EU. In het arrest van HvJEG 14 juli 2005 (C-192/04), *Lagardère Active Broadcast/SPRE*, Jur, p. I-7199, NJ 2006, 467 is uitleg gegeven aan het begrip ‘ontvangst door het publiek’ in de SKRI. In punt 31 van dat arrest heeft het Hof geoordeeld ‘dat een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld’. Het Hof van Justitie verwees in genoemd punt 31 van het *Lagardère*-arrest bij de gegeven uitleg naar een eerder arrest – HvJEG 2 juni 2005, *Mediakabel*, C-89/04, punt 30 – waarin eenzelfde uitleg was gegeven aan het begrip ‘voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma’s’ in een andere richtlijn (Richtlijn 89/552/ EEG (‘Televisie zonder grenzen’, art. 1 onder a). Ook daar sprak het Hof over ‘televisieprogramma’s die zijn bestemd voor ontvangst door het publiek, dat wil zeggen een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven.’ Vervolgens heeft het HvJEG – met verwijzing naar de arresten *Mediakabel* en *Lagardère* – eenzelfde uitleg (‘een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers’) gegeven aan het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in art. 3 lid 1 de Auteursrechtlijn 2001/29 in punt 37 van het arrest van 7 december 2006, C-306/05, Jur. p. I-11919 (*SGAE/Rafael Hoteles*), welke rechtspraak nog is bevestigd in latere arresten van het Hof¹⁷.

5.13. Hoewel het in nr. 5.12 vermelde citaat uit het arrest *Lagardère* betrekking heeft op satelliettransmissie als aan de orde in art. 1 lid 2 onder a van de SKRI, is de daar gegeven uitleg – mede gelet op de verdere in nr. 5.12 bedoelde jurisprudentie van het Hof van Justitie – als vaste en consistente uitleg tevens bepalend te achten bij de uitleg van definitie van ‘ontvangst door het publiek’ als aan de orde in art. 1 lid 3 van de SKRI (*acte éclairé*). Norma’s andersluidend betoegt faalt.

5.14. In rov. 4.3 - 4.5 van het arrest waarvan beroep heeft het hof dus terecht onderzocht of de wijze van aanlevering van programma’s door de omroepen via Media Gateway vallen onder het begrip ‘mededeling aan het publiek’ zoals dat door het HvJEG/EU is uitgelegd. Nu

¹⁷ HvJEU 15 maart 2012, C-135/10, IER 2012, nr. 36, p. 313 (SCF/Marco Del Corso; ‘Turiijnse tandarts’), rov. 84-102; HvJEU 15 maart 2012, C-162/10, IER 2012, nr. 37, p. 323 (PLL/Ierland), rov. 41-42; HvJEU 13 oktober 2011, C-432/09, IER 2012, nr. 27, p. 247 (Airfield), waarover nader in de nrs. 5.29.1 - 5.29.2. Zie over deze – en andere – tamelijk recente jurisprudentie van het Hof van Justitie bijv. M. de Cock Buning, R. de Bruin en R. Kindt, ‘Het Europese Hof doet nieuwe “mededelingen aan het publiek”’ IER 2012, nr. 33, p. 292, alsmede M. de Cock Buning, ‘Cable Retransmission and Other Secondary Use’; in Hugenholtz/ Quaedvlieg/ Visser, *A Century of Dutch Copyright Law. Auteurswet 1912-2012*, Amstelveen: deLex 2012, p. 277, alsmede D.J.G. Visser, ‘Openbaar maken met ketchup’, AMI 2013/2, p. 41. Op HvJEU 7 maart 2013, zaak C-607/11 (ITV / TV Catchup) ga ik in in nr. 5.15.1 e.v.

het HvJEG in rov. 31 en 35 van het arrest Lagardère (bovendien) heeft geoordeeld ‘dat een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld’ en ‘dat de signalen voor het publiek bestemd moeten zijn en niet de programma’s waarvan zij de drager zijn’, heeft het hof – na in rov. 4.3 te hebben vastgesteld dat ‘binnen de Media Gateway een niet voor het algemene publiek toegankelijke één-op-één verbinding tussen de omroepen en de kabelexploitanten wordt gelegd’ – met juistheid vastgesteld dat ‘dat de programmadragende 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. Dat publiek kan die toegang pas krijgen na doorgifte van die signalen via de kabel.’

5.15.1. Ik wil nog (vrij uitvoerig) stilstaan bij een recent arrest van het HvJEU, dat pas gewezen is nadat partijen voor arrest van de Hoge Raad gefourneerd hadden. Het betreft HvJEU 7 maart 2013, zaak C-607/11 (ITV / TV Catchup).

5.15.2. Voor de feitelijke achtergrond citeer ik uit het arrest:

‘8 Verzoeksters in het hoofdgeding zijn commerciële televisiezenders die naar nationaal recht auteursrechten bezitten op hun televisie-uitzendingen en op de films en de andere onderdelen van hun uitzendingen. Zij halen hun inkomsten uit de reclame in hun uitzendingen.

9 TVC¹⁸ biedt op internet diensten voor de uitzending van televisieprogramma’s aan. Door deze diensten kunnen gebruikers „rechtstreeks” via internet streams van gratis televisie-uitzendingen ontvangen, waaronder de door verzoeksters in het hoofdgeding uitgezonden televisie-uitzendingen.

10 TVC vergewist zich ervan dat de gebruikers van haar diensten enkel toegang krijgen tot een inhoud waarnaar zij op grond van hun kijkvergunning reeds gerechtigd zijn te kijken in het Verenigd Koninkrijk. De voorwaarden waarmee de gebruikers moeten instemmen, omvatten derhalve het bezit van een geldige kijkvergunning en de beperking van het gebruik van de diensten van TVC tot het Verenigd Koninkrijk. [...]

11 De diensten van TVC worden gefinancierd door reclame. Het betreft audiovisuele reclame die wordt getoond vóór de videostream van de betrokken uitzending kan worden bekeken. De reeds in de oorspronkelijke uitzendingen opgenomen reclame blijft ongewijzigd en wordt aan de gebruiker toegezonden als een onderdeel van de stream. Ook verschijnt “in-skin”-reclame op de computer of het andere toestel van de gebruiker.

12 TVC gebruikt voor haar activiteiten vier groepen servers, namelijk acquisition, encoding, origin en edge servers.

13 De door TVC gebruikte binnenkomende signalen zijn de door verzoeksters in het hoofdgeding via zendmast en satelliet doorgegeven normale omroepsignalen. De signalen worden

¹⁸ De door het HvJEU gebruikte verkorte aanduiding voor TV Catchup.

opgevangen via een antenne en doorgestuurd naar de acquisition servers, die de individuele videostreams ongewijzigd uit het signaal halen. De encoding servers zetten deze stream in een andere compressienorm om. Vervolgens bereiden de acquisition servers videostreams voor om ze via internet in verschillende formaten te versturen. Voorbij dit punt worden de door TVC aangeboden kanalen slechts verder verwerkt indien ten minste één gebruiker om het betrokken kanaal heeft verzocht. Indien er naar een bepaald kanaal geen vraag bestaat, wordt dat signaal niet verder gebruikt.

14 De edge servers zijn via internet met de computer of de mobiele telefoon van de gebruiker verbonden. Wanneer een edge server een aanvraag voor een kanaal ontvangt van een gebruiker, maakt hij verbinding met de origin server die dit kanaal uitzendt, tenzij het betrokken kanaal reeds door de edge server naar een andere gebruiker werd uitgezonden. De software van de edge server creëert een afzonderlijke stream voor elke gebruiker die via deze edge server een kanaal aanvraagt. Een individueel gegevenspakket wordt dus naar een individuele gebruiker en niet naar een groep gebruikers verstuurd.

15 De door de edge servers geleverde streams kunnen in verschillende formaten voorkomen. De gebruikte formaten zijn Adobe Flash-streams voor computers, HTTP-streams voor draagbare Apple-toestellen en RTSP-streams voor mobiele Android- en Blackberry-telefoons.

16 Verzoeksters in het hoofdgeding hebben TVC voor de High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, gedagvaard wegens schending van hun auteursrechten op hun uitzendingen en hun films [...].

5.15.3. Het Hof vervolgt:

‘19 Met zijn eerste vraag en zijn tweede vraag, sub a, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het betrekking heeft op een wederdoorgifte van de werken die zijn opgenomen in een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending

- door een andere organisatie dan de oorspronkelijke omroeporganisatie,
- door middel van een internetstream die ter beschikking wordt gesteld van de abonnees van deze organisatie, die deze wederdoorgifte kunnen ontvangen door op de server van deze organisatie in te loggen,
- waarbij deze abonnees zich in het ontvangstgebied van deze via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending bevinden en gerechtigd zijn om deze uitzending op een televisieontvanger te ontvangen.

20 Vooraf moet worden opgemerkt dat richtlijn 2001/29 als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen. Aan het begrip mededeling aan het publiek moet dus een ruime betekenis worden gegeven, zoals overigens uitdrukkelijk vermeld staat in punt 23 van de considerans van die richtlijn (arrest SGAE, reeds aangehaald, punt 36, en arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 186).

21 In de eerste plaats moet de inhoud van het begrip “mededeling” worden bepaald en moet worden geantwoord op de vraag of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde activiteit binnen de werkingssfeer van dit begrip valt.

22 Richtlijn 2001/29 geeft geen uitputtende omschrijving van het begrip mededeling. De betekenis en de draagwijdte van dit begrip moeten worden gepreciseerd aan de hand van de context waarin het zich bevindt en de in punt 20 van het onderhavige arrest vermelde doelstelling.

23 Inzonderheid uit punt 23 van de considerans van richtlijn 2001/29 blijkt dat het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek zich uitstrekt tot elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Bovendien volgt uit artikel 3, lid 3, van deze richtlijn dat de toestemming om de beschermde werken in een mededeling aan het publiek op te nemen het recht om andere mededelingen van deze werken aan het publiek toe te staan of te verbieden niet uitput.

24 Daaruit volgt dat de Uniewetgever, door een regeling vast te stellen voor situaties waarin een bepaald werk meermaals wordt gebruikt, heeft gewild dat elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk waarbij een specifieke technische werkwijze wordt gebruikt, in beginsel individueel door de auteur van het betrokken werk wordt toegestaan.

25 Deze vaststellingen worden overigens bevestigd door de artikelen 2 en 8 van richtlijn 93/83, op grond waarvan een nieuwe toestemming is vereist voor een gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, per satelliet of kabel, van een eerste uitzending van radio- of televisieprogramma's die beschermde werken bevatten, ook al konden deze uitzendingen in hun ontvangstgebied reeds worden ontvangen via andere technische werkwijzen, zoals via radiogolven van grondnetwerken.

26 Aangezien een beschikbaarstelling van de werken via wederdoorgifte op internet van een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending gebeurt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling, moet zij worden beschouwd als een "mededeling" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Bijgevolg kan een dergelijke wederdoorgifte niet gebeuren zonder de toestemming van de auteurs van de wederdoorgegeven werken wanneer zij aan het publiek worden medegedeeld.

27 Aan dit besluit kan niet worden afgedaan door het bezwaar van TVC dat de beschikbaarstelling van de werken op internet als in het hoofdgeding een louter technisch middel vormt om de ontvangst van de via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren.

28 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt weliswaar dat een louter technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren, geen "mededeling" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Football Association Premier League e.a.*, punt 194, en *Airfield* en *Canal Digitaal*, punten 74 en 79).

29 Het gebruik van een dergelijk technisch middel moet zich dus ertoe beperken de kwaliteit van de ontvangst van een reeds bestaande doorgifte te behouden of te verhogen en mag niet dienen voor een van deze doorgifte onderscheiden doorgifte.

30 In de onderhavige zaak bestaat de interventie van TVC evenwel in een doorgifte van de betrokken beschermde werken die verschilt van de doorgifte door de betrokken omroeporganisatie. De interventie van TVC heeft geenszins tot doel de kwaliteit van de ontvangst van de doorgifte door deze organisatie te behouden of te verhogen. Bijgevolg kan deze interventie niet als een louter technisch middel in de zin van punt 28 van het onderhavige arrest worden

beschouwd.

31 In de tweede plaats kunnen de beschermde werken slechts onder het begrip “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vallen wanneer zij daadwerkelijk aan een “publiek” worden medegedeeld.

32 In dit verband blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het begrip publiek waarnaar deze bepaling verwijst, op een onbepaald aantal potentiële kijkers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert (zie in die zin arrest SGAE, reeds aangehaald, punten 37 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 Met betrekking tot inzonderheid dit laatste criterium moet rekening worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van de werken aan de potentiële kijkers. Dienaangaande is het met name van belang te weten hoeveel personen tegelijk en achtereenvolgens tot hetzelfde werk toegang hebben (arrest SGAE, reeds aangehaald, punt 39).

34 In dit verband is de vraag of de potentiële kijkers via een een-op-een verbinding toegang tot de medegedeelde werken hebben niet relevant. Deze techniek belet immers niet dat een groot aantal personen tegelijk tot hetzelfde werk toegang heeft.

35 In casu richt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wederdoorgifte van de werken via internet zich tot alle personen die in het Verenigd Koninkrijk wonen, over een internetverbinding beschikken en beweren dat zij over een kijkvergunning in deze staat beschikken. Deze personen kunnen bij de “live streaming” van de televisie-uitzendingen op internet tegelijk toegang tot de beschermde werken hebben.

36 Derhalve ziet deze wederdoorgifte op een onbepaald aantal potentiële kijkers en impliceert deze een groot aantal personen. Bijgevolg worden de beschermde werken bij de betrokken wederdoorgifte daadwerkelijk aan een „publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 medegedeeld.

37 TVC stelt evenwel dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wederdoorgifte niet voldoet aan de voorwaarde van het nieuwe publiek, waaraan nochtans moet zijn voldaan volgens de reeds aangehaalde arresten SGAE (punt 40), Football Association Premier League e.a. (punt 197), alsook Airfield en Canal Digitaal (punt 72). De kijkers van de wederdoorgifte door TVC hebben immers het recht om de uitzending, met identieke inhoud, via hun televisietoestellen te volgen.

38 Dienaangaande valt op te merken dat de situaties die onderzocht werden in de zaken die hebben geleid tot deze arresten, duidelijk verschillen van de in de onderhavige zaak in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie. In de genoemde zaken heeft het Hof immers situaties onderzocht waarin een ondernemer door zijn bewuste interventie een uitzending met beschermde werken toegankelijk had gemaakt voor een nieuw publiek waarmee de betrokken auteurs geen rekening hebben gehouden toen zij de betrokken uitgezonden doorgifte hebben toegestaan.

39 De onderhavige zaak in het hoofdgeding heeft daarentegen betrekking op de doorgifte van de werken die zijn opgenomen in een uitzending via zendmasten en de beschikbaarstelling van deze werken op internet. Zoals blijkt uit de punten 24 en 26 van het onderhavige arrest, moet elk van deze twee doorgiften individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs worden toegestaan aangezien beide doorgiften onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een pu-

blik. De voorwaarde van het nieuwe publiek, die enkel relevant is in de situaties waarover het Hof zich heeft moeten uitspreken in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten SGAE, Football Association Premier League e.a., alsook Airfield en Canal Digitaal, behoeft derhalve niet meer subsidiair te worden onderzocht.

40 Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag en de tweede vraag, sub a, worden geantwoord dat het begrip “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het betrekking heeft op een wederdoorgifte van de werken die zijn opgenomen in een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending,

- door een andere organisatie dan de oorspronkelijke omroeporganisatie,
- door middel van een internetstream die ter beschikking wordt gesteld van de abonnees van deze organisatie, die deze wederdoorgifte kunnen ontvangen door op de server van deze organisatie in te loggen,
- hoewel deze abonnees zich in het ontvangstgebied van deze via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending bevinden en gerechtigd zijn om deze uitzending op een televisieontvanger te ontvangen.’

5.15.4. Wat de aan het Hof gestelde vragen 2.b en 2.c betreft, kan ik volstaan met een vermelding van de samenvattende beantwoording daarvan:

‘44 Bijgevolg moet op de tweede vraag, sub b, worden geantwoord dat het voor het antwoord op de eerste vraag niet van belang is dat een wederdoorgifte als in het hoofdgeding wordt gefinancierd door reclame en dus een winstoogmerk heeft.

[...]

47 Bijgevolg moet op de tweede vraag, sub c, worden geantwoord dat het voor het antwoord op de eerste vraag niet van belang is dat een wederdoorgifte als in het hoofdgeding gebeurt door een organisatie die rechtstreeks concurreert met de oorspronkelijke omroeporganisatie.’

5.15.5. Werpt het arrest ITV / TV Catchup een ander licht op eventuele gegrondheid van Norma’s boven besproken centrale klachten? Ik meen van niet.

5.15.5.1. Het arrest maakt duidelijk dat in het geval de kabelexploitanten *nog wél de signalen uit de ether zouden opvangen en doorgeven per kabel*, er sprake zou van een ‘mededeling aan het publiek’ waarvoor afzonderlijke toestemming vereist is, zonder dat daaraan afdoet dat de abonnees de tv-uitzendingen ook al via de ether konden en mochten ontvangen. In zoverre ziet de Hoge Raad drie decennia later in dit ITV / TV Catchup-arrest zijn keuze in ‘Amstelveen’-kabelarresten van 1981 en 1984¹⁹ alsnog Unierechtelijk bevestigd.²⁰

¹⁹ HR 30 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4255, NJ 1982, 435 m.nt. vNH; HR 25 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AD3290, NJ 1984, 697 m.nt. vNH.

²⁰ Dat was nog niet eerder – laat staan: zo duidelijk – gebeurd. In andere landen is over zo’n keuze wel anders gedacht. Het heeft tot 2012 geduurd voordat een met ‘Amstelveen’ zeer vergelijkbare kabelzaak aan het Hof van Justitie werd voorgelegd: zaak C-416/12 (Wikom), aangebracht door het Duitse BGH. Het BGH heeft, daartoe uitgenodigd door het HvJEU nadat dit op 7 maart 2013 het ITV

5.15.5.2. Dat is echter niet de *issue* in de nu voorliggende zaak.

De 'Amstelveen'-jurisprudentie van de Hoge Raad is door NLKabel c.s. niet bestreden. De vraag is daarentegen (nu zeer kort samengevat) of er sprake is van een 'heruitzending' (in de zin de SKRI) door de kabelexploitanten bij gebreke aan een 'mededeling aan het publiek' door de omroepen, en daarmee of de aanlevering door de omroepen aan Media Gateway wel of niet een 'mededeling aan het publiek' is.

5.15.5.3. Voor *deze issue* brengt het ITV / TV Catchup-arrest m.i. geen verandering ten opzichte van de eerder aangehaalde arresten van het Hof van Justitie (met name: *Lagardère / SPRE* en *SGAE / Rafael Hoteles*).

In het ITV / TV Catchup-arrest houdt het Hof van Justitie immers vast aan zijn rechtspraak dat een louter technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren, geen 'mededeling' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt (rov. 28). In rov. 30 'distinguisht' het Hof echter de 'interventie' van TV Catchup, nu die verschilt van de doorgifte door de betrokken omroeporganisatie en niet tot doel heeft de kwaliteit van de ontvangst van die doorgifte te behouden of te verhogen.

Het Hof houdt in het ITV / TV Catchup-arrest weer eraan vast dat 'mededeling aan het publiek' een *daadwerkelijk* 'publiek' veronderstelt (rov. 31) en dat dit op een onbepaald aantal potentiële kijkers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert (rov. 32). Na in rov. 34 te hebben aangegeven dat een één-op-één verbinding ten deze geen relevant criterium is, 'distinguisht' het Hof de onderhavige activiteit van TV Catchup van gevallen in eerdere arresten, doordat haar doorgifte via internet zich richt tot (maar liefst) alle inwoners van het Verenigd Koninkrijk (rov. 35), en daarmee op een onbepaald aantal potentiële kijkers (rov. 36). In *zó'n* geval is het criterium van een 'nieuw publiek' niet aan de orde (rov. 37 - 39).

5.15.5.4. Mijn opvatting dat het ITV / TV Catchup-arrest middel I van Norma niet ondersteunt, vermeldde ik al.

5.15.6. Ik wijs terzijde nog op de bij het HvJEU aanhangige zaak C-466/12 (*Svensson c.s. / Retriever Sverige*). Ik meen evenwel dat van (antwoorden op) de in die zaak gestelde ('diep link') vragen geen nieuwe aanwijzingen voor de onderhavige zaak Norma/NL Kabel c.s. te verwachten zijn²¹.

/ TVCatchup-arrest had gewezen, zijn prejudiciële vragen in de Wikom-zaak ingetrokken: zie de beschikking van de President van het HvJEU van 22 mei 2013 in de zaak C-416/12.

²¹ De in de zaak C-466/12 door de Svea Hovrätt gestelde vragen (PB L 167/ 10) luiden:

- Is sprake van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van [richtlijn 2001/29/EG], wanneer iemand anders dan de houder van het auteursrecht op een bepaald werk, op zijn website een aanklikbare link plaatst naar het werk?

5.16. Ook onderdeel I.B faalt dus in zijn geheel.

5.17. De onderdelen I.C en I.D stuiten eveneens op het voorgaande af. In de nrs. 5.21 - 5.35 hierna zal ik, ten overvloede, niettemin nog stilstaan bij de (sub-) onderdelen van middelonderdelen I.B, I.C en I.D.

Ten overvloede: bespreking van deelklachten van onderdelen I.A, I.B, I.C en I.D

Onderdeel I.A

5.18. De *punten* 5-6 van onderdeel A van het eerste middel hebben slechts een inleidend karakter.

5.19.1. Volgens *punt* 7 heeft het hof bij zijn uitleg en toepassing van het begrip 'heruitzenden' in art. 14a WNR ten onrechte aangenomen dat van 'heruitzenden' alleen sprake kan zijn als met de (technische) wijze van aanlevering van de signalen, die de kabelexploitant voorafgaand ontvangt om via de kabel door te geven, (ook) een 'primaire openbaarmaking' plaatsvindt aan de kabel. Volgens de klacht volgt een dergelijke eis niet uit de tekst van de wet en is die ook onverenigbaar met het stelsel en de strekking van de wet.

5.19.2. De klacht faalt. Zoals hierboven bleek, steunt 's hofs opvatting niet alleen op de tekst van art. 14a WNR maar ook op de tekst van de onderliggende SKRI (vgl. nr. 4.6.1) en de daaraan ten grondslag liggende begripsomschrijvingen in de Conventie van Rome (nr. 4.4). 's Hofs opvatting steunt bovendien op de strekking van art. 8-10 van de SKRI (vgl. nrs. 4.6.2-4.6.3): faciliteren van kabeldoorgifte door verplichte tussenkomst van CBO's en daarmee het afsnijden van een potentieel onoverzienbare hoeveelheid claims van individuele rechthebbenden. Maar als *heruitzending* via de kabel zich níét (meer) voordoet, zijn die claims er niet en behoeft daartegen geen bescherming geboden te worden.

Van strijd met de tekst en/of de strekking van de bepaling kan dus niet gesproken worden.

- Is het voor het antwoord op de eerste vraag relevant of het werk waarnaar de link verwijst, is geplaatst op een website op het internet waartoe iedereen zonder beperkingen toegang heeft dan wel of de toegang op enige wijze is beperkt?

- Moet bij de beantwoording van de eerste vraag onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin het werk, nadat de gebruiker op de link heeft geklikt, wordt getoond op een andere website, en gevallen waarin het werk, nadat de gebruiker op de link heeft geklikt, aldus wordt getoond dat de indruk wordt gewekt dat het op dezelfde website verschijnt?

- Kan een lidstaat een ruimere bescherming bieden aan het uitsluitende recht van auteurs door onder het begrip 'mededeling aan het publiek' een groter aantal handelingen te verstaan dan die welke zijn genoemd in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29?

5.19.3. Daarmee is weliswaar niet gezegd – dat kan aan Norma worden toegegeven – dat het begrip ‘heruitzenden’ er per se toe *dwingt* dat daarvan niet gesproken zou kunnen worden bij afwezigheid van een ‘uitzending’ of primaire openbaarmaking (voor een algemeen publiek). Maar voor zo’n van de tekst en de strekking van de bepaling afwijkende uitleg moeten dan wel sterke (andere) argumenten bestaan. Voldoende zware argumenten worden in punt 7 (en, naar bleek en blijken zal, ook in andere klachten van het cassatiemiddel) niet gegeven.

5.20.1. Volgens *punt 8* zou het hof in dit verband hebben miskend dat ‘heruitzenden’ in art. 14a WNR een afzonderlijke / onafhankelijke (exploitatie-) handeling kan inhouden, die een kabelexploitant, niet zelf zijnde een omroeporganisatie, voor eigen rekening en voordeel uitvoert, waarbij de kabelexploitant ongewijzigd en onverkort via de kabel programma’s doorgeeft die voor het publiek bestemd zijn.

5.20.2. Dat ‘heruitzenden’ een afzonderlijke / onafhankelijke (exploitatie-) handeling van een kabelexploitant kan inhouden, is geen geschilpunt. Maar dat wil niet zeggen dat – zoals punt 8 doet – die stelling omkeerbaar is: dat een ‘afzonderlijke / onafhankelijke (exploitatie-) handeling van een kabelexploitant’ daarom ‘heruitzenden’ is.

Onderdeel I.B

5.21. Na de inleidende *punten 9 en 10* klagen *punten 11 - 17* over een onjuiste uitleg en toepassing door het hof van het begrip ‘publiek’.

5.22.1. Volgens *punt 11* geeft het hof in rov. 4.3 - 4.5 blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat het enkele feit dat, in ’s hofs woorden, ‘programmadragende signalen’ gecodeerd worden aangeleverd, dat de decodeersleutels aan kabelexploitanten worden verstrekt en dat ‘het algemene publiek’ geen decodeersleutels van de omroepen ontvangt, niet uitsluit dat (toch) sprake kan zijn van een (‘primaire’) ‘openbaarmaking’ (c.q. een nabuurrechtelijk relevante (exploitatie)handeling) door de omroepen van uitvoeringen waarop naburige rechten rusten.

5.22.2. Deze klacht faalt (reeds) omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Zowel uit de onbestreden feitenvaststelling in rov. 1.1.b als uit rov. 4.3 (*in fine*) blijkt dat voor het hof – terecht – niet slechts beslissend was de *gecodeerde* aanlevering en de verstrekking van decodeersleutels slechts aan de kabelexploitanten. Dat het hof de verbinding tussen de omroepen en de kabelexploitanten niet beschouwt als niet toegankelijk voor een ‘(algemeen) publiek’ geeft – behoudens mogelijke gegronde verdere daarop gerichte klachten, die echter eveneens blijken te falen – (tot zover) geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en is niet onbegrijpelijk.

5.23.1. Volgens *punt 12* legt het hof het begrip 'publiek' uit in de door het hof ten onrechte aan art. 3 lid 1 ARI ontleende maatstaf 'mededeling aan het publiek' te eng uit, door onder 'publiek' alleen te verstaan 'het algemene publiek' / 'een onbepaald aantal potentiële luisteraars en kijkers'. Het hof miskent (daarmee) dat onder 'publiek' niet alleen eindgebruikers (zoals 'luisteraars en kijkers', alsook bijvoorbeeld 'lezers') maar ook andere gebruikers (zoals '(kabel-)exploitanten') kunnen vallen.

Volgens nog steeds punt 12 heeft het hof in weerwil van stellingen van Norma niet (kenbaar) onderzocht of meegenomen in zijn oordeel, dat de partijen die zijn aangesloten op de Media Gateway een onbepaald aantal gebruikers vormen, dat de kring van aangeslotenen eindeloos kan variëren, dat er dus geen sprake is van een beperkte kring, dat ook professionele partijen kunnen kwalificeren als publiek en dat ook om die redenen de levering van de programma's door de omroepen via de Media Gateway een 'mededeling aan het publiek', althans een nabuurrechtelijk relevante (exploitatie)handeling is.

5.23.2. Dat de klacht van punt 12 niet kan slagen, is gebleken in de nrs. 5.11 - 5.14. Dat heeft hier geen nadere toelichting.²²

5.24.1. Volgens – nog steeds – punt 12 heeft het hof in rov. 4.5 ten onrechte verworpen Norma's stelling dat het begrip 'publiek' niet geharmoniseerd is voor de naburige rechten, zodat de auteursrechtelijke 'publiek'-toets niet (zonder meer) van toepassing is op de vraag of de aanlevering door de omroepen aan de kabelexploitanten een nabuurrechtelijk relevante (exploitatie-) handeling is.

5.24.2. De rechtsklacht faalt, omdat 's hofs rechtsoordeel in rov. 4.5 juist is (de klacht geeft niet aan waarom dat niet zo zou zijn). Zie ook nrs. 5.11 - 5.13 hierboven. De motiveringsklacht faalt, omdat daarmee in cassatie niet kan worden opgekomen tegen een juist rechtsoordeel.

5.25.1. Volgens *punt 13* is (aldus) rechtens onjuist of gebrekkig gemotiveerd 's hofs oordeel dat de aanlevering van programma's door de omroepen via de Media Gateway aan de kabel-exploitanten in de huidige situatie geen (primaire) openbaarmaking c.q. een nabuurrechtelijk relevante (exploitatie-) handeling is. De te enge 'publiek'-toets van het hof heeft het naar het stelsel van de (Europese) wetgeving onaanvaardbare gevolg dat onafhankelijke partijen die programma's van de omroepen niet voor rekening en verantwoordelijkheid van die omroepen maar voor eigen profijt exploiteren, niet door de collectieve belangenorganisaties kunnen worden aangesproken op afdracht van een billijk deel in de winst die zij door hun gebruik van

²² Ik verwijs niettemin – terzijde – nog naar de nrs. 5.15 - 5.16 van mijn conclusie voor HR 19 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7602, NJ 2009, 290 (Buma/Chellomedia).

de naburige rechten opstrijken. Ook dit gevolg is niet verenigbaar met het stelsel en de strekking van art. 14a WNR, aldus Norma.

5.25.2. De in de eerste volzin van het vorige nr. bedoelde argumenten vormen een herhaling van eerdere klachten.

Over de klachten in de tweede en derde volzin van het vorige nr. merk ik nog het volgende op. De strekking van art. 14a WNR – en van het daaraan ten grondslag liggende art. 9 SKRI – was en is om kabeldoorgifte te faciliteren. Zoals reeds aangeduid in nr. 5.19.2, is die strekking niet (meer) aan de orde waar claims wegens heruitzending niet (meer) aan de orde zijn, omdat er van *heruitzending* geen sprake (meer) is. Voor zover Norma klaagt over het wegvalLEN van een rol in deze voor collectieve belangenorganisaties (CBO's), moet opgemerkt worden dat de strekking van art. 9 SKRI en van 14a WNR zeker niet is de bescherming van eigen belangen van daar bedoelde CBO's.

5.26.1. Volgens *punten 14 (a) en 15* van het onderdeel heeft het hof in rov. 4.2 ten onrechte niet relevant geacht het door Norma gestelde feit dat de omroepen gelijktijdig met de aanlevering aan de kabel (andere) openbaarmakingshandelingen verrichten bij de distributie van programma's waarbij de kabel geen rol speelt. Op grond van de door het hof aangehaalde wetgeving is niet relevant, laat staan doorslaggevend, of het 'signaal' dat de omroep aan de kabelexploitant aanlevert technisch gezien een ander 'signaal' is dan het 'signaal' waarmee de omroep via andere kanalen het publiek bereikt. Relevant is volgens art. 1 lid 3 SKRI slechts of sprake is van een gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek van een eerste uitzending van radio- of televisieprogramma's die voor het publiek bestemd zijn. Het hof heeft miskend dat slechts vereist is dat het doorgeven via de kabel aan het publiek geschiedt, en dat (de wet niet méér vereist dan dat) hetgeen de kabelexploitanten doorgeven voor het publiek bestemd is.

5.26.2. De klacht faalt omdat, zoals bleek in nrs. 5.7-5.9, 'doorgifte via de kabel' een primaire openbaarmaking veronderstelt, en de omroepen die in hun verhouding tot de kabelexploitanten niet verrichten. Dat de omroepen (eventueel) op andere wijze(n) naar andere geadresseerden (wél) een primaire openbaarmaking verrichten (bijv. per satelliet om via satellietdoorgifte zelf rechtstreeks een (ander) publiek in een ander werelddeel te bereiken), doet daaraan niet af.

5.27.1. Volgens *punten 14 (b) en 16* heeft het hof in rov. 4.4 (laatste drie volzinnen) in verbinding met rov. 4.8 ten onrechte niet relevant geacht het (door Norma gestelde) feit dat de omroepen een nabuurrechtelijk relevante (exploitatie-) handeling verrichten en profijt trekken van het aanleveren via Media Gateway van de programma's aan de kabelexploitanten, ook waar de omroepen in de huidige situatie door haar verzorgde programma's volgens het hof

door de kabelexploitanten 'doen uitzenden' (en de kabelexploitanten (mede) daardoor niet langer geacht kunnen worden te 'heruitzenden').

5.27.2. De klacht faalt, omdat 's hofs oordeel juist is. Het enkele 'aanleveren' en/of 'verrichten van een exploitatiehandeling' en/of 'profijt trekken' is geen relevant, laat staan doorslaggevend criterium in de zin van art. 1, art. 2, art. 8 of art. 14a WNR.

5.28. De samenvattende klacht van *punt 17* deelt het lot van de eerdere klachten van onderdeel I.B.

Onderdeel I.C

5.29.1. Na het inleidende punt 18 behelst *punt 19* de (subsidiare) klacht dat – kort samengevat – de omstandigheid dat het hof, ook indien het met juistheid kon vaststellen dat de kabelexploitanten in de huidige (Media Gateway-)situatie een 'primaire openbaarmakingshandeling' verrichten, heeft miskend dat daarbij tóch sprake kan zijn van 'heruitzenden', althans van een situatie waarin een (tweede) toestemming van een organisatie op basis van art. 14a WNR nodig is, nu bij de beantwoording van die vraag ook (door het hof niet in de overwegingen betrokken) *andere factoren* een rol spelen.

Volgens punten 20 - 23 blijkt dat uit het arrest van HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09 (Airfield)²³. Volgens dat arrest zou onder omstandigheden, ook wanneer sprake is van één (openbaarmakings-) handeling, toch vereist kunnen zijn dat de verschillende operatoren afzonderlijk toestemming behoeven.

5.29.2. Alvorens op deze klachten in te gaan, sta ik stil bij het Airfield-arrest, waarin het (weer) ging over de uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek' (en wel: 'per satelliet' in art. 1 lid 2, sub a t/m c SKRI).

Uit rov. 11 - 27 blijken (onder meer) de volgende feitelijke uitgangspunten. Airfield, een Belgische aanbieder van satelliettelevisie (onder de naam 'TV Vlaanderen'), stelt haar abonnees in staat zenders te beluisteren en te bekijken via een satellietdecoder. Bepaalde zenders kunnen gratis worden ontvangen, andere slechts met een decodeerkaart, waarvoor betaald moet worden. Met het oog op deze activiteiten heeft Airfield afspraken gemaakt met haar Nederlandse zustervenootschap Canaal Digitaal alsmede met verschillende omroeporganisaties. De afspraken met Canaal Digitaal houden in dat Canaal Digitaal de door haar van Astra (de exploitant van het satellietstelsel) gehuurde capaciteit voor digitale radio en televisie onderverhuurt aan Airfield ten behoeve van de uitzending van televisie- en radioprogramma's in België en Luxemburg, en ook technische diensten aan Airfield verstrekt die noodzakelijk zijn voor de uitzending van digitale televisie. De afspraken met de omroeporganisaties ver-

²³ IER 2012, nr. 27, p. 247 m.nt. J.M.B. Seignette.

schillen naargelang van de techniek van doorgifte van de programma's. Is de uitzending 'direct' (met dien verstande dat omroeporganisaties de signalen zelf versleutelen en naar de satelliet stralen; Airfield levert alleen de daarvoor nodige codeersleutels aan de omroeporganisaties), dan geven de omroeporganisaties Airfield toestemming voor het simultaan bekijken van de programma's en om deze programma's al dan niet in de aangeboden pakketten op te nemen, tegen betaling van een vergoeding door Airfield aan de omroeporganisaties. Is de uitzending 'indirect', dat wil zeggen dat de omroeporganisaties de signalen via een vaste verbinding naar apparatuur sturen die Canaal Digitaal in België heeft opgesteld (waarna Canaal Digitaal het signaal via een station in Nederland codeert en opstraalt naar het Astra-satelliet), ofwel de signalen via een satelliet doorsturen die vervolgens door Canaal Digitaal wordt opgevangen (waarna Canaal Digitaal het signaal decodeert, opnieuw codeert en opstraalt naar het Astra-satelliet), dan biedt Airfield ook aanvullende diensten ('carriage').

De collectieve beheerorganisaties Sabam en Agicoa stelden zich op het standpunt dat Airfield toestemming van de betrokken rechthebbenden nodig had voor de zo-even toegelichte directe en indirecte doorgifte en entameerden een procedure.

Het Hof van Justitie moest zich buigen over de vraag of deze vormen van doorgifte als mededeling aan het publiek per satelliet kwalificeren. Het Hof overwoog dat daartoe onderzocht moest worden of er sprake was van één dan wel van twee mededelingen aan het publiek en, als er slechts één mededeling is, wie de toestemming van de rechthebbenden moest verkrijgen (rov. 50). Daartoe ging het Hof de cumulatieve voorwaarden van art. 1 lid 2 onder a en c SKRI na en oordeelde dat zowel de directe als de indirecte uitzendingen daaraan voldoen, zodat er sprake is van één enkele mededeling (rov. 52 - 69). Wat betreft de vraag wie toestemming moet verkrijgen, oordeelde het Hof kort samengevat dat de aanbieder van een satellietpakket toestemming moet verkrijgen voor de mededeling aan het publiek wanneer die aanbieder een interventie uitvoert waardoor het programma toegankelijk wordt voor een nieuw publiek, zijnde een publiek dat de auteurs van de beschermde werken niet voor ogen hadden toen zij aan een andere persoon toestemming verleenden. Volgens het hof is daarvan (met name) sprake wanneer de kring van personen die toegang hebben tot het programma door de interventie wordt opengetrokken (rov. 76-83).

5.30.1. Ik keer terug naar de klachten van onderdeel I.C.

5.30.2. Volgens *punten 20 en 21* is het Haagse hof ten onrechte of ondeugdelijk motiverend voorbijgegaan aan Norma's beroep op het Airfield-arrest.

5.30.3. Over deze klachten merk ik op dat het Airfield-arrest weliswaar ruimte biedt voor de mogelijkheid dat behalve de omroepen ook een andere partij die bij de uitzending is betrokken de toestemming van de rechthebbenden moet verkrijgen, maar dat daartoe volgens het

HvJEU sprake moet zijn van een interventie in de doorgifte van programma's met het gevolg dat (mede) een nieuw publiek wordt bereikt.

Te dien aanzien heeft het hof in rov. 4.4²⁴ in verbinding met de (onbestreden) rov. 1.b²⁵ van het bestreden arrest gemotiveerd geoordeeld dat daarvan in de voorliggende zaak geen sprake is. Met het hof ben ik van oordeel dat het 'ophalen' van de programma's door NLKabel c.s. niet als een interventie kan worden gezien die tot gevolg heeft dat een publiek wordt bereikt dat ruimer is dan het publiek dat bestaat uit degenen die zonder de Media Gateway - aanlevering televisieprogramma's bekijken²⁶.

Het oordeel van het hof behoeft ook geen nadere motivering om begrijpelijk te zijn, nu Norma in feitelijke instanties in dit verband de nadruk heeft gelegd op het beweerdelijke winstootmerk van NLKabel c.s.²⁷ en het hof op juiste wijze uit de Airfield- en Premier League-arresten, alsmede uit het arrest PLL/Ierland²⁸ heeft afgeleid dat een winstootmerk weliswaar een gezichtspunt kan zijn, maar niet zonder meer een doorslaggevende factor is voor de vraag of er sprake is van 'mededeling aan het (of: een nieuw) publiek'. Voor zover Norma in punt 21 klaagt over miskenning door het hof van stellingen²⁹ waaruit zou blijken dat zij betoogd zou hebben dat ook in de 'huidige' situatie de beschermde uitvoeringen toegankelijk gemaakt worden voor een publiek dat ruimer is dan het publiek dat de (oorspronkelijk) rechtshabbers voor ogen hadden, moet gelden dat dit niet alleen afstuit op het juiste rechtsoordeel van het hof in rov. 4.4 (vgl. hierboven nr. 5.14³⁰), maar ook op de omstandigheid dat niet onbegrijpelijk is dat het hof in de door Norma aangegeven vindplaatsen niet een nadere stellingname die tot een ander oordeel aanleiding zou kunnen geven, behoeft te lezen.

5.30.4. In *punt 22* wordt nog geklaagd over miskenning door het hof in rov. 4.13 van Norma's stelling dat het gegeven dat de kabelexploitanten overeenkomsten met collectieve beheerorganisaties van *auteursrechtshabbers* hebben gesloten een erkenning meebrengt dat zij een interventie verrichten waarmee zij beschermde werken en uitvoeringen toegankelijk maken voor een ruimer publiek dan het publiek die de rechtshabbers voor ogen hadden toen zij initiële toestemming gaven.

²⁴ Met de zinsnede 'de in dit geding niet aan de orde zijnde vraag of het werk toegankelijk werd gemaakt voor een nieuw publiek waarop de toestemming van de rechtshabbers niet was gericht'.

²⁵ Vgl. hierboven nr. 1.3.

²⁶ Een andere situatie dus dan zich voordeed in de zaak die leidde tot HvJEU 4 oktober 2011 (C-403/08 en C-429/08; FA Premier League), IER 2012, nr. 26, m.nt. M. de Cock Buning en H.M.H. Speyart, rov. 198.

²⁷ Zie de door Norma in voetnoot 7 van de cassatiedagvaarding genoemde stellingen: pleitnota in eerste aanleg Norma § 63-71.

²⁸ HvJEU 15 maart 2012 (C-162/10), IER 2012, nr. 37, p. 323.

²⁹ Stellingen waarnaar voetnoot 8 van de cassatiedagvaarding verwijst: pleitnota in eerste aanleg Norma § 48; MvG § 50, §§ 257-262, § 283; pleitnota in appel van Norma §§ 63-69, § 73.

³⁰ Vgl. (ad MvG § 257-262) ook nrs. 5.23.1 en 5.23.2 en voetnoot 22 hierboven.

Deze klacht kan niet slagen, reeds omdat met een motiveringsklacht niet kan worden opgekomen tegen een juist rechtsoordeel (in rov. 4.4 en rov. 4.13).

5.30.5. Hierop stuit ook af de klacht van *punt 23* (dat, voor zover het hof in punt 22 bedoelde onderzoek niet nodig achtte, omdat in zijn gedachtegang blijktens bijvoorbeeld rov. 1.1.a en rov. 4.15, laatste zin, de initiële toestemming die naburig rechthebbenden (mede) gericht is op exploitatiehandelingen via de kabel, dat oordeel onvoldoende gemotiveerd is in het licht van Norma's betwisting daarvan).

Onderdeel I.D

5.33. *Punt 24* (een 'veegklacht'), en *punt 25* dat geheel voortbouwt op eerdere klachten, delen het lot van de eerdere klachten.

5.34.1. Ook *punt 26* bouwt vrijwel geheel voort op eerdere klachten.

5.34.2. Voor zover Norma in het slot van punt 26 haar hier genoemde rechtsklacht(en) over rov. 4.15 nog wil aanzetten met het argument dat onaanvaardbaar zou zijn dat – naar het hof zelf in rov. 4.15, laatste zin, onderkent – zijn interpretatie van art. 14a WNR meebrengt dat in casu als gevolg van enkel een technische aanpassing van de aanleveringswijze tussen omroep en kabelexploitant, naburig rechthebbenden in de regel verstoken zullen zijn van de vergoedingen waarop zij, afgezien enkel van de (technische) aanleveringswijze, onder precies dezelfde omstandigheden wettelijk recht hebben, merk ik nog het volgende op.

5.34.3. Norma argumenteert hier vanuit een door haar gewenst resultaat. Voor zover 'resultaatgerichte' interpretatie al kan gelden als een (verantwoorde) methode van interpretatie van wetgeving, dan is het zeker niet een sterke.

De zwakte ervan wordt onderstreept door de omstandigheid dat de in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw omstreden, door de Hoge Raad in de zgn. 'Amstelveen'-arresten³¹ erkende rechten ten aanzien van (2) kabeldoorgifte naast (1) etherverspreiding van voor het publiek voordien en nog steeds via de ether beschikbare programma's, destijds evenzeer het gevolg was van een – toen bijkomende – nieuwe technische aanleveringswijze. Niettegenstaande destijds evenzeer daartegen ingebrachte 'resultaatsargumenten', hebben auteursrecht-hebbers en in hun voetspoor naburig rechthebbenden, daarvan kunnen profiteren.

De omstandigheid dat enige decennia later, door nieuwe technische ontwikkelingen, de aan de (2) kabel distributie technisch voorafgaande (1) etherverspreiding (mededeling aan het pu-

³¹ Vgl. voetnoot 19. Op de potentiële betekenis van nieuwe technische ontwikkelingen tegen de achtergrond van het historische ('Amstelveen') perspectief wees reeds D.J.G. Visser, 'Primair openbaar maken via de kabel', AMI 2007, p. 37.

blijk) wegvalt, leidt – wederom via de techniek – per saldo tot een resultaat van vóór de ‘Amstelveen’-arresten van de Hoge Raad.

5.34.4. Als de door de techniek mogelijk gemaakte ‘nieuwe openbaarmaking’ destijds in de ene richting mocht meetellen, dan mag het door de techniek mogelijk gemaakte wegvallen van de ‘eerdere openbaarmaking’ (oftewel: ‘mededeling aan het publiek’) – anders dan Norma betoogt – in een ‘resultaatsgerichte redenering’ evenzeer meetellen, nu in de andere richting.

5.34.5. Ik onderken dat dit sneu is voor uitvoerende kunstenaars en voor mensen achter een organisatie als Norma, die na de lang bevochten WNR, een extra ‘opsteker’ konden zien in de hen (overigens door *auteurs* bevochten) ‘Amstelveen’-arresten en vervolgens dankzij art. 14a WNR, in de schoot gevallen aanspraak op (extra) kabelinkomsten.

Maar ‘sneu’ is ook niet een argument dat (zwaar) weegt. En ik zei al eerder dat eigen belangen van CBO’s geen gewicht in de schaal kunnen leggen.

5.35. De veegklacht van *punt 27* deelt het lot van de eerdere klachten.

5.B. Middel II: de vorderingen van Norma op grond van de exploitatie-overeenkomsten

5.36. In de rov. 5.1 - 5.11 behandelt het hof de tweede grondslag van Norma’s vorderingen tegen NL Kabel c.s.: niet art. 14a WNR, maar de alternatieve grondslag van door individuele uitvoerende kunstenaars in het kader van (standaard) exploitatieovereenkomsten (versies van 2005, 2006 en 2010) aan Norma overgedragen rechten, waarbij de toekomstige naburige rechten en bevoegdheden bij voorbaat worden geleverd (vgl. rov. 5.2).

5.37. Het tweede middel keert zich tegen rov. 5.3 - 5.10. Op basis van de daaraan voorafgaande overwegingen komt het hof in rov. 5.10 tot de slotsom dat doel treft het verweer van NLKabel c.s. dat in de exploitatie-overeenkomsten niet is voldaan aan de in art. 3:84 lid 2 BW neergelegde eis dat het over te dragen goed met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven. Daaraan verbindt het hof (in dezelfde rechtsoverweging) de gevolgtrekking dat geen rechtsgeldige overdracht van naburige rechten en/of daaraan verbonden bevoegdheden aan Norma heeft plaatsgevonden.

5.38. Van de onderdelen van dit middel bespreek ik eerst onderdeel (II) B (gericht tegen rov. 5.5) en vervolgens onderdelen (II) A en C (gericht tegen rov. 5.6).

5.39. De door onderdeel (II) B bestreden rechtsoverweging luidt:

‘5.5 De maatstaf om vast te stellen of is voldaan aan de eis van artikel 3:84 lid 2 BW, dat het over te dragen goed met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven is, of de leveringsakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat (zie laatstelijk HR 3 februari 2012, al genoemd in rov. 5.1). Deze maatstaf geldt ook bij overdracht van een auteursrecht (vergelijk HR 20 september 2002, LJN: AE3381, NJ 2002/610). In de Toelichting Meijers op artikel 3:97 BW is het volgende te lezen: “Een levering b.v. van alle vorderingen die men later uit welken hoofde ook zal verkrijgen, is te onbepaald; een levering daarentegen van het auteursrecht op een boek, dat de auteur over een onderwerp schrijven zal, bezit voldoende bepaaldheid” (PG boek 3, blz. 402).

Daargelaten of gelet op deze passage een levering van de naburige rechten op het gehele toekomstige repertoire wel voldoende bepaald kan worden geacht, volgt uit voormelde maatstaf dat voor een rechtsgeldige levering van alle bestaande en toekomstige naburige rechten tenminste is vereist dat, eventueel achteraf, alle³² naburige rechten die de desbetreffende naburig kunstenaar heeft verkregen, kunnen worden geïdentificeerd.’

5.40.1. *Onderdeel II.B (punt 6)* klaagt dat de laatste zin van rov. 5.5 is gebaseerd op een niet-bestaande regel. Volgens het onderdeel gaat de bepaalbaarheidstoets van art. 3:84 lid 2 BW niet zo ver dat alle naburige rechten achteraf moeten kunnen worden geïdentificeerd.

5.40.2. Ik herinner eraan dat naburige rechten, net als andere rechten op voortbrengselen van de geest, vermogensrechten zijn in de zin van art. 3:6 BW en derhalve goederen als bedoeld in art. 3:1 BW. Ten aanzien van de overdraagbaarheid lezen wij in art. 3:83 lid 3 BW dat alle andere rechten (dan de in het eerste en tweede lid genoemde eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten) slechts overdraagbaar zijn, wanneer de wet dit bepaalt. Dat dit voor naburige rechten het geval is, blijkt uit art. 9 WNR, waarin (overeenkomstig art. 2 lid 1 Auteurswet) deze rechten vatbaar zijn verklaard voor gehele of gedeeltelijke overdracht³³.

5.40.3. In art. 3:84 BW staan de vereisten voor overdracht van een goed. Lid 2 schrijft voor dat het (over te dragen) goed bij de titel met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn. Een eerste indicatie over de betekenis van dit voorschrift voor de overdracht van rechten op voortbrengselen van de geest vindt men in de door het hof in rov. 5.5 genoemde Toelichting Meijers (PG BW, Boek 3, p. 402)³⁴.

³² Onderstropping door het hof.

³³ Volledigheidshalve merk ik op dat onder oud recht (op basis van een goederenrechtelijke BW-redenering) overdracht van auteursrecht op toekomstige werken (waarmee te vergelijken: nabuurrechten op toekomstige uitvoeringen) niet mogelijk werd geacht: HR 13 februari 1936 (Buma/Scholl; ook wel: *Das Blaue Licht II*), ECLI:NL:HR:1936:BG9444, NJ 1936, 443 met kritische noot van Meijers. Onder het huidige BW wordt daar, in het licht van art. 3:97, anders over gedacht: zie bijv. Van Engelen, *Overdracht van toekomstig auteursrecht naar Nieuw BW*, *Informatierecht/AMI* 1992, p. 48; *SVV* (2005), § 9.16, p. 435.

³⁴ Daarin klinkt een opvatting door die Meijers al eerder tot uitdrukking had gebracht: zie de in de vorige voetnoot genoemde noot in NJ 1936, 443.

5.40.4. Inmiddels bestaat er (vaste) rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de bepaalbaarheid in de context van stille verpanding van vorderingen. Daaruit blijkt dat aan de bepaaldheidseis is voldaan wanneer de vorderingen ten tijde van de levering in voldoende mate door de akte van levering worden bepaald. Bijzonderheden behoeven niet te worden vermeld, zolang de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat³⁵. Bij levering van toekomstige goederen bij voorbaat gelden geen stringente(re) eisen³⁶.

5.40.5. De in de vorige alinea genoemde rechtspraak is door de Hoge Raad van toepassing geacht op auteursrechten op software in het (door het hof genoemde) arrest van HR 20 september 2002³⁷. In rov. 5.2.2 van dat HR-arrest is overwogen:

‘De eis dat het verpande goed met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn, is neergelegd in art. 3:84 lid 2 in verbinding met art. 3:98 BW. Aan die eis is in het algemeen voldaan als de akte van verpanding zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat (vgl. HR 16 juni 1995, nr. 15687, NJ 1996, 508, en HR 20 juni 1997, nr. 16365, NJ 1998, 362). Er is geen reden daarover anders te oordelen bij de verpanding van auteursrechten op software, zoals hier aan de orde. Het Hof heeft dan ook terecht deze maatstaf toegepast (rov. 4.12), zodat de rechtsklacht van het onderdeel faalt. Het oordeel van het Hof dat in dit geval de software voldoende is omschreven, is voor het overige van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd, zodat ook de motiveringsklachten moeten worden verworpen.’

5.40.6. Tegen deze achtergrond valt niet in te zien dat het hof een niet-bestaande maatstaf heeft toegepast, noch dat het hof een aanvullend vereiste heeft gehanteerd. Dat het hof met een onderstreping de nadruk heeft gelegd op het woord ‘alle’ maakt dit niet anders. Daaruit kan niet worden afgeleid dat het hof een meer restrictieve dan de hiervoor bedoelde maatstaf heeft toegepast. Het hof heeft veeleer tot uitdrukking gebracht dat de bepaalbaarheidseis betrekking heeft op elk van de over te dragen goederen, hetgeen strookt met de voornoemde wettelijke bepalingen en jurisprudentie. Onderdeel II.B faalt derhalve.

5.41. De *onderdelen (II) A en (II) C* bestrijden 's hofs oordeel in rov. 5.6, luidende:

³⁵ HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1759, NJ 1996, 508 m.nt. WMK (Ontvanger/Rabo) en HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7248, NJ 1998, 362 m.nt. WMK. Vgl. voorts Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, nrs. 214-214a; Mon. Nieuw BW B6b (Reehuis) nr. 8; Mon. BW B6a (Reehuis) nr. 66 e.v.; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, Goederenrecht, nr. 117 e.v.; Hartkamp, Compendium (2005), nr. 92a; Rank-Berenschot, T&C BW art. 3:84, aant. 3.

³⁶ Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam-Ploeger (2006), nrs. 214, 226 met verwijzing naar MvA Inv art. 3:97 BW, PG BW, Boek 3, p. 1248.

³⁷ ECLI:NL:HR:2002:AE3381, NJ 2002, 610 m.nt. Du Perron; AMI 2003, nr. 17, p. 213 m.nt. Wille, JOR 2002, 210 m.nt. Faber (onder nr. 211); Computerrecht 2002, 393 m.nt. Van Esch (ING/Muller q.q.).

‘5.6 Naburige rechten komen van rechtswege te rusten op alle uitvoeringen die door een uitvoerend kunstenaar worden verricht. Van een uitvoering door een uitvoerend kunstenaar is bijvoorbeeld al sprake wanneer een uitvoerend kunstenaar een (voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komend) lied in de vrienden- of familiekring uitvoert. Reeds in dit licht kan niet worden volgehouden dat al het repertoire waarop een uitvoerende kunstenaar naburige rechten verkrijgt (achteraf) kan worden geïdentificeerd, zodat de in de exploitatie-overeenkomsten gebezigde omschrijving (zie de rov. 5.2 en 5.4) onvoldoende bepaald is.’

5.42.1. In onderdeel II.A (*punten 2-4*) klaagt Norma dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden nu geen van partijen zou hebben gesteld dat van onvoldoende bepaaldheid sprake was *omdat* niet alle naburige rechten achteraf kunnen worden geïdentificeerd. Ook zou niet zijn gesteld dat uitvoeringen in de vrienden- of familiekring niet te identificeren zouden zijn. Norma klaagt ook dat NLKabel c.s. geen onbepaaldheidsverweer hebben gevoerd met betrekking tot de door Norma ingeroepen exploitatie-overeenkomsten uit 2010, zodat het hof deze overeenkomsten niet aan art. 3:84 lid 2 BW had mogen toetsen.

5.42.2. In cassatie hebben NLKabel c.s. erkend inderdaad niet te hebben verdedigd dat van onbepaaldheid sprake is omdat niet alle naburige rechten (achteraf) kunnen worden geïdentificeerd³⁸. Daarbij hebben NLKabel c.s. evenwel benadrukt dat zij in feitelijke instanties hebben aangevoerd dat art. 3:84 lid 2 BW in de weg stond aan de overdracht van alle toekomstige rechten van de kunstenaar-vervreemder (die de aard en omvang en daarmee de waarde ervan onmogelijk al goed kan inschatten), hetgeen door Norma in cassatie is beaamd³⁹. Voor zover dit laatste 's hofs overweging niet reeds binnen de grenzen van de rechtsstrijd plaatst omdat, zo de door Norma bedoelde stelling niet expliciet is aangevoerd, zij wel in het geheel van de stellingen besloten ligt⁴⁰, ben ik met NLKabel c.s. van mening dat dit onderdeel niet kan slagen bij gebrek aan belang. Het door het hof bereikte resultaat is juist te achten, al dan niet op grond van in cassatie bij te brengen rechtsgronden⁴¹, zodat herstel van een eventueel gemaakte fout voor Norma geen nuttig effect zou kunnen teweegbrengen.

5.42.3. Ik acht het door het hof bereikte resultaat inderdaad juist. Zoals uit de in nr. 5.40.5 aangehaalde rov. 5.2.2 van HR 20 september 2002 (ING/Muller q.q.) bleek, was volgens de Hoge Raad '[h]et oordeel van het hof dat in dit geval de software voldoende is omschreven, [...] voor het overige van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd, zodat ook de motiveringsklachten moeten worden verworpen’.

³⁸ Schriftelijke toelichting namen NLKabel c.s., § 5.5.

³⁹ Cassatiedagvaarding p. 12, punt 4.

⁴⁰ Vgl. HR 15 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2818, NJ 1999, 241 (ABN AMRO Bank/Bitter q.q.), rov. 3.9.

⁴¹ Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie (2005), nr. 48.

5.42.4. Dit maakt ons benieuwd naar de omschrijving van het (software-)object in de zaak die leidde tot even genoemd arrest ING/Muller q.q. Uit rov. 4.13 van het arrest van het hof in die zaak blijkt dat volgens het hof,

‘ondubbelzinnig kan worden vastgesteld dat het te dezen gaat om verpanding van het door Group ontwikkelde en aan haar toebehorende, computerprogramma “Quest” en dat ING enerzijds en Networks/Group anderzijds de bestaande en toekomstige rechten op dit softwareprogramma, derhalve ook toekomstige versies daarvan, op het oog hebben gehad ten tijde van de vestiging van het pandrecht’.

Het verbaast niet dat de Hoge Raad dit oordeel van het hof over een ‘voldoende omschrijving’ op zijn beurt voldoende gemotiveerd achtte.⁴²

5.42.5. Moet het verbazen – en moet, als onbegrijpelijk gemotiveerd, cassabel geacht worden – dat het hof in onze onderhavige zaak Norma/NLKabel c.s. de algemene omschrijving met de woorden ‘het bestaande en toekomstige repertoire van de uitvoerend kunstenaars’ (rov. 5.2) oftewel ‘het geheel van uitvoeringen waarop de over te dragen naburige rechten rusten’ (rov. 5.4) niet voldoende omschreven oordeelde?

Neen. En zulks te minder in het licht van de inhoud van de steunoverweging 5.6, waarover dadelijk, naar aanleiding van andere klachten van Norma.

5.42.6. In nr. 3.17 van zijn conclusie voor het meer genoemde arrest ING/Muller q.q., heeft A-G Langemeijer gewezen op de – aloude – discussie die bestaat over de vraag ‘of het in strijd met de goede zeden is dat een auteur “zijn ziel aan de duivel verkoopt” door het auteursrecht op al zijn werken bij voorbaat te vervreemden of te bezwaren’. Langemeijer verwees naar Meijers’ opvatting in die zin⁴³. De zaak ING/Muller q.q. behoefde echter geen nadere exploratie van dat thema.

5.42.7. Ook in de onderhavige zaak Norma/NLKabel c.s. behoeft dit – heikele – thema naar mijn mening niet aan de orde te komen. Het hof heeft het wel (voorzichtig) aangeraakt in het zinsdeel in rov. 5.5 ‘Daargelaten of gelet op deze passage een levering van de naburige rechten op het gehele toekomstige repertoire wel voldoende bepaald kan worden geacht ...’⁴⁴, maar het hof heeft dat inderdaad ‘daargelaten’.

⁴² Vgl. ook de conclusie van A-G Langemeijer voor het arrest, nrs. 3.11 - 3.16.

⁴³ In de Toelichting Meijers (PG Boek 3, p. 402) is te lezen: ‘Toekomstige goederen mogen niet het onderwerp van een overeenkomst zijn wanneer [...] de overeenkomst in strijd met de goede zeden of openbare orde zou zijn – b.v. de overeenkomst, waarbij een kunstenaar alle werken, die hij in de toekomst scheppen zal, reeds verkoopt.’ Wat Meijers hier schrijft over de stoffelijke voorwerpen, moet in zijn visie a fortiori gelden voor de auteursrechten daarop.

⁴⁴ Vgl. ook rov. 5.8 in fine en rov. 5.9.

5.42.8. Ik wil er – terzijde – nog wel dit over zeggen.

5.42.8.1. Een collectieve belangenbehartigingsorganisatie (CBO) als Norma past uiteraard niet in het beeld van de in nr. 5.42.6 spreekwoordelijk opgevoerde ‘duivel’: Meijers en gelijkgestemden dachten daarbij natuurlijk aan kunsthandelaren en uitgevers (en misschien: banken). Een CBO als Norma die zich ‘alle’ rechten op ‘alle’ objecten laat overdragen is van oudsher te zien als een trust of fiduciaris, waarmee de Hoge Raad (voor zover het niet om toekomstig werk ging) in 1929 en 1941 geen moeite had⁴⁵.

Het door het BW van 1992 opgeroepen probleem is dat fiducia geen geldige titel meer is: art. 3:84 lid 3 BW. Dat betekent dat sindsdien organisaties als bijv. Buma⁴⁶, en ook Norma, de positie hebben ingenomen dat er sprake is van een werkelijke, ‘echte’ overdracht, met (wél) de strekking om het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Vgl. in die zin uitdrukkelijk rov. 5.2, laatste volzin, van het (ten deze niet) bestreden arrest: *‘Het gevolg hiervan is – in de woorden van Norma (MvG onder 306) – dat de uitvoerend kunstenaar al zijn (bestaande en toekomstige) rechten in het vermogen van Norma inbrengt en hij daarvan zelf niets overhoudt.’* Het gevolg is ook dat een CBO (als Norma), goederenrechtelijk bezien, de verkregen rechten overeenkomstig art. 3:83 lid 1 BW (naar believen) verder aan derden zou kunnen overdragen, en dat bij een onverhoopt faillissement van een CBO, de aan haar overgedragen rechten in haar faillissement zouden vallen.

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

5.42.8.2. NLKabel c.s. hebben in hun s.t. (§ 5.7) gewezen op de (uit art. 2 Auteurswet overgenomen) derde en vierde volzin van art. 9 WNR, waarin is bepaald dat de levering voor geheel of gedeeltelijke overdracht van nabuurrechten geschiedt door een daartoe bestemde akte, en de overdracht *alleen* die bevoegdheden omvat waarvan dit in de akte is vermeld of uit de strekking van de titel *noodzakelijk* voortvloeit, met als strekking de bescherming van de uitvoerende kunstenaar tegen een al te gemakkelijk en ondoordacht prijsgeven van zijn rechten. Die bepaling gaat echter, net als art. 2 Aw, over de ‘rechten’ en niet over de ‘uitvoeringen’, net zo min als art. 2 Aw over de ‘werken’ gaat.

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

5.42.8.3. Kan de auteurs- en uitvoerende kunstenaars-beschermende strekking van art. 2 Aw en art. 9 WNR aanleiding geven, of zelfs nopen tot een – vanwege eenzelfde achtergrond –

⁴⁵ HR 14 juni 1929, NJ 1929, p. 1434 m.nt. PS (Buma/De Boer); HR 28 november 1941, NJ 1942, 205 (Fire over Engeland II).

⁴⁶ Vgl. SVV (2005), § 9.28 op p. 460.

bepaalde uitleg van de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW? Het hof heeft die route 'aangeraakt', maar van dit moeilijke pad afgezien.

Dat doe ik ook, maar zonder te verhelen dat in mijn ogen verpanding van toekomstige vorderingen op handelsdebiteuren of toekomstige versies van een bepaald computerprogramma, nogal iets anders is dan verpanding of overdracht van 'al mijn bestaande en toekomstige' werken of uitvoeringen. En zonder te verhelen dat Meijers in zijn toelichting op de bepaaldheidseis (van nu art. 3:84 lid 2 BW) niet voor niets als voorbeeld van een object dat wél 'voldoende bepaaldheid' heeft, gekozen zal hebben: '*het auteursrecht op een boek, dat de auteur over een onderwerp schrijven zal*'.⁴⁷

5.43. De klacht van onderdeel II.A (nog onder punt 4), dat partijen niets over de identificeerbaarheid van uitvoeringen in de vrienden- of familiekring hebben gesteld, miskent dat NLKabel c.s. een beroep op art. 3:84 lid 2 BW hebben gedaan en het hof niet meer of minder heeft gedaan dan deze rechtsregel op het voorliggende geval toe te passen. Dat het hof zich daarbij van een voorbeeld bedient, tast de juistheid of de begrijpelijkheid van de motivering niet aan, maar draagt daar juist aan bij.

5.44. Over de klacht van onderdeel II.A onder *punt 5*, dat het hof de exploitatieovereenkomsten niet aan de bepaaldheidstoets had moeten onderwerpen omdat NLKabel c.s. geen bezwaar hebben gemaakt tegen de nieuwe (2010) versie, merk ik het volgende op. Kennelijk heeft het hof het verweer van NLKabel c.s. (MvA p. 35 - 38, punten 4.90 - 4.100) tegen Norma's grief X, die gericht was tegen de afwijzing in eerste aanleg van de vorderingen die Norma heeft gegrond op de exploitatie-overeenkomsten (MvG p. 103 e.v.), aldus begrepen dat het niet louter betrekking had op de exploitatie-overeenkomsten uit 2005 en 2006, maar ook op die uit 2010. Deze lezing van de processtukken is niet onbegrijpelijk. Uit de MvA blijkt dat NLKabel c.s. eerst de bepaaldheidstoets aan de orde heeft gesteld (zie punt 4.91) en vervolgens heeft aangegeven dat ook de nieuwe overgelegde overeenkomst van 2010 Norma niet kan baten (punt 4.97). Dit laat zich moeilijk anders begrijpen dan dat NLKabel c.s. niet de overeenkomsten uit 2010 van het onbepaaldheidsverweer heeft willen uitzonderen, maar juist aanvullende argumenten heeft willen aandragen voor de ongegrondheid van Norma's grief X. Overigens heeft het hof in samenhang met de bepaaldheidstoets aan deze overeenkomsten een gelijklopende uitleg gegeven in rov. 5.2 van het bestreden arrest, waarover in cassatie niet is geklaagd, zodat ook om die reden geen aanleiding bestaat de overeenkomsten voor de toepassing van art. 3:84 lid 2 BW te onderscheiden.

⁴⁷ Daaraan doet m.i. iets, maar niet alles af dat volgens Lenselink het bepaaldheidsvereiste niet een beschermende functie heeft (daarvoor zou gelden: ongeldigheid wegens strijd met de goede zeden). Zie B.J. Lenselink, *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*, diss. RUU, Den Haag: Sdu 2005, p. 131-132, p. 526-530, met verwijzing naar de Toelichting Meijers.

5.45. Onderdeel A faalt hiermee in zijn geheel.

5.46. Onderdeel C voert tegen rov. 5.4 - 5.9 nog een zevental (nadere) klachten aan, die zich als volgt laten samenvatten:

- (*punt 7*) niet valt in te zien waarom het repertoire waarop een uitvoerende kunstenaar naburige rechten verkrijgt (achteraf) niet (voldoende) identificeerbaar zou zijn omdat binnen dat repertoire zich ook uitvoeringen in vrienden- en familiekring kunnen bevinden;
- (*punt 8*) 's hofs voorbeeld over de uitvoeringen in vrienden- en familiekring is niet door partijen gesteld;
- (*punt 9*) 's hofs voorbeeld doet niet ter zake nu Norma het contractuele begrip repertoire beperkt heeft tot heruitzending van een uitvoering, een opname van een uitvoering of een reproductie daarvan door middel van een omroepnetwerk;
- (*punt 10*) er is weldegelijk sprake van voldoende bepaalbaarheid, aangezien de betreffende uitvoerende kunstenaar individualiseerbaar is en daarmee al zijn toekomstige uitvoeringen voldoende bepaald zijn;
- (*punt 11*) het hof is voorbijgegaan aan stellingen van Norma ten aanzien van overeenstemming tussen de contractspartijen over de inhoud van de exploitatie-overeenkomst;
- (*punt 12*) het hof heeft ten onrechte niet onderzocht of de Haviltex-toets kan leiden tot de door Norma verdedigde uitleg van de exploitatie-overeenkomst;
- (*punt 13*) voor zover het hof in art. 9 WNR een aanvullende beperking leest voor overdracht, getuigt zulks van een onjuiste rechtsopvatting.

5.47. De klachten van de *punten 7 en 10* slagen niet. De gedachtegang van het hof dat (de inhoud van) individuele uitvoeringen in vrienden- en familiekring bij gebrek aan andere gegevens dan de identiteit van de uitvoerende kunstenaar zich niet (voldoende) laten identificeren, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is goed te begrijpen. De identiteit van de uitvoerende kunstenaar zegt immers nog niets over de vraag óf er (een) uitvoering(en) heeft (hebben) plaatsgevonden en zo ja, over de inhoud daarvan.

5.48. *Punt 8* vormt een herhaling van (een gedeelte van) onderdeel II.A en faalt om de redenen genoemd bij de bespreking van dat onderdeel.

5.49. *Punt 9* ziet over het hoofd dat in cassatie als onbestreden vaststaat dat de door Norma bedoelde beperking niet aan de titel/levering ten grondslag is gelegd (zie rov. 5.2), zodat dit argument terzijde kan worden gelegd. Dat het hof de door Norma bedoelde beperking niet gelezen heeft in punt 51 CvR is allerminst onbegrijpelijk.

5.50. De in de cassatiedagvaarding onder *punt 11* genoemde stellingen (kort samengevat: tussen partijen bestond volledige overeenstemming, de uitvoerende kunstenaars hebben dat ach-

teraf nog eens bevestigd, de overeenkomsten zijn aangevuld) zijn niet essentieel omdat zij, indien juist bevonden, op zichzelf niet het intreden van het rechtsgevolg van art. 3:84 lid 2 BW zouden kunnen beletten. Daarbij komt dat in cassatie moet worden uitgegaan van de door het hof in rov. 5.2 aan de inhoud van de exploitatie-overeenkomsten verbonden uitleg. Dat Norma een andere uitleg voorstond en voorstaat, is niet voldoende om die van het hof onbegrijpelijk te maken.

5.51. De klacht van *punt 12* mist feitelijke grondslag. Naar aanleiding van de stelling van Norma dat in de exploitatie-overeenkomsten in ieder geval het recht op kabeldoorgifte is overgedragen (eerste volzin), heeft het hof zich in rov. 5.8 – terecht – niettemin gebogen over een ander inhoudsbepalend element van de exploitatie-overeenkomsten, nl. de objecten (uitvoeringen) waarop die overgedragen rechten (op kabeldoorgifte) betrekking zouden hebben. Daarbij toetste het hof (terecht) aan de regel van art.3:84 lid 2 BW. Rov. 5.8 biedt geen grondslag voor Norma's veronderstelling dat het hof de uit de exploitatie-overeenkomst voortvloeiende verplichtingen niet – voor zover art. 3:84 lid 2 BW daartoe ruimte laat – conform de Haviltex-maatstaf heeft vastgesteld. Norma maakt overigens niet duidelijk waarom toepassing van deze maatstaf het hof tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Ook ambts-halve is dat niet in te zien. Dat het hof op grond van het voorgaande Norma's standpunt heeft afgewezen, is daarmee onjuist noch onbegrijpelijk.

5.52. Ten aanzien van *punt 13* moet gelden dat het zich richt tegen een door het hof ten overvloede 'aangeraakte' – voor zijn oordeel niet beslissende – observatie. Hier is vergelijkbaar wat ik opmerkte in nr. 5.42.8.3 naar aanleiding van onderdeel II.A, punten 2-4.

5.53. De veegklacht in *punt 14* aan het slot van middel II heeft geen zelfstandige betekenis.

5.54. Ik meen dus dat geen van de klachten van het tweede middel tot cassatie kan leiden.

5.C. Middel III: Moeten de kabelexploitanten een rechtvaardigingsgrond stellen / bewijzen?

5.56. In rov. 6.1 e.v. van het bestreden arrest en in het derde principale middel gaat het weer over Norma's primaire grondslag, gelegen in art. 14a WNR. Hier is aan de orde *het tijdstip waarop* aan de voormalige wijze van kabeldoorgifte een einde kwam (vanwege de vervanging van de aanlevering door Media Gateway), en wie daaromtrent de stelplicht en de bewijslast draagt.

5.57. Middel III keert zich tegen rov. 6.2, luidende:

'6.2 De Media Gateway is in september 2001 opgericht (MvG onder 237). Onder 5.7 van hun pleitnota in de eerste aanleg van 31 oktober 2008 hebben de kabelaars gesteld dat "sinds een aantal jaren (...) een belangrijk deel van de omroepen het signaal rechtstreeks via een vaste

aanvoerverbinding per glasvezelkabel aan(lever) of (...) gecodeerd ter beschikking stellen". Onder 29 MvG heeft Norma naar voren gebracht dat de situatie voor de "switch-off" op 11 december 2006 zo was dat de kabelexploitanten in de meeste gevallen signalen uit de ether haalden en deze ongewijzigd, onverkort en gelijktijdig via de kabel aan hun abonnees doorgeven. In de punten 11.11 t/m 11.15 van hun medio 2007 genomen CvA hebben de kabelaars aangevoerd dat zich dit 'thans' in de Nederlandse situatie niet meer voordoet. Op grond van deze wederzijdse stellingen kan genoegzaam worden aangenomen dat in de periode tussen 1 september 1996 (de datum van inwerkingtreding van artikel 14a WNR, zie punt 236 MvG) en de 'switch-off' op 11 december 2006 de kabelexploitanten secundaire openbaarmakingen hebben verricht en dat in die periode van hun kant dus sprake was van "heruitzenden" in de zin van artikel 14a WNR. Voor de periode na 11 december 2006 geldt dat de kabelaars (voldoende) hebben betwist dat dit toen nog steeds het geval was, zodat het op de weg van Norma had gelegen om meer concreet te stellen en, gezien die betwisting, te bewijzen aan te bieden dat ook na 11 december 2006 de kabelexploitanten nog uitvoeringen secundair hebben openbaar gemaakt. Norma heeft echter het een noch het ander gedaan. Dat betekent dat het er in dit geding voor moet worden gehouden dat vanaf 11 december 2006 door de kabelexploitanten niet secundair is openbaar gemaakt.' \

5.58.1. Norma betoogt in middel III dat zij (wél) aan haar stelplicht heeft voldaan. Art. 150 Rv brengt volgens Norma met zich dat de kabelexploitanten moeten stellen en bewijzen dat zij met toestemming de rechten 'gebruiken' dan wel dat voor dat gebruik een rechtvaardigingsgrond bestaat. Volgens Norma is daarbij irrelevant of sprake is van een primaire dan wel secundaire openbaarmaking: het gaat om heruitzending en dat betreft doorgifte via de kabel.

5.58.2. Het middel kan geen doel treffen omdat het uitgaat van een onjuist begrip omtrent art. 150 Rv. Norma heeft zich op het standpunt gesteld dat (steeds) sprake is van nabuurrechtelijke inbreuken (heruitzendingen) waarvoor op grond van art. 14a WNR haar toestemming nodig is. Gegeven het eerder door het hof gevelde (en in Norma's cassatiemiddel I niet met succes bestreden) oordeel dat vanaf de aanlevering door Media Gateway aan Norma geen recht ex art. 14a WNR meer toekwam, en gegeven de volgens het hof voldoende betwisting door de kabelaars dat na 11 december 2006 nog sprake zou zijn geweest van een vorm van 'secundaire openbaarmaking' waarvoor Norma's toestemming wél zou zijn vereist, heeft het hof zonder miskennis van een rechtsregel en niet onbegrijpelijk kunnen oordelen dat het op de weg van Norma had gelegen om meer concreet te stellen en, gezien die betwisting, te bewijzen aan te bieden dat ook na 11 december 2006 de kabelexploitanten nog zulke secundaire openbaarmakingen als in rov. 6.2 door het hof bedoeld hebben doen plaatsvinden.

5.59. De verdere inhoud van middel III bouwt voort op de in middel I aangevoerde klachten en kan net als die klachten niet tot cassatie leiden.

5.60. De veegklacht aan het einde van dit middel deelt het lot van de voorgaande klachten.

5.D. Middel IV: Norma's schadeclaim in verhouding tot haar afdrachtverplichtingen

5.61. Het vierde en laatste middel van het principale cassatieberoep neemt stelling tegen de oordelen van het hof in rov. 6.6 resp. 6.8, dat Norma alleen schadevergoeding toekomt indien er een verplichting tot afdracht aan de uitvoerende kunstenaars bestaat, respectievelijk dat Norma geen schadevergoeding toekomt op grond van 'categorie B-inbreuken' omdat deze inbreuken vervallen moeten worden geacht op de voet van art. 14a lid 4 WNR.

Deze overwegingen (inclusief de tussenliggende rov. 6.7) luiden:

‘6.6 Wat de periode voor 11 december 2006 betreft, dient tot uitgangspunt te worden genomen dat aan Norma alleen een schadevordering voor of namens de rechthebbenden toekomt voor zover op haar de verplichting rust om de uit dien hoofde te ontvangen gelden aan de rechthebbenden af te dragen (zie ook rov. 6.8 hierna). Anders zou, zoals de kabelaars hebben opgemerkt, Norma ongerechtvaardigd (kunnen) worden verrijkt, en dat kan niet de bedoeling van de Europese en Nederlandse wetgever zijn geweest.

6.7 Onder 88 van haar pleitnota in de eerste aanleg heeft Norma een betoog ontvouwd dat er op neerkomt dat zij in ieder geval op grond van de exploitatie-overeenkomsten verplicht is tot repartitie. Dit – door de kabelaars niet (gemotiveerd) bestreden – betoog wordt voor juist gehouden: in artikel 4.1 van de exploitatie-overeenkomsten is bepaald dat Norma zich verplicht om de door haar ontvangen gelden aan de deelgerechtigde uitvoerende kunstenaar uit te betalen. Het onder 6.3 vermelde verweer van de kabelaars gaat derhalve niet op ten aanzien van schendingen van naburige rechten van rechthebbenden die exploitatie-overeenkomsten met Norma hebben gesloten. Dit betekent, gelet ook op het onder 6.5 overwogene, dat vordering VI van Norma toewijsbaar is voor zover deze betrekking heeft op de door de bij Norma's exploitatie-overeenkomsten van 15 september 2005 en 24 mei 2006 aangesloten naburig rechthebbenden geleden schade als gevolg van inbreuken die de kabelexploitanten door secundaire openbaarmaking/heruitzending in de periode tussen de data van aansluiting en 11 december 2006 hebben gepleegd op de naburige rechten van die rechthebbenden, in aanmerking nemende dat de mogelijkheid van schade door deze inbreuken (hierna aan te duiden als: de categorie A-inbreuken) aannemelijk is en dat voor deze inbreuken ook het verjaringsverweer van de kabelaars geen doel treft. Norma heeft haar vordering immers binnen vijf jaar ingesteld.

6.8 Voor de schadevordering van Norma op grond van inbreuken op naburige rechten van rechthebbenden die voor 11 december 2006 geen exploitatie-overeenkomsten met Norma hebben gesloten en op grond van inbreuken die hebben plaatsgevonden voordat zulke overeenkomsten zijn gesloten (hierna: de categorie B-inbreuken) geldt het volgende. Door Norma is in geen van haar processtukken (de inleidende dagvaarding dateert van 17 augustus 2006, de MvG van 18 januari 2011 en PA van 6 februari 2012) gesteld dat rechthebbenden in de drie jaar daarvoor jegens haar een rechtsvordering tot afdracht hebben ingesteld of zelfs maar een verzoek daartoe hebben ingediend. Er moet dus vanuit gegaan worden dat als gevolg van de werking van artikel 14a lid 4 WNR vorderingen van de rechthebbenden jegens Norma in ieder geval over de periode voor 11 december 2006 zijn vervallen. Verval is niet vatbaar voor stuiting en door verval gaat het vorderingsrecht zelf teniet, en niet, zoals bij verjaring, slechts de rechtsvordering. Omdat na het verstrijken van een wettelijke vervaltermijn het vorderingsrecht, en dus de verbintenis in kwestie, tenietgaat, blijft daarna, anders dan na verjaring, zelfs

geen natuurlijke verbintenis over, in aanmerking ook nemende dat Norma niet heeft gesteld dat het verrichten van afdrachten aan rechthebbenden voor haar tevens een dringende morele verplichting vormt (zie artikel 6:3 BW). Op Norma rust dus, zo moet worden geconcludeerd, geen verplichting – ook geen niet-afdwingbare verplichting – om eventueel van de kabels ter zake van de categorie B-inbreuken (te) ontvangen bedragen aan de rechthebbenden af te dragen. De stelling van Norma onder 109 CvR dat het geenszins onwaarschijnlijk is dat rechthebbenden zich tot haar zullen wenden met het verzoek om de geïnde (bedoeld zal zijn: de middels de schadevordering te innen) gelden uit te betalen voor heruitzendingen van meer dan 3 jaar geleden en dat zij van plan is aan deze verzoeken te voldoen ongeacht de wettelijke vervaltermijn, stuit wat de categorie B-inbreuken betreft hierop af. Zulke betalingen worden onverplicht gedaan, zijn dus, naar de kabels terecht hebben opgemerkt, onverschuldigd en kunnen daarom door Norma ook weer worden teruggevorderd. Gelet op dit een en ander kan niet worden gezegd dat de mogelijkheid aannemelijk is dat Norma schade heeft geleden of nog zal lijden als gevolg van de categorie B-inbreuken. Voor deze inbreuken is schadevordering VI van Norma dan ook niet toewijsbaar.’

5.62. Tegen rov. 6.6 en 6.8 werpt Norma, na een inleiding, vijf klachten op:

(punt 2) onvoldoende begrijpelijk is waarom het hof de repartitieverplichting in de exploitatie-overeenkomsten niet aldus begrijpt dat de verplichting zich mede uitstrekt tot aanspraken over het verleden (m.b.t. inbreuken op naburige rechten van rechthebbenden die voor 11 december 2006 geen exploitatie-overeenkomsten met Norma hebben gesloten op grond van inbreuken die hebben plaatsgevonden voordat die overeenkomsten zijn gesloten (de door het hof zo genoemde ‘categorie B-inbreuken’));

(punt 3) het hof heeft een onjuiste uitleg gegeven aan art. 14a lid 4 WNR;

(punt 4) van rechthebbenden verlangen dat ze Norma om afdracht verzoeken is in strijd met de strekking en het stelsel van de WNR;

(punt 5) indien wordt aangenomen dat de aanspraken inderdaad al zijn vervallen, brengt het ontbreken van een wettelijke plicht niet (zonder meer) mee dat Norma de vorderingsrechten niet zou mogen uitoefenen; en

(punt 6) de redenering van het hof dat betaling van eventuele geïncasseerde vergoedingen onverschuldigd zou zijn, is onvoldoende gemotiveerd, nu niet iedere onverplichte betaling tot een onverschuldigde betaling leidt.

5.63. *Punt 2* bestrijdt de uitleg van een overeenkomst. De juistheid van die uitleg komt in cassatie niet voor toetsing in aanmerking, terwijl het oordeel vervlochten is met overwegingen van feitelijke aard. Dat gezegd zijnde, kan niet worden volgehouden dat de uitleg onbegrijpelijk is, ook niet in het licht van de tweede volzin van rov. 6.7, omdat die deelopwekking, zoals uit de eerste volzin van rov. 6.7 kan worden opgemaakt, betrekking heeft op het – in gegeven gevallen – bestaan van een repartitieverplichting.

In art. 4.1 van de exploitatie-overeenkomst:

‘Norma verplicht zich om met inachtneming van de geldende statuten, reglementen en rechts-geldig totstandgekomen stichtingsbesluiten, de door haar ontvangen gelden aan de deelgerech-tigde uitvoerende kunstenaar uit te betalen.’⁴⁸

zie ik geen contra-indicaties voor de door het hof gekozen uitleg, en met name geen (drin-gende) indicatie voor een verplichting van Norma tot het innen van vergoedingen met terug-werkende kracht naar een tijdvak vóór de aansluitingsdatum. Gelet op het debat in feitelijke instanties behoefde het oordeel geen nadere motivering dan door het hof is gegeven. De klacht stuit daarop af.

5.64. De klacht van *punt 3* gaat ervan uit dat de vervalbepaling van art. 14a lid 4 WNR alleen betrekking heeft op door Norma geïnde gelden, terwijl Norma’s vordering ziet op nog niet geïnde gelden. Die veronderstelling is onjuist. Volgens de tekst van art. 14a WNR begint de vervaltermijn te lopen vanaf de heruitzending, en niet vanaf het moment waarop de gelden worden geïnd. Dit komt nog duidelijker tot uitdrukking in de tekst van art. 9, lid 2 in fine van de SKRI (waarbij de WNR heeft willen aansluiten):

‘zij⁴⁹ kunnen de rechten doen gelden binnen een termijn die door de betrokken Lid-Staat wordt vastgesteld en niet korter mag zijn dan drie jaar vanaf de datum van doorgifte via de kabel van een uitzending die hun werk of een andere beschermde prestatie omvat.’

5.65. Bij de klacht van *punt 4* doet Norma in de cassatiedagvaarding mede een beroep op fei-ten en omstandigheden die te maken hebben met de aard van een rechtspersoon als bedoeld in art. 14a lid 1 WNR. Om in cassatie geoorloofd te zijn, dient een klacht zonder nader onder-zoek van feitelijke aard te kunnen worden beoordeeld en dienen de daartoe benodigde feiten en omstandigheden in feitelijke instantie te zijn gesteld⁵⁰. Norma heeft niet aangegeven waar zij de betreffende stelling in de stukken van het geding heeft betrokken. Om die reden voldoet deze cassatieklacht niet aan de eraan te stellen eisen⁵¹.

5.66. De klacht van *punt 5* gaat langs de kern van ’s hofs oordeel in rov. 6.8 heen. Het hof heeft geoordeeld dat niet kan worden gezegd dat de mogelijkheid dat Norma schade heeft ge-leden of nog zal lijden als gevolg van categorie B-inbreuken aannemelijk is, omdat op Norma geen verplichting rust om eventueel ontvangen bedragen aan de rechthebbenden af te dragen.

⁴⁸ Aangehaald in voetnoot 25 op p. 18 van de cassatiedagvaarding, met verwijzing naar eerdere pro-ducties.

⁴⁹ ‘Zij’, d.w.z. rechthebbenden die het beheer van hun rechten (nog) niet aan een maatschappij voor collectieve belangenbehartiging hebben opgedragen: vgl. art. 9, lid 2, aanhef van de SKRI.

⁵⁰ Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie (2005), nr. 137.

⁵¹ Vgl. bijv. HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196, NJ 2013, 124; JBPr 2011, nr. 6 m.nt. Tjittes.

Zou Norma, zoals de klacht wil, eventuele vorderingsrechten mogen uitoefenen, dan zal dat niet tot gevolg hebben dat er wél een verplichting tot afdracht in het leven wordt geroepen.

5.67. Bij de klacht van *punt 6* mist Norma belang. Ook indien veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat één of meer onverplichte betalingen door Norma aan de rechthebbenden niet kwalificeren als onverschuldigde betalingen, heeft het oordeel van het hof een toereikende grondslag in het gegeven dat op Norma geen verplichting tot afdracht rust. Een onverplichte betaling brengt daar geen verandering in: daarmee is nog geen grondslag voor een claim wegens schadevergoeding aanwezig. Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat een verbintenis tot schadevergoeding steeds een daartoe nopende rechtsgrond veronderstelt. Ook wanneer Norma bereid zou zijn uitkeringen te doen aan rechthebbenden zonder daartoe verplicht te zijn, kan niet als onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd gelden dat NLKabel c.s. niet verplicht zijn voor Norma's zodanige uitkeringen op te komen, wanneer het bestaan van *daardoor* aan Norma veroorzaakte schade onaannemelijk is en Norma tot de bedoelde uitkeringen niet rechtens is gehouden⁵².

5.68. De afsluitende veegklacht (*punt 7*) behoeft geen afzonderlijke bespreking.

5.69. Ik meen, afrondend, dat het principale cassatieberoep geen aanleiding geeft tot cassatie.

6. Bespreking van het incidentele cassatieberoep

6.1.1. Het incidentele middel richt zich tegen de navolgende, in de hiervoor reeds aangehaalde rov. 6.2 en 6.7 vervatte, oordelen van het hof:

- genoegzaam kan worden aangenomen dat tussen de inwerkingtreding van de WNR op 1 september 2006 en de 'switch-off' op 11 december 2006 de Kabelexploitanten secundaire openbaarmakingen hebben verricht en er in die periode van hun kant sprake was van heruitzenden (rov. 6.2);

- Norma's vordering tot schadevergoeding is toewijsbaar voor inbreuken ten aanzien van schendingen van naburige rechten van rechthebbenden die exploitatie-overeenkomsten met Norma hebben gesloten, vanaf de datum van de exploitatie-overeenkomsten (15 september 2005 en 24 mei 2006) tot 11 december 2006 (rov. 6.7; de door het hof zo genoemde 'categorie A-inbreuken').

⁵² Vgl. in dit verband het door NLKabel c.s. bij s.t. (§ 7.7 - 7.8) genoemde arrest HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, NJ 2010, 83 m.nt. Hijma (Moerings/Mol). In zijn noot schrijft Hijma: 'De impliciete boodschap van het arrest luidt denklijk aldus: Hij die een ander diens schade vergoedt zonder daartoe rechtens gehouden te zijn, doet dat voor eigen rekening; zulke per saldo vrijwillig te noemen uitgaven kan hij niet op zijn voorschakel verhalen.'

6.1.2. Het incidentele cassatieberoep richt zich daarmee tegen de gedeeltelijke toewijzing van vordering VI met betrekking tot 'pre-Media Gateway'-kabeldoorgiften. Het hof heeft deze vordering (slechts) toegewezen voor zover Norma deze deed steunen op aan haar overgedragen rechten krachtens de exploitatieovereenkomsten van 15 september 2005 en 24 mei 2006 en voor zover het gaat om de inbreuken tot 11 december 2006 (rov. 6.7).

6.1.3. Het incidentele beroep vormt een tegenhanger van Norma's principale middelen III en IV. Maar zoals in nr. 3.6.1 reeds bleek, menen NLKabel c.s. dat bij gegrondbevinding van incidenteel onderdeel 2 ook het belang aan middelen I en II van Norma zou ontvallen.

6.2.1. NLKabel c.s. richten tegen rov. 6.2 en 6.7 twee klachten, van zeer verschillende aard. Onderdeel 1 heeft een overwegend procedureel karakter (stelplicht en bewijslast over en weer; er was geen plaats voor verwijzing naar de schadestaatprocedure).

Onderdeel 2 behelst (hoofdzakelijk) een frontale materieelrechtelijke klacht: Norma is geen rechthebbende, omdat de rechten krachtens individuele overdrachten, dan wel krachtens het stelsel van art. 4 WNR / art. 45d Aw (als regel) bij de producenten berusten; en de omroepen via de producenten mede toestemming hebben verworven voor distributie door de kabelexploitanten. Bij dit onderdeel spelen overigens ook kwesties van stelplicht en bewijslast.

6.2.2. Omdat onderdeel 2 van het incidentele middel de verst gaande strekking heeft, komt het mij dienstig voor om dat eerst te bespreken.

6.A. Onderdeel 2: rechten zijn (als regel) bij producent; overdrachten aan Norma kunnen daaraan niet afdoen; kabelexploitanten hebben toestemming via producenten en omroepen

Onderdeel 2.1

6.3. De hoofdklacht, voorafgegaan door een uitvoerige inleiding, is neergelegd in (sub-) onderdeel 2.1. Zij luidt dat het hof heeft miskend dat – zoals NLKabel c.s. gesteld hebben – Norma de rechten van de uitvoerende kunstenaars, die zij in deze procedure tegen de kabelexploitanten wenst uit te oefenen hetzij op basis van art. 14a WNR, hetzij op basis van overdracht van rechten aan Norma door de uitvoerend kunstenaars via de zgn. (Norma-) exploitatieovereenkomst, eenvoudigweg niet heeft.

Norma heeft deze rechten niet, volgens het onderdeel, omdat deze berusten bij de producenten van de betrokken filmwerken: zulks hetzij krachtens afzonderlijke schriftelijke overeenkomsten tussen uitvoerende kunstenaars en producenten, hetzij op grond van het wettelijk vermoeden van overdracht als bedoeld in art. 4 WNR in verbinding met art. 45d Aw. De overeenkomsten die uitvoerend kunstenaars in de praktijk sluiten met producenten, staan niet

aan overdracht op grond van art. 45d Aw in de weg, maar bevestigen die juist, aldus het onderdeel.

6.4. Zie ik het wel, dan veronderstelt (volledige) gegrondbevinding van deze klacht – mede gelet op de betwisting door Norma – bevestigende beantwoording van de volgende vragen:

(i.a) hebben NLKabel c.s. voldoende gesteld, en heeft Norma onvoldoende betwist, dat de praktijk van rechtenoverdracht zodanig is dat uitvoerende kunstenaars (vrijwel) altijd de hier relevante naburige rechten aan producenten van filmwerken overdragen? dan wel

(i.b) biedt het wettelijk vermoeden van overdracht als bedoeld in art. 4 WNR / art. 45d Aw op zichzelf een voldoende vangnet, los van bevestigende beantwoording van vraag i.a?;

(ii) indien vraag i.a dan wel vraag i.b bevestigend beantwoord wordt, staan de door Norma gestelde overdrachten van rechten aan haar (via de (Norma-) exploitatieovereenkomsten) dan niet in de weg aan de onder i.a. en i.b bedoelde vormen van overdracht aan de producent?

(iii) brengt (aangenomen) overdracht aan filmproducenten de op de voet van i.a dan wel i.b mee dat Norma haar rechtspositie ex art. 14a WNR verliest?

(iv) zijn in deze procedure uitsluitend filmwerken aan de orde?

6.5.1. In nrs. 4.9 en 4.10 van deze conclusie heb ik de hier relevante artikelen 45a, 45c en 45d Aw en 4 WNR aangehaald.

6.5.2. Het hierin – mede ten opzichte van uitvoerende kunstenaars – neergelegde zgn. ‘filmrecht’ (ten behoeve van filmproducenten), gebaseerd op art. 14bis van de Berner Conventie, maakt sinds 1985 deel uit van de Auteurswet. Het maakt, via art. 4 WNR, van de aanvang af deel uit van de WNR.

6.5.3. Voor een korte schets van de achtergrond en strekking van dit filmrecht citeer ik – gemakshalve – een bladzijde uit SVV (2005, p. 580):

‘14.10. WETTELIJK VERMOEDEN VAN OVERDRACHT VAN “NORMALE”
FILMEXPLOITATIETRECHTEN; ARTIKEL 45d

Artikel 45d is het centrale artikel van de bijzondere bepalingen over de filmwerken.^[...] Door een *wettelijk veronderstelde overdracht* van rechten – die uitsluitend door een schriftelijke andere overeenkomst buiten toepassing kan worden gesteld – geldt de producent als auteursrechthebbende met betrekking tot de ‘normale’ exploitatie van het filmwerk. Artikel 45d geldt echter níet ten aanzien van de makers van de *oeuvres préexistantes*^[...], en ook niet ten aanzien van de componisten en tekstdichters van de filmmuziek.

De lobby van filmproducenten heeft ervoor gezorgd dat in art. 14bis BC een dergelijke voorziening te hunnen voordele werd opgenomen. De tegenlobby van de niet minder goed georganiseerde muziekauteursrechtenbureaus, samenwerkend in de CISAC, zorgde ervoor dat de componisten en tekstdichters daarbij buiten schot gelaten werden. De uitgeverslobby redde

de belangen van de auteurs van de *oeuvres préexistantes* en hun rechtverkrijgenden (zijzelve).

Toch is de regeling van art. 14bis BC wel praktisch. Het verdient bovendien waardering dat ruimte werd gelaten voor diverse constructies waarmee de nationale wetten de minimumbevoegdheden voor de filmproducenten konden doorvoeren. Daarbij werd rekening gehouden met diverse constructies, die tevoren al in verschillende landen (niet: Nederland) in wettelijke regelingen van het filmauteursrecht waren neergelegd.

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

a. het zgn. *Film Copyright*, volgens hetwelk krachtens wetsbepaling (wetsfictie) de producent geldt als maker van resp. als auteursrechthebbende op het filmwerk, met uitsluiting van anderen; dit stelsel was bekend uit Groot-Brittannië;

b. de zgn. *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 hierboven reeds aangeduide stelsel dat in art. 45d Aw is neergelegd, en dat reeds bestond in Frankrijk en Duitsland;

d. de zgn. *présomption de légitimation*: vergelijkbaar met de *présomption de cession*, met dien verstande dat niet een overdracht doch een exclusieve licentie^[...] aan de producent verondersteld wordt.

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

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

6.6. Ad vraag i.a van nr. 6.4

6.6.1. NLKabel c.s. hebben hun stelling dat *de praktijk van rechtenoverdracht zodanig is dat uitvoerende kunstenaars (vrijwel) altijd de hier relevante naburige rechten aan producenten van filmwerken overdragen* meermalen (gemotiveerd) naar voren gebracht⁵³.

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

- het IViR-rapport 'Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?'⁵⁴, waarin de onderzoekers Hugenholtz en Guibault concluderen:

'Gebruikelijk, zowel in auteurs- als in acteurscontracten, is een veelomvattende overdracht van rechten aan de filmproducent. In sommige standaardcontracten is deze rechtenoverdracht slechts in algemene zin geformuleerd; in andere worden de verleende exploitatievormen en detail benoemd. De rechtenverlening is vrijwel altijd ruimer dan is voorzien in art. 45d Aw.

⁵³ Verwezen wordt naar CvA § 8.8, § 8.27-8.30, § 10.3, § 13.9-13.10; CvD § 5.4-5.5, 5.9-5.10; Pleitnota in eerste aanleg § 1.6-1.9, 6.6-6.7, 6.17, 6.22; MvA § 1.13 sub (iii), 1.18, 1.24 1.30, 4.23, 4.92, 4.107-4.108; Pleitnota in hoger beroep § 2.2-2.3.

⁵⁴ Rapport van augustus 2004 in opdracht van het WODC (ministerie van justitie); prod. 9 bij CvA.

Dikwijls verkrijgt de producent van de auteur of acteur niet alleen de rechten van primaire en secundaire exploitatie, maar ook alle mogelijke merchandisingrechten (...)'.

- uitlatingen van de Commissie Auteursrecht in het Supplement bij haar advies aan de Minister van Justitie inzake het auteurscontractenrecht⁵⁵, waarin vermeld is dat de rechtenoverdracht aan de producent de praktijk is:

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

- een eigen stellingname van Norma, als vermeld in haar publicatie 'Norma Nieuws' van oktober 2005⁵⁶:

'acteurs en muzikanten [zien] zich gedwongen om schriftelijk of stilzwijgend al hun rechten over te dragen aan de producent en/of de omroep (...)'

- nog een eigen stellingname van Norma, in een brief van 29 maart 2005 van de directeur van Norma, aan het ministerie van justitie, inhoudend⁵⁷

'totale rechten-overdrachten via eenzijdig opgelegde contracten zijn in de uitvoerende kunstenaars sector de allesoverheersende realiteit'

- een grote hoeveelheid contracten die Norma in het geding heeft gebracht als productie 22 voor het pleidooi in eerste aanleg⁵⁸, waaruit (eveneens) blijkt dat de uitvoerend kunstenaars hun uitsluitende rechten om toestemming te verlenen voor het uitzenden en heruitzenden van hun uitvoeringen, stevast overdragen aan de producent.

⁵⁵ Supplement d.d. 16 februari 2011 (p. 7) 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. Productie 21 bij MvA. Dit document is beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl > Documenten en publicaties > Rapporten > zoeken op 'filmregeling'. De link naar het bestand is deze: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/02/16/supplement-over-de-filmregelingen-het-fictief-makerschap.html>

⁵⁶ Productie 11 bij CvA.

⁵⁷ Geciteerd in Pleitnota in eerste aanleg van NLKabel c.s., § 1.6 en 6.22; productie 10 bij CvA.

⁵⁸ NLKabel c.s. hebben in dit verband met name gewezen op de overeenkomsten Accento Films ('Zwart Water'), art. 4.1 sub d; All Yours Productions ('De Enclave'), art. 9.1 en 9.4; BlazHoffski ('De Jong Wil'), art. 6.

6.6.2. NLKabel c.s. hebben voorts (gemotiveerd) naar voren gebracht dat de kabelaars op hun beurt toestemming van de producenten/omroepen hebben om nabuurrechtelijk beschermd materiaal door te geven⁵⁹.

6.6.3. Het *hiertegen*⁶⁰ door Norma ingenomen standpunt komt, gelet op nr. 10.4 (e.v.) van haar schriftelijke toelichting, erop neer dat dit verweer van de kabelaars niet relevant is voor de (inbreuk-)vorderingen, omdat de kabelaars in feitelijke instanties niet concreet en onder overlegging van verificatoire bescheiden hebben gesteld van wie zij over toestemming beschikken om naburige rechten te gebruiken; er zou geen sprake zijn van gestelde feiten als bedoeld in art. 149 lid 1 Rv.

6.6.4. Ik meen met betrekking tot deze kwestie *i.a.*, dat NLKabel c.s. voldoende gesteld hebben, en dat de weerspreking daarvan door Norma onvoldoende geoordeeld moet worden.

Juist in het kader van een door Norma zodanig opgezette rechtsstrijd ten behoeve van een collectieve achterban, dat Norma daarin twee in algemene zin genoemde legitimaties heeft opgevoerd (art. 14a WNR respectievelijk individuele rechtenoverdrachten aan haar, Norma), mochten NLKabel c.s. daartegen verweer voeren door die door Norma gestelde legitimaties in even algemene zin te weerspreken. NLKabel c.s. hebben hierbij voorts allerminst volstaan met een blote ontkenning, doch gemotiveerd en met producties aangegeven waarom – in algemene zin – rechten die Norma pretendeert uit te oefenen, door uitvoerende kunstenaars elders gelokaliseerd plegen te worden (en wel: bij de producenten). Een stellingname van Norma daartegen als weergegeven in nr. 6.6.3 gaat niet op.

Overigens zou deze kwestie *i.a.* in het midden kunnen blijven, indien blijkt dat de in dit opzicht alternatieve stellingname *i.b.* van NLKabel c.s. opgaat. Daarover thans.

6.7. *Ad vraag i.b van nr. 6.4*

6.7.1. NLKabel c.s. hebben hun stelling dat Norma legitimatie ontbeert – zowel wat betreft art. 14a WNR als wat betreft de door Norma bedoelde overdrachten aan haar krachtens haar exploitatieovereenkomsten met uitvoerende kunstenaars – *op grond van het wettelijk vermoeden van overdracht als bedoeld in art. 4 WNR jo. art. 45d Aw*, meer dan eens (gemotiveerd) naar voren gebracht⁶¹. Het gaat hier overigens om een rechtskwestie.

⁵⁹ Verwezen wordt naar CvA § 6.10 - 6.11, 7.3 sub (1) - (2), 9.10 - 9.11; CvD § 5.5, Pleitnota in eerste aanleg § 3.5, MvA § 2.3 - 2.7.

⁶⁰ Verdere stellingnamen van Norma bespreek ik hieronder bij 'ad (ii)', 'ad (iii)' en 'ad (iv)'.

⁶¹ Verwezen wordt naar CvA § 7.3 sub (1), § 8.1 - 8.11 en 8.24; CvD § 4.2 sub (i), § 6.2 - 6.11; MvA § 1.13 sub (iii), 1.20, 1.30, 4.23, 4.92, 4.107 - 4.108.

6.7.2. Norma heeft – naast onder (ii), (iii) en (iv) te bespreken argumenten – in nrs. 10.5 - 10.8 van haar schriftelijke toelichting (samengevat) hier het volgende tegenover gesteld.

(a) Bij de beoordeling van een vordering op een inbreuk op andermans goed (hier: naburige rechten) kan een gebruiker van dat goed (hier: de kabelaaars) niet zijn eigen gebrek aan toestemming goedmaken met een betoog dat degene die als of namens de rechthebbende de inbreukvordering uitoefent (hier: Norma) verondersteld moet worden niet over het goed te beschikken, omdat er in de wet een (overigens weerlegbaar) vermoeden van overdracht aan een derde (hier: de producenten) is neergelegd. Dat is, volgens Norma, immers geen stelling van een feit in de zin van art. 149 lid 1 Rv. maar slechts een speculatie. Volgens Norma strekt art. 45d Aw jo. art. 4 WNR ook niet tot bescherming van de kabelaaars.

(b) Het zou wellicht anders kunnen zijn indien de kabelaaars als gebruikers van de naburige rechten zouden stellen en bewijzen dat zij toestemming hebben om de naburige rechten te gebruiken van die producenten, zodat zij daarom geen toestemming van Norma meer nodig hebben, maar die stelling voeren de kabelaaars niet aan.

(c) Voor zover Norma op grond van art. 14a WNR ageert, doet sowieso iedere stelling ten aanzien van de vraag bij wie de naburige rechten precies liggen niet ter zake, aangezien het hof heeft vastgesteld dat Norma een CBO is waarbij de wetgever de uitoefening van naburige rechten tegenover kabelexploitanten heeft gelegd, ongeacht of de rechthebbenden wel of niet Norma opdracht tot belangenbehartiging hebben verleend.

(d) Ook voor zover Norma ageert op grond van overdracht van de rechten aan haar, kan het op 45d Aw / art. 4 WNR gestoelde verweer de kabelaaars niet baten. Overlegging van de exploitatie-overeenkomsten door Norma legitimeert Norma behoudens tegenbewijs als rechthebbenden c.q. inningsbevoegdheden tegenover de kabelaaars. De kabelaaars zeggen niet dat (zij in feitelijke instanties hebben gesteld dat) Norma geen rechthebbende is omdat de producenten of anderen de naburige rechten daadwerkelijk houden: zij vermoeden dat slechts op grond van art. 45d Aw / art. 4 WNR. Het gaat slechts om een rechtsvermoeden waarop de producenten, eventueel, zich tegenover de uitvoerende kunstenaars kunnen beroepen. Zolang de kabelaaars niet stellen dat de producenten de rechten daadwerkelijk hebben en dat de kabelaaars de benodigde toestemming ook daadwerkelijk van de producenten hebben verkregen, hebben de kabelaaars te weinig gesteld om te betwisten dat Norma de rechten overgedragen heeft gekregen. Betwisting van Norma's bevoegdheid tegenover de kabelaaars met enkel een verwijzing naar art. 45d Aw / art. 4 WNR kan niet als tegenbewijs dienen, als de kabelaaars niet ten minste daarbij stellen en bewijs overleggen, dat producenten of hun rechtsopvolgers, al dan niet in vrijwaring opgeroepen, tegenover de kabelaaars stellen dat Norma niet rechthebbende is tot alle geleverde rechten omdat zij, de producenten of hun rechtsopvolgers, over rechten van de bij Norma aangesloten uitvoerende kunstenaar beschikken.

6.7.3. De in nr. 6.7.2 weergegeven opstelling van Norma geeft blijk van onjuiste aannames (gebrek aan feitelijke grondslag) en van een onjuiste rechtsopvatting. Bij de verschillende hierboven aangegeven deelelementen teken ik het volgende aan.

6.7.4. Norma's *onder (a)* weergegeven argumentatie miskent vooreerst dat er geen rechtsregel is die zich ertegen verzet dat een wegens een inbreuk op andermans goed aangesproken partij niet als (primair, zelfs 'exceptief') verweer naar voren zou mogen brengen dat – wat er zij van de eventuele inbreuk – de eisende partij geen rechthebbende met betrekking tot dat goed is.

Norma's *Schutznorm*-verweer (dat art. 45d Aw / art. 4 WNR niet strekt tot bescherming van de kabelaaars) gaat dan ook niet op. Dat het eigendomsrecht primair in het belang van de eigenaar gegeven is, versteekt zelfs de vermeende clandestiene plukker van vruchten uit een boomgaard niet van het verweer dat de eiser niet de eigenaar (c.q. pachter) van de boomgaard is.

Voor zover Norma spreekt over een gebruiker van een goed die 'niet zijn eigen gebrek aan toestemming [kan] goedmaken met een betoog dat degene die als of namens de rechthebbende de inbreukvordering uitoefent verondersteld moet worden niet over het goed te beschikken', miskent Norma *bovendien* dat de kabelaaars zich nu juist wél beroepen op toestemming van degenen zie volgens de kabelaaars rechthebbenden zijn: zie nader nr. 6.7.5.

Norma's opvatting dat er in de wet een (weerlegbaar) vermoeden van overdracht aan een derde (hier: de producenten) is neergelegd, en dat een beroep daarop gepasseerd zou moeten worden omdat dat geen stelling van een feit in de zin van art. 149 lid 1 Rv. maar slechts een speculatie, faalt op overeenkomstige gronden als in nr. 6.6.4 uiteengezet. Zij faalt mede wegens een onjuiste rechtsopvatting over het stelsel van art. 4 WNR in verbinding met art. 45d Aw: vgl. nrs. 6.5.3 en 6.7.7.

6.7.5. Norma's *argument (b)*, erop neerkomend dat de kabelaaars (zelfs) niet zouden hebben gesteld geen toestemming meer van Norma nodig te hebben omdat zij toestemming hebben van de producenten, faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Ik verwijs naar nr. 6.6.2.

6.7.6. Norma's nadere *argument (c)*, dat in het kader van de *art. 14a WNR*-grondslag voor haar vorderingen, de vraag bij wie de naburige rechten precies liggen niet ter zake is, nu het hof heeft vastgesteld dat zij een rechtspersoon (CBO) in de zin van dat artikel is, die naburige rechten tegenover kabelexploitanten kan uitoefenen, ongeacht of de rechthebbenden haar wel of niet opdracht tot belangenbehartiging hebben verleend, kan haar evenmin baten.

Ik heb zo'n vaststelling in 's hof arrest niet aangetroffen.⁶² Maar zo'n vaststelling zou Norma ook niet helpen. De omstandigheid dat een rechtspersoon als Norma ingevolge art. 14a lid

⁶² Norma geeft geen vindplaats aan. Voor zover zij doelt op rov. 1.1 onder c, staat dat daar (ook) niet.

2 WNR naburige rechten van niet-aangeslotenen kan uitoefenen, levert ten deze niet een argument op. Een verweer, zoals gevoerd door NLKabel c.s., dat uitvoerende kunstenaars krachtens art. 4 WNR in verbinding met art. 45d Aw (steeds) geacht moeten worden hun rechten al hebben overgedragen aan producenten (aan wie de kabels toestemming tot doorgifte ontleen), kan immers óók gevoerd worden tegen claims van een CBO die (mede) op art. 14a lid 2 WNR zijn gebaseerd.

6.7.7. Norma's in nr. 6.7.2 onder (d) weergegeven ampele nadere argumentatie heeft betrekking op de grondslag van *aan haar (Norma) overgedragen rechten*.

Zoals door NLKabel c.s. in nrs. 3.5.12 - 3.5.15 van hun schriftelijke toelichting is benadrukt⁶³, is een overdracht door een uitvoerende kunstenaar van rechten *aan Norma* heel iets anders dan het '*anders overeenkomen*' met de producent, in de zin van art. 45d Aw. Daarom kan een levering bij voorbaat (van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen) door de uitvoerende kunstenaar aan Norma – anders dan Norma stelt⁶⁴ – niet afdoen het (lex specialis-) stelsel van art. 45d Aw / art. 4 WNR. Daarom wordt een levering bij voorbaat door de uitvoerende kunstenaar aan de producent (na een levering bij voorbaat van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen) aan Norma, ook niet door art. 3:97 lid 2 BW getroffen⁶⁵.

Het ampele betoog in Norma's schriftelijke toelichting (nrs. 10.15 - 10.74, op p. 76 - 93) heeft mij niet van het tegendeel kunnen overtuigen.⁶⁶ De redenering dat art. 45dAw als lex specialis niet aan (eerdere) overdracht van naburige rechten in de weg staat, omdat – kort gezegd – dan onduidelijk zou zijn wanneer de leveringshandeling zou plaatsvinden en art. 45d Aw geen overdracht bewerkstelligt maar alleen een vermoeden van overdracht oplevert⁶⁷, is onjuist. Artikel 45d Aw behelst niet een (bewijs-)vermoeden maar behelst – als hoofdregel⁶⁸ – een materiële rechtsregel, die de in het artikel genoemde rechten *van rechtswege*⁶⁹ op de

⁶³ Mede met verwijzing naar R. Wigman, Het wettelijk vermoeden van overdracht en de overdracht bij voorbaat, IEF 10503.

⁶⁴ Bijv. in de schriftelijke toelichting, nr. 10.28.

⁶⁵ 'Rond lopen' binnen het systeem van art. 3:97 BW is mogelijk door de hier bedoelde voorafgaande levering door de filmedewerker/uitvoerend kunstenaar aan Norma als 'verboden' in de zin van lid 1 van dat artikel aan te merken. Dat is een zwaar woord, maar als 'verboden' gelezen wordt in de zin van: 'dat de wet zich ertegen verzet' is het geen zwaar woord meer.

⁶⁶ Op Norma's stellingname (in nrs. 10.15 - 10.24) dat art. 45d Aw / art. 4 WNR niet zou afdoen aan het (volgens de SKRI en art. 14a WNR voorgeschreven) collectieve inningsstelsel ga ik in in nr. 6.9.1 e.v. hierna.

⁶⁷ Vgl. met name nr. 10.30 van de s.t.

⁶⁸ Behoudens andersluidende schriftelijke overeenkomst *met de producent* (dus niet: met een derde, zoals Norma).

⁶⁹ Vgl. PG BW, Boek 3, p. 444 (MvT): 'Het ontwerp gebruikt voor het geval van een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden steeds de term "wordt vermoed"; in geval van een niet voor tegenbewijs vatbaar vermoeden wordt de term "wordt geacht" gebezigd.'

producent doet overgaan, zodat een leveringshandeling niet aan de orde is⁷⁰. Door de overgang van rechtswege is een 'overdracht onder opschortende voorwaarde' niet aan de orde, zo min als palavers over het moment van overdracht^{71,72}. Voor de maker / uitvoerende kunstenaar die niet gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid om met de producent schriftelijk anders overeen te komen⁷³, 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 níet tegen de producent, en door de producent juist wél tegen Norma ingeroepen worden⁷⁴.

Het behoeft na het bovenstaande geen nader betoog dat ik ook niet deel een door Norma ingeroepen visie van de Commissie Auteursrecht in een advies van 2011⁷⁵, waarin te lezen is:

'Het kan voorkomen dat een filmauteur, bijv. een scenarioschrijver, op voorhand de exploitatierechten heeft overgedragen aan een derde, met name een collectieve beheersorganisatie (CBO) zoals Lira. Indien deze auteur het scenario daarna beschikbaar stelt voor een film zullen de overgedragen exploitatierechten niet op grond van de "présomption de cession" van art. 45d Aw vermoed kunnen worden te zijn overgedragen aan de filmproducent: omdat de auteur niet meer rechten aan een ander kan overdragen dan hij of zij zelf heeft (het nemo plus-beginsel), blijven de rechten bij de CBO berusten. Het gevolg is dat de filmproducent minder gemakkelijk kan beslissen over bepaalde exploitatiemogelijkheden van de film, afhankelijk als hij daarvoor dan is van liet verlenen van een licentie door de CBO.'

Ik acht deze mening in het bovenstaande ontzenuwd^{76,77}.

⁷⁰ In dezelfde zin: Th.C.J.A. van Engelen, IE-Goederenrecht, Utrecht: Boek9.nl 2013, p. 83 en p. 84; vgl. ook p. 222 (titel uit de wet); Lenselink, a.w. 2005 (zie voetnoot 47), nr. 4.1.3.2, p. 127, voetnoot 14 aldaar: 'De titel is in de wetsbepaling vervat, de goederenrechtelijke overeenkomst en levering worden voorondersteld, zie Polak-Wessels II 2000, par. 2071'.

⁷¹ Vgl. nrs. 10.31 - 10.47 van de s.t.

⁷² Wél is discussie denkbaar over het tijdstip van overgang in het geval van faillissement van de producent vóór de voltooiing (in de zin van art. 45c) van het filmwerk. Vgl. SVV (2005), p. 581 onder 'Tijdstip van vermoede overdracht'; Van Engelen, a.w. 2013 (zie voetnoot 70), p. 83-84.

⁷³ Omdat die mogelijkheid in art. 45d wél is neergelegd, is van strijd met het door Norma in nrs. 10.37 - 10.38 ingeroepen arrest HvJEU 9 februari 2012, C-277/10 (Luksan/Van der Net) geen sprake. Dat bleek al eerder in het arrest van HvJEU 1 juni 2006, C-169/05 (Uradex/ Brutele), waarover nader in nr. 6.9.5.

⁷⁴ Vgl. nrs. 10.39 - 10.47 van de s.t.

⁷⁵ Vgl. voetnoot 55; door Norma aangehaald in nr. 10.44 van de s.t.

⁷⁶ Hetzelfde geldt voor de – overigens niet ondubbelzinnige – uitlating in de MvT bij w.v. 33 308, Kamerstukken II, 2011-2012, nr. 3, p. 3 (auteurscontractenrecht), door Norma aangehaald in nr. 10.45 van de s.t. In dezelfde kritische zin: Reactie van 'een deel van' de studietoelichting van de Vereniging voor Auteursrecht op het voorstel van wet inzake het auteurscontractenrecht 2012 (23 oktober 2012), p. 41-42 onder 'Kritiek op lezing Commissie Auteursrecht'; te raadplegen via http://www.ivir.nl/vva/publicaties/VvA_reactie_wetsvoorstel_auteurscontractenrecht_2012.pdf. Vgl. ook het in voetnoot 63 genoemde artikel van Wigman. Een ander deel van de genoemde studietoelichting onderschrijft het standpunt van de Commissie Auteursrecht overigens wél: t.a.p. op p. 42-43 onder 'Onderschrijving van lezing Commissie Auteursrecht'.

6.7.8. Zoals ik in nr. 6.6.4 al aangaf, heeft Norma zelf de onderhavige rechtsstrijd opgezet ten behoeve van een collectieve achterban, met twee *in algemene zin* gepretendeerde legitimaties (art. 14a WNR respectievelijk individuele rechtenoverdrachten aan haar, Norma), terwijl individuele kunstenaars en individuele door de WNR beschermde items ongenoemd zijn gebleven. Daarom, zo vervolgde ik, mochten NLKabel c.s. daartegen verweer voeren door die door Norma gestelde legitimaties in even algemene zin te weerspreken. Ook dáárom gaat Norma's stellingname (*d*), waarin zij claimt dat NLKabel c.s. wél 'man en paard' zouden moeten noemen, niet op. Dat NLKabel c.s. zich ten verwere (mede) op art. 4 WNR / art. 45d Aw jo. hebben beroepen, verandert daar niets aan.

Dat NLKabel c.s., anders dan Norma hier naar voren brengt, wel degelijk gesteld hebben dat de producenten als regel de rechten daadwerkelijk hebben en óók dat de kabelaars de benodigde toestemming ook daadwerkelijk (eventueel indirect) van de producenten hebben verkregen, bleek reeds in nr. 6.6.2.

6.7.9. Evenals ten aanzien van kwestie *i.a*, meen ik met betrekking tot kwestie *i.b*, dat NLKabel c.s. voldoende gesteld hebben, en dat de weerspreking daarvan door Norma onvoldoende geoordeeld moet worden.

6.8. *Ad vraag ii van nr. 6.4*

6.8.1. Dat NLKabel c.s. in voldoende mate gesteld hebben dat aan de door Norma gepretendeerde rechten van uitvoerende kunstenaars eraan in de weg zouden kunnen staan dat deze rechten door de uitvoerende kunstenaars daadwerkelijk aan filmproducenten zijn overgedragen (kwestie *i.a*), of via het wettelijk vermoeden van art. 4 WNR in verbinding met art. 45d aan filmproducenten toekomen (kwestie *i.b*), betekent nog niet dat incidenteel onderdeel 2 reeds daarom slaagt.

6.8.2. Norma werpt tegen dat in die gevallen waarin uitvoerende kunstenaars (via de (Norma)- exploitatieovereenkomst) hun rechten aan haar overdragen, die overdrachten aan háár prevaleren boven de in kwesties *i.a* respectievelijk *i.b* bedoelde daadwerkelijke dan wel wettelijk veronderstelde overdrachten aan filmproducenten.

De beoordeling van deze stelling is thans – als 'vraag ii' – aan de orde. Het gaat (ook) hier om een rechtskwestie.

6.8.3. Volgens NLKabel c.s. doen de overdrachten (via de zgn. (Norma-) exploitatieovereenkomsten) niet aan de overdrachten aan de filmproducenten af. Afgezien van de door het hof

⁷⁷ Hetzelfde geldt ook voor de (herhaalde) aansluiting door de regering bij de visie van de Commissie Auteursrecht in de Nota n.a.v. het Verslag bij w.v. 33 308, Kamerstukken II, 2012-2013, nr. 6, p. 27)

aangenomen niet voldoening van (Norma-) exploitatieovereenkomsten aan de bepaaldheids-eis van art. 3:84 lid 2 BW (onderwerp van Norma's principale middel II), stellen NLKabel c.s. daar het volgende zelfstandig dragende verweer tegenover, waarbij zij drie alternatieven ('scenario's) onderscheiden:

(1) de overdracht door de uitvoerende kunstenaar aan de producent gaat vooraf aan die aan Norma: in dat geval belet art. 3:84 lid 1 of 3:97 lid 2 BW een verkrijging door Norma op grond van de latere exploitatieovereenkomst;

(2) de overdracht aan Norma gaat vooraf aan het tijdstip waarop het filmwerk vertoningsgereed (in de zin van art. 45c Aw) is, en de uitvoerende kunstenaar sluit vóór dat tijdstip *geen* schriftelijke andersluidende overeenkomst in de zin van art. 45d Aw met de producent: in dat geval belet art. 45d Aw een verkrijging door Norma;

(3) de overdracht aan Norma gaat vooraf aan het tijdstip waarop het filmwerk vertoningsgereed (in de zin van art. 45c Aw) is, en de uitvoerende kunstenaar sluit vóór dat tijdstip *wél een* schriftelijke andersluidende overeenkomst in de zin van art. 45d Aw met de producent: *uitsluitend* in dat geval kan sprake zijn van een verkrijging door Norma.

NLKabel c.s. voegen hieraan toe dat het aan Norma is om – gelet op de gemotiveerde betwisting door NLKabel c.s. – per uitvoerend kunstenaar te stellen en te bewijzen dat ten aanzien van de door haar gepretendeerde naburige rechten de uitvoerende kunstenaar inderdaad zijn rechten bij schriftelijke overeenkomst met de producent heeft voorbehouden. NLKabel c.s. wijzen op het ontbreken van stellingen Norma in deze zin.

6.8.4. Norma heeft (in het verlengde van haar stellingname over kwestie *i.b*) hiertegen opgemerkt dat de kabelaars slechts 'veronderstellen' dat Norma niet over enig naburig recht beschikt behoudens voor zover Norma stelt en bewijst 'dat de uitvoerend kunstenaar en de producent "anders overeengekomen zijn" als bedoeld in art. 45d Aw – dus, dat de uitvoerend kunstenaar zijn (her)uitzendrechten van art. 2 lid 1 sub d WNR niet overdraagt, maar voorbehoudt'. Door zich slechts te beroepen op zo'n veronderstelling, leggen de kabelaars niet een werkelijk feit in de zin van art. 149 lid 1 Rv. aan dit verweer ten grondslag, maar slechts hypothesen. De incidentele cassatieklachten moeten, aldus Norma, (reeds) falen bij gebrek aan belang: omdat de betwisting van Norma's inningsbevoegdheid niet is gegrond op gestelde feiten als bedoeld in art. 149 lid 1 Rv., kan die betwisting niet tot afwijzing van de vorderingen leiden.

6.8.5. Ik evalueer als volgt.

6.8.6. Ik acht de uiteenzetting van NLKabel c.s. over de drie alternatieven en hun rechtsgevolgen rechtens juist. Ik verwijs hiertoe naar mijn uiteenzetting in nr. 6.7.7.

Het afdoen door Norma van de hier bedoelde stellingname als 'speculaties' en 'hypothesen' zo lang NLKabel c.s. geen 'mannen en paarden' noemen, verdraagt zich voorts niet met de

door Norma gekozen opzet van deze procedure, waarin Norma harerzijds meende en meent dat zij (wél) kan afzien het noemen van 'mannen en paarden': ik herinner andermaal aan nr. 6.6.4.

6.8.7. Intussen tekent zich (in het kader van de hier besproken kwestie *ii*) steeds duidelijker het volgende dilemma af.

6.8.8. In de visie van Norma is een kabelexploitant steeds van haar toestemming afhankelijk, tenzij deze *met 'mannen en paarden'* per (her-)uitzending aantoont:

- (A) dat de betrokken producent over de (kabel-)rechten van
- (B) alle betrokken uitvoerende kunstenaars beschikt, en
- (C) dat die producent (voor over niet zelf een omroeporganisatie), mede de kabelrechten aan de betrokken omroeporganisatie toekende, en
- (D) die omroeporganisatie toestemming gaf aan de betrokken kabelexploitant.

6.8.9. In de visie van NLKabel c.s. heeft Norma daarentegen geen enkele claim op een kabelexploitant, tenzij Norma *met 'mannen en paarden'* per (her-)uitzending aantoont dat het gaat om:

- (a) één of meer claims van
- (b) één of meer uitvoerend kunstenaars,
- (c) van wie Norma aantoont dat deze zijn rechten bij schriftelijke overeenkomst met de producent heeft / hebben voorbehouden.

6.8.10. Het behoeft weinig betoog dat een (Norma-)visie als in nr. 6.8.8 geëtaleerd volstrekt haaks staat op het exploitanten-faciliterend systeem van art. 4 WNR / art. 45d Aw (en trouwens tot op zekere hoogte ook haaks staat op de voor omroepen en hun afnemers vergemakkelijkende strekking van art. 14a lid 5 WNR / art.10 SKRI).

6.8.11. Het behoeft even weinig betoog dat een (kabelaars-)visie als in nr. 6.8.9 geëtaleerd een organisatie als Norma aanzienlijk kortwiekt, zo niet erger dan dat. De werkzaamheden en kosten, gemoeid om dan te kunnen komen tot gedocumenteerde claims, lijken allicht verhoudingsgewijs zwaar (zo niet prohibitief) voor een effectieve inningsstrategie ten behoeve van uitvoerende kunstenaars.

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

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

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

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

6.8.15. Bij de vraag hoe de 'generale' keuze zou moeten uitvallen, zoek ik – naar voor de hand ligt – aansluiting bij theorievorming in het bewijsrecht. Hier spreekt mij aan een passage in Asser/Asser, Bewijs (2013), nr. 280, p. 310: een passage in de context van gronden voor relativering van de 'Normentheorie':

'Zulke gronden kunnen bijvoorbeeld gevonden worden in de mate van waarschijnlijkheid in abstracto van de door partijen aangevoerde feiten. Degene die zich in abstracto op de minst waarschijnlijke feiten beroept draagt daarvoor dan de bewijslast⁷⁸.'

Ik verwijs naar hetzelfde boek, nr. 294, p. 323-324 waar ingegaan wordt op de juridisch-technische constructies om zo'n resultaat vorm te geven, waaronder het jurisprudentieel vermoeden.

6.8.16. Daarvan uitgaande, zou de rechter de 'generale' keuze ervan moeten laten afhangen of hij de in nr. 6.8.3 vermelde, door NLKabel c.s. aangegeven en door Norma niet inhoudelijk weersproken alternatieven (1) en/of (2) doorgaans de meest waarschijnlijke acht en alternatief (3) het minst waarschijnlijke; of dat het anders is. Over die *kwantitatieve waarschijnlijkheidsverhouding* zou de rechter – na vernietiging en verwijzing van het hier bestreden arrest – zich dus moeten uitspreken, zo nodig na nadere bewijsvoering dááromtrent. Van de uitkomst dáárvan zou – in de 'uitvoeringsfasen' – de stelplicht en bewijslast ten aanzien van Norma's legitimatie bij haar daadwerkelijke aanspraken wegens (her-)uitzending afhangen.

⁷⁸ De woorden 'draagt daarvoor dan de bewijslast' slaan voor mij (dus) op wat ik hierboven de (stelplicht en) bewijslast *in de uitvoeringsfase(n)* noemde.

6.8.17. Ik wijs erop dat het Haagse hof in het arrest a quo in zekere zin al een soort voorschot op een beoordeling als bedoeld in nr. 6.8.16 heeft gegeven. Het betreft de deeloverweging in rov. 4.15, laatste volzin:

‘Aan dit een en ander doet overigens niet af dat als regel uitvoerend kunstenaars zich toch niet tegen openbaarmaking zullen kunnen verzetten hetzij omdat zij daarvoor (impliciet) toestemming hebben gegeven hetzij omdat hun rechten (aan de producent) zijn overgedragen.’

Het betreft hier evenwel een onderdeel van een overweging ten overvloede in een andere context (waartegen Norma tevergeefs haar pijlen richtte in onderdeel I.C van het principale cassatiemiddel).

6.9. Ad vraag iii van nr. 6.4

6.9.1. Ook na beoordeling van vragen *i.a*, *i.b* en *ii* in het voordeel van het standpunt van NLKabel c.s., is nog niet gezegd dat het incidentele middelonderdeel 2 slaagt. Aan de orde is thans *vraag iii* (van nr. 6.4): brengt (aangenomen) overdracht aan filmproducenten de op de voet van *i.a* dan wel *i.b* mee dat Norma haar rechtspositie op basis van art. 14a WNR verliest?

6.9.2. Norma heeft het tegendeel betoogd, met een stellingname waarvan in cassatie de nrs. 10.15 - 10.24 van haar schriftelijke toelichting de synthese vormen.

Volgens dit exposé (hier zeer kort samengevat) zou de SKRI (waarvan art. 14a WNR de Nederlandse implementatie vormt) naar letter en geest meebrengen dat het recht op kabelvergoedingen collectief moet worden uitgeoefend, en niet individueel. Norma citeert daartoe ampel uit de totstandkomingsgeschiedenis van (art. 9 van) de SKRI.

6.9.3. Norma's exposé gaat echter goeddeels voorbij aan de uitzondering op dit stelsel die in art. 10 SKRI (geciteerd in nr. 4.6.1) is neergelegd, in de WNR geïmplementeerd in art. 14a lid 5 (geciteerd in nr. 4.10). Het systeem van art. 9 SKRI en art. 14a leden 1-4 WNR geldt niet voor rechten die door een omroeporganisatie worden uitgeoefend met betrekking tot haar eigen uitzendingen, ongeacht of het om de eigen rechten van die organisatie gaat dan wel om rechten die haar door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten zijn overgedragen.

6.9.4. Norma zegt in nr. 10.23 van haar schriftelijke toelichting *‘In het geval de richtlijnwetgever had gewild dat geen collectieve uitoefening van het kabeldoorgifte recht zou hoeven plaatsvinden in het geval de rechten overgedragen worden aan producenten, dan had het voor de hand gelegen dat dit expliciet in de richtlijn was opgenomen, zoals dat is gebeurd ten behoeve van omroeporganisaties in art. 10 van de SatKabRichtlijn. Dat is echter niet ge-*

beurd. Dat betekent dat het recht om toestemming te verlenen voor doorgifte via de kabel uitsluitend door een CBO kan worden uitgeoefend.'

Norma gaat daarmee echter voorbij aan de omstandigheid dat NLKabel c.s. gemotiveerd gesteld hebben dat zij de toestemming voor kabel distributie nu juist ontleen aan omroeporganisaties, die die rechten – mede en behoeve van de kabelaars – van de producenten verworven hebben. Vgl. nrs. 6.6.2 en 6.7.5 hierboven.

6.9.5. Bij arrest van 1 juni 2006, C-169/05 (Uradex/Brutele; Belgische zaak)⁷⁹ heeft het Hof van Justitie van de EG de door NLKabel c.s. bedoelde praktijk van verwerving van de bevoegdheid tot kabeldoorgifte door de producent via een systeem als art. 4 WNR / 45d Aw – blijkens de context van de zaak⁸⁰: mede ten behoeve van kabelaars – gesanctioneerd:

'24. In de context van het hoofdgeding moet hieraan echter worden toegevoegd dat de richtlijn, zoals overweging 28 ervan verduidelijkt, 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 als artikel 36, eerste alinea, van de wet⁸¹ zijn hoedanigheid van "rechthebbende" in de zin van art. 9, lid 2, van de richtlijn verliest, met als gevolg dat elke rechtsverhouding die op grond van deze bepaling tussen hem en de maatschappij voor collectieve belangenbehartiging bestaat, wordt verbroken.'

6.9.6. Ook kwestie *iii* kan dus niet aan gegrondbevinding van het incidentele cassatiemiddel 2 in de weg staan.

6.10. *Ad vraag iv van nr. 6.4*

6.10.1. In het kader van incidenteel onderdeel 2 sta ik ten slotte stil bij de in nr. 6.4 onderscheiden vraag *iv* of het in deze zaak alleen gaat om filmwerken (waarvoor het stelsel van art. 4 WNR / art. 45d Aw geldt) of ook om andere objecten (waarvoor dat stelsel niet geldt).

6.10.2. Norma heeft er terecht op gewezen (in nr. 10.3 van haar schriftelijke toelichting, met vindplaatsen) dat haar vorderingen niet enkel gericht zijn op de doorgifte via de kabel van televisieprogramma's, en dat ook voor de doorgifte van radioprogramma's toestemming van Norma noodzakelijk is.

⁷⁹ Jur. 2006, p. I-4973.

⁸⁰ Vgl. rov. 10-16 van het arrest.

⁸¹ Het Hof doelt op art. 36, eerste alinea van de Belgische wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (Belgisch Staatsblad 1994, p. 19297), luidende: 'Tenzij anders is overeengekomen, draagt de uitvoerende kunstenaar aan de producent het exclusieve recht van audiovisuele exploitatie van zijn prestatie over [...]'.

6.10.3. NLKabel c.s. hebben dit erkend (dupliek in cassatie, punt 4.8).

Terecht herinneren NLKabel c.s. echter aan het bijzondere wettelijke regime van art. 7 en art. 15 WNR voor het uitzenden, heruitzenden of op andere wijze openbaar maken van voor commerciële doeleinden uitgebrachte *fonogrammen*. Daarvoor is geen toestemming van de naburig rechthebbenden nodig, maar wél een 'billijke vergoeding' verschuldigd. Voor het incasseren van die billijke vergoeding is evenwel krachtens art. 15 WNR een andere organisatie dan Norma exclusief aangewezen: de stichting Sena.

6.10.4. De 'radio-rechten' waartoe Norma jegens de kabelexploitanten gelegitimeerd zou zijn (hetzij krachtens overdrachtsovereenkomsten, hetzij krachtens art. 14a WNR, één en ander zonder dat het stelsel van art. 4 WNR / art. 45d Aw daaraan in de weg kan staan), zijn dus in meerdere opzichten beperkt.

Zij zijn beperkt tot (her-)uitzending van radioprogramma's per kabel met uitvoeringen van muziekwerken (of toneelwerken⁸²) waarbij *niet* gebruik gemaakt wordt van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram en ook *niet* van (de soundtrack van) een filmwerk. Andersom gezegd, zal het gaan om weinig meer dan: kabel(her-)uitzending van studio-opnamen die niet tot een zo'n fonogram hebben geleid, van amateuropnamen, en van *live*-optredens van uitvoerende kunstenaars binnen of buiten de studio.

6.10.5. Wat het al dan niet slagen van incidenteel onderdeel 2 betreft, leiden de overwegingen over *kwestie iv* tot het volgende. Bij vernietiging op basis van dit middelonderdeel, zal het hof waarnaar verwezen wordt, bij de verdere beoordeling en afdoening afzonderlijk rekening moeten houden met de hier bedoelde 'radio-rechten'. Maar de omstandigheid dat daarmee rekening gehouden moet worden, staat niet aan de gegrondbevinding van middelonderdeel 2 in de weg.

6.11. Ik meen dat onderdeel 2.1 van het incidentele middel slaagt, waarbij aan de hand van een nader onderzoek door het hof waarnaar de zaak verwezen wordt, zal moeten blijken welk van de in nrs. 6.8.8 en 6.8.9 uiteengezette modellen in de 'uitvoeringsfasen' het uitgangspunt zal moeten zijn.

Onderdeel 2.2

6.12. In onderdeel 2.2 komen – in wezen – de rechtsklachten van onderdeel 2.1 als motiveeringsklachten terug. Daarmee is het lot van onderdeel 2.2 in zoverre bezegeld dat bij gegrondbevinding van onderdeel 2.1 het belang aan onderdeel 2.2 ontvalt, en dat – omgekeerd –

⁸² Vgl. art. 1 lid 1 onder a WNR; denk in dit verband aan aan hoorspelen.

bij het falen van de rechtsklachten onderdeel 2.1, onderdeel 2.2 zich niet met succes tegen een (per saldo) juist rechtsoordeel van het hof kan richten.⁸³

Onderdeel 2.3

6.13. Het (subsidiair voorgestelde) onderdeel 2.3 herinnert aan door het hof niet behandelde verweren van NLKabel c.s., die er eveneens toe strekken dat de exploitatieovereenkomsten niet tot overdracht van rechten aan Norma hebben geleid. Het gaat om (onderdeel 2.3 sub a:) strijd met het fiduciaverbod, (sub b:) strijd met wet en goede zeden, (sub c:) beroep op rechten onaanvaardbaar.

(Ook) bij de (relatief geringe) door het hof toegewezen vorderingen, had – volgens de klaarblijkelijke strekking van de klacht – het hof deze verweren in zijn beoordeling van Norma's op inbreuk gebaseerde vorderingen moeten betrekken.

6.14. Ik acht het onderdeel gegrond. Voor zover het onderdeel zou bedoelen dat de Hoge Raad zich thans over de gegrondheid van één of meer van deze verweren – die verweven (kunnen) zijn met kwesties van feitelijke aard – zou dienen uit te spreken, gaat het echter een brug te ver. Bij vernietiging op deze klacht zal de rechter waarnaar de zaak verwezen wordt, zich hierover moeten buigen.

6.B. Onderdeel 1: inbreukmakende heruitzendingen in het verleden zijn niet in rechte vastgesteld; ten onrechte verwijzing naar schadestaatprocedure

6.15. Ik herinner aan de in nrs. 6.1.1 - 6.2.1 aangegeven inzet van het incidentele cassatiemiddel.

6.16. Het – na onderdeel 2 – thans te bespreken *onderdeel 1.1* formuleert tegen rov. 6.2 en 6.7 van het hof de rechtsklacht dat het hof miskend zou hebben dat op Norma de stelplicht en bewijslast rust ten aanzien van de stelling dat de kabelexploitanten vóór 11 december 2006 hebben 'heruitgezonden'.

6.17. Ik meen dat deze klacht faalt. Uit rov. 6.2 blijkt dat hof zich heeft vergewist van hetgeen Norma heeft gesteld, te weten (zie de derde volzin van de rov. 6.2) dat vóór switch-off in de meeste gevallen (inbreukmakende) doorgifte van *uit de ether opgevangen* signalen plaatsvond. Vervolgens heeft het hof zich over de stellingen van de kabelaars gebogen. Het

⁸³ De motiveringsklacht van onderdeel 2.2 zou een extra accent kunnen krijgen door de (eerder hierboven genoemde) omstandigheid dat het hof in rov. 4.15, slotzin heeft overwogen dat 'als regel uitvoerend kunstenaars zich toch niet tegen openbaarmaking zullen kunnen verzetten hetzij omdat zij daarvoor (impliciet) toestemming hebben gegeven hetzij omdat hun rechten (aan de producent) zijn overgedragen'. Dit accent is verwoord in de schriftelijke toelichting van NLKabel c.s. (onder meer in nr. 3.7.3) maar is in het incidentele cassatiemiddel niet te vinden.

hof zag daarin een toereikende betwisting van de gestelde doorgifte van *uit de ether opgevangen* signalen gedurende de periode na de 'switch-off' (vgl. de laatste volzin van rov. 6.2), maar niet van de periode *ervóór* (vgl. derde en vierde volzin: volgens het hof hebben de kabe-laars (alléén) gezegd dat dit zich niet meer voordoet).

Daarmee heeft het hof op dit punt van het partijdebat niet de regel van art. 150 Rv miskend, maar een waardering aan de stellingen van partijen verbonden die in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst, en die niet onbegrijpelijk is.

6.18. *Onderdeel 1.2* bevat de motiveringsklacht dat uit het partijdebat in feitelijke instanties niet blijkt dat de kabelexploitanten een publiek toegankelijk signaal hebben opgevangen en doorgegeven tussen 15 september 2005 en 11 december 2006, laat staan dat dit doorgegeven (heruitzenden) ook op uitvoeringen van bij Norma aangesloten uitvoerend kunstenaars be-trekking had. *Onderdeel 1.3* klaagt dat het hof Norma's vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat niet had mogen toewijzen. Volgens NLKabel c.s. was er geen grond voor verwijzing naar de schadestaatprocedure, omdat het hof niets heeft vastgesteld omtrent de grondslag van de aansprakelijkheid voor de schade, in casu: de vraag welke kabelexploi-tant door middel van welke heruitzending inbreuk heeft gemaakt op welke resp. wiens rech-ten. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

6.19. Hierboven gaf ik al aan dat ik 's hofs oordeel in rov. 6.2 niet onbegrijpelijk acht.

In rov. 6.2 ging het, klaarblijkelijk, het hof er (alleen) om, of er – na de afgewezen andere grondslagen van Norma's vorderingen – toch nog wettelijke grond zou *kunnen* zijn voor schadevergoedingsaanspraken zijdens Norma(-aangeslotenen) voor wat ik in navolging van het hof korthedshalve aanduid als 'categorie A-inbreuken'. Des ja, aldus het hof (rov. 6.7), *voor zover* (aldus kennelijk rov. 6.2) er sprake is geweest van (hier relevante) secundaire openbaarmakingen door één of meer van de aangesproken kabelexploitanten tussen 1 sep-tember 1996 en 11 december 1996.

Naar het kennelijke oordeel van het hof diende dát in de schadestaatprocedure te worden uitgemaakt, naast uiteraard de begroting (of schatting) van de door zulke inbreukmakende secundaire openbaarmakingen geleden schade.

Daarmee berust onderdeel 1.2 op onjuiste lezing van het bestreden arrest.

6.20. Op zichzelf is juist – zoals in *onderdeel 1.3* naar voren wordt gebracht – dat voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad onder meer is vereist dat de grondslag voor de aansprakelijkheid in de hoofdprocedure wordt vast-

gesteld⁸⁴. Dit vereiste houdt in dat de rechter moet vaststellen dát en op grond waarvan de tot vergoeding van schade veroordeelde partij aansprakelijk is⁸⁵.

6.21. Anders dan NLKabel c.s. menen, wijkt de bestreden verwijzing naar de schadestaat echter niet af van dit stramien. Het hof heeft uitvoerig gemotiveerd aangegeven in welke gevallen het om inbreukmakende secundaire openbaarmakingen / heruitzendingen gaat, vervolgens even uitvoerig uit de doeken gedaan op welke gronden de kabelexploitanten in dat verband aansprakelijk zijn en ten slotte gespecificeerd welke inbreuken te dien aanzien relevant zijn ('categorie A-inbreuken'). Daarmee is de bron van de verbintenis tot schadevergoeding gegeven. Duidelijk is voorts welke nabuurrechthebbenden (namelijk: de bij Norma aangesloten nabuurrechthebbenden) en welke kabelexploitanten betrokken zijn (namelijk: de in de procedure betrokken partijen).

6.22. Ter onderbouwing van dit subonderdeel hebben NLKabel c.s. bij s.t. nog een beroep gedaan op het arrest HR 4 februari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB6923, NJ 1977, 425 (Lucifersfabrieken/Foreco), waarin de Hoge Raad in het kader van een vordering ter zake van wanprestatie overwoog dat de schadestaatprocedure 'er niet toe strekt om vast te stellen in hoeverre de schuldenaar in de nakoming van zijn verplichtingen is te kort geschoten'.

NLKabel c.s. zien hier over het hoofd dat het hof heeft vastgesteld dat de kabelexploitanten aansprakelijk zijn voor de schade die is voortgevloeid uit iedere inbreuk die de betrokken kabelexploitant door secundaire openbaarmaking/heruitzending in de periode tussen 1 september 1996 c.q. de (latere) data van aansluiting enerzijds, en 11 december 2006 anderzijds, heeft gepleegd op de naburige rechten van naburig rechthebbenden die hun rechten aan Norma hebben overgedragen. Dit kan moeilijk anders worden gelezen dan als een vaststelling van de grondslag van de aansprakelijkheid. Met het bestreden arrest in handen behoeft – zo meen ik – in de schadestaatprocedure niet nog eens te worden bekeken of de kabelexploitanten zich aan inbreuk schuldig hebben gemaakt, omdat zulks voor iedere 'categorie-A-inbreuk' geldt. Wat enkel nog openstaat is (i) hoeveel inbreuken er – (ii) door welke kabelexploitant, in (iii) het tijdvak dat deze via de kabel doorgegeven uitzendingen nog uit de ether opving, (iv) ten opzichte van welke bij Norma aangesloten uitvoerende kunstenaar(s), (v) in welke via die uit de ether opgevangen en via de kabel doorgegeven uitzendingen – precies zijn gepleegd; en

⁸⁴ Zie bijv. HR 25 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1071, NJ 2013, 69, Van Gorp/Vos Capelle). Een uitvoerige bespreking van dit onderwerp is bijv. te vinden in T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure* (2012).

⁸⁵ Tjong Tjin Tai, a.w (2012), p. 26, met verwijzing naar HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2676, NJ 2004, nr. 49 (Gorissen/ Antonissen), rov. 3.3.

(vi) wat de daaruit voortgevloede schade is. Voor de beantwoording dan deze vragen acht ik de schadestaatprocedure geschikt.⁸⁶

Het onderdeel treft dus geen doel.

6.23. Ik merk nog wel het volgende op. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van de in nr. 6.22 aangegeven punten binnen de schadestaatprocedure, die ik zie als een 'uitvoeringsfase' (vgl. hierboven nr. 6.8.14), hangen m.i. af van het oordeel dat na vernietiging op basis van middelonderdeel 2.1 door het verwijzingshof ten aanzien van de 'generale' kwestie gegeven zal worden (vgl. nr. 6.8.16). Slechts ten aanzien van punt (iii) meen ik nu al dat een redelijke bewijslastverdeling meebrengt dat het aan elk van de kabelexploitanten is om te stellen en zo nodig te bewijzen op welk tijdstip vóór 11 december 2006 deze van etherontvangst van via de kabel te distribueren programma's overstapte op aanlevering via 'Media Gateway'.

6.24. Ten slotte, wat dit middelonderdeel betreft: mocht het onderdeel op het punt van de verwijzing naar de schadestaatprocedure in de ogen van de Hoge Raad wél doel treffen, dan ligt bij vernietiging en verwijzing (ook) op dit punt voor de hand dat over één en ander wordt voortgeprocedeerd bij het hof waarnaar de zaak verwezen wordt.

7. Conclusie

Mijn conclusie strekt in het principale beroep tot verwerping, en in het incidentele beroep tot vernietiging en verwijzing.

De procureur-generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,



A-G i.b.d.

⁸⁶ Ik vind daartoe geen contra-indicaties in het in voetnoot 84 genoemde arrest van HR 25 januari 2013, en ook niet bij Tjong Tjin Tai, a.w. (2012), waarbij ik in het bijzonder acht geslagen heb op de nrs. 418 (p. 32-33), 423 (p. 38-41), 441 (p. 50-32) en 542 (p. 81-82). Ik herinner voorts aan het (mij) overtuigende en aansprekende pleidooi van mijn oud-ambtgenoot Huydecoper voor 'een ruime en zo min mogelijk formalistische toepassing van de regeling van de schadestaatprocedure' in punten 18-25 van zijn conclusie vóór HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0658, NJ 2008, 415 (Hofmans).