

Analyse en commentaar op arrest Gerechtshof Amsterdam van 13 november 2018 Ziggo e.a./Lira, ECLI:NL:GHAMS:2018:4101

Na lang wachten is het eindvonnis in hoger beroep in de zaak Lira-Ziggo en Rodap geweest. Zie ook:

<https://www.ie-forum.nl/artikelen/veroordeling-ziggo-tot-schadevergoeding-openbaart-filmwerken-zonder-toestemming-lira>

De zaak gaat in de kern over de vraag of Lira namens aangesloten schrijvers recht aanspraken heeft op kabelmaatschappijen UPC, Ziggo en Zeelandnet voor de periode van oktober 2012 tot en met 2014, toen deze maatschappijen stopten met het betalen van doorgiftevergoedingen aan Lira. Vanaf begin 2015 werd op grond van het zogenaamde PAM-Rodap-convenant weer betaald aan Lira (en aan Vevam en Norma). Op 1 juli 2015 is er een wettelijke grondslag gekomen voor collectieve aanspraken op een proportionele billijke vergoeding voor lineaire (primaire) kabelverspreiding ten behoeve van scenarioschrijvers, hoofdregisseurs en hoofdrolspelers in artikel 45 d lid 2 Aw. Het arrest komt er samengevat op neer dat in sommige gevallen schrijvers rechten hebben kunnen toevertrouwen aan Lira, zodat Lira in die gevallen een schadevergoeding kan vorderen voor kabeldoorgifte zonder haar toestemming. De schade zal nader moeten worden opgemaakt in een schadestaatprocedure.

Partijen hadden eerder van het Hof een tussenarrest gevraagd over hun belangrijkste juridische twistpunt, of het wettelijk vermoeden van artikel 45 d Aw van rechtenoverdracht aan de filmproducent ten aanzien van bijdragen van makers aan een filmwerk, voorgaat boven de rechtenoverdracht (bij voorbaat) aan Lira via het Lira-aansluitcontract. Vanwege deze fundamentele vraag had ook Rodap (vereniging van Nederlandse film- en televisieproducenten, publieke en commerciële omroepen en distributeurs) zich als partij in de zaak gevoegd. Het belang van het antwoord lag er in of de kabelmaatschappij doorgifrechten had kunnen verkrijgen via de producent zonder licentievergoedingen aan Lira te hoeven betalen. Deze vraag was prangender geworden doordat Lira in 2012 niet zonder meer kon terugvallen op het wettelijk collectief toestemmingsrecht van artikel 26a Aw voor secundaire openbaarmaking. Omdat kabelverspreiding van binnenlandse kanalen door technische veranderingen nog slechts een primaire openbaarmaking opleverde, was een strijd om de primaire "uitzendrechten" opgelaaid tussen enerzijds collectieve beheersorganisaties en anderzijds de gebruikers van rechten in de waardeketen, van producent en omroep tot aan distributeur. De dreiging van het verdwijnen van primaire exploitatierechten uit de keten richting diverse collectieve organisaties, en de juridische onzekerheid over deze situatie, was zelfs een belangrijke reden voor het ontstaan van Rodap.

Het hof bevestigt in deze uitspraak nogmaals dat het wettelijk rechtsvermoeden, dat zijn basis vindt in specifieke, internationale, auteursrechtelijke regelingen, voorgaat boven de contractuele rechtenoverdracht aan Lira en de algemeen vermogensrechtelijke regels uit het BW. Het Hof knoopt aan bij de conclusie van A.G. Verkade in de Norma/NLkabel-zaak van 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1093.¹ Volgens dit auteursrechtelijk stelsel dienen rechten geconcentreerd te zijn

¹ In de zaak bij de Hoge Raad werd bevestigd dat de levering bij voorbaat van naburige rechten aan Norma via aansluitcontracten niet geresulteerd had in een overdracht omdat de rechten te onbepaald waren, conform artikel 3:84 lid 2 BW. Zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 en *AMI* 2014-3 met daarbij vermelde schrijversbijdragen. Dit liet de vraag open over de mogelijke voorrang van een rechtenoverdracht bij voorbaat

bij de producent om de exploitatie van een voltooid filmwerk mogelijk te maken; zij het dat de maker schriftelijk jegens de producent altijd een afwijkende afspraak moet kunnen maken. Het hof concludeert dan ook dat Lira alleen vanwege inbreuk een schadevergoeding kan eisen in het geval zij rechten heeft overgedragen gekregen, die de maker ten aanzien van zijn bijdrage schriftelijk heeft voorbehouden jegens de producent. Het gaat bij een dergelijk voorbehoud volgens het Hof om een zogenaamd “Lira-beding”. Een vergelijkbare uitkomst kan worden aangenomen voor rechten die überhaupt niet onder het rechtsvermoeden van artikel 45 d Aw vallen, zoals post- en pre-existente werken (bijvoorbeeld een bestaand, verfilmd boek), bijdragen voor radio-uitzendingen en –jawel- hoorspelen, nasynchronisaties, ondertitelingen en cabarettteksten. Volgens het hof staat het schrijvers uitdrukkelijk vrij rechten aan Lira over te dragen voor collectief beheer indien die rechten niet zijn verleend aan de producent. In deze gevallen kunnen de distributeurs worden aangesproken vanwege het ontbreken van toestemming van Lira.

Eveneens werd bevestigd dat Lira geen rechten kan ontlenen aan artikel 26 a Aw (verplicht collectieve toestemming voor secundaire openbaarmaking) voor althans de meeste Nederlandse kanalen, die inmiddels direct door de omroep worden aangeleverd aan kabelmaatschappijen (de “directe injectie”). Deze technische handeling vormt op zich geen openbaarmaking of uitzending door de omroep. Dit betekent dat er slechts één primaire openbaarmaking plaats vindt, namelijk pas bij de verspreiding van werken naar de abonnees van de kabels. Pogingen van Lira om het hof prejudiciële vragen te laten stellen aan het HvJ EU, speciaal over de publieke NPO-kanalen, stranden. Het betoog van Lira was dat kabeldistributie van die kanalen toch was aan te merken als secundaire openbaarmaking of heruitzending omdat zij gelijktijdig –oftewel: parallel- door de omroep via de ether en satelliet vrij werden verspreid aan het publiek. Eerder was door het hof erkend dat deze kwestie op Europees niveau nog onbeslist was.² De Hoge Raad en A.G. Verkade hadden in de bovengenoemde Norma/NLkabel-zaak al de conclusie getrokken dat de parallelle *free to air* omroepuitzending in dit opzicht irrelevant was. Het ging om het signaal dat de kabelmaatschappij verspreidde, met daarin de opgenomen werken, en datzelfde signaal was nu eenmaal niet voorafgaand uitgezonden of openbaargemaakt door de omroep. In het eindarrest vaart het hof opeens een stuk zekerder op de koers van de Hoge Raad en de A.G, door te stellen dat uit de Europese rechtspraak duidelijk volgt dat de kabeldoorgifte van de NPO-kanalen geen secundaire openbaarmaking inhoudt.

De kabels verspreiden destijds (en kennelijk nog steeds) wel een pakket van voornamelijk buitenlandse kanalen via de “traditionele” secundaire openbaarmaking door het oppikken en gelijktijdig doorgeven van ether- of satellietsignalen. In deze gevallen kan Lira een beroep doen op artikel 26a Aw. Hierbij kan Lira eveneens gerechtigd zijn mede namens buitenlandse schrijvers te innen op grond van wederkerigheidscontracten met buitenlandse beheersorganisaties. Volgens het hof blijft artikel 45 d lid 2 Aw echter uitgangspunt. Een rechtenoverdracht aan de producent kan alleen worden doorkruist door een collectieve Lira-claim op basis van artikel 26 a Aw, als de maker de (secundaire) openbaarmakingsrechten heeft voorbehouden jegens de producent.

op contractuele basis, die wel voldoende bepaald was zoals bij Lira werd aangenomen, ten aanzien van het wettelijke vermoeden van overdracht in artikel 45 d Aw. De A.G. ging daar wel in op.

² In de aangehaalde SABAM-SBS-zaak, HvJ EU 19 november 2015, C-325/14, IER 2016-19, p. 146 m.nt. A. Verschuur, werd uitgegaan van de situatie dat de omroep zelf geen uitzendingen aan het publiek verzorgde, maar dat het publiek uitsluitend bestond uit abonnees van distributeurs, via kabel-, satelliet- of internetaansluitingen.

Zowel bij primaire openbaarmaking als bij secundaire openbaarmaking kan artikel 45 d Aw de rechtenbalans dus laten doorslaan naar de producent. Het staat pas vast dat Lira rechten heeft als in individuele gevallen bepaalde rechten zijn voorbehouden door scenarioschrijvers. Voor werken die niet onder artikel 45 d Aw vallen, zoals werken die zijn bestemd voor radio en reeds bestaande werken, is het voorbehoud uiteraard niet nodig om een wettelijk vermoeden van overdracht te doorbreken. Het komt dan neer op een beoordeling of het desbetreffende recht is verleend aan de producent, danwel op een beoordeling of een levering bij voorbaat aan Lira inderdaad –ook letterlijk in tijd- is voorgegaan op een mogelijk door een producent bij de maker (of zijn uitgever) bedongen overdracht of licentie, bijvoorbeeld om een boek te kunnen verfilmen en het resulterend filmwerk te kunnen doen uitzenden.

Het hof acht aannemelijk dat er pre-existente werken en dergelijke zijn en worden uitgezonden en dat deze rechten aan Lira zijn overgedragen. Ook volgt het hof de interpretatie van de rechter in eerste aanleg in deze zaak, via de Haviltex-formule, dat in de aansluitcontracten van Lira zowel de secundaire als primaire openbaarmaking zijn begrepen, welke rechten kunnen worden tegengeworpen aan de kabelmaatschappij bij het bestaan van een Lira-beding. Ook is aannemelijk dat Lira buitenlandse rechthebbenden kan vertegenwoordigen voor de verschillende genoemde rechten, via wederkerigheidscontracten met buitenlandse “Lira’s”, die rechten van hun aangesloten makers hebben kunnen verkregen. Wat betreft de pre-existente werken en dergelijke acht het hof een verbod of gebod echter niet passend, vanwege het ontbreken van de onderbouwing van concrete rechteninbreuken en de vermoedelijk beperkte omvang hiervan. Een verbod of gebod ten aanzien van de primaire openbaarmaking, op basis van het Lira-beding, was in deze zaak al afgewezen omdat deze mogelijke inbreuken het verleden betroffen en sinds 2015 weer toestemming en betaling zijn geregeld via het Rodap-PAM-convenant en artikel 45 d lid 2 Aw. Dit alles leidt tot de verwijzing naar de schadestaatprocedure, zodat de gegrondheid en omvang van schadevergoedingsvorderingen van Lira vanwege inbreuk kan worden vastgesteld.

Waar een eventuele vervolprocedure nu over gaat, is dat er per geval en per contract moet worden uitgezocht en aangetoond door Lira dat rechten aan haar zijn overgedragen. Daarbij ontstaat een schuifpuzzel van rechtenoverdrachten en rechtenvoorbehouden die al “Haviltexend” precies op elkaar moeten passen. Wat een “Lira-beding” inhoudt, is niet altijd zeker, omdat niet altijd duidelijk is dat een voorbehoud ten aanzien van de rechtenoverdracht aan de producent is bedoeld en wat de reikwijdte van rechten is. Voor de te volgen uitlegmethode is van belang dat een dergelijk beding wordt gesloten tussen maker en producent, maar dat de term “Lira-rechten” mede worden ingekleurd door de algemene aansluitcontracten tussen makers en Lira. Wat betreft deze (algemene) Lira-regelingen naar derden ligt een meer geobjectiveerde uitleg voor de hand, wat door de rechtbank in eerste aanleg is gevolgd. De inhoud van de aansluitvoorwaarden, de kenbare doelstelling van Lira, de toenmalige inningspraktijk en stand van de uitzendtechniek kunnen zulke relevante omstandigheden zijn. In de relatie tussen maker en producent zullen echter de meer subjectieve bedoelingen van partijen, blijkend uit alle verklaringen en gedragingen en verdere omstandigheden, en de daarop gebaseerde redelijke wederzijdse verwachtingen omtrent het afgesprokene een grotere rol kunnen spelen. Het is hierbij de vraag of betrokken makers en (kleinere) producenten altijd de reikwijdte overzien van hun afspraken door de zeer gecompliceerde materie.

Hierbij speelt dat sinds begin 2015 in ieder geval voor scenarioschrijvers een rechtenoverdracht aan Lira gedeeltelijk is teruggedraaid. Toen stond immers vast dat Rodap-partijen een proportionele billijke vergoeding gingen betalen voor –kortweg- lineaire doorgifte en gratis catch up-diensten van 40 zogenaamde Rodap-zenders (waaronder NPO, RTL en SBS) mits de rechten daarvoor weer bij de producent berustten. Na de introductie van artikel 45 d lid 2 Aw in juli 2015 is deze overdracht aan de producent basis voor dergelijke vergoedingsafspraken voor lineaire doorgifte. Hier ontstaat de spiegelbeeldige situatie dat beoogd wordt precies die rechten (terug) over te dragen, die moeten “passen” binnen de omschrijving van rechten uit het RODAP-convenant en artikel 45 d lid 2 Aw.

Tot slot is opmerkelijk dat het hof lijkt terug te komen op de eerdere handreiking aan makers dat wellicht van Rodap-producenten in een schikkingsonderhandeling compensatie is te krijgen voor het wegvallen van de kabelvergoedingen in 2012, ondanks dat Lira of de maker geen rechten hebben kunnen aantonen. Het hof verwees hiervoor onder meer naar de onvervreemdbare aanspraak van een maker op een billijke vergoeding voor exploitatie, indien hij via een wettelijk rechtsvermoeden zijn exploitatierechten “kwijtraakt” aan een producent, gebaseerd op de Berner Conventie en het Luksan-arrest van het HvJ EU (dat over aanspraken van een regisseur op wettelijke thuiskopievergoedingen ging). Het hof gaat er daarbij vanuit dat het Norma/NLKabel-arrest een vermindering van vergoedingen voor makers opleverde, terwijl de kabeldoorgifte feitelijk wel doorging. Het Hof geeft nu aan dat zij in het tussenarrest uitdrukkelijk in het kader van een (inmiddels voorbij) schikkingscomparitie de deur op een kier had opengezet. De deur lijkt verder dichtgegaan. Er kan mogelijk een aanspraak jegens de kabel of Rodap(-producenten) ontstaan indien het ontzeggen daarvan in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Lira heeft volgens het hof echter geen (nieuwe) omstandigheden aangevoerd of het debat met producenten hierover ten volle gevoerd waardoor die claim kon worden onderbouwd, overigens met de kanttekening dat het logisch is dat Lira de blik vooral richtte op de verdiensten die voornamelijk door kabelmaatschappijen worden behaald. Hierbij komt toch de vraag op welke contractsverhouding of vermogensrechtelijke rechtsverhouding van Lira precies onderworpen is aan de werking van de redelijkheid en billijkheid, waaruit, gegeven de bijzondere omstandigheden, een niet te weigeren extra kabelvergoeding zou voortvloeien.³ In zijn conclusie in de Norma/NLKabel-zaak heeft A.G. Verkade het in dit kader over een sneuheidsargument, wat volgens hem begrijpelijk is, maar juridisch geen hout snijdt.⁴

Het belang van deze uitspraak lijkt mij vooral dat veel fundamentele vragen over artikelen 45 d Aw en 26a Aw (nogmaals) zijn beantwoord. Uiteraard is de erkenning van rechten op schadevergoeding een opsteker voor Lira. Dit past in de voortdurende lobby die wordt gevoerd om de positie van alle makers voor het voetlicht te brengen. Enige nuchterheid past hier volgens mij. Het hof gaat er al voorzichtig van uit dat de te vorderen schadevergoedingen beperkt zijn. In een schadestaat-procedure moet dat uiteindelijk blijken, waarbij de rechtenverdeling per werk en per contract zal moeten worden aangetoond, in principe door Lira, wat een moeizaam juridisch traject zal zijn. De kans is bovendien dat Lira op basis van haar wettelijk mandaat voor de traditionele secundaire

³ Zie over het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III 2014/10, p. 371 e.v.

⁴ Zie zijn conclusie van 20 september 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1093, randnummers 5.34.3 – 5.34.5. Verkade zegt eigenlijk dat waar makers in de jaren '80 een meevaller hadden door de wijze van (secundaire) kabelverspreiding van een oorspronkelijk omroepsignaal, nu door een verandering van techniek (directe injectie) dat voordeel weer kwijt zijn. Bovendien stelt hij dat het collectief kunnen uitoefenen van aanspraken van makers geen zelfstandig belang is van een rechtenorganisatie.

openbaarmaking deze exercitie vooral gaat uitvoeren met betrekking tot contracten van buitenlandse schrijvers en hun opdrachtgevers. Voor een belangrijk deel is deze zaak letterlijk een achterhoedegevecht over het verleden naar aanleiding van veranderingen in uitzendtechniek en de daaruit ontstane juridische twisten en stellingnames. De grootste stap voorwaarts lijkt toch te zijn gezet door het vanaf 2015 hervatten van de betaling van doorgiftevergoedingen en de eveneens gemaakte afspraken met Rodap over afdrachten van inkomsten uit betaalde VOD-exploitaties.

Alfredo dos Santos Gil is jurist bij de NPO. NPO is lid van Rodap. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.