

ECLI:NL:HR:2014:735

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	28-03-2014
Datum publicatie	28-03-2014
Zaaknummer	12/03490
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2013:1093 , Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1078 , (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Naburige rechten. Art. 14a Wet Naburige Rechten (WNR). Heruitzenden door kabelexploitanten? Veronderstelt ‘doorgifte via de kabel’ een eerdere ‘mededeling aan het publiek’? Art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn (Richtlijn 93/83/EEG). HvJEU 7 maart 2013, zaak C-607/11 (ITV/TVCatchup), ECLI:NL:XX:2013:BZ4617. Valt aanlevering van programmadragende signalen door omroepen aan kabelexploitanten aan te merken als ‘mededeling aan het publiek’? Begrip ‘mededeling aan het publiek’ in Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG), SatKabRichtlijn en in Verhuurrichtlijn (Richtlijn 2006/115/EG). Overdracht van naburige rechten. Art. 3:84 lid 2 BW. Bepaaldheidseis. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, NJ 2002/610. Verhouding tussen hoofdprocedure en schadestaatprocedure. HR 25 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1071, NJ 2013/69. Vordering van collectieve beheersorganisatie, bedoeld in art. 14a WNR. Dient in hoofdprocedure exact te worden vastgesteld welke inbreuken hebben plaatsgevonden? Art. 45d Auteurswet en art. 4 WNR. Art. 14bis lid 2, onder b, Berner Conventie. Art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn. Wettelijk vermoeden van overdracht door uitvoerende kunstenaar aan producent (art. 45d Aw). Doorkruising van in art. 9 SatKabRichtlijn neergelegde systeem van collectieve belangenbehartiging? HvJEU 1 juni 2006, zaak C-169/05 (Uradex). HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10 (Luksan), ECLI:NL:XX:2012:BV6223, NJ 2013/196. Hoge Raad doet zelf zaak af.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2014/730 RvdW 2014/520 NJ 2015/365 met annotatie van P.B. Hugenholtz

Uitspraak

28 maart 2014

Eerste Kamer

nr. 12/03490

EV/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DE STICHTING NABURIGE RECHTEN ORGANISATIE VOOR MUSICI EN AUTEURS (NORMA),
gevestigd te Amsterdam,
EISERES tot cassatie, verweester in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. K.T.B. Salomons,

t e g e n

1. De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid VERENIGING NLKABEL,
gevestigd te Den Haag,
2. ZIGGO B.V.,
gevestigd te Groningen,
3. DELTA COMFORT B.V.,
gevestigd te Middelburg,
4. UPC NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. A.M. van Aerde.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Norma en NLKabel c.s.

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- a. de vonnissen in de zaak 271796/HA ZA 06-2844 van de rechtbank 's-Gravenhage van 7 maart 2007 en 28 januari 2009;
- b. het arrest in de zaak 200.036.425/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 10 april 2012, hersteld bij arrest van 12 juni 2012.

Het arrest van het hof en het herstelarrest zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Norma beroep in cassatie ingesteld. NLKabel c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor Norma toegelicht door mrs. Chr.A. Alberdingk Thijm, C.B. Schutte en D.M. Linders, advocaten te Amsterdam, en voor NLKabel c.s. door haar advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal in buitengewone dienst D.W.F. Verkade strekt in het principale beroep tot verwerping, en in het incidentele beroep tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van Norma heeft bij brief van 18 oktober 2013 op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) De kabel is op dit moment het meest voorkomende transportmedium voor radio- en televisieprogramma's (hierna: RTV-programma's). NLKabel is een branchevereniging van kabelexploitanten. Ziggo B.V., Delta Comfort B.V. en UPC Nederland B.V. zijn kabelexploitanten.
- (ii) In de jaren zeventig is de kabel in Nederland opgekomen als distributiekanaal voor RTV-programma's. Aanvankelijk gebeurde dat doordat kabelexploitanten door omroepen in de ether uitgezonden en voor het publiek toegankelijke RTV-programma's opvingen om deze verder te verspreiden.
- (iii) Sinds 11 december 2006 (hierna: de 'switch off') worden RTV-programma's onder meer door de omroepen 'klaargezet' in de 'Media Gateway' in Hilversum. Aldaar worden zij door de kabelexploitanten 'opgehaald' en vervolgens op de kabel gezet ter distributie naar het publiek.
- (iv) Norma stelt zich ingevolge haar statuten ten doel het behartigen van de belangen van uitvoerende kunstenaars ter zake van de uitoefening en handhaving van hun naburige rechten. Bijna alle professionele Nederlandse uitvoerende kunstenaars zijn bij Norma aangesloten.

3.2.1 Norma vordert in dit geding verklaringen voor recht (a) dat zij het recht heeft om Nederlandse kabelmaatschappijen iedere vorm van openbaarmaking, waaronder doorgifte via de kabel, van uitvoeringen van houders van naburige rechten toe te staan of te verbieden, (b) dat zij op grond van art. 14a Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) belast is met het beheer van de rechten van houders van naburige rechten, en (c) dat zij rechthebbende is ten aanzien van uitvoeringen van bij haar aangesloten uitvoerende kunstenaars op grond van met hen gesloten exploitatieovereenkomsten, althans voor zover de naburige rechten aan haar zijn overgedragen voordat een eventuele overdracht op grond van art. 4 WNR in verbinding met art. 45d Auteurswet (hierna: Aw) plaatsvond. Voorts vordert zij onder meer (d) veroordeling van NLKabel c.s. tot schadevergoeding, op te maken bij staat.

3.2.2 NLKabel c.s. hebben de vorderingen van Norma, voor zover in cassatie van belang, op diverse gronden betwist.

Primair betogen zij dat de voor doorgifte door de kabelexploitanten benodigde toestemming van de naburig rechthebbenden als regel reeds is verkregen omdat zij een 'schoon' product van de omroepen ontvangen.

De omroeporganisaties (voor zover niet zelf producenten van de programma's) hebben immers de benodigde toestemming mede ten behoeve van de kabelexploitanten verkregen van de producenten van die programma's, terwijl de producenten op hun beurt naburig rechthebbenden zijn (geworden), hetzij krachtens individuele overdracht van de desbetreffende naburige rechten door de betrokken uitvoerende kunstenaars, hetzij krachtens de wettelijk veronderstelde overdracht van die rechten op grond van art. 4 WNR in verbinding met art. 45d Aw. Omdat de uitvoerende kunstenaars hun rechten aldus al aan de producenten hadden overgedragen, kan Norma die rechten niet meer ingevolge art. 14a WNR uitoefenen.

Subsidiair hebben NLKabel c.s. aangevoerd (a) dat de wijze van verspreiden van RTV-programma's via de kabel niet is aan te merken als 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR. Voor zover de vorderingen van Norma zijn gegrond op de stelling dat de uitvoerende kunstenaars hun naburige rechten krachtens exploitatieovereenkomsten aan haar hebben overgedragen, stellen zij (b) dat art. 3:84 lid 2 BW in de weg staat aan de overdracht van alle toekomstige rechten van de uitvoerende kunstenaar.

Het primaire verweer van NLKabel c.s. komt (hierna in 5.4.1–5.4.12) aan de orde bij de beoordeling van het middel in het incidentele beroep. Het subsidiaire verweer komt aan de orde bij de beoordeling van het middel in het principale beroep; het verweer onder (a) hierna in 4.1.1–4.3 en het verweer onder (b) hierna in 4.4.1–4.5.2.

3.2.3 De rechtbank heeft de juistheid van het primaire verweer van NLKabel c.s. in het midden gelaten, het subsidiaire verweer onder (a) gehonoreerd en de vorderingen van Norma afgewezen.

3.3.1 Het hof heeft, evenals de rechtbank, de juistheid van het primaire verweer in het midden gelaten (rov. 5.11 slot). Het heeft de subsidiaire verweren onder (a) en (b) aanvaard en op die grond de vorderingen van Norma grotendeels afgewezen; het heeft de vordering alleen met betrekking tot de hierna in 3.3.4 te vermelden 'categorie A-inbreuken' toegewezen. Het hof heeft daartoe, kort weergegeven, als volgt overwogen.

3.3.2 In rov. 4.1–4.17 heeft het hof de vorderingen van Norma beoordeeld voor zover gebaseerd op art. 14a WNR.

In dat verband heeft Norma gesteld dat de doorgifte van RTV-programma's door de kabelexploitanten aan te merken is als 'heruitzenden' in de zin van genoemde bepaling, omdat de omroepen bij het aanleveren van de programmadragende signalen aan de kabelexploitanten een (primaire) openbaarmakingshandeling verrichten, althans (indien geen sprake is van een openbaarmakingshandeling door de omroepen) omdat voor 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR niet vereist is dat er een (primaire) openbaarmakingshandeling aan vooraf gaat.

Naar het oordeel van het hof zijn de programmadragende signalen die de omroepen in de huidige situatie (na 11 december 2006) via de Media Gateway te Hilversum aan de kabelexploitanten aanleveren, niet toegankelijk voor het publiek. Het publiek kan die toegang pas krijgen na doorgifte van die signalen via de kabel. (rov. 4.2–4.3)

Voor auteurs is het recht van mededeling aan het publiek neergelegd in art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Pb. L 167/10). Van een mededeling aan het publiek is sprake wanneer het werk op zodanige wijze aan het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor leden van dit publiek toegankelijk is, waarbij onder 'publiek' moet worden verstaan een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers. Aangezien de bij de Media Gateway aangesloten partijen niet een 'onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers' vormen, kunnen de aanleveringshandelingen van de omroepen niet worden gekwalificeerd als openbaarmakingen of mededelingen aan het publiek in auteursrechtelijke zin. Voor naburig rechthebbenden is het recht op mededeling aan het publiek geharmoniseerd in art. 8 lid 1 van de Verhuurlijn (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, PbEU L. 376/28).

De voorgaande overwegingen over mededelingen aan het publiek in auteursrechtelijke zin zijn gelijkelijk van toepassing op naburige rechten. De omroepen verrichten bij het aanleveren aan de kabelexploitanten daarom geen (primaire) openbaarmaking, ook niet in de zin van de WNR. (rov. 4.4–4.6)

Het begrip 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR moet worden uitgelegd in overeenstemming met het begrip 'doorgifte via de kabel' in art. 1 lid 3 en art. 9 van de SatKabRichtlijn (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). Met dat begrip wordt, anders dan Norma heeft betoogd, bedoeld op een secundaire openbaarmaking waaraan een (primaire) openbaarmaking is voorafgegaan. (rov. 4.7–4.13)

Omdat de omroepen in de huidige situatie niet openbaar maken, kan het handelen van de kabelexploitanten niet als secundaire openbaarmaking worden betiteld. Daarom moet worden geoordeeld dat de kabelexploitanten niet 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR, zodat Norma zich niet met vrucht op dit artikel kan beroepen. (rov. 4.14)

3.3.3 Vervolgens heeft het hof in rov. 5.1–5.12 de vorderingen van Norma op grond van de exploitatieovereenkomsten beoordeeld.

Volgens Norma hebben de bij haar aangesloten uitvoerende kunstenaars krachtens exploitatieovereenkomsten uit 2005, 2006 en 2010 al hun naburige rechten op hun gehele repertoire bij voorbaat aan Norma overgedragen. Tegenover het verweer van NLKabel c.s. dat in de

exploitatieovereenkomsten niet is voldaan aan de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW, heeft Norma aangevoerd dat juist bij algehele overdracht, waarbij niets bij de vervreemder blijft, is voldaan aan dit vereiste (rov. 5.3).

De maatstaf om vast te stellen of is voldaan aan het vereiste dat het over te dragen goed met voldoende bepaaldheid is omschreven, is of de leveringsakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welk goed het gaat. Uit deze maatstaf volgt dat voor een rechtsgeldige levering van alle bestaande en toekomstige naburige rechten tenminste is vereist dat, eventueel achteraf, alle naburige rechten van de bij Norma aangesloten naburig rechthebbenden kunnen worden geïdentificeerd. (rov. 5.5)

Reeds omdat naburige rechten van rechtswege komen te rusten op alle uitvoeringen van een uitvoerende kunstenaar, ook als die in de vrienden- of familiekring plaatsvinden, kan niet worden volgehouden dat het gehele repertoire waarop een uitvoerende kunstenaar naburige rechten verkrijgt (achteraf) kan worden geïdentificeerd. De in de exploitatieovereenkomsten gebezigde omschrijving is daarom onvoldoende bepaald. (rov. 5.6)

Het onbepaaldheidsverweer van NLKabel c.s. treft dus doel (rov. 5.10).

3.3.4 In rov. 6.1–6.9 heeft het hof de vordering tot schadevergoeding beoordeeld. Het gaat daarbij, nu geen overdracht heeft plaatsgevonden, uitsluitend om schadevergoeding die Norma voor of namens de rechthebbenden vordert wegens inbreuk op de aan hen toekomende naburige rechten (rov. 6.4). De wijziging in de aanlevering van programmahoudende signalen met ingang van 11 december 2006 brengt mee dat vanaf die datum door de kabelexploatanten niet secundair is openbaar gemaakt (rov. 6.2). Voor de periode vanaf 11 december 2006 is de vordering tot schadevergoeding daarom niet toewijsbaar (rov. 6.5).

Voor de periode tussen 1 september 1996 (de datum van inwerkingtreding van art. 14a WNR) en de 'switch-off' op 11 december 2006 is genoegzaam aannemelijk geworden dat de kabelexploatanten wel secundaire openbaarmakingen hebben verricht en dat in die periode dus sprake was van 'heruitzenden' in de zin van art. 14a WNR (rov. 6.2). Voor die periode komt Norma slechts een schadevordering voor of namens de rechthebbenden toe voor zover op haar de verplichting rust om de uit dien hoofde te ontvangen gelden aan de rechthebbenden af te dragen, omdat zij anders ongerechtvaardigd zou (kunnen) worden verrijkt (rov. 6.6). Aangezien Norma op grond van de exploitatieovereenkomsten verplicht is om de door haar ontvangen gelden aan de deelgerechtigde uitvoerende kunstenaar uit te betalen, is de schadevordering toewijsbaar voor zover deze betrekking heeft op de schade die is geleden door de naburig rechthebbenden die zijn aangesloten bij de exploitatieovereenkomsten van 15 september 2005 en 24 mei 2006. Deze schade is een gevolg van inbreuken die de kabelexploatanten door heruitzending in de periode tussen de data van aansluiting en 11 december 2006 hebben gepleegd op de naburige rechten van die rechthebbenden (hierna: categorie A-inbreuken). (rov. 6.7)

De schadevordering van Norma op grond van inbreuken op naburige rechten van rechthebbenden die voor 11 december 2006 geen exploitatieovereenkomsten met Norma hebben gesloten en op grond van inbreuken die hebben plaatsgevonden voordat zulke overeenkomsten zijn gesloten (hierna: categorie B-inbreuken), is niet toewijsbaar (rov. 6.8).

3.3.5 Op grond van het voorgaande heeft het hof, in zoverre met vernietiging van het vonnis van de rechtbank, NLKabel c.s. veroordeeld tot vergoeding aan Norma van de schade als gevolg van de categorie A-inbreuken, op te maken bij staat, en het vonnis voor het overige bekrachtigd.

4 Beoordeling van de middelen in het principale beroep

'Heruitzenden' en 'doorgifte via de kabel'

4.1.1 Onderdeel IA is gericht tegen rov. 4.7–4.13 en klaagt met name dat deze overwegingen berusten op een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'heruitzenden' in art. 14a WNR. Volgens het onderdeel

oordeelt het hof ten onrechte dat van 'heruitzenden' alleen sprake kan zijn als met de aanlevering van de signalen aan de kabel door de omroepen een 'primaire openbaarmaking' plaatsvindt.

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

4.1.3 Onder 'doorgifte via de kabel' verstaat art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn "de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere Lid-Staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn." Deze formulering wijst erop dat 'doorgifte via de kabel' een eerdere openbaarmakingshandeling ('eerste uitzending') veronderstelt. Dit blijkt ook uit de Franse, Duitse en Engelse taalversies van de SatKabRichtlijn, waarin 'eerste uitzending' en 'doorgifte' zijn weergegeven als '*transmission initiale*' en '*retransmission par câble*', '*Erstsendung*' en '*Kabelweiterverbreitung*', respectievelijk '*initial transmission*' en '*cable retransmission*'.

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

Deze uitleg stemt voorts overeen met de punten 20 en 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn. Blijkens punt 20 bestaat samenhang tussen de Auteursrechtlijn en (onder andere) de SatKabRichtlijn. Daarom komt bij de uitleg van de begrippen 'doorgifte via de kabel' en 'eerste uitzending' ook gewicht toe aan de Engelse en Franse taalversies van deze considerans, alwaar in punt 23 wordt gesproken van '*transmission*' en van '*retransmission*'. In dit verband is mede van belang dat het HvJEU in zijn arrest van 7 maart 2013, zaak C-607/11 (*ITV/TVCatchup*), ECLI:NL:XX:2013:BZ4617, heeft geoordeeld (in punt 23) dat uit punt 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn 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; (in punt 24) 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; en (in punt 25) dat deze vaststellingen worden bevestigd door de art. 2 en 8 van de SatKabRichtlijn, 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 hieruit volgt dat het begrip 'doorgifte via de kabel' een eerdere 'mededeling aan het publiek' veronderstelt.

Het hof heeft daarom terecht geoordeeld dat aan 'doorgifte via de kabel' (en daarmee aan 'heruitzenden') een primaire openbaarmaking voorafgaat. De hiervoor in 4.1.1 weergegeven klacht van onderdeel IA faalt.

'Openbaarmaking' en 'mededeling aan het publiek'

4.2.1 Onderdeel IB bevat klachten die zijn gericht tegen rov. 4.2-4.6. Volgens het onderdeel sluit het enkele feit dat programmadragende signalen gecodeerd aan de kabelexploitanten worden verstrekt en dat alleen de kabelexploitanten en niet 'het algemene publiek' de decodeersleutels ontvangen, niet uit dat toch sprake kan zijn van een 'openbaarmaking' door de omroepen van uitvoeringen waarop naburige rechten rusten. Bovendien legt het hof het begrip 'publiek' te eng uit en miskent het dat de partijen die zijn aangesloten op de Media Gateway een onbepaald aantal gebruikers vormen, zodat geen sprake is

van een beperkte kring. Het hof miskent dat het begrip 'publiek' niet geharmoniseerd is voor de naburige rechten en dat de auteursrechtelijke toets niet (zonder meer) van toepassing is op de vraag of de aanlevering door de omroepen aan de kabelexploitanten een nabuurrechtelijk relevante handeling is. Onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd is daarom het oordeel dat de aanlevering van programma's door de omroepen via de Media Gateway geen (primaire) openbaarmaking is, aldus nog steeds het onderdeel.

4.2.2 Blijkens art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn wordt onder 'doorgifte via de kabel' verstaan "de doorgifte (...) aan het publiek, van een eerste uitzending (...) van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn". Indien derhalve geen sprake is (geweest) van een eerste uitzending die voor ontvangst door het publiek bestemd is, kan niet van een doorgifte via de kabel gesproken worden. Daarom heeft het hof terecht onderzocht of de aanlevering van programma's door de omroepen aan de Media Gateway aangemerkt kan worden als een 'mededeling aan het publiek' zoals dat begrip door het HvJEU is uitgelegd.

Anders dan in het onderdeel wordt betoogd, is het begrip 'publiek' ook voor de naburige rechten geharmoniseerd. In geval van een mededeling aan het publiek kunnen uiteenlopende auteurs- en nabuurrechtelijke rechten in het geding zijn; deze rechten worden gereguleerd door de Auteursrechtlijn, de SatKabRichtlijn en de Verhuurrichtlijn. Het begrip '(mededeling aan) het publiek' wordt in al deze richtlijnen gebruikt, terwijl deze richtlijnen nauw met elkaar samenhangen. Daarom moet worden aangenomen dat het begrip '(mededeling aan) het publiek' in deze richtlijnen telkens eenzelfde betekenis heeft, ongeacht of het om auteursrechten dan wel om naburige rechten gaat.

Het HvJEU heeft zowel met betrekking tot art. 1 lid 2, onder a, SatKabRichtlijn (zie punt 31 van HvJEU 14 juli 2005, zaak C-192/04 (*Lagardère*), ECLI:NL:XX:2005:AY7996, NJ 2006/467), als met betrekking tot art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn (zie punt 37 van HvJEU 7 december 2006, zaak C-306/05 (*Rafael Hoteles*), de punten 31-32 van het hiervoor in 4.1.3 genoemde arrest *ITV/TVCatchup*, alsmede punt 27 van HvJEU 27 februari 2014, zaak C-351/12 (*OSA/Léčebné lázně*)), overwogen dat het begrip 'publiek' in de zin van deze bepalingen ziet op een onbepaald aantal potentiële kijkers en overigens een vrij groot aantal personen impliceert. In het licht van de samenhang tussen de hierboven genoemde richtlijnen en bepalingen, moet het begrip 'publiek' als bedoeld in art. 8 lid 1 Verhuurrichtlijn en in het in de onderhavige zaak centraal staande art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn, in dezelfde zin worden verstaan.

4.2.3 Het hof heeft in rov. 4.3 vastgesteld dat de aanlevering door de omroepen van programmadragende signalen via de Media Gateway plaatsvindt door middel van een niet voor het algemene publiek toegankelijke één-op-één-verbinding tussen de omroepen en de kabelexploitanten, dat de aanlevering via satelliet en kabelkopstation in gecodeerde, voor het algemene publiek niet toegankelijke vorm plaatsvindt, en dat het ook bij aanlevering via glasvezelinternet om een rechtstreekse (één-op-één-)verbinding gaat. Het hof heeft daaruit geconcludeerd dat de 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, en dat het publiek die toegang pas kan krijgen na doorgifte van die signalen via de kabel. Deze vaststellingen zijn in cassatie op zichzelf niet bestreden.

Door op grond van deze vaststellingen te oordelen dat de aanlevering van programmadragende signalen door de omroepen aan de kabelexploitanten niet als 'mededeling aan het publiek' valt aan te merken, heeft het hof, gelet op hetgeen hiervoor in 4.2.2 is overwogen, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en heeft het zijn oordeel genoegzaam gemotiveerd. Daaraan doet niet af dat de omroepen een exploitatiehandeling verrichten en profijt trekken van het aanleveren van de programma's, noch dat het aantal kabelexploitanten dat toegang heeft tot de Media Gateway in theorie eindeloos kan variëren. Hieruit volgt immers niet dat reeds met de aanlevering van programmadragende signalen aan de kabelexploitanten een onbepaald aantal potentiële kijkers en overigens een vrij groot aantal personen wordt bereikt.

4.2.4 Evenmin is onjuist dat het hof geen betekenis heeft toegekend aan het 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. Voor het antwoord op de vraag of de wijze van aanlevering van programmadragende signalen aan de kabelexploitanten valt aan te merken als een

primaire openbaarmaking, is immers beslissend of de omroepen in hun verhouding tot de kabelexploitanten een primaire openbaarmaking verrichten. Daarom is niet relevant of de omroepen wel langs andere weg openbaarmakingshandelingen verrichten.

4.2.5 Uit het vorenstaande volgt dat onderdeel IB faalt.

4.3 Met onderdeel IC betoogt Norma dat het hof ten onrechte aan haar beroep op het *Airfield*-arrest (HvJEU 13 oktober 2011, zaak C-431/09) is voorbijgegaan. Volgens het onderdeel verrichten de kabelexploitanten in de huidige situatie een interventie in de mededeling van de omroepen, waarmee zij – zoals aan de orde was in het *Airfield*-arrest – beschermde werken en uitvoeringen toegankelijk maken voor een publiek dat ruimer is dan het publiek dat de (oorspronkelijk) rechthebbenden voor ogen hadden toen zij hun initiële toestemming gaven voor het gebruik daarvan, zodat de kabelexploitanten daarvoor apart toestemming van de rechthebbenden nodig hebben.

Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers, in cassatie tevergeefs bestreden, geoordeeld dat de omroepen met de aanlevering van programmadragende signalen aan de kabelexploitanten (in het geheel) geen openbaarmakingshandeling verrichten. Daarom kan niet gezegd worden dat de kabelexploitanten een interventie verrichten waardoor een 'mededeling' van de omroepen toegankelijk wordt gemaakt voor een 'ruimer' publiek dan waarop de initiële toestemming van de rechthebbenden betrekking had.

Overdracht van naburige rechten aan Norma?

4.4.1 Onderdeel IIB komt op tegen het oordeel van het hof over het hiervoor in 3.2.2 weergegeven verweer onder (b) van NLKabel c.s. Het hof heeft hieromtrent in rov. 5.5 geoordeeld dat voor een rechtsgeldige levering van alle bestaande en toekomstige naburige rechten tenminste vereist is dat, eventueel achteraf, 'alle' naburige rechten die de desbetreffende kunstenaar heeft verkregen, kunnen worden geïdentificeerd. Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee een aanvullend vereiste in de bepaalbaarheidseis van art. 3:84 lid 2 BW geïntroduceerd.

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

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

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

een voorbeeld (uitvoeringen in familie- of vriendenkring) dat niet door partijen ter sprake was gebracht. Het stond het hof vrij zijn rechtsoordeel in rov. 5.6, dat naburige rechten van rechtswege komen te rusten op alle uitvoeringen die door uitvoerende kunstenaars worden verricht, met een voorbeeld te illustreren.

- 4.6 Ook de overige klachten van het principale beroep kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

- 5.1 Het hof heeft de vordering van Norma met betrekking tot de zogenoemde categorie A-inbreuken (zie hiervoor in 3.3.4) toegewezen geacht. Het hof heeft aannemelijk geoordeeld dat de rechthebbenden schade hebben geleden doordat in de periode van 1 september 2006 tot 11 december 2006, in welke periode ook nog signalen via de ether werden verstuurd, inbreuk op hun rechten is gemaakt door secundaire openbaarmaking (heruitzenden) door de kabelexploitanten. Het overwoog voorts dat Norma ingevolge de exploitatieovereenkomsten van 15 september 2005 en 24 mei 2006 gehouden is de door haar te ontvangen gelden wegens inbreuken op de naburige rechten van bij haar aangesloten rechthebbenden, aan de deelgerechtigde uitvoerende kunstenaars uit te betalen. (rov. 6.2 en 6.7)
- Het incidentele beroep van NLKabel c.s. komt op tegen de toewijzing van deze vordering van Norma.

Processuele klachten

- 5.2 Volgens onderdeel 1.1 getuigt het oordeel van het hof in rov. 6.2 en 6.7 van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de vraag of voor 11 december 2006 sprake was van heruitzenden in de zin van art. 14a WNR.

Het onderdeel faalt. Uit rov. 6.2 blijkt dat het hof de stelling van Norma aannemelijk heeft geacht, voor zover betrekking hebbend op de vraag of vóór 11 december 2006 sprake is geweest van heruitzenden in de zin van art. 14a WNR. Het hof heeft zijn oordeel mede gebaseerd op de stellingen van NLKabel c.s. waarmee volgens het hof slechts voor de periode na de 'switch-off' op 11 december 2006 (en dus niet voor de periode voordien) voldoende werd betwist dat kabelexploitanten signalen uit de ether haalden en deze ongewijzigd, onverkort en gelijktijdig via de kabel aan hun abonnees doorgaven. Aldus heeft het hof geen blijk gegeven van miskenning van art. 150 Rv.

- 5.3.1 Volgens onderdeel 1.2 zijn rov. 6.2 en 6.7 onvoldoende gemotiveerd in het licht van de door NLKabel c.s. aangevoerde verweren. NLKabel c.s. hebben onder andere betoogd dat de overgang van de wijze van aanlevering van programmadragende signalen een langer durend proces is geweest in de periode tussen september 2001 (toen de Media Gateway werd opgericht) en 11 december 2006, en dat in die periode verschillende zenders en verschillende kabelbedrijven op verschillende tijdstippen zijn overgeschakeld naar aanlevering via de Media Gateway. Gelet op het partijdebat heeft het hof daarom onvoldoende gemotiveerd dat de kabelexploitanten tussen 15 september 2005 en 11 december 2006 een publiek toegankelijk signaal hebben opgevangen en doorgegeven en dat dit heruitzenden betrekking had op uitvoeringen van uitvoerende kunstenaars die zich bij Norma hadden aangesloten, aldus het onderdeel.

In samenhang hiermee klaagt onderdeel 1.3 dat een schadestaatprocedure niet ertoe strekt om de grondslag van de aansprakelijkheid vast te stellen, en dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat pas in de schadestaatprocedure behoeft te worden vastgesteld welke kabelexploitanten door middel van welke heruitzendingen inbreuk hebben gemaakt op welke of wiens naburige rechten.

- 5.3.2 De onderdelen nemen terecht tot uitgangspunt dat de hoofdprocedure ertoe dient om de grondslag van de verplichting tot schadevergoeding vast te stellen (HR 25 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1071, NJ 2013/69). Het hof heeft dat evenwel niet miskend.

Het gaat in deze procedure om een vordering van Norma in haar hoedanigheid van collectieve beheersorganisatie als bedoeld in art. 14a lid 1 WNR. Ingevolge de leden 2 en 3 van art. 14a WNR

behartigt Norma de belangen van de naburig rechthebbenden. In rov. 6.7 ligt als oordeel van het hof besloten dat de exploitatieovereenkomsten die uitvoerende kunstenaars met Norma hebben gesloten, mede de bevoegdheid (en verplichting) voor Norma meebrengen ten behoeve van alle bij haar aangesloten uitvoerende kunstenaars schadevergoeding te vorderen ter zake van inbreuken op het recht toestemming te geven voor heruitzenden als bedoeld in lid 1; dat oordeel is in cassatie niet bestreden.

Het hof heeft in rov. 6.2 vastgesteld dat op grond van de wederzijdse stellingen van partijen moet worden aangenomen dat NLKabel c.s. in de periode tussen 1 september 1996 en 11 december 2006 secundaire openbaarmakingen hebben verricht en derhalve hebben 'heruitgezonden' in de zin van art. 14a WNR. Ten processe staat voorts vast dat NLKabel c.s. daarvoor geen toestemming van Norma op de voet van art. 14a lid 1 WNR hebben verkregen. Op grond van een en ander heeft het hof in rov. 6.7 kunnen aannemen dat NLKabel c.s. tussen de data waarop naburig rechthebbenden exploitatieovereenkomsten met Norma hebben gesloten (15 september 2005 respectievelijk 24 mei 2006) en de datum van de 'switch-off' (11 december 2006), door secundaire openbaarmakingen inbreuken hebben gepleegd op naburige rechten van rechthebbenden die exploitatieovereenkomsten met Norma hebben gesloten ('categorie A-inbreuken'). Voor toewijzing van de vordering van een collectieve beheersorganisatie als Norma tot schadevergoeding op te maken bij staat, is daarmee voldaan aan de eis dat in de hoofdprocedure de grondslag van de verplichting tot schadevergoeding wordt vastgesteld. Daartoe behoeft niet tevens aangevoerd en vastgesteld te worden welke afzonderlijke 'categorie A-inbreuken' (van welke kabelexploitant, jegens welke rechthebbende en met betrekking tot welke heruitzendingen) hebben plaatsgevonden. Die vragen kunnen in de schadestaatprocedure beantwoord worden teneinde de omvang van de schadevergoeding te bepalen.

Een andere opvatting zou onaanvaardbaar afbreuk doen aan een, mede op art. 14a WNR gebaseerde, effectieve belangenbehartiging door een collectieve beheersorganisatie als Norma.

- 5.3.3 In het licht van het zojuist overwogene geven de oordelen van het hof in rov. 6.2 en 6.7 geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn deze naar behoren gemotiveerd. De onderdelen 1.2 en 1.3 falen.

Zijn de rechten van naburig rechthebbenden om toestemming te geven voor heruitzenden overgedragen aan producenten, zodat Norma deze rechten niet meer kan uitoefenen?

- 5.4.1 Onderdeel 2.1 strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat het primaire verweer van NLKabel c.s. (zie hiervoor in 3.2.2) in de weg staat aan toewijzing van de schadevordering van Norma ter zake van de 'categorie A-inbreuken'. Dat verweer komt erop neer dat Norma het in art. 14a lid 1 WNR bedoelde recht van de uitvoerende kunstenaar om toestemming voor heruitzending te geven niet kan uitoefenen, omdat dat recht in de regel niet meer aan de uitvoerende kunstenaar toekomt maar aan de producent, hetzij krachtens afzonderlijke overeenkomst van overdracht, hetzij krachtens het wettelijk vermoeden van overdracht als bedoeld in art. 45d Aw in verbinding met art. 4 WNR.

Volgens onderdeel 2.2 heeft het hof in ieder geval zijn oordeel in dit opzicht onvoldoende gemotiveerd, nu het dit verweer niet (kenbaar) in zijn beoordeling heeft betrokken.

- 5.4.2 De motiveringsklacht van onderdeel 2.2 is op zichzelf gegrond, nu het hof niet tot toewijzing van de vordering tot schadevergoeding mocht komen zonder ook het primaire verweer van NLKabel c.s. te beoordelen. Dit kan echter slechts tot cassatie leiden indien het primaire verweer van NLKabel c.s. op een juiste rechtsopvatting berust en derhalve in beginsel (na verwijzing) doel zou kunnen treffen, hetgeen door Norma wordt bestreden. Dit vergt beoordeling van de gegrondheid van onderdeel 2.1. Daaromtrent wordt als volgt overwogen.

Televisieprogramma's; art. 45d Aw

- 5.4.3 Voor zover de vordering van Norma betrekking heeft op doorgifte via de kabel van televisieprogramma's, speelt een belangrijke rol welke betekenis toekomt aan art. 45d Aw (in verbinding met art. 4 WNR) en hoe deze bepaling zich verhoudt tot art. 14a WNR.

5.4.4 NLKabel c.s. betogen daaromtrent het volgende.

Art. 45d Aw bevat een wettelijk vermoeden van overdracht (*présomption de cession*) aan de producent, van (onder meer) het recht van de makers van een filmwerk om dat werk openbaar te maken, “tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn”; de producent is ingevolge deze bepaling aan de makers een billijke vergoeding verschuldigd voor iedere vorm van exploitatie van het filmwerk. Art. 45d Aw is ingevolge art. 4 WNR van overeenkomstige toepassing op de uitvoering van een uitvoerende kunstenaar die bestemd is als bijdrage voor de totstandkoming van een filmwerk. Deze bepalingen zijn ingevoerd ter implementatie van art. 14bis lid 2, onder b, van de Berner Conventie (hierna: BC), welk artikel ertoe strekt dat de producent, die het financiële risico van de productie draagt, de zekerheid heeft dat de exploitatie van het filmwerk niet door verbodsacties van de daaraan meewerkende auteurs en uitvoerende kunstenaars kan worden gefrustreerd. Dit wettelijk vermoeden brengt mee dat de naburig rechthebbenden in beginsel niet meer het recht hebben om de (her)uitzending van dat filmwerk toe te staan of te verbieden, en dat derhalve ook een collectieve beheersorganisatie als bedoeld in art. 14a lid 1 WNR (art. 9 lid 1 SatKabRichtlijn) dat recht niet meer ten behoeve van die rechthebbenden kan uitoefenen. Het voorgaande is uitsluitend anders indien de uitvoerende kunstenaar en de producent op de voet van art. 45d Aw (art. 14bis lid 2, onder b, BC) schriftelijk anders overeengekomen zijn (voordat het filmwerk vertoningsgereed is als bedoeld in art. 45c Aw). Alleen in dat geval komen de exploitatierechten nog toe aan de uitvoerende kunstenaar zelf, en kan de in art. 14a WNR bedoelde collectieve beheersorganisatie het recht uitoefenen om heruitzending toe te staan of te verbieden (hetzij op grond van een overdracht aan haar van de naburige rechten door de uitvoerende kunstenaar, hetzij ten behoeve van de uitvoerende kunstenaar).

NLKabel c.s. verwijzen ter ondersteuning van hun betoog naar het arrest HvJEU 1 juni 2006, zaak C-169/05 (*Uradex*), punt 24, waarin is overwogen dat de SatKabRichtlijn zich niet verzet tegen een overdracht van het recht op doorgifte, en dat deze overdracht zowel op basis van een overeenkomst als op basis van een wettelijk vermoeden kan plaatsvinden. Voorts oordeelde het HvJEU dat deze richtlijn derhalve niet eraan in de weg staat dat een auteur, uitvoerende kunstenaar of producent krachtens een nationale bepaling, overeenkomend met art. 45d Aw, zijn hoedanigheid van “rechthebbende” in de zin van art. 9 lid 2 van de richtlijn verliest, met als gevolg dat elke rechtsverhouding wordt verbroken die op grond van deze bepaling tussen hem en de maatschappij voor collectieve belangenbehartiging bestaat.

Voorts verwijzen NLKabel c.s. naar HvJEU 9 februari 2012, zaak C-277/10 (*Luksan*), ECLI:NL:XX:2012:BV6223, NJ 2013/196, punten 59 en 76-87, waarin is overwogen (kort weergegeven) dat de Unie krachtens art. 1 lid 4 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, waarbij de Unie partij is, de art. 1-21 BC – en dus in het bijzonder ook art. 14bis BC – moet eerbiedigen (punt 59), en dat het mechanisme van vermoeden van overdracht van het verhuurrecht van uitvoerende kunstenaars aan de producent, zoals neergelegd in art. 3 lid 4 van de Verhuurrichtlijn, ertoe strekt de producent de mogelijkheid te bieden om de investeringen terug te verdienen die hij heeft gedaan voor de totstandbrenging van het cinematografische werk (punt 79). Op grond daarvan oordeelde het HvJEU (punt 87) dat het Unierecht de lidstaten de mogelijkheid laat om te voorzien in een vermoeden van overdracht van de exploitatierechten van het cinematografische werk aan de producent daarvan, vooropgesteld dat dit vermoeden weerlegbaar is zodat de hoofdregisseur van dit werk iets anders kan overeenkomen.

5.4.5 Norma heeft hiertegen, kort samengevat, het volgende aangevoerd. Art. 9 van de SatKabRichtlijn strekt ertoe het recht op inning van vergoedingen voor de doorgifte via de kabel collectief te laten uitoefenen en niet individueel. Daarom is de collectieve beheersorganisatie inningsbevoegd ten aanzien van de kabelexploatanten, ongeacht of de exploitatierechten berusten bij de uitvoerende kunstenaars, de producenten, andere derden of bij de collectieve beheersorganisatie zelf. Het is vervolgens de taak van de collectieve beheersorganisatie om de geïnde gelden te verdelen onder de rechthebbenden, of dit nu de uitvoerende kunstenaars zijn of de producenten. Art. 45d Aw en art. 14bis lid 2, onder b, BC staan niet eraan in de weg dat een uitvoerende kunstenaar zijn rechten bij voorbaat overdraagt aan een collectieve beheersorganisatie, ook indien de uitvoerende kunstenaar (nog) niet een afwijkende overeenkomst als bedoeld in art. 45d Aw (art. 14bis lid 2, onder b, BC) met de producent van het filmwerk heeft gesloten. In dat verband betoogt Norma onder meer dat het vermoeden van overdracht, zoals neergelegd in art. 45d Aw, pas rechtsgevolg

krijgt als het filmwerk vertoningsgereed is als bedoeld in art. 45c Aw, zodat een eerdere levering bij voorbaat aan een collectieve beheersorganisatie als Norma ingevolge art. 3:97 lid 2 BW voorgaat boven de latere verkrijging door de producent op grond van art. 45d Aw.

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

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

5.4.7 Het voorgaande brengt mee dat het primaire verweer van NLKabel c.s., voor zover het de heruitzending van filmwerken betreft, op een juiste rechtsopvatting berust. Nu in cassatie tevergeefs is opgekomen tegen het oordeel van het hof dat de exploitatieovereenkomsten niet tot een overdracht van de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars aan Norma hebben geleid (zie hiervoor in 4.4.1–4.5.2), kan in het midden blijven of een overdracht bij voorbaat aan Norma zou hebben geprevaleerd boven de in art. 45d Aw (in verbinding met art. 4 WNR) bedoelde overdracht van exploitatierechten aan de producent.

In het onderhavige geding is daarom uitsluitend nog aan de orde of en in welke gevallen het vermoeden van overdracht van exploitatierechten aan de producent, zoals bepaald in art. 45d Aw, is weerlegd doordat de uitvoerende kunstenaars schriftelijk anders zijn overeengekomen met de producent. Het hof heeft het beroep van NLKabel c.s. op art. 45d Aw en het daartegen gerichte betoog van Norma met betrekking tot de mogelijkheid van contractuele afwijking, ten onrechte niet in zijn beoordeling betrokken.

5.4.8 Voor zover NLKabel c.s. hun primaire verweer mede hebben gebaseerd op afzonderlijke overeenkomsten van overdracht die tussen uitvoerende kunstenaars en de producenten van filmwerken gesloten plegen te worden, kan zulks, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen omtrent art. 45d Aw, bij gebrek aan belang in het midden blijven.

Radioprogramma's

5.4.9 Het hiervoor in 5.4.3–5.4.8 overwogene geldt niet voor zover de vordering van Norma met betrekking tot de 'categorie A-inbreuken' ziet op doorgifte via de kabel van radioprogramma's. Overigens hebben NLKabel c.s. terecht aangevoerd dat het belang van deze doorgifte voor de vordering van Norma beperkt is, omdat Norma, gelet op het bepaalde in de art. 7 en 15 WNR, geen rechten kan doen gelden ter zake van het (her)uitzenden of anderszins openbaar maken door de kabelexploitanten van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen.

Slechts voor zover de kabelexploitanten radioprogramma's hebben 'heruitgezonden' in de zin van art. 14a WNR zonder dat sprake is van het openbaar maken van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen, komt het primaire verweer van NLKabel c.s. aan de orde dat het recht om toestemming voor heruitzending te geven niet door Norma ten behoeve van de uitvoerende kunstenaars kan worden uitgeoefend, omdat dat recht in de regel niet meer aan de uitvoerende

kunstenaars toekomt maar aan de producent krachtens afzonderlijke overeenkomst van overdracht.

5.4.10 Norma heeft in verband met dit verweer betoogd dat NLKabel c.s. in de feitelijke instanties onvoldoende concreet gesteld hebben dat en door welke uitvoerende kunstenaars en bij welke overeenkomsten de rechten aan de producenten zijn overgedragen. Dit betoog treft geen doel. Zoals hiervoor in 5.3.2 is overwogen, brengt het collectieve karakter van de door Norma ingestelde vordering mee dat zij in de hoofdprocedure mag volstaan met de stelling (en dat de rechter mag volstaan met het oordeel) dat en in welke periode NLKabel c.s. inbreuk hebben gemaakt op het recht van uitvoerende kunstenaars om toestemming te geven voor heruitzenden als bedoeld in art. 14a lid 1 WNR, zonder dat tevens gesteld (en vastgesteld) behoeft te worden welke afzonderlijke inbreuken (van welke kabelexploitant, jegens welke rechthebbende en met betrekking tot welke heruitzendingen) hebben plaatsgevonden. Nu Norma zelf ter onderbouwing van haar vordering de zojuist bedoelde afzonderlijke inbreuken niet heeft gespecificeerd, mochten NLKabel c.s. volstaan met het algemene verweer dat en waarom de uitvoerende kunstenaars in de regel geen rechthebbenden meer zijn omdat zij hun rechten bij afzonderlijke overeenkomst plegen over te dragen aan de producent van het programma. NLKabel c.s. hebben dit verweer bovendien onderbouwd met diverse producties.

5.4.11 Het hof had dan ook moeten ingaan op dit verweer, omdat bij de door NLKabel c.s. gestelde (afzonderlijke) overdracht van rechten door de uitvoerende kunstenaar aan de producent, Norma geen bevoegdheid meer kan ontlenen aan art. 14a WNR.

Ook in dit verband kan in het midden blijven of en zo ja onder welke omstandigheden een overdracht bij voorbaat door de uitvoerende kunstenaar aan Norma zou hebben geprevaleerd boven de hier bedoelde afzonderlijke overdracht van rechten aan de producent, nu immers het hof, in cassatie tevergeefs bestreden, heeft geoordeeld dat geen rechtsgeldige overdracht van rechten aan Norma heeft plaatsgevonden.

5.4.12 De onderdelen 2.1 en 2.2 zijn derhalve gegrond. Het arrest van het hof kan in zoverre niet in stand blijven.

5.5 Onderdeel 2.3 klaagt dat het hof ten onrechte is voorbijgegaan aan een drietal verweren van NLKabel c.s. die eveneens ertoe strekken dat geen rechtsgeldige overdracht van rechten door de uitvoerende kunstenaars aan Norma heeft plaatsgevonden. Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Aangezien het hof reeds op een andere grond had geoordeeld dat geen rechtsgeldige overdracht van rechten aan Norma had plaatsgevonden (namelijk op de grond dat de over te dragen rechten niet met voldoende bepaaldheid waren omschreven), behoefde het niet op de overige daartoe strekkende verweren van NLKabel c.s. in te gaan.

Slotsom

6.1 Het principale beroep van Norma faalt. In het incidentele beroep van NLKabel c.s. treffen alleen de onderdelen 2.1 en 2.2 doel. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Zoals hiervoor in 5.4.7 en 5.4.11 is overwogen, is het hof bij de toewijzing van de vordering van Norma ter zake van de 'categorie A-inbreuken' ten onrechte voorbijgegaan aan het primaire verweer van NLKabel c.s., met betrekking tot de heruitzending van zowel televisieprogramma's als radioprogramma's. Dat verweer vereist met betrekking tot de door Norma gestelde 'categorie A-inbreuken' een onderzoek naar de vraag of ten aanzien van de door Norma hieraan ten grondslag gelegde televisieprogramma's sprake is geweest van een andersluidende overeenkomst tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en de producent als bedoeld in art. 45d Aw, en of ten aanzien van de door Norma aan de gestelde inbreuken ten grondslag gelegde radioprogramma's sprake is geweest van een afzonderlijke overdracht van rechten door de uitvoerende kunstenaars aan de producent. Gelet op hetgeen hiervoor in 5.3.2 en 5.4.10 is overwogen in verband met het collectieve karakter van de vordering van Norma, kan een dergelijk onderzoek echter niet zinvol in de onderhavige hoofdprocedure plaatsvinden, aangezien dit onderzoek voor elke afzonderlijke (gestelde) 'categorie A-inbreuk' uitgevoerd moet worden. Dat onderzoek dient derhalve in

de schadestaatprocedure plaats te vinden. Dit leidt ertoe dat het dictum van het hof op de navolgende wijze wordt aangepast.

6.2 Als de in het principale en het incidentele beroep in het ongelijk gestelde partij dient Norma te worden verwezen in de proceskosten. NLKabel c.s. hebben op de voet van art. 1019h Rv vergoeding van de kosten in cassatie gevorderd. Norma heeft zich hieromtrent gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad, zodat deze kosten als hierna te melden zullen worden toegewezen.

7 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 10 april 2012, doch uitsluitend wat betreft de veroordeling van NLKabel c.s. tot schadevergoeding aan Norma, op te maken bij staat, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt NLKabel c.s. om aan Norma te vergoeden de als gevolg van de 'categorie A- inbreuken' geleden schade, op te maken bij staat, doch uitsluitend voor zover (bij heruitzenden van televisieprogramma's) tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en de producent schriftelijk anders is overeengekomen als bedoeld in de aanhef van art. 45d Aw, en voor zover (bij heruitzenden van radioprogramma's) de betrokken uitvoerende kunstenaars hun rechten niet hebben overgedragen aan de producent;

in het principale en incidentele beroep:

veroordeelt Norma in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NLKabel c.s. begroot op € 799,34 aan verschotten en € 116.806,48 aan overige proceskosten.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, G. Snijders, G. de Groot en M.V. Polak, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 28 maart 2014.