

Amsterdam
545923 / KG ZA 13 869
Mondelinge behandeling: 14 augustus
2013, 9:30 uur

Pleitnota

i n z a k e:

De vereniging de **Vereniging ter Exploitatie van Vertoningsrechten op Audiovisueel Materiaal**, gevestigd te Hoofddorp ("VEVAM")

eiseres,

Advocaten: mr. J.C.H. Van Manen en mr. L.E. Fresco

t e g e n:

1. De besloten vennootschap **Ziggo B.V.**, gevestigd te Utrecht ("Ziggo")

en

2. De besloten vennootschap **UPC Nederland B.V.**, gevestigd te Amsterdam ("UPC")

gedaagden,

Advocaten: mr. J.K van Hezewijk en mr. J. Jansen

en

de vereniging **Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele Producties**, gevestigd te 's-Gravenhage ("RoDAP")

eiseres in het incident tot voeging aan de zijde van gedaagden,

Advocaten: mr. R.S. Le Poole en mr. B.J.V. Lukaszewicz

I. INLEIDING

1. Regisseurs zijn de hoofdmakers van filmwerken. Zonder regisseurs zijn er geen filmwerken. Zonder filmwerken zijn er geen films en televisieprogramma's. Zonder televisieprogramma's zijn er geen uitzendingen en dus geen televisie.
2. Regisseurs zijn individuen. Het zijn geen bedrijven en zij hebben geen bedrijfsjuristen in huis. Regisseurs hebben doorgaans naast hun drukke werkzaamheden niet veel tijd om zich te zeer met de bedrijfsmatige kant van hun werkzaamheden bezig te houden. VEVAM tracht deze regisseurs (in Nederland zo'n 2000) zo goed mogelijk de (auteursrechtelijke) hand boven het hoofd te houden.
3. Ziggo en UPC zijn grote multinationals met miljardenomzetten in Nederland. Zij en ook de door interveniënte RoDAP vertegenwoordigde distributeurs, omroepen en producenten (hierna gezamenlijk ook wel: "**Gedaagden**") zijn grote bedrijven met doorgaans grote teams van juristen.
4. Regisseurs leveren de belangrijkste grondstof voor het succes van Gedaagden: filmwerken. Niettemin is het gemiddelde inkomen van regisseurs laag en de honoraria staan onder druk.
5. De kabelexploitanten proberen de Collectieve Beheersorganisaties van makers zoals VEVAM buiten spel te zetten met als doel een belangrijk deel van het vaste doch zeer beperkte inkomen van regisseurs af te nemen: de Kabelvergoeding. De Kabelexploitanten hebben de omroepen en producenten in hun kamp getrokken en samen vormen zij een machtsblok waarmee de druk op regisseurs en andere makers nog verder wordt opgevoerd.
6. Ingewikkelde juridische theorieën zijn ontwikkeld om te beredeneren dat de kabelexploitanten geen Kabelvergoeding meer hoeven te betalen. Regisseurs komen als gevolg hiervan in een zeer benarde situatie.
7. Iemand moet ingrijpen, voordat de situatie onherstelbaar is en creatieven andere dingen gaan doen dan films maken, omdat er eenvoudig niets meer mee te verdienen valt. Daarover gaat deze zaak. Deze zaak betreft een deel van het probleem: de Kabelvergoeding. In een bodemprocedure, die zeer binnenkort aanhangig gemaakt zal worden, zal een groter deel van het probleem aan bod komen.
8. De bottleneck in besprekingen is dat de kabelexploitanten en RoDAP weigeren de rechten van VEVAM te erkennen. Zij stellen zich op het standpunt dat er geen, of slechts zeer weinig geld naar VEVAM gaat, zolang een rechter niet heeft uitgemaakt dat VEVAM enige rechten toekomt. Daarom staan we vandaag hier.

9. Gedaagde partijen zijn UPC en Ziggo. Samen zijn zij goed voor meer dan 90% van het kabelaanbod in Nederland. Zij bestieren ook de stichting NL Kabel en RoDAP.
10. VEVAM heeft twee weken geleden het grootste deel van haar producties in het geding gebracht. Gedaagden procederen al 6 jaar over kabelvergoedingen, en beschikken dus reeds zeer lange tijd over bewijsmateriaal in deze zaak. RoDAP heeft echter gewacht met het overleggen van haar producties tot eergisteren. Ziggo en UPC hebben hun producties gistermiddag en te laat ingediend. Die producties moeten buiten beschouwing worden gelaten.

II. FEITEN

II.1 Inleiding

11. De feiten zijn reeds in belangrijke mate bekend uit de dagvaarding. Ik verwijs daarnaar. Ik licht nog enkele onderdelen nader toe.

II.2 Ontstaan en ontwikkeling kabeltelevisie

12. Kabeltelevisie werd in Nederland begin jaren 80 uitgerold, naast de toen al bestaande ether- en satelliettelevisie. De kabeltelevisie had als voordeel dat de ontvangstmogelijkheden beter waren, en dat er geen ontsierende dakantennes of –schotels voor nodig waren.
13. In de beginjaren ('70) van de kabeltelevisie werden radio- en televisiepro-gramma's met professionele sterke antennes uit de ether opgevangen. Het signaal werd voor kabel geschikt gemaakt en ingevoerd in kabelnetten, naar woningen die met coax-kabels op die netwerken waren aangesloten. Deze kabelnetwerken, ook aangeduid als Centrale Antenne Systemen, werden aanvankelijk geëxploiteerd door gemeenten, maar kwamen als gevolg van de deliberalisatie van de telecommunicatiemarkt vanaf begin jaren '90 in handen van commerciële partijen, die de netwerken in rap tempo uitbouwden.
14. De kabelexploitanten stapten in die beginjaren '90 voor de aanlevering van omroepprogramma's in toenemende mate over naar de satelliet, die het de kabelexploitanten mogelijk maakten programma's uit de hele wereld te verspreiden via de Nederlandse kabel.
15. Tegenwoordig bieden kabelexploitanten drie hoofdcategorieën diensten aan: televisie, internet en telefonie. Vandaag gaat het over een onderdeel van het televisieaanbod: gelijktijdige doorgifte van omroepprogramma's.

II.3 Omroepprogramma's/uitzendingen via de kabel

16. De omroep stelt het programma¹, de uitzending en het uitzendschema vast. De kabelmaatschappij heeft geen invloed op de inhoud daarvan. Hij geeft het programma van de omroepen gelijktijdig, ongewijzigd en onverkort door (doorgifte of *retransmission*).
17. De kabelmaatschappij kan alleen besluiten een zender wel of niet in zijn geheel door te geven. De kabelmaatschappij kan dus geen wijzigingen in de uitzending aanbrengen; daar is ook geen tijd voor, nu de kabelmaatschappij de programma's gelijktijdig doorgeeft aan de uitzending van de omroepen via de ether of satelliet. De kabelmaatschappij kan ook niet besluiten één of meer afzonderlijke programma's van een zender niet door te geven.

Nb: Wel bieden kabelmaatschappijen televisiekijkers tegenwoordig ook de mogelijkheid om bepaalde (onderdelen van) programma's eerder of later, dus niet gelijktijdig met het uitzendschema van de omroepen, te bekijken. Daarop heeft deze zaak geen betrekking. Ik kom daar hierna nog even op terug.

II.4 Doorgifte in pakketten

18. De doorgifte of uitzending van zenders via de kabel door UPC en Ziggo geschiedt in "pakketten". Abonnees kunnen een pakket van diensten samenstellen. Daarbij kunnen zij hun televisiepakket combineren met internet en/of telefonie.
19. Wat betreft televisie kunnen abonnees kiezen uit diverse pakketten. Bij UPC kan men kiezen uit een pakket met 30 digitale en 3 High Definition ("HD") zenders, 70⁺ digitale en 10 HD zenders of 110⁺ digitale en 32 HD zenders (**productie 2D**).

¹ Programma heeft twee betekenissen: a) het programma dat dagelijks wordt verzorgd door de zender, b) het afzonderlijke televisieprogramma, zoals GTST of ONM.

Digitale Televisie van UPC

	Digitale Kabel TV & Radio	Digitale TV Starter	Digitale TV Royaal & HD
Aantal zenders	30 tv-zenders 3 HD-zenders	70+ tv-zenders 10 HD-zenders	110+ tv-zenders 32 HD-zenders
UPC On Demand Toegang tot 4.000 films en series On Demand	×	1.000 extra programma's en series van uw zenders	3.000 extra programma's en series van uw zenders
Programma Gemist	×	Vandaag en gisteren	Tot 10 dagen terug
Horizon Mediabox met opnamen	×	✓ € 7,50 extra per maand	✓ € 7,50 extra per maand
CI+ Module ipv. Mediabox	×	✓ Optioneel	✓ Optioneel
Prijs per maand	€ 18, ²⁰ Per maand Info & opties >	€ 5, ⁵⁰ Extra per maand Info & opties >	€ 15, ⁵⁰ Extra per maand Info & opties >

Ziggo

Overzicht Alles-in-1 TV + Internet Televisie Extra zenders Telefoon Mobiel Extra diensten

Televisie abonnementen

TV Standaard
€ 17,75 per maand

- ✓ circa 60 digitale en 16 HD zenders
- ✓ analoge TV op elk toestel in huis
- ✓ mis niks meer dankzij TV Gemist
- ✓ inclusief On Demand films en series
- ✓ TV-kijken op smartphone of tablet

Bestel nu > Meer info

TV Plus en TV Extra pakket

Breed uw TV Standaard of Alles-in-1 abonnement uit met TV Plus en TV Extra

	TV Plus	TV Extra
Totaal aantal HD zenders	18	22
Totaal aantal digitale zenders	90	120
Onbeperkt wisselende films On Demand kijken zonder extra kosten***	30	100
Onbeperkt wisselende series On Demand kijken zonder extra kosten***	6	15

Bestel nu > Meer info

20. Bij Ziggo kan men kiezen uit een pakket van 60 digitale en 16 HD zenders, 90 digitale en 18 HD zenders of 120 digitale en 22 HD zenders (**productie 2c**).

21. Daarnaast kan men nog kiezen uit aanvullende zenders. Volgens <http://www.dtvmonitor.com/en/> biedt UPC 360 zenders aan (zie ook **productie 2D**, p. 13) en Ziggo 194. In de dagvaarding staat een onvolledig getal van 120 zenders.

11.5 Doorgifte aan *eigen* abonnees onder *eigen* verantwoordelijkheid

22. De zenders worden alleen doorgegeven aan de *eigen abonnees* van UPC resp. Ziggo. Het zijn dus de uitzendingen en de programma's van de omroepzenders, maar deze worden door de kabelexploitanten onder *eigen* verantwoordelijkheid weer (her)uitgezonden in het kader van de *eigen* dienst, aan de *eigen* abonnees, binnen het door die eigen abonnees gekozen eigen pakket.

23. UPC en Ziggo ontvangen deze programmasignalen van de omroepen (via satelliet of een digitale verbinding) en zetten deze om in een eigen versleuteld signaal. Alleen abonnees van UPC resp. Ziggo kunnen deze signalen ontvangen.

24. Die abonnees moeten daarvoor een set-top-box bij UPC resp. Ziggo aanschaffen. Zonder deze set-top-box kunnen zij de zenderpakketten die door UPC of Ziggo worden aangeboden niet ontvangen. In de set-top-box zit een smart card, die door UPC, resp. Ziggo aan de abonnee wordt geleverd. Met die smart card kunnen de televisiesignalen van UPC, resp. Ziggo worden ontsleuteld.

25. UPC en Ziggo sluiten met hun abonnees overeenkomsten af voor de levering van *hun* dienst. Bij die overeenkomsten horen algemene voorwaarden waaruit het voorgaande blijkt. De algemene voorwaarden van UPC en Ziggo zijn overgelegd als **productie 20A en B**. Daaruit blijkt onomstotelijk dat sprake is van een eigen dienst van Ziggo, resp. UPC.
26. Uiteraard moet de abonnee betalen voor de diensten van UPC en Ziggo.
27. UPC en Ziggo hebben ieder een website waarop zij meedelen welke producten zij aanbieden en welke zenders zij doorgeven. Zij maken grootscheeps reclame voor hun eigen diensten.
28. Deze (weder)doorgifte van de omroepuitzendingen geschiedt aldus volledig onder verantwoordelijkheid van UPC resp. Ziggo.
29. UPC en Ziggo bieden ieder dus honderden zenders aan. VEVAM beschikt over, althans vertegenwoordigt de Kabelrechten van alle regisseurs van filmwerken die via al die zenders worden aangeboden.
30. Doorgifte van televisieprogramma's is het hart van de diensten van UPC en Ziggo. Ziggo zette in 2012 1,53 miljard om en UPC 1,09 miljard (**productie 2b**, p. 4 en 6; zie ook **productie 16**). Een belangrijk deel daarvan werd verdiend met de doorgifte van filmwerken.

II.6 Gelijktijdige doorgifte v. niet gelijktijdige doorgifte

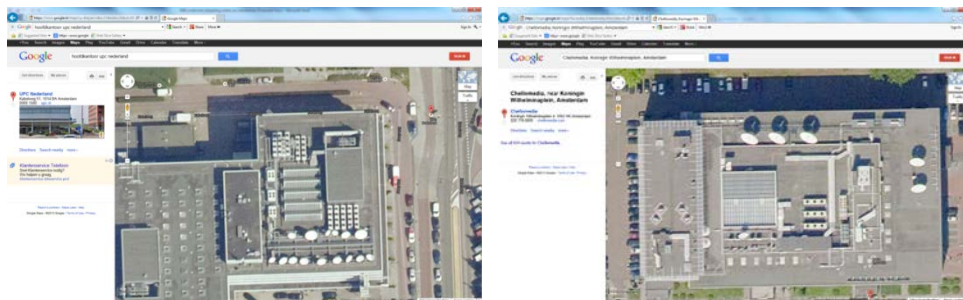
31. De kabel geeft programma's op verschillende wijzen door. Gelijktijdig en niet gelijktijdig.
32. Verreweg de belangrijkste doorgifte is de *gelijktijdige, onverkorte en ongewijzigde doorgifte*, conform het uitzendschema van de omroepen. De kijker van Studio Sport kan op zondagavond om 7 uur hetzelfde programma bekijken via de digitale ether, satelliet, kabel of bijvoorbeeld online op de website van de NOS. Dat is op ether, satelliet en via kabel op min of meer hetzelfde moment (de kabel komt een fractie later, omdat de programma's moeten worden doorgegeven aan en ingevoerd in de kabelnetwerken ontsleuteld en doorgezonden).
33. Daarnaast geven de kabelexploitanten de zenders en programma's niet-gelijktijdig door, bijvoorbeeld via video on demand en catch up/uitzending gemist diensten. Daarbij kan de kijker (tegen betaling) zelf bepalen wanneer hij een bepaald televisieprogramma bekijkt. Soms wordt nieuwe reclame aan het programma toegevoegd. Voor al deze afzonderlijke wijzen van exploitatie ontvangen UPC en Ziggo inkomsten via reclame en/of aanvullende betaling door de abonnee, bovenop het abonnementsgeld.

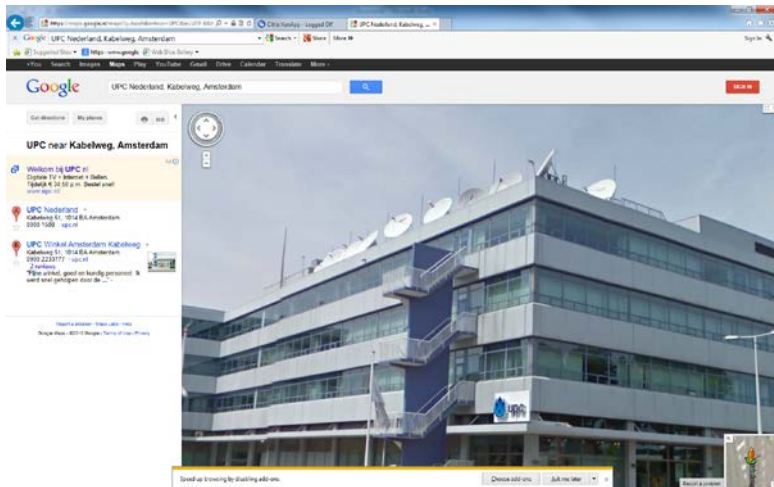
II.7 Gelijktijdig, ongewijzigd en onverkort

34. Vandaag gaat het om de gelijktijdige doorgifte van televisieprogramma's /uitzendingen van de omroepen door de kabel en dus niet over catch up en video on demand diensten.
35. De doorgifte van de zender geschiedt als gezegd *gelijktijdig, ongewijzigd en onverkort*. Wanneer de kabelaar het programmasignaal ontvangt, via satelliet of digitale verbinding, zet hij dat om in een signaal dat geschikt is voor doorgifte via de kabel, versleutelt hij het en geeft hij het door via de kabel, zodat het volgens het zendschema van de omroepen op de kabel komt: gelijktijdig dus.
36. Het is ook "onverkort en ongewijzigd": niets van de zender wordt geknipt, geplakt of anderszins aangepast. Hoogstens kan er een storing in de uitzending van de kabelaar ontstaan.

11.8 UPC en Ziggo ontvangen de meeste zenders via satelliet

37. De kabelexploitanten, waaronder UPC en Ziggo halen de meeste programma's die zij doorgeven sinds jaar en dag draadloos of "uit de lucht". In de begindagen van de kabeltelevisie ving de kabelexploitant vooral ethersignalen op, vanaf begin jaren '90 in toenemende mate satellietsignalen. Dat is ook vandaag nog het geval. De zenders worden ontvangen en gelijktijdig doorgegeven via de kabel.
38. UPC en Ziggo hebben hiervoor talloze schotels op hun dak staan, waarmee zij de signalen van televisiezenders opvangen en gelijktijdig doorgeven via de kabel. Die schotels kunt u eenvoudig op Google maps zien.





39. Zie de logo's op de gebouwen. Soms geschiedt de doorgifte via de eigen netwerken van Ziggo of UPC. Voor enkele zenders geschiedt de aanlevering via een datacentrum dat ook wel de Media Gateway wordt genoemd. Die aanlevervorm is in mysterieuze nevelen gehuld. Kabelexploitanten en omroepen doen daar buitengewoon geheimzinnig over. Op internet is er nagenoeg niets over te vinden en de website www.mediagateway.nl (waarnaar Visser in productie 2 van UPC verwijst) is om onduidelijke redenen enkele jaren geleden uit de lucht gehaald (zie ook **productie 13**).

40. Het enige dat over de Media Gateway bekend is, is dat het een heel gewoon datacentrum is, dat bestaat uit servers en koelinstallaties. Men kan daar serverruimte huren, net als in alle andere datacentra in het land. De meeste zenders worden dus niet via de Media Gateway aangeleverd, maar via de satelliet. Ik kom daar zo op terug.

11.9 Kabeltelevisie naast ether-, satelliet en online televisie

41. Net als in de jaren '80, toen kabeltelevisie begon, bestaan ether, satelliet en kabel gebroederlijk naast elkaar. Zie pars. 17 – 27 van de dagvaarding.

42. Sindsdien is er niets veranderd aan de gelijktijdige doorgifte van televisieprogramma's, behalve dat er nog meer exploitatievormen zijn bijgekomen (o.a. online live uitzendingen door de omroepen, doorgifte van programma's via ADSL of glasvezelkabel). Het zijn nog steeds de omroepen die de inhoud van de door en voor hen geproduceerde televisieprogramma's en het uitzendschema daarvan bepalen. De kabelexploitanten hebben daar nog steeds geen enkele zeggenschap over.

43. Net als vroeger kan de kijker in de tv-gids zien hoe laat zijn favoriete programma op televisie komt en net als vroeger kan hij er voor kiezen datzelfde programma op hetzelfde tijdstip via de ether, satelliet of kabel te bekijken, afhankelijk van wat voor abonnementen hij bij welke distributeur heeft afgesloten.

11.10 VEVAM vertegenwoordigt alle relevante regisseurs

44. VEVAM is sinds de jaren '80 de enige Nederlandse collectieve beheersorganisatie voor rechten van regisseurs.
45. Zij is als enige gerechtigd toestemming te verlenen voor Kabeldoorgifte van werken van regisseurs als bedoeld in artikel 26a Aw. Er is geen andere organisatie die daartoe voor Nederland gerechtigd is of die deze positie (eveneens) claimt.
46. VEVAM verleent namens Nederlandse en buitenlandse regisseurs van filmwerken toestemming voor kabeldoorgifte in Nederland. Zij incasseert vergoedingen voor deze regisseurs.
47. Met Nederlandse regisseurs sluit zij zogenaamde aansluitcontracten. Enkele voorbeelden van getekende aansluitcontracten zijn overgelegd als **productie 25**. Dergelijke contracten heeft zij met alle (bijna) 2000 Nederlandse regisseurs die bij VEVAM zijn aangesloten.
48. Wij hebben er voor gekozen die niet allemaal over te leggen. Door de jaren heen hebben regisseurs aansluitcontracten getekend. De overgelegde voorbeelden betreffen de laatst getekende versie. Ik heb hier drie ordners met alle getekende aansluitovereenkomsten [**tonen**].
49. In het buitenland zijn zusterverenootschappen van VEVAM actief. Zij verlenen in *die* landen toestemming voor Kabeldoorgifte en zij innen de daarmee gemoeide vergoedingen. Bij die CBO's zijn regisseurs uit die landen aangesloten. Die partijen handelen niet als partijen die de toestemming aan kabelexploitanten voor kabeldoorgifte in Nederland verstrekken. Daartoe hebben zij VEVAM gemandateerd.
50. Buitenlandse regisseurs, voorzover aangesloten bij een CBO, verlenen toestemming aan die CBO, die voor Nederland mandaat verleent aan VEVAM. VEVAM verleent op haar beurt mandaat aan de buitenlandse CBO's om hetzelfde te doen in hun land.
51. Dit blijkt ook uit de schikkingsovereenkomst die is overgelegd als **productie 12**. Daaruit blijkt dat de buitenlandse regisseurs CBO's VEVAM hebben gemandateerd om ook voor de toekomst over kabelvergoedingen te onderhandelen.

"The European directors societies commit themselves hereby to appoint VEVAM as their representative for such negotiations and VEVAM hereby commits to represent the European directors' societies in such future negotiations, in accordance with terms and conditions defined between VEVAM and the European directors' societies."

52. In het verleden werkten SEKAM en VEVAM nauw samen. SEKAM inde de Kabelvergoedingen voor VEVAM ten behoeve van de Nederlandse regisseurs, en hield daar administratiekosten op in. AGICOA inde bedragen voor buitenlandse producenten, maar daarvan kwam niets

terecht bij de buitenlandse regisseurs. Daarom is er in 2011 een schikking in dat verband tot stand gekomen **productie 12**, waarbij naast VEVAM en de buitenlandse zusterorganisaties ook Agicoa, Sekam, BUMA, LIRA en Pictoright partij zijn.

53. De bij de overeenkomst horende getekende volmachten van alle buitenlandse CBO's, zijn overgelegd als **productie 18**.
54. Van alle regisseurs die zich niet hebben aangesloten bij VEVAM of enige andere (buitenlandse) CBO volgt uit art. 26a lid 2 Aw dat die ook door VEVAM vertegenwoordigd worden.

II.11 Collectieve kabelovereenkomsten

55. Ik zal straks nader ingaan op de kabelovereenkomsten, die reeds in de dagvaarding en het overzicht van de geschiedenis van de Kabeldoorgifte aan de orde zijn gekomen (zie ook **productie 5, 6, 15 en 24**).

II.12 De in de afgelopen dertig jaar gegroeide praktijk

II.12.1 Er is dertig jaar lang een vergoeding voor Kabeldoorgifte betaald

56. De afgelopen 30 jaar zijn altijd vergoedingen voor kabeldoorgifte betaald. Ook de regisseurs zijn al die jaren betaald voor Kabeldoorgifte.
57. In 1985 werd de eerste Kabelovereenkomst getekend (zie dagvaarding sub 36 e.v.). In 1995 werd de tweede kabelovereenkomst getekend. Daarna werd die praktijk verankerd in artikel 26a Aw.
58. VEVAM heeft zich bij invoering van art. 26a Aw met succes hard gemaakt voor het behoud van de destijds bestaande collectieve contractspraktijk tussen verschillende CBO's namens de verschillende rechthebbenden enerzijds en de kabelexploitanten anderzijds.²

N.B. Als gezegd ontvingen de regisseurs de gelden in het verleden via SEKAM. De kabelexploitanten betaalden AGICOA, die betaalde SEKAM en SEKAM betaalde VEVAM, die voor regisseurs bestemde gelden aan hen uitkeerde.

II.12.2 De VEVAM clause wordt steevast getekend

59. Nederlandse regisseurs hebben sinds medio jaren '80 in contracten met producenten steevast de "VEVAM clause" of "CBO clause" getekend. Dat is een clause waarmee de regisseur aangeeft dat, ondanks overdracht van rechten aan de producent en onondanks artikel 45d Aw (en soms ook ondanks artikel 7 Aw), hij het recht op vergoedingen via CBO's (waaronder de kabelvergoeding) behoudt.

² Zie Kamerstukken II 1995-1996, 23 813, no. 5, p. 1-2.

60. Als **productie 14** heeft VEVAM daar een aantal voorbeelden van overgelegd.³ Telkens ziet u de eerste en de laatste pagina van de overeenkomst. Op de middenste pagina is telkens de CBO clausule te vinden. Het betreft voornamelijk contracten inzake grotere speelfilms en televisiedrama. Het zijn voornamelijk recente overeenkomsten maar ook een aantal vanaf de jaren '90. Dit soort clausules staat in nagenoeg alle contracten sinds medio jaren '80. Ik kan u desgewenst duizenden voorbeelden tonen.
61. Ik verwijs naar Hugenholtz en Guibault in hun onderzoek naar het auteurscontractenrecht in opdracht van het ministerie van justitie.

“Veel (standaard)contracten bepalen dat de aan auteurs en acteurs verschaft vergoeding tevens de billijke vergoeding in de zin van art. 45d Aw omvat; secundaire exploitaties leiden dan niet tot aanvullende vergoedingen. Onder de rechtenoverdracht wordt doorgaans niet begrepen het spectrum van rechten dat door auteurs en acteurs bij voorbaat is overgedragen aan rechtenorganisaties zoals LIRA, VEVAM, NORMA en IRDA.

<http://www.ivir.nl/publicaties/overig/auteurscontractenrecht.pdf>

62. Een belangrijke werkzaamheid van VEVAM is de regisseurs aan te herinneren dat zij de VEVAM clausule tekenen. Dat vermeldt zij dan ook met koeienletters op haar website:



The screenshot shows the VEVAM website. On the left is a navigation menu with the following items: 'wat doet vevam', 'aanmelden', 'organisatie', 'vevam fonds', 'vraag & antwoord', 'nieuwoverzicht', 'links', and 'contact'. The main content area features a blue header with the text '• Indien de producent stelt dat alle rechten aan hem moeten worden overgedragen omdat hij anders kan het filmwerk niet kan exploiteren. Heeft hij daarin gelijk? Wat doe ik als de omroep of producent niet akkoord gaat met de rechtenclausule van VEVAM in mijn contract? Wat als de VEVAM rechten niet zijn voorbehouden in het opdrachtcontract? Waar vind ik meer informatie over auteursrecht? Wat moet ik opnemen in mijn contract? (de VEVAM clausule)'. To the right of this text are the words 'WAT' and 'MOET IK' in large blue letters. Below this is the title 'OPNEMEN IN MIJN CONTRACT? (DE VEVAM CLAUSULE)' in blue, followed by a horizontal line and a paragraph of text: 'De tekst van de aanbevolen standaard clausule die je in je contract kunt opnemen luidt: "Van de in deze overeenkomst overgedragen of verleende rechten en/of aanspraken zijn uitgezonderd de rechten en/of vergoedingsaanspraken die door VEVAM collectief worden of zullen worden geëxploiteerd". Als je nadere vragen wilt stellen kun je contact opnemen met info@vevam.org'.

63. De praktijk wordt bevestigd door RoDAP, die als productie 9 de algemene voorwaarden van Endemol overlegt, waarin is te lezen:

“De in dit artikel omschreven overdracht van rechten laat eventuele vergoedingsaanspraken voor de Opdrachtnemer die rechtsreeks voortvloeien uit wettelijke verplichtingen onverlet, met uitzondering van de billijke vergoeding genoemd in artikel 45d Auteurswet.

64. Dat is dus de bedoelde VEVAM of CBO clausule.

³ De namen van regisseurs zijn in de meeste gevallen verwijderd ter voorkoming van represaillemaatregelen.

11.12.3 VEVAM vergoeding naast honorarium

65. De kabelvergoeding heeft de regisseur dus altijd van VEVAM ontvangen en niet van de producent. Van de producent ontvangt de regisseur een honorarium voor het vervaardigen van het werk en voor de overdracht van zijn auteursrechten op het werk, met uitzondering van (in ieder geval) de Kabelrechten. Regisseurs hebben dus altijd, *naast hun honorarium*, kunnen rekenen op de VEVAM kabelvergoeding.
66. Voor de producent was er geen centje pijn. Die hoefde alleen maar de VEVAM clausule te tekenen. Niet de producent, maar de kabelaar betaalde voor de doorgifte van de werken via de kabel. De kabelaar kreeg in ruil daarvoor een vrijwaring van de CBO's. Hij wist zich verzekerd dat hij nooit geconfronteerd zou worden met claims van regisseurs, conform de kabelovereenkomst.
67. Regisseurs hebben jarenlang relatief weinig van producenten gekregen. Zij verdienen vaak minder dan de cameraman en acteurs. Ik heb zelf vijf jaar in de film gewerkt, en ik heb mij altijd verbaasd over het relatief lage salaris van de regisseur, die toch de hoofdmaker van het werk is.⁴ Maar iedereen weet dat de regisseur daarnaast nog de VEVAM vergoedingen krijgt.
68. Voor sommige regisseurs was en is de VEVAM vergoeding fors, voor sommigen wat minder fors. Voor veel regisseurs betekent het een onmisbare en bron van inkomsten, onder meer in aanvulling op het pensioen. Immers, ook bij herhalingen van speelfilms op televisie via de kabel ontvangen zij een vergoeding.
69. VEVAM gelden betekenen voor de regisseur doorgaans enkele tot meerdere duizenden euro's per jaar. Regisseurs wier werken veel op televisie worden uitgezonden of herhaald kunnen zelfs rekenen op enkele tienduizenden euro's.
- Overigens is er in het verleden veel te weinig betaald aan regisseurs. Maar dat is niet het onderwerp van dit kort geding. Dat komt aan de orde in de binnenkort aanhangig te maken bodemprocedure.
70. Er is aldus een elegant systeem ontstaan waarmee dertig jaar lang aan makers en producenten betaald werd voor kabeldoorgifte en kabelexploitanten ongehinderd omroepprogramma's konden uitzenden. Makers (regisseurs) hebben dertig jaar lang op de vergoeding voor kabeldoorgifte kunnen rekenen.

11.13 De kabelexploitanten zijn uit op het regisseursdeel

71. De kabelexploitanten proberen nu de regisseurs dat deel van hun vaste inkomen af te nemen. Met de producenten en omroepen vormen zij het

⁴ Uiteraard zijn er uitzonderingen.


machtsblok RoDAP, waarmee zij de regisseurs en andere makers onder druk zetten.

72. De regisseurs hebben tot op heden stand weten te houden. De VEVAM clause wordt nog steeds in de meeste gevallen getekend. Maar ook is er steeds vaker discussie over de rechtenbepalingen. In sommige gevallen hebben regisseurs gecapituleerd omdat werd bedreigd dat ze anders de gehele productie konden vergeten.
73. Sinds enkele jaren is er opeens een verhaal over de "productieketen", over het "producentenrecht" dat boven het auteursrecht gaat, omdat "de lusten daar moeten liggen waar de lasten zijn", over "secundaire openbaarmaking die uit een primaire openbaarmaking moet voortvloeien" en over artikel 45d Aw, welk artikel ouder is dan de Kabelvergoedingen, maar daaraan nooit in de weg heeft gestaan. U zult dat straks allemaal weer horen.
74. Het zijn allemaal gelegenheidsargumenten om de regisseurs de kabelvergoeding te ontzeggen.

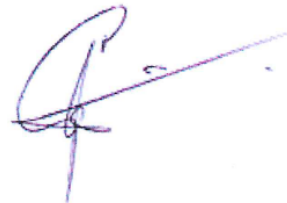
II.14 Machtsblok

75. Onder leiding van Ziggo en UPC hebben de kabelexploitanten de omroepen en de producenten in hun kamp weten te trekken, om zo een machtsblok te vormen, waarmee zij de laatste jaren de Nederlandse CBO's uit elkaar hebben gespeeld. Centrale figuur in deze operatie is de heer Lieverse.
76. De heer Lieverse van gedaagde sub 2, Ziggo heeft zo'n beetje alle petten op. Hij is Director Regulatory & Public affairs van Ziggo (**productie 27**), bestuurder van NL Kabel en is vertegenwoordiger van RoDAP.

Tevens per email
RoDAP-delegatie / NPO
t.a.v. de heren F. Marechal en G. Lieverse
Sumatralaan 45
1202 JJ HILVERSUM
frans.marechal@omroep.nl
gglieverse@gmail.com

Met vriendelijke groet,
NLkabel

Gerard Lieverse
Voorzitter delegatie NLkabel

Met vriendelijke groet,


Gerard Lieverse
Voorzitter onderhandelingsdelegatie NLkabel

Verslag bespreking 01 juli 2011

Aanwezig :
RODAP : : Arjo Kramer (SBS), Ton van Dijk (OTP), Frans Maréchal (NPO – voorzitter),
Gerard Lieverse (ZIGGO), Ad van Loon (secretaris a.i.) + Gerard Rolloos
(notulist van NPO)

Van de zijde van RoDAP zal de delegatie bestaan uit de heren Kramer, Lieverse, Maréchal en Van Dijk.

II.15 Einde kabelovereenkomsten, stuklopen onderhandelingen

77. Het rechtencollectief heeft lang onderhandeld met RoDAP en NLkabel. Een klein deel van die correspondentie is overgelegd als **productie 17**. Daaruit blijkt onder andere dat RoDAP en NLkabel, enerzijds stellen dat de juridische zaken geen rol zouden moeten spelen en anderzijds telkens juridische barrières opwerpen.
78. Vanaf begin jaren '80 heeft het Collectief van CBO's overeenkomsten gesloten met diverse kabelexploitanten, waaronder Ziggo en UPC, voor de Kabeldoorgifte van binnen- en buitenlandse omroepprogramma's. In de contractsonderhandelingen werden de kabelexploitanten vertegenwoordigd door de branchevereniging van kabelexploitanten, eerst VECAI, later NLkabel.
- N.B.: andere distributeurs, zoals Digitenne, sloten vergelijkbare contracten met het Collectief.
79. Het laatste kabelcontract van 2007 liep aanvankelijk tot 31 december 2010. In de loop van 2010 is het Collectief met NLkabel in onderhandeling getreden over nieuwe overeenkomsten.
80. Eind 2010 verscheen RODAP ten tonele. Daarin hadden Nederlandse producenten, omroepen en distributeurs zich verenigd om als één blok met de CBO's te kunnen onderhandelen over (**productie 17a**):

"een integrale oplossing voor de regeling van collectief beheerde rechten en collectief beheerde vergoedingsaanspraken die aan de orde zijn bij openbaarmaking door de keten. Uitgangspunt is het recht op een billijke vergoeding voor de makers van content die door deelnemers in RoDAP wordt openbaar gemaakt. RoDAP kiest voor een economische oplossing waarbij openbaarmaking gezien wordt als een ketenverantwoordelijkheid en de rechten gecleard worden door één loket aan de zijde van de relevante collectieve rechtenorganisaties alsook één loket aan de zijde van RoDAP. RoDAP kiest nadrukkelijk voor een economische oplossing c.q. voor het tot stand brengen van een contractuele regeling die in onderhandeling tot stand komt opdat langdurige en kostbare juridische procedures over de complexe openbaarmakingsvraag achterwege kunnen blijven (...) Bovenstaande rechtenregelingen moet in de ogen van RoDAP onafhankelijk van de toegepaste techniek en de toegepaste platformen zijn. Ergo zowel analoog als digitaal, zowel ether, kabel, xdsl, straming of mobiel of welk platform dan ook."

81. Kortom, de uitgangspunten waren:
- één centrale, transparante, collectieve regeling met het Collectief van CBO's;
 - voor alle vormen van doorgifte van omroepprogramma's, technologie-neutraal;
 - waarbij juridische discussies zouden worden vermeden;
 - en een billijke vergoeding voor de makers zou worden gerealiseerd.

82. Ook in haar incidentele conclusie tot voeging beroept RoDAP zich op deze uitgangspunten. In werkelijkheid heeft RoDAP zich aan geen daarvan gehouden.

11.15.1 RoDAP drijft wig in Collectief

83. Ten eerste was het RoDAP zelf die het Collectief aan de zijde van de CBO's opblies, doordat de producentenorganisaties AGICOA en SEKAM zich uit het Collectief terugtrokken om zich bij RODAP aan te kunnen sluiten. Tot op de dag van vandaag is niet duidelijk welke regelingen RoDAP en/of haar leden daartoe met de producenten(organisaties) hebben gesloten. RoDAP weigert daar inzage in te geven.
84. Dat terwijl RoDAP in een document dat zij ook als "pitch" naar de NMa had gestuurd (**productie 21**, p. 8) nog benadrukte: "*Het gehele systeem van heffing en uitkering wordt transparant gemaakt.*"
85. Het gevolg was dat de makers-CBO's nu tegen, in plaats van aan de zijde van de producenten-CBO's moesten onderhandelen.
86. Later heeft RoDAP (danwel haar leden, waaronder ook NLkabel) ook afzonderlijke regelingen gesloten met BUMA en Pictoright, waarvan de inhoud ook niet bekend is gemaakt aan de andere makers-CBO's.

11.15.2 Geen alomvattende regeling

87. Ten tweede bleek al snel dat RoDAP geen alomvattende regeling kon of wilde bewerkstelligen. De laatste kabelovereenkomsten voorzagen in één collectieve regeling voor de doorgifte van programma's van alle publieke en commerciële binnen- en buitenlandse omroepen. RoDAP wilde echter alleen onderhandelen over een nieuwe regeling voor de doorgifte van Nederlandse omroepprogramma's waarbij Nederlandse rechthebbenden zijn betrokken. Bij RoDAP zijn geen buitenlandse omroepen en producenten aangesloten.
88. Op 7 december 2010 liet NLkabel de makers-CBO's weten dat zij apart zouden moeten onderhandelen met NLkabel voor een regeling voor de doorgifte van buitenlandse publieke omroepen. Bij brief van 7 december 2010 schrijft NLkabel (**productie 17b**):

"de kabeldoorgifte van een deel van de Nederlandse audiovisuele markt is momenteel geregeld op basis van de Generieke Regeling. Dit deel zal in het vervolg in RoDAP-verband met de betrokken rechtenorganisaties worden besproken ten einde te komen tot een regeling.

De buitenlands publieke omroepen die momenteel onderdeel zijn van de Generieke Regeling zullen wél in NLkabel-verband met de betreffende rechtenorganisaties geregeld moeten worden."

89. Daarmee bleek de één loket gedachte van RoDAP een lege huls, zoals BUMA namens de resterende CBO's in het collectief op 9 december ook heeft uiteengezet (**productie 17c**):

"Inmiddels heeft u medegedeeld de onderhandelingen voor een overeenkomst na 1 januari a.s. op te willen splitsen in RoDAP (voor Nederlandse commerciële en publieke omroepen) en NLkabel (voor het restant). In uw brief van 7 december jl. spreekt u met betrekking tot de onderhandelingen door NLkabel overigens alleen van publieke buitenlandse omroepen, maar ons is niet duidelijk waarom. De leden van NLkabel geven toch ook commerciële buitenlandse omroepen door?"

90. In plaats van één regeling met het Collectief van CBO's is door toedoen van RoDAP en NLkabel het Collectief dus (voorlopig) opgesplitst, zou er apart moeten worden onderhandeld over de doorgifte van Nederlandse omroepen en de doorgifte van buitenlandse publieke omroepen, en wilden de kabelexploitanten helemaal niet onderhandelen over een regeling voor de doorgifte van buitenlandse commerciële omroepen.

II.15.3 Gedaagden weigeren aanspraken makers CBO's te erkennen

91. Ten derde bleek dat RoDAP en NLkabel wel degelijk kozen voor een juridische insteek van de onderhandelingen met de CBO's. NLkabel deed dat meteen al in haar brief van 7 december 2010, waarin zij met een beroep op het NORMA/NLkabel vonnis van de rechtbank Den Haag de aanspraken van de CBO's op een vergoeding voor Kabeldoorgifte betwistte (**productie 17b**).
92. Het struikelblok was telkens dat RODAP de aanspraken van een deel van de CBO's weigerde te erkennen. De redenering van RoDAP was dat in ieder geval een deel van de CBO's eigenlijk helemaal geen aanspraak kon maken op vergoeding voor doorgifte van omroepprogramma's via de kabel. De CBO's moesten genoegen nemen met een lagere vergoeding dan onder de op dat moment geldende kabelovereenkomsten, die zou moeten worden verdeeld onder meer CBO's en zou moeten gelden voor breder pakket aan exploitatievormen (platform- en technologie-neutraal). De gezamenlijke CBO's zouden dan maar moeten uitzoeken hoe zij dat bedrag onderling zouden verdelen.
93. Partijen hebben over en weer voorstellen gedaan. De afstand bleek echter onoverbrugbaar, vanwege de rechtsvragen die partijen verdeeld hielden (zie ook **productie 9 en 17**).
94. Op 21 december vat BUMA de problematiek helder samen (**productie 17e**):

"In tegenstelling tot hetgeen u in uw brief schrijft is het RODAP die gedurende het onderhavige onderhandelingsproces een (over)duidelijk gebrek aan serieuze wil en onderhandelingsruimte heeft getoond om samen met de Gezamenlijke rechtenorganisaties tot een collectieve oplossing te komen. (...)

*Het bovenstaande wordt nog eens geïllustreerd door de wijze waarop RODAP ons laatste, sterk naar beneden aangepaste tariefvoorstel op hoofdlijnen van 18 december jl. heeft afgewezen. Gebleken is dat RODAP op geen enkele wijze serieus op dit laatste voorstel is ingegaan. Duidelijk is (wederom) geworden dat RODAP voor BMS (publieke en commerciële omroepen) enkel de vergoedingen aan de Gezamenlijke rechtenorganisaties wenste betalen, zoals deze momenteel (enkel) aan Buma/Stemra, Sena en voor wat betreft de publieke omroepen aan Pictoright worden betaald. Namens de commerciële omroepen is expliciet aangegeven dat zij principieel de juridische auteursrechtelijke positie van de andere CBO's niet erkennen. **Zijdens de distributeurs is aangegeven dat zij (net als bij NORMA) de positie van Lira en VEVAM niet erkennen en niet bereid zijn hiervoor enige vergoeding te betalen. Het komt er derhalve, na 2 jaar voeren van gesprekken op neer dat RoDAP kennelijk heeft gemeend alle CBO's uit te nodigen voor onderhandelingen voor één regeling onder het mom van één loket) met als enkel doel de aanspraken van laatstgenoemde groep CBO's ten laste te laten komen van de andere CBO's om vervolgens zelf vrijuit te gaan.***

95. Op deze brief heeft RoDAP niet meer inhoudelijk gereageerd. In plaats daarvan heeft zij in strijd met de door haar geventileerde één loket gedachte afzonderlijke regelingen gesloten met BUMA en Pictoright en de aanspraken van andere CBO's, waaronder VEVAM, van de hand gewezen.

II.16 Penibele situatie VEVAM en regisseurs

96. Inmiddels dreigen de regisseurs sinds oktober 2012 verstoken te blijven van de VEVAM inkomsten. Er ontstaat een penibele situatie waarin VEVAM haar verplichtingen tegen de regisseurs niet langer kan nakomen. Als regisseurs van VEVAM gelden verstoken blijven, dan heeft dat een grote impact op hun jaarinkomen. De Nederlandse en buitenlandse regisseurs doen een zeer dringend beroep op u om hieraan een halt toe te roepen.
97. Ziggo heeft in 2012 alleen in Nederland anderhalf miljard omgezet en UPC meer dan een miljard. *Alleen in Nederland* wel te verstaan. Dat geld hebben zij hoofdzakelijk verdiend met werken gemaakt door tienduizenden door VEVAM vertegenwoordigde regisseurs. Die regisseurs dreigen daar niets meer voor te krijgen. Niet van de producent en ook niet van VEVAM.

II.17 Andere CBO's krijgen nog dezelfde vergoeding

98. Gek genoeg hebben de kabelexploitanten wel gewoon weer nieuwe overeenkomsten voor Kabeldoorgifte gesloten met de producenten CBO's, de omroepen en de makers-CBO's BUMA en Pictoright. Hoewel RoDAP en NLkabel weigeren daar details over te verstrekken is het een

publiek geheim dat die organisaties nog hetzelfde of zelfs meer krijgen als voorheen.

99. Blijkbaar betwisten de kabelexploitanten de aanspraken van deze collectieve beheersorganisaties, die zijn gebaseerd op dezelfde juridische grondslagen als die van VEVAM, niet. Blijkbaar speelt daar de beweerde wijziging van de aanleverwijze van signalen aan kabelexploitanten geen rol.

III. JURIDISCH: DE CENTRALE ROL VAN DE FILMREGISSEUR

III.1 Regisseur is hoofdmaker filmwerk

100. Filmwerken zijn auteursrechtelijk beschermde werken in de zin van artikel 10(1)(10) Aw. Artikel 45a lid 2 Aw bepaalt dat de makers van een filmwerk de personen zijn die tot het ontstaan daarvan een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd. In de MvT bij de invoering van art. 45a Aw begin jaren 1980 heeft de wetgever verduidelijkt⁵:

“Makers zullen bijvoorbeeld zijn de regisseur, de scenarioschrijver, degene die een bestaand werk met het oog op de verfilming bewerkt, de componist van de filmmuziek, de cameraman.”

101. De regisseur wordt dus als eerste maker van een filmwerk genoemd. Aan hem komt het auteursrecht toe op dat werk. De regisseur heeft de exclusieve rechten van openbaarmaking en verveelvoudiging van het filmwerk in de zin van art. 1 jo. 11 en 12 Aw.
102. In diverse latere EG richtlijnen is zelfs expliciet vastgelegd dat de hoofdregisseur wordt beschouwd als dé auteur van een filmwerk.
103. Zo bepalen artikel 1 lid 5 van de "SatKab richtlijn"⁶ en artikel 2 lid 2 van de "Verhuurrichtlijn"⁷:

“In deze richtlijn wordt de hoofdregisseur van een cinematografisch of audiovisueel werk beschouwd als de auteur of één van de auteurs. De Lid-Staten kunnen bepalen dat andere personen als co-auteur worden beschouwd.”

104. In art. 2 lid 1 van de Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht ging de Europese wetgever nog een stap verder, door te bepalen dat de regisseur niet alleen binnen het kader van die richtlijn,

⁵ Kamerstukken II 1980-1981, 16 740, nrs. 3-4 p. 11.

⁶ Richtlijn 93/83/EEG 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

⁷ Voorheen Richtlijn 92/100, nu Richtlijn 2006/115/EG betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom

maar in het algemeen als auteur van het filmwerk moet worden beschouwd:

“De hoofdregisseur van een cinematografisch of audiovisueel werk wordt als de auteur of een van de auteurs beschouwd. Het staat de lidstaten vrij andere personen als coauteur aan te wijzen.”

105. Als gevolg daarvan is de hoofdregisseur nu de enige persoon die in alle lidstaten van de Unie als maker van een filmwerk wordt beschouwd, aldus de Europese Commissie:⁸

“Met Richtlijn 92/100/EEG werd de notie ingevoerd dat de hoofdregisseur van een audiovisueel of cinematografisch werk als de auteur of als een van de auteurs van dat werk moet worden beschouwd. Dit heeft duidelijk tot een sterkere positie van de hoofdregisseur geleid, aangezien de lidstaten hun wetgeving geleidelijk hebben aangepast.”

106. De regisseur kan zich dus verzetten tegen de openbaarmaking van het door hem geregisseerde filmwerk.
107. De Hoge Raad heeft al in het begin van de jaren 1980 bevestigd dat ook de Kabeldoorgifte van een in televisieprogramma's vervat filmwerk een auteursrechtelijke openbaarmaking oplevert.

IV. DE GESCHIEDENIS VAN HET KABELDOORGIFTERECHT

IV.1 Inleiding

108. Als **productie 24** is overgelegd een document dat de geschiedenis van het kabeldoorgiftenrecht beschrijft. Ik verwijs naar dat stuk dat als hier herhaald en ingelast dient te worden beschouwd.
109. Daaruit blijkt dat de wetgever met artikel 26a Aw aansluiting heeft gezocht bij de Nederlandse praktijk. Die praktijk werd bevestigd als gevolg van het CAI arrest van de Hoge Raad. Die praktijk werd vastgelegd in de Kabelovereenkomsten, die model hebben gestaan voor heel Europa. Ik stip nog enkele punten aan.

IV.2 Omroepprogramma v. omroepuitzending

110. De Nederlandse wetgever koos met art. 26a Aw voor verplichte rechtenuitoefening door CBO's voor iedere kabeldoorgifte van een *“in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk”*. De tekst van artikel 26a Aw is daarmee niet geheel identiek aan artikel 9 lid 1 van de SatKab richtlijn. Dat spreekt immers van doorgifte van *“een omroepuitzending”*.

⁸ Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het auteurschap van cinematografische of audiovisuele werken in de Gemeenschap, COM/2002/0691 def., p. 12; zie ook p. 3 en 8.

111. Dat het hier niet gaat om een principiële onderscheid blijkt uit de overwegingen van de richtlijn, waarin afwisselend en overlappend wordt gesproken van *programma* (26 keer) en *uitzending* (28 keer). In artikel 1 lid 3 van de SatKab richtlijn wordt gesproken over de doorgifte van een eerste uitzending uit een andere Lid-Staat "*van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.*"

Nb: Ook in de Berner Conventie worden de begrippen uitzending en (uitgezonden) programma door elkaar gebruikt. Zo sprak art. 11 bis lid 1 (2) BC in de oorspronkelijke Franse tekst over de doorgifte per draad van "*l'oeuvre radiodiffusée*" en in de Nederlandse vertaling van het "*door de radio uitgezonden werk*" terwijl in de Engelse vertaling over de "*broadcast of the work*" werd gesproken; bij de herziening van de Berner Conventie van 1971 werd die Engelse tekst leidend, maar daarmee werd niet beoogd een nieuw criterium in te voeren. De Nederlandse wetgever vond deze wijziging zelfs zo irrelevant dat de oude Nederlandse tekst ("uitgezonden werk") van art. 11bis tot op de dag van vandaag behouden is gebleven.⁹

112. Doel van de SatKab richtlijn was om collectief beheer in te voeren voor de gelijktijdige doorgifte via de kabel van de eveneens door de omroepen uitgezonden programma's, niet voor de doorgifte van de specifieke door de omroep uitgezonden programmasignalen of uitzendingen. Daarom was "programma" zoals gebruikt in art. 26a Aw een logische en juiste term.

113. "Doorgifte van een omroepprogramma" is overigens ook semantisch juister dan "doorgifte van een omroepuitzending". Strikt genomen wordt immers de uitzending zelf niet doorgegeven (die staat op zichzelf) maar wel de daarin opgenomen programma's.

114. Voorzover aangenomen moet worden dat de Nederlandse wetgever aldus verder ging dan hetgeen zij in het kader van de SatKab richtlijn minimaal diende te realiseren was dat haar uitdrukkelijk toegestaan, omdat de richtlijn slechts voorziet in *minimum*harmonisatie. De wetgever mocht ter uitvoering van de richtlijn verder gaan dan deze (letterlijk) voorschrijft en mocht bovendien (ook gezien het tweede lid van artikel 11 bis lid 2 BC dat de invulling van de voorwaarden aan de lidstaat overlaat) uitvoering geven aan rechtspraak van haar eigen Hoge Raad.

115. De Nederlandse wetgever ging ook expliciet verder dan de richtlijn waar artikel 26a Aw niet beperkt is tot doorgifte van buitenlandse programma's, maar ook ziet op binnenlandse doorgifte van

⁹ Zie Kamerstukken II 1981-1982 16739, nr. 4; zie ook Advocaat-Generaal Sharpston die in zijn conclusie van 13 juli 2006 bij de Rafael Hoteles zaak (C-306/05) stelt: "Artikel 11 bis, lid 1, sub ii, is niet zo duidelijk in het Engels. De Franse versie is duidelijker: „*toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'oeuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine.*"

programma's via de kabel.¹⁰ De wetgever vat een en ander als volgt samen:

“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.(...)” (p. 8)

“Deze nieuwe artikelen beperken zich niet, zoals de EEG-richtlijn, tot grensoverschrijdende kabeldoorgifte van programma's afkomstig uit andere EG-lid-staten, maar hebben betrekking op alle vormen van kabeldoorgifte, zowel van programma's uit derde landen als van binnenlandse programma's.” (p. 2)

IV.3 Rechtspraak HvJEU

116. In de rechtspraak van het HvJEU¹¹ is bij alle vormen van verspreiding door het HvJEU een “mededeling aan het publiek” aangenomen. Slechts in het geval van openbaarmaking in de wachtkamer van de individuele tandarts was dat anders.
117. Uit de genoemde rechtspraak blijkt voorts dat het belang van de auteur en zijn redelijke en billijke vergoeding bij openbaarmaking (mededeling aan het publiek) telkens voorop staat. Nergens blijkt uit dat de Europese wetgever bepalingen als die van artikel 26a Aw, waarmee voor auteurs een billijke vergoeding wordt gewaarborgd, heeft willen inperken, laat staan dat zij dat heeft willen doen ten koste van de auteur, zoals Gedaagden kennelijk menen.
118. Voorts staat overal de techniekonafhankelijkheid voorop. Net als de Hoge Raad en de nationale wetgever heeft de EU wetgever uitdrukkelijk niet willen vasthouden aan de techniek van de jaren '80.
119. Over het artikel van Dirk Visser uit 2007 (prod. 4 UPC en Ziggo), waarin met deze rechtspraak geen rekening wordt gehouden kom ik zo te spreken.

V. ARTIKEL 26A: TOESTEMMING VAN VEVAM VEREIST

V.1 Art. 26a Aw is zeer duidelijk

120. De tekst van artikel 26a laat aan duidelijkheid niets te wensen over: toestemming voor gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte doorgifte via de kabel van in een televisieprogramma opgenomen werk kan alleen worden gegeven door een collectieve beheersorganisatie.

¹⁰ Kamerstukken II 1993-1994, 23813, nr. 3.

¹¹ Zie productie 24.

121. Artikel 26 Aw bepaalt dus dat als sprake is van:
- i. een werk dat is opgenomen in een radio- of televisieprogramma
 - ii. en dat gelijktijdig, onverkort en ongewijzigd wordt doorgegeven
 - iii. via de kabel,
 - iv. dan is dat een openbaarmaking waarvoor toestemming nodig is,
 - v. die toestemming kan alleen door een CBO gegeven worden,
 - vi. regisseurs zelf kunnen geen toestemming voor die openbaarmaking geven.

V.2 Gelijktijdige doorgifte door een ander organisme

122. Het toestemmingsrecht voor Kabeldoorgifte wordt exclusief door de CBO uitgeoefend ex art. 26a lid 1 Aw, als het programma van de televisie- of radio-omroep door de kabelexploitant (een ander organisme) gelijktijdig ongewijzigd en onverkort wordt doorgegeven.
123. We hebben het vandaag over televisieprogramma's van de omroepen die door de kabel worden (weder)doorgegeven. Dat gebeurt gelijktijdig met de (eigen) uitzending van de omroep via de ether en via satelliet (en soms via de eigen website). Dat gebeurt bovendien door een ander organisme dan de omroepen, namelijk: de kabelexploitanten. De kabelexploitanten zijn een "ander organisme" dan de omroepen en geven de programma's *van de omroepen* op het zelfde moment, ongewijzigd en onverkort door aan hun eigen abonnees.

V.2.1 *Gelijktijdig, ongewijzigd en onverkort*

124. *Gelijktijdig*: De kabelexploitant geeft het programma dat hij (op welke wijze dan ook) ontvangt meteen door: gelijktijdig aan de aanlevering/ontvangst en gelijktijdig met de uitzending door de omroep via de ether en satelliet (en internet en op via eigen website van de omroep).
125. *Ongewijzigd en onverkort*: De kabelexploitant wijzigt niets aan de inhoud, de redactie, volgorde, zendschema etc. Het is het programma van de omroep, maar en de kabelexploitant geeft het "met huid en haar" door aan zijn abonnees (overigens zijn eigen publiek).
126. GTST wordt om 7 uur ontvangen. De kabelexploitanten ontvangen de signalen van de omroepen en geven het programma in zijn geheel en ongewijzigd door aan hun abonnees: ook om 7 uur, zoals in het zendschema van de omroep is vastgelegd.
127. Die uitzending door de kabelexploitant geschiedt gelijktijdig met de uitzending van de omroepen via de ether en satelliet. van de kabelexploitant. Uit **productie 4** blijkt dat onverminderd via de ether

en de satelliet wordt uitgezonden. Dat geldt voor alle relevante omroepen.

V.2.2 Afzonderlijke openbaarmaking door een ander organisme

128. De Kabeldoorgifte gebeurt evident door een ander organisme. Ik ben al uitgebreid ingegaan op het feit dat UPC en Ziggo onder eigen verantwoordelijkheid uitzenden in pakketten. Dat contentaanbod wordt onder eigen verantwoordelijkheid verstrekt aan de eigen abonnee. Dat gaat volgens de eigen algemene voorwaarden met de eigen set top box en smart card van UPC en Ziggo.
129. Uit de algemene voorwaarden van UPC en Ziggo blijkt dat de uitzending volledig onder hun eigen verantwoordelijkheid geschiedt en dat het dus hun openbaarmaking is; op de inhoud en het uitzendschema van de omroepprogramma's hebben zij echter geen invloed.
130. Omroepen en kabelexploitanten zijn niet alleen geheel verschillende rechtspersonen, het zijn ook verschillende soorten bedrijven. Kabelexploitanten hebben ook een andere functie dan zenders en omroepen. Zij zijn naast contentaanbieder, aanbieder van internet en telefonie. Het aanbod van televisie is een onderdeel van de activiteiten en een onderdeel van het gehele contentaanbod.

N.B. Dat zal ook niet gauw anders worden, want er zijn veel verschillende omroepen en zenders, die gelijktijdig door enkele kabelexploitanten worden doorgegeven. Zou SBS bijvoorbeeld "kabelaar" worden, dan zou zij de programma's van RTL en andere concurrenten moeten doorgeven. Dat ligt niet voor de hand.

131. Daarmee is aan alle voorwaarden van artikel 26a Aw voldaan.

V.3 Er is sprake van "retransmission"

132. Uit hetgeen ik beschreven heb over de doorgifte van de programma's van de omroepen blijkt dat sprake is van "doorgifte" van en ook van "retransmission" of wederdoorgifte van de programma's van de omroep.
133. Ik verwijs naar wat ik zojuist zei: de kabelexploitanten ontvangen programmasignalen van de omroep (het maakt niet uit hoe) en "retransmitteren" dat door
- a) het signaal om te zetten in voor de kabel bruikbaar signaal
 - b) coderen van het signaal
 - c) verspreiden naar abonnees
 - d) die zij een set-top-box en een decodeer (smart) kaart hebben verschaft
134. Voor de "doorgifte" of "retransmission" in de zin van art. 26a Aw en de SatKab richtlijn is niet van belang wat er verder nog gebeurt met die programmasignalen. Van belang is dat de programma's van de omroep

worden doorgegeven door de kabelexploitant. Het gaat er om dat omroepen en kabelexploitanten gelijktijdig hetzelfde programma uitzenden dat bestemd is voor het publiek, niet of zij gelijktijdig hetzelfde programmasignaal uitzenden. Ook op dit punt voldoet artikel 26a Aw aan de SatKab richtlijn.

V.4 Regisseurs *kunnen* geen toestemming geven voor Kabeldoorgifte

135. Voor doorgifte van hun werken in omroepprogramma's door een ander organisme dan de omroep, hebben de regisseurs geen individuele contractuele toestemming gegeven. Zij hebben die toestemming de afgelopen 30 jaar (sinds de invoering van artikel 26a Aw) niet individueel *kunnen* geven omdat artikel 26a Aw het recht om toestemming te verlenen bij collectieve beheersorganisaties – in casu VEVAM - neerlegt.
136. Ook al beschikken regisseurs over alle rechten die het auteursrecht aan auteurs toekent, en ook al zouden zij en producenten dat willen, toestemming voor doorgifte via de kabel hebben zij sinds het tot stand komen van artikel 26a Aw in 1996 *niet kunnen verlenen*.
137. Zie ook de MvT, p. 8¹²:

“Het model dat in artikel 26a wordt voorgesteld is geïnspireerd door artikel 16d van de Auteurswet, dat voorziet in collectieve inning van de “privékopievergoeding” (...) Rechthebbenden kunnen niet meer op individuele basis hun toestemmingsrecht uitoefenen. Deze rechtspersoon [VEVAM, adv.] vertegenwoordigt rechthebbenden in en buiten rechte. De medewerking van de individuele rechthebbenden is geen vereiste. Deze regel leidt er bijvoorbeeld toe dat de rechtspersoon in rechte betaling kan vorderen van de terzake van de kabeldoorgifte verschuldigde vergoeding of een verbodsactie kan instellen indien de kabeldoorgifte geschiedt zonder zijn toestemming.”

138. Dat geldt ingevolge lid 2 van artikel 26a Aw voor alle rechthebbende regisseurs ter wereld, voor Kabeldoorgifte in Nederland, of deze regisseurs nu bij een CBO zijn aangesloten of niet. Dat is ook logisch, want zonder dat principe werkt het hele systeem van artikel 26a Aw niet. Dan blijven er immers alsnog “outsiders” over die het hele feest kunnen bederven, omdat de zender als nog “op zwart” gaat.
139. Dat strookt niet met de gedachte dat er slechts één loket is waarvoor men voor toestemming van regisseurs voor Kabeldoorgifte kan aankloppen. Als gezegd: in plaats van tienduizenden regisseurs individueel te benaderen, kan men terecht bij één loket: VEVAM, waarmee men periodieke afspraken over Kabeldoorgifte in Nederland kan maken.

¹² Kamerstukken II 1993-1994, 23813, nr. 3.

140. Daarom heeft het weinig zin *alle* regiecontracten van regisseurs over te leggen. Want voor zover regisseurs in die contracten toestemming hebben gegeven voor doorgifte via de kabel geldt dat die toestemming niet geldig is, nu regisseurs dergelijke toestemming *niet kunnen* verlenen.
141. Niettemin hebben we enkele contracten overgelegd. Daaruit blijkt dat zelfs wanneer de regisseur zijn rechten heeft overgedragen aan de producent, er steevast een voorbehoud voor "VEVAM" rechten en vergoedingen gemaakt is en wordt. Alleen Talpa weigert hardnekkig met een clause akkoord te gaan. Daar zal hierna bij de bespreking van de contractuele aanspraken van VEVAM nog nader op worden ingegaan.
142. Dat is pas anders als de Nederlandse wet en in het bijzonder artikel 26a Aw wordt gewijzigd. Dat is niet het geval en dat zit er ook niet aan te komen. Er is dus sprake van een publiek dat zij niet voor ogen hadden.

V.4.1 Kabeltelevisie is sinds begin jaren '80 de standaard

143. Als gezegd is televisie via de kabel sinds begin jaren '80 de standaard. In korte tijd schakelde heel Nederland om van de antenne naar de kabel.
144. Gedaagden stellen dat tegenwoordig niemand meer kan zeggen dat de regisseur niet weet dat wanneer hij het contract tekent met de producent, het werk ook op de kabel komt. Dat is juist, maar het is irrelevant, want dit is sinds het begin van de jaren '80 het geval. De regisseur weet al 30 jaar dat zijn werk via de kabel aan talloze huishoudens wordt doorgegeven, maar hij weet als gezegd dat hij *daarvoor* niet door de producent, maar door VEVAM betaald wordt.

V.5 Artikel 12 lid 1 sub 5 Aw

145. Artikel 12 Aw geeft verschillende vormen van openbaarmaking, zonder uitputtend te zijn en zonder daar een kwalificatie aan te verbinden. Eigenlijk worden nagenoeg alle bekende openbaarmakingsvormen reeds in artikel 12 lid 1 sub 1^o genoemd. Met de invoering van art. 26a Aw werd ook art. 12 lid 1 sub 5 toegevoegd aan de Auteurswet. Dat artikel bepaalt (enigszins ten overvloede) dat onder openbaarmaking van een werk ook wordt verstaan:

"Het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet of een andere zender of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1. van de Mediawet 2008."

146. Het artikel ziet op *alle* in een radio- of televisieprogramma opgenomen werken die via de kabel of satelliet worden aangeboden. Dat kunnen dus alle werken zijn die in een televisieprogramma zijn opgenomen, ongeacht waar die programma's vandaan komen. Artikel 26a Aw is een specialis daarvan: dat ziet op *gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte* doorgifte van programma's van de omroep via de kabel.

147. Daarnaast ziet artikel 12 lid 1 sub 5 Aw bijvoorbeeld op video on demand en catchup diensten, die niet gelijktijdig met het televisieprogramma van de omroep worden uitgezonden. Daarvoor kunnen de kabelexploitanten tijdig toestemming van rechthebbenden verwerven, dus daarop is artikel 26a Aw niet van toepassing.

V.6 Airfield

148. Hoewel de Airfield uitspraak ziet op de mededeling per satelliet, is deze tot op zekere hoogte ook relevant voor Kabeldoorgifte.

- Ook kabelexploitanten als Ziggo en UPC bieden *pakketten* aan van televisieprogramma's.
- Net als Airfield hebben ook de kabelexploitanten geen zeggenschap over de programma's en de uitzendschema's van de omroepen;
- De kabelexploitanten gaan verder dan het louter ter beschikking stellen van fysieke installaties: zij hebben een eigen abonnee-publiek en een zelf samengesteld zenderpakket.
- Ook bij kabeldoorgifte kan (nog steeds) worden gesteld dat de rechthebbenden zowel toestemming moeten geven aan de omroepen als aan de kabelexploitanten en dat de directe aanlevering daar geen verandering in heeft gebracht.
- Airfield ondersteund de notie dat er twee partijen verantwoordelijk kunnen zijn voor één openbaarmaking.

149. In Airfield heeft het HvJEU uitgemaakt dat zelfs bij directe aanlevering door de omroepen aan de Astra satelliet op grond van de SatKab richtlijn (ook) sprake is van een openbaarmaking door Airfield en Canal Digitaal, omdat zij aan de omroepen decodeersleutels verschaffen. Dan valt niet in te zien waarom directe aanlevering van het programmasignaal door de omroepen aan de kabelexploitanten opeens artikel 26a Aw op zijn kop zou zetten omdat geen sprake meer is van een ("primaire" en "secundaire") openbaarmaking.

V.6.1 Hof van beroep Antwerpen SABAM / TELENET

150. In de zaak vroeg TELENET een verklaring voor recht dat "directe injectie" van een omroepprogramma geen "kabeldoorgifte" oplevert in de zin van artikel 52 van de Belgische Auteurswet. Dat is de Belgische pendant van artikel 26a Aw en is eveneens gebaseerd op artikel 11bis(1)(2^o) Berner Conventie en 9.1. SatKab.
151. Anders dan de rechtbank wees het Antwerpse hof die vordering af. Volgens het Hof is ook in geval van directe injectie, sprake van kabeldoorgifte.

152. Artikel 52 BAw is anders geformuleerd dan artikel 26a Aw. België heeft, anders dan de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid het recht ruimer te formuleren dan artikel 9.1 SatKab.

“Onder doorgifte via de kabel wordt verstaan de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van televisie- of radioprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.”

153. Artikel 53 BAw bepaalt dat toestemming voor kabeldoorgifte alleen door “vennootschappen van beheer van rechten” kan worden gegeven.

154. Het Hof overweegt dat bij directe injectie geen sprake is van twee openbaarmakingen, maar volgens het Hof is dat geen vereiste voor toepassing van het Belgische pendant van artikel 26a Aw.

155. Het Hof verwijst naar het Norma/NLKabel arrest (p.47) en naar de Airfield uitspraak van het HvJEU (p. 48), en stelt vast dat de interventie van TELENET een andere is dan in Airfield, namelijk: directe injectie.

156. Het Hof stelt zich de vraag wie bij directe injectie verantwoordelijk is voor de “primaire” uitzending via de kabel en wie de rechten hiervoor dient te regelen. Anders dan de rechtbank meent het hof dat die verantwoordelijkheid voor die openbaarmaking bij de kabelexploitant ligt.

157. Het Hof concludeert op pagina 50 kort en krachtig:

“TELENET zorgt bij directe injectie voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel, aan het publiek, van een eerste uitzending, van een televisieprogramma die voor ontvangst van het publiek bestemd is.

Directe injectie is een kabeldoorgifte. Gelet op de wettelijke bepalingen is de toestemming van de rechthebbenden vereist.”

158. Het Hof wijst de verklaring voor recht vervolgens af.

159. Hoewel art. 52 BAw dus naar artikel 9.1 SatKab gemodelleerd is, valt directe injectie volgens het hof onder kabeldoorgifte en heeft de kabelexploitant daarvoor toestemming van de rechthebbende (lees: de CBO, art. 53 BAw) nodig.

160. Het maakt niet uit of sprake is van één openbaarmaking of twee elkaar opvolgende openbaarmakingen. Voor doorgifte door de kabel van een televisieprogramma van de omroep moet de kabelexploitant bij de CBO aankloppen.

161. Het is een praktische oplossing die zeer voor de hand ligt. Zoals ook AG Frankx al bij het CAI arrest van de Hoge Raad zei verdienen de kabelaars met de openbaarmaking aan hun abonnees. Dan ligt het ook voor de hand dat zij daarvoor met de CBO afrekenen.

VI. VERWEREN GEDAAGDEN

VI.1 “Secundaire openbaarmaking”

162. Gedaagden hebben de mond vol van wat zij “secundaire openbaarmaking” noemen. U zult straks het woord secundaire openbaarmaking talloze keren horen. Hiervoor kwam al aan de orde dat het begrip “secundaire openbaarmaking” niet door de Hoge Raad is gebruikt en ook niet in de wetgeving voorkomt (zie ook **productie 24**). Niettemin is het begrip een geheel eigen leven gaan leiden.
163. Het begrip secundaire openbaarmaking is juist voor zover daarmee wordt bedoeld het gelijktijdig, ongewijzigd en onverkort doorgegeven van een programma door een ander organisme dan het oorspronkelijk organisme (de omroep) die datzelfde programma (primaire) uitzendt.¹³
164. Secundair kan echter verschillende dingen betekenen. In het algemeen is secundair iets dat op de tweede plaats komt en minder belangrijk is dan hetgeen “primaire” is. Ook wordt secundair wel gebruikt als “tweede in een rij”.
165. Bij die semantiek wordt heel handig aangehaakt door Gedaagden: slechts als de openbaarmaking “tweede in een rij” of “minder belangrijk” is, is sprake van “secundaire openbaarmaking”. Volgens Gedaagden *moet de secundaire openbaarmaking uit een primaire openbaarmaking voortkomen*.
166. De Hoge Raad en de wetgever hebben met artikel 26a Aw destijds niet bedoeld te zeggen dat de relevante openbaarmaking “tweede in een rij” moet zijn, maar dat sprake is van een relevante openbaarmaking *naast* de toen reeds bestaande etheruitzending (en satellietuitzending). Dus: niet “secundair”, maar “separaat” aan de andere wijzen waarop de programma’s van de omroepen “het publiek” (kunnen) bereiken.
167. Oftewel: “Afzonderlijk”. Het gaat dus om de openbaarmaking door een ander organisme naast het oorspronkelijke organisme, waarover artikel 11bis lid 2 BC ook spreekt. Dat artikel is volgens de wetsgeschiedenis neergelegd in artikel 12 lid 6 Aw. Daarover zo meer.

VI.1.1 *Tweede in een rij was destijds de praktijk*

168. Wel is juist dat destijds, in de jaren ‘60 – ‘80 de praktijk was dat de etheruitzending de eerste openbaarmaking was en de kabeldoorgifte was destijds inderdaad tweede in een rij. Daarom is daar wel een van gezegd dat het om een secundaire openbaarmaking ging. Daar is Herman Cohen Jehoram in de jaren ‘70 mee begonnen.

¹³ Aldus bijvoorbeeld J.H. Spoor en G.J.H.M. Mom, “Cable Television in Dutch Copyright Law”, verschenen in: Cable Television. Media and Copyright Law Aspects. Reports to an ALAI Symposium, Deventer: Kluwer 1983, p. 160 e.v. en H. Cohen Jehoram, Kernpunten van Intellectuele Eigendom en Mediarecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 116.

169. Nergens uit blijkt dat de wetgever met artikel 26a Aw slechts aan de CBO's het exclusieve toestemmingsrecht heeft willen toekennen voor openbaarmaking die "tweede in een rij" is of "uit een eerdere openbaarmaking voortkomt." Daar is ook geen enkele ratio voor.
170. Zoals uitgebreid onderbouwd (productie 24) waren Hoge Raad, de Nederlandse wetgever en de EU wetgever juist voorstander van een *techniekonafhankelijke* aanpak.
171. Aan VEVAM is als gezegd het recht toegekend toestemming te geven voor gelijktijdige onverkorte en ongewijzigde doorgifte via de kabel door kabelmaatschappijen (een "ander organisme") van programma's van de omroepen, die daarnaast ook via ether (en satelliet) worden uitgezonden.

VI.1.2 *Artikel 12 lid 6 Aw*

172. Dat sluit ook aan bij artikel 12 lid 6 Aw. Dat artikel gaat over de gelijktijdige uitzending van een radio- of televisieprogramma door een ander organisme:

"Als afzonderlijke openbaarmaking wordt niet beschouwd de gelijktijdige uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door hetzelfde organisme dat dat programma oorspronkelijk uitzendt."

173. Let hier in de eerste plaats op het begrip "afzonderlijke openbaarmaking". In dit voor onze zaak relevante artikel wordt dus niet gesproken van "secundaire openbaarmaking" maar (in lijn met onze redenering) van "afzonderlijke openbaarmaking". Van zulke "afzonderlijke openbaarmaking" is geen sprake zolang het programma door de omroep zelf wordt uitgezonden.
174. Als het programma van de televisieomroep gelijktijdig door een *ander organisme* wordt uitgezonden is wel sprake van een afzonderlijke openbaarmaking.

VI.1.3 *CAI arrest*

175. De enige keer dat de Hoge Raad het woord "secundair" bezigt in het CAI arrest, is waar zij de stellingen van de filmmaatschappijen weergeeft. (r.ov. (tweede) 7):

"De filmmaatschappijen hebben, in de feitelijke instanties, bij herhaling betoogd dat CAI-Amstelveen, door haar ten processe omschreven handelwijze (waarbij zij, als exploitant van CAI-Amstelveen, van de desbetreffende televisie-uitzendingen een (secundair) gebruik maakte), een eigen (nieuwe) mogelijkheid heeft benut tot exploitatie van de desbetreffende auteursrechtelijk beschermde werken; alsmede dat reeds daarom i.c. sprake was van een 'openbaarmaking' in de zin van de artt. 1 en 12 Auteurswet 1912 (resp. van een 'communication publique' in de zin van art. 11bis lid 1 sub 2e Berner Conventie."

176. AG Frankx noemt in zijn conclusie (par. 4) de door Cohen Jehoram gebruikte term “secundaire openbaarmaking” in het kader van artikel 12 lid 6 (destijds 12 lid 4). Met secundaire openbaarmaking wordt dus niets anders bedoeld dan “afzonderlijke openbaarmaking” in artikel 12 lid 6 Aw.

VI.1.4 Het artikel van Dirk Visser uit 2007

177. Gedaagden schermen met (als een van de weinige producties) het artikel van Dirk Visser uit 2007 in AMI. Dirk Visser is, zoals hij in het artikel ruiterlijk toegeeft,¹⁴ adviseur van de VECAI (thans NLKabel); zeg maar: Gedaagden Ziggo en UPC.
178. Reeds om die reden mogen de woorden van Visser, die als NLKabel adviseur van het plagen van collectieve beheersorganisaties zijn hobby heeft gemaakt, met een korrel zout worden genomen. Het is dit artikel wat vervolgens door Jan en Alleman en ook door het Haagse Hof in Norma min of meer is overgeschreven.
179. Visser start met de premisse:

“In de jaren tachtig van de vorige eeuw oordeelde de Hoge Raad dat de gelijktijdige en onverkorte doorgifte van omroepuitzendingen via de kabel een ‘secundaire openbaarmaking’ oplevert.”

Let op de accolades om de woorden “secundaire openbaarmaking”.

180. Dat is dus meteen mis. De Hoge Raad heeft de woorden secundaire openbaarmaking niet in de mond genomen. Visser schrijft dit niettemin, nog maar eens twee keer op (eerste pagina, tweede kolom) en derde pagina (tweede kolom).
181. Als gezegd is de term “secundaire openbaarmaking” op zich niet een te verketteren term, maar wel als men deze uitlegt als: “*de eerste openbaarmaking moet uit de tweede voortkomen*”. En zo gebruikt Visser hem ook. Daarvoor voert hij geen enkele grond aan, behalve dan dat hij dit ten onrechte aan de Hoge Rad toeschrijft.
182. Het hele artikel bouwt voor op die premisse en is reeds daarom gewoon fout. Voor een juiste beschrijving van de geschiedenis van het kabeldoorgifrecht verwijs ik naar **productie 24**.
183. Visser lijkt, ookal is hij VECAI adviseur, te erkennen dat ten aanzien van het mededelingsrecht inzake *kabeldoorgifte* slechts sprake is van minimumharmonisatie. De Nederlandse wetgever kon ook volgens Visser dus verder gaan, hetgeen zij als gezegd met artikel 26a Aw gedaan heeft. Voor het overige herhaalt Visser, net als gedaagden, de evident verkeerde secundaire openbaarmakingsmantra.

¹⁴ Zie rechtsboven in het grijze kader.

De verklaring van Sylvia Brandsteder

184. Kennelijk bij gebrek aan enig ander materiaal leggen UPC en Ziggo dan nog een volstrekt achterhaalde *interne notitie* van Sylvia Brandsteder van VEVAM uit 2009 over. Het is duister hoe UPC en Ziggo hier beslag op hebben weten te leggen, nu het om een vertrouwelijke interne notitie gaat. Het is nog veel erger dat UPC en Ziggo de euvele moed hebben om een interne notitie van VEVAM over te leggen.
185. Het betreft een interne notitie van Brandsteder die toen koud drie maanden bij VEVAM werkte. Zij had de kabellobbyretoriek (van o.a. Visser) gelezen en wenste te anticiperen op die stellingname. Brandsteder gebruikt uitdrukkelijk het woord “mogelijk”.
186. Het was immers één van de theorieën die toen werden geventileerd. Daarbij heeft zij geen nuances aangebracht omdat het een *interne notitie* betrof, waarvan zij niet verwachtte dat derden daar beslag op zouden leggen die 4 jaar later in een procedure naar buiten zou worden gebracht door UPC en ZIGGO.
187. Ik kan talloze interne notities van VEVAM overleggen waarin VEVAM ook de andere theorieën van de kabelproblematiek analyseert, maar dat lijkt me niet nodig.

VI.2 Methode van aanlevering signaal niet relevant

188. Gedaagden stellen dat in 2001 alles anders is geworden, want toen kwam de “Media Gateway”. Zij stellen dat sindsdien zenders direct door omroepen aan de kabel worden doorgegeven.
189. Als gezegd is de methode van aanlevering geen relevant criterium voor artikel 26a Aw (dagvaarding, sub 100). Nergens is daar voeding voor te vinden.
190. Voor die stelling is ook geen ratio te vinden. De ratio van artikel 26a Aw was als gezegd om de bestaande praktijk van Kabeldoorgifte na het arrest van de Hoge Raad vast te leggen. Die bestaande praktijk was dat kabelexploitanten voor Kabeldoorgifte van omroepprogramma’s betaalden aan collectieve beheersorganisaties. De ratio was niet gelegen in de specifieke wijze van aanlevering aan de kabelexploitanten.

VI.2.1 Artikel 26a Aw was geen tijdelijke regeling

191. De kabelexploitanten willen ons kennelijk doen geloven dat artikel 26a Aw, dat in 1996 in werking trad, vijf jaar later al weer achterhaald was. Toen, in 2001 was daar immers de Media Gateway, via welke volgens Gedaagden (sommige) programma’s door de omroepen aan de kabelexploitanten worden aangeleverd.
192. Dit is om zeer veel redenen onjuist. De meeste heb ik al genoemd. Natuurlijk was artikel 26a Aw niet bedoeld als een tijdelijke regeling die

maar 5 jaar diende te gelden. Art 26a Aw is uitdrukkelijk techniek neutraal. Het diende om Kabeldoorgifte op lange termijn te regelen.

193. Het is goed mogelijk dat de aanleverwijze spoedig weer wijzigt. Moet dan het auteursrecht dan weer meehobbelen, en zijn regisseurs dan volgens Gedaagden afhankelijk van de gebruikte techniek van aanlevering opeens weer wel gerechtigd tot Kabelvergoeding?
194. Als gezegd is het recht inzake kabeldoorgifte volgens de Nederlandse en EU wetgever en de Hoge Raad juist als een robuust, techniek onafhankelijk recht en niet een recht dat telkens wijzigt naar gelang de techniek van aanleveren wijzigt.

VI.3 Geen bewijs inzake Media Gateway, directe aanlevering

195. Gedaagden procederen nu al 6 jaar over hun Kabelrechten, tegen diverse CBO's, maar zij hebben nog nooit een snipper bewijs overgelegd van deze "Media Gateway", die volgens hen het hele auteursrecht op zijn kop heeft gezet en alle CBO's na jaren van trouwe dienst overbodig heeft gemaakt.
196. In de dagvaarding, waarover Gedaagden ruim vier weken beschikken, is betwist dat de Media Gateway relevant is voor deze zaak. Gedaagden zouden over alle informatie aangaande de Media Gateway moeten beschikken, zoals lijsten en overeenkomsten van aangesloten zenders. Maar Gedaagden hebben dienaangaande niets overgelegd. In de Norma zaak is de rol van de Media Gateway om onbegrijpelijke redenen niet betwist.¹⁵
197. Als gezegd is alles in mysteriën gehuld. Ook hier zijn Gedaagden niet transparant. Ook in eerdere procedures is niets over de Media Gateway onthuld. Alles wat daarover wordt gezegd wordt daarom uitdrukkelijk betwist.

VI.3.1 Veel zenders worden niet via Media Gateway doorgegeven

198. Van belang is dat hoogstens een zeer klein deel van de honderden zenders die UPC en Ziggo doorgeven *mogelijk* wordt doorgegeven via de Media Gateway. Uit **productie 13**, p. 4 en 5 blijkt dat de Media Gateway hoogstens diensten verricht voor Nederland 1, 2 en 3, Eredivisie Live, en SBS. Voor RTL verzorgt zij de *ondertiteling*. VEVAM betwist uitdrukkelijk dat via de Media Gateway ook nog (aan) andere(n) diensten worden verleend.
199. Waar Gedaagden stellen dat het 30 jaar functionerende Kabelrecht inmiddels op zijn kop staat omdat de techniek is gewijzigd rust op hen de last dat aannemelijk te maken. Maar verder dan een artikeltje van Visser (geen technicus) en het arrest in Norma kabel, waar het Hof met een curieuze haarspeldbocht het bewijs van het tegendeel van de niet

¹⁵ Zie r.o. 4.3 van het Hof.

bewezen stelling van NLKabel (r.ov. 4.3) bij Norma heeft gelegd, komen zij niet.

200. Als gezegd maken de kabelexploitanten voor zeer veel - met name buitenlandse - zenders gebruik van satelliet signalen. De kabelexploitanten hebben als gezegd zelf schotels staan om die uit de lucht te plukken.
201. Het staat niet ter discussie dat de doorgifte van per satelliet uitgezonden programma's onder artikel 26a Aw valt. Voor alle zenders die op deze wijze worden doorgegeven geldt dus ook volgens Gedaagden dat zij daar voor moeten betalen. RoDAP erkent zelf in een e-mail aan de NMa dat in ieder geval voor buitenlandse zenders nog onverkort sprake is van "retransmissie" (**productie 22, P. 15**). Niettemin heeft VEVAM daar nooit een verzoek tot toestemming van de kabelexploitanten voor ontvangen.
202. Dus zelfs waar zij zelf erkennen dat zij toestemming nodig hebben, lappen Gedaagden de rechten van VEVAM en de regisseurs aan hun laars.

VI.4 De "keten"

203. Gedaagden hebben de mond vol over een "*keten van rechten*" die begint bij de producent. De maker is voor het gemak, in de traditie van Gedaagden, maar helemaal uit die keten gesneden. Zij hebben een ingewikkeld systeem bedacht waarmee de rechten via de producent altijd op de (voor hen) juiste plaats terecht komen. Gedaagden hebben voor de gelegenheid zelfs een producentenrecht verzonnen dat een hogere rang heeft dan het auteursrecht. In de wet is overigens nergens een verwijzing naar die keten te vinden.

VI.4.1 VEVAM is al 30 jaar onderdeel van de "keten"

204. Voorzover sprake is van een keten zijn de CBO's, waaronder VEVAM, daar al 30 jaar een onmisbaar onderdeel van. 30 jaar lang was er geen vuiltje aan de lucht tot enkele jaren geleden.
205. Enkel jaren geleden zijn kabelexploitanten begonnen met een verdeel en heers tactiek. Zij gebruiken juridische foefjes zoals "de secundaire openbaarmaking die uit de primaire openbaarmaking voortkomt" om de rechten van regisseurs en andere makers te ontkennen. Daarmee hebben ze zelf een belangrijk deel van de rechtenketen opgeblazen. Als gevolg daarvan zijn de makers wakker geworden en claimen zij thans waar zij recht op hebben.

VI.5 Het voorgestelde "ketenmodel" zal nooit werken

206. Uit het voorgaande blijkt dat het voorgestelde ketenmodel waarbij de producent alle taken van bestaande CBO's voor zijn rekening neemt onhoudbaar is, immers:

- De theorie van de "secundaire openbaarmaking" faalt.
- De methode van aanlevering is niet relevant voor de Kabeldoorgifte.
- Er is nog steeds sprake van doorgifte van via de satelliet ontvangen programma(signalen).

207. Daar komt nog het volgende bij:

- 1) Buitenlandse regisseurs en producties komen niet aan bod.
- 2) RoDAP vertegenwoordigt alleen *Nederlandse* producenten en omroepen.
- 3) Er ligt 30 jaar aan VEVAM clausules.
- 4) Producenten hebben lang niet altijd de rechten.

VI.5.1 Situatie buitenland

208. Van belang dat de door Gedaagden voorgestelde "ketenbenadering" geen rekening houdt met het buitenland. Deze ziet alleen op Nederlandse producties. Ook daar blijven dus talloze "outsiders" bestaan.

VI.5.2 VEVAM vertegenwoordigt ook buitenlandse regisseurs

209. Als gezegd vertegenwoordigt VEVAM ook de buitenlandse regisseurs. Gedaagden zullen dat niet betwisten gezien de schikkingsovereenkomst, waarbij ook de producenten-CBO's SEKAM en AGICOA partij zijn (**productie 12**).

210. Hier hebben we dus te maken met een eindeloze hoeveelheid "outsiders". Gedaagden hebben voor buitenlandse regisseurs geen rechten verworven. Dat kunnen zij immers alleen via VEVAM.

VI.5.3 RoDAP vertegenwoordigt geen buitenlandse producenten/omroepen

211. Voorts is van belang dat RoDAP helemaal geen buitenlandse producenten en omroepen vertegenwoordigt. Zij kan dus geen toestemming verlenen voor buitenlandse producties. Nog meer outsiders dus.

VI.5.4 30 jaar films met VEVAM clausules

212. Feit is voorts dat er de laatste 30 jaar talloze speelfilms, series en andere programma's gemaakt zijn waarvoor een VEVAM clausule geldt. Als **productie 14** en **productie 22** zijn daar een aantal voorbeelden van overgelegd. Veel van die filmwerken worden nog met regelmaat op televisie uitgezonden. Ook daar zitten in de redenering van Gedaagden dus nog talloze "outsiders".

VI.5.5 Producenten hebben lang niet altijd de rechten

213. In het voorgaande bleek dat producenten lang niet altijd de rechten hebben.

214. Dat kan ook om heel veel andere redenen dan de reeds genoemde het geval zijn. Neem bijvoorbeeld het grootste en meest succesvolle Nederlandse speelfilm-productiehuis aller tijden: First Floor Features. Dat ging in 2004 failliet. De curator heeft de boedel verkocht aan de hoogste bidder. Een slimme zakenman, de heer Klapwijk, heeft met zijn bedrijfje Armada zeer veel rechten uit het faillissement opgekocht en aan Jan en Alleman verkocht. Een van de mooiste catalogi van films is nu dus versplinterd in diverse handen. Zie bijvoorbeeld **productie 23**. Ook hier dus weer talloze “outsiders.”

VI.6 Ketensargument is gelegenheidsargument

215. Uit het voorgaande blijkt dat de “uitzendketen” talloze ontbrekende en zwakke schakels vertoont. Het levert Gedaagden allerm minst de zekerheid op die zij veinzen. Het ketensargument lijkt dan ook eerder een gelegenheidsargument om beslag te kunnen leggen op de voor de regisseurs bestemde Kabelvergoedingen.
216. Dat is nu precies het probleem dat de wetgever voorzien heeft en waarvoor zij het recht om toestemming te verlenen voor kabeldoorgifte bij collectieve beheersorganisaties heeft neergelegd.

VI.7 One stop shop voor regisseurs via VEVAM

217. Via VEVAM is men voor wat betreft de regisseurs in één keer klaar. Met toestemming van VEVAM heeft men meteen voor alle uitzendingen 100% dekking ten aanzien van binnenlandse en buitenlandse rechthebbende regisseurs voor Kabeldoorgifte in Nederland conform de te sluiten overeenkomst. Bovendien ontvangen die regisseurs de rechtmatige auteursrechtelijke vergoedingen.
218. VEVAM heeft overigens een aanzienlijk risico. Zij kan aangesproken worden door derden als zij haar werk niet goed doet. Dit risico neemt VEVAM Gedaagden dus uit handen.
219. Dat risico is voor VEVAM aanvaardbaar, omdat artikel 26c Aw bepaalt dat een claim op een CBO na drie jaar vervalt. De CBO heeft dus een risico voor drie jaar. Daarvoor houdt de CBO een reserve aan. Mochten er opeens (onverwachte) claims komen (hetgeen zich sporadisch heeft voorgedaan) dan ligt, mede gezien het beperkte risico, doorgaans een snelle regeling in het verschiet.
220. Kan het voor Gedaagden nog mooier? Nee, het kan niet mooier. In alle andere oplossingen zitten altijd gaten, en dus “outsiders”. Toestemming via rechtenorganisaties van makers is de enige oplossing. Het kost een beetje, maar je bent in één keer 100% gedekt. Bovendien geldt voor producenten geen driejaars risico beperking.
221. Men vraagt zich dus af waarom Gedaagden zo moeilijk doen. Het antwoord is duidelijk: de kabelexploitanten willen meer rechten voor minder geld, en hebben de producenten en de omroepen daarin

meegenomen. Daarmee hebben zij een ongekende hoop ellende veroorzaakt.

VI.7.1 Doorkruising "One stop shop" gedachte

222. Die insteek van Gedaagden botst ook met de door de nationale en EU wetgever gewenste "one stop shop"-oplossing: zoveel mogelijk centraal en *collectief geregelde* multi-territoriale licentieverlening voor (online) exploitatie van muziek- en filmwerken.¹⁶

223. Zie ook de MvT bij het wetsvoorstel auteurscontractenrecht¹⁷:

"Richtinggevend is dat er één digitaal loket (one-stop-shop) is, waar de gebruiker van auteursrechtelijk beschermd materiaal mee te maken heeft en waar hij zijn opgave kan doen van zijn auteursrechtelijk relevant gebruik en terecht kan met zijn klachten (...)"

224. De Europese Commissie benadrukt in haar voorstel voor een richtlijn "collectief beheer van auteursrechten en naburige rechten bij online exploitatie van muziekwerken" de centrale rol die CBO's daarbij kunnen hebben (ov. 2 considerans):

"Rechtenbeheerders maken het mogelijk dat rechthebbenden worden beloond voor vormen van gebruik die zij niet zelf zouden kunnen beheersen of handhaven, bijvoorbeeld op niet-binnenlandse markten. Bovendien spelen ze een belangrijke sociale en culturele rol als bevorderaars van de verscheidenheid van cultuuruitingen doordat ze de markt toegankelijk maken voor het kleinste en minst populaire repertoire."

Zie ook de toelichting op het voorstel:¹⁸

"Rechtenbeheerders spelen een zeer belangrijke rol, met name wanneer onderhandelingen met individuele makers onpraktisch zouden zijn en zeer hoge transactiekosten zouden meebrengen."

225. Daaruit blijkt ook dat de EU wetgever (nog steeds) een belangrijke rol voor de CBO's weggelegd ziet bij de collectieve en centrale uitoefening van (auteurs)rechten bij in steeds verdergaande mate grensoverschrijdende exploitatievormen.

¹⁶ Zie onder meer het Groenboek van de Europese Commissie van 13 juli 2011 "betreffende de onlinedistributie van audiovisuele werken in de Europese Unie: mogelijkheden en uitdagingen voor een digitale eengemaakte markt", COM(2011) 427, de Nederlandse kabinetsreactie daarop (Kamerstukken II, 2011-2012, 22112, nr. 1292, o.a. p. 11), het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité naar aanleiding van het groenboek van 22 mei 2012 (COM(2011) 427).

¹⁷ Kamerstukken II 2011-2012, 33308, nr. 3.

¹⁸ Europese Commissie, richtlijnvoorstel van 11 juli 2012, COM(2012) 372, 2012/0180 (COD), p. 2 .

226. Ook het Europees Economisch en Sociaal Comité ziet bij (online) exploitatie een rol voor het collectieve rechtenbeheer:

“Om deze procedures in te dammen stelt de Commissie een collectief beheer van de werken voor en een één-loket-systeem voor de collectieve licentieverlening van rechten.”

227. Zie ook de recente uitspraak van het Gerecht EU in de CISAC-zaak¹⁹:

“Verder dient rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat de structuren voor het collectieve beheer van de auteursrechten voor de in de bestreden beschikking aan de orde zijnde vormen van exploitatie hun oorsprong hebben in de structuren die worden aangewend voor de traditionele vormen van exploitatie (...). Het ontstaan van nieuwe informatietechnologieën waarmee werken “online” kunnen worden geëxploiteerd, impliceert echter niet dat deze structuren plotseling achterhaald zijn (...).”

228. In de plannen van de EU wetgever staan de CBO's dus centraal als instrumenten ter facilitering van een one stop shop en tegelijk de behartiging van de belangen van rechthebbenden. Ook daaraan doet de argumentatie van Gedaagden afbreuk.

VI.8 Gedaagden propageren een economisch recht

229. Het ketenverhaal, zoals uitgelegd door Gedaagden, leidt er met name toe dat zij die inhoudelijk niets aan het filmwerk bijdragen, alle centen opstrijken en de makers daar heel weinig van overhouden. Gedaagden bezien alles vanuit hun wens om een buitengewoon goede boterham te verdienen aan het openbaar maken van filmwerken. Maar zij vergeten daarbij de belangen van de makers, in het bijzonder de hoofdmaker van het filmwerk: de regisseur.
230. En dat is nu juist wat het HvJEU uitdrukkelijk niet wil. In de MvA in hoger beroep in de Norma zaak (sub 1.2 t/m 1.9) hebben de kabelexploitanten gesteld dat wat betreft filmwerken “de lusten moeten komen te liggen waar de lasten liggen.” Producenten en kabelexploitanten nemen alle risico's.
231. Dat is geheel in strijd met de opvatting van het HvJEU dat geen kans onbenut laat om het belang van een vergaande bescherming voor makers, in het bijzonder de hoofdmakers: regisseurs, te onderstrepen.

¹⁹ Gerecht EU 12 april 2013, T-442/08. In deze zaak waren het overigens de CISAC organisaties die moeite hadden met de één-loket gedachte, met name met de mogelijkheid om bij één CBO multi-territoriale licenties te verkrijgen. Het verzet daartegen van CISAC was tevergeefs. Wel oordeelde de HvJ EU dat de handelwijze van de CISAC organisaties geen ongeoorloofde mededing opleverde.

232. Gedaagden propageren een *economisch* recht. Maar het auteursrecht is juist een recht dat de *creatieve* prestatie van makers beoogt te belonen. Als auteurs een behoorlijke boterham kunnen verdienen, zullen zij meer en mooiere werken maken.

VI.9 Gedaagden zijn niet transparant

233. Uit al het voorgaande blijkt dat Gedaagden niet transparant zijn. Zij verschaffen geen inzicht in afspraken met andere CBO's, zij roepen iets over een Media Gateway, maar weigeren daar enige duidelijkheid over te verstrekken etcetera. Ondertussen willen zij de wereld doen geloven dat zij een transparant en redelijk model nastreven.
234. VEVAM streeft uitdrukkelijk naar openheid en transparantie, zodat alle partijen duidelijke afspraken kunnen maken en iedereen krijgt waar hij recht op heeft.
235. Zo snel mogelijk moeten alle CBO's van rechthebbenden weer gezamenlijk kunnen optrekken, zodat periodiek via één loket voor alle rechten toestemming kan worden verkregen. Dàt is het model van de toekomst. Niet het door Gedaagden voorgestelde houttje touwtje model.
236. Eens in de zoveel jaar gaan vertegenwoordigers van de rechthebbenden om de tafel met vertegenwoordigers van Gedaagden. Dat zullen best stevige onderhandelingen worden en dat zijn het altijd geweest.
237. Dat is ook waar we in Nederland goed in zijn: polderen. Een andere oplossing is er eenvoudig niet gezien de complexiteit van rechtenverwerving, die destijds door de Nederlandse wetgever goed is voorzien. Maar zolang als Gedaagden op deze kortzichtige wijze alleen het voordeel voor de kabelexploitanten in het oog blijven houden zal het niet opschieten en blijven we juridisch doormodderen.

VI.10 Het NORMA/NLKabel arrest

Uit het voorgaande blijkt reeds dat de redenering die is gevolgd in het arrest van het Haagse Hof inzake NORMA/Kabel (i) irrelevant is voor deze zaak en (ii) onjuist, onvolledig en gebrekkig is. Ik verwijs naar pars. 107 t/m 111 van de dagvaarding.

VI.10.1 Naburige rechten versus auteursrecht

238. Het arrest ziet op naburige rechten. Dat is een wezenlijk ander recht dan het auteursrecht, zoals ook blijkt uit de talloze verwijzingen naar nabuurrechtelijke bijzonderheden in het arrest (zie bijvoorbeeld r.ov. 4.8 - 4.9).
239. De uitvoerende kunstenaar heeft op grond van zijn naburig recht (artikel 2 lid 1d Wnr) het exclusieve recht om toestemming te verlenen voor:

“het uitzenden, het heruitzenden (...) van een uitvoering opname van een uitvoering of een reproductie daarvan.”

240. Het auteursrecht kent die begrippen niet. De begrippen en definities van “uitzenden” en “heruitzenden” zijn al voorafgaand aan de SatKab richtlijn ingevoerd in de Wnr, ter uitwerking van de in het Verdrag van Rome aan de uitvoerend kunstenaars toegekende exclusieve rechten.²⁰
241. De latere SatKab richtlijn voorziet niet in een auteursrechtelijke of nabuurrechtelijke kwalificatie van de Kabeldoorgifte. Dat bepaalt slechts dat indien voor Kabeldoorgifte naar nationaal recht de toestemming van de auteursrechthebbende of naburig rechthebbende nodig is, dit collectief moet worden uitgeoefend.
242. Het is dan ook logisch dat de Nederlandse wetgever bij de invoering van de collectieve beheersregeling in art. 14a Wnr aansloot bij de al in de Wnr vastgelegde exclusieve rechten van de uitvoerend kunstenaar: “uitzenden en heruitzenden”. De SatKab richtlijn bood immers geen grondslag om de uitvoerend kunstenaar verderstreckende rechten toe te kennen.
243. Het auteursrecht kent de begrippen uitzenden en heruitzenden niet. De auteursrechthebbende heeft de (ruimere) rechten van openbaarmaking en veeleenvoudiging. De collectieve beheersregeling van art. 26a Aw spreekt dan ook niet van “heruitzenden”. Met een merkwaardige redenering stelt het Hof artikel 26a Aw en 14a Wnr op één lijn, terwijl NORMA haar vorderingen alleen op art. 14a Wnr had gebaseerd.
244. Het Hof verwijst vervolgens kort naar de de MvT bij art. 14a Wnr waarin staat: 'Inhoudelijk is artikel 14a gelijk aan het voorgestelde artikel 26a van de auteurswet 1912. Verwezen zij naar de toelichting op laatstgenoemd artikel', maar dat doet zij alleen om te onderbouwen dat art. 14a Wnr net als art. 26a Aw op de SatKab richtlijn is gebaseerd. Het Hof geeft geen ander oordeel over art. 26a Aw (en kon dat ook niet nu de zaak van NORMA daar niet op was gebaseerd.
245. Uit de geciteerde zin kan in ieder geval niet de conclusie worden getrokken dat hetgeen in de wetgevingsgeschiedenis van de Wnr is gezegd van invloed kan zijn op de Auteurswet. Dat kan hooguit betekenen dat artikel 14 WNR conform artikel 26a Aw uitgelegd dient te worden, maar *uiteraard* niet andersom.
246. Bovendien bepalen art. 14a Wnr en art. 26a Aw niet meer dat indien een individu over rechten beschikt ten aanzien van Kabeldoorgifte, die rechten collectief moet worden uitgeoefend. Op dat punt is de toelichting op art. 26a Aw in de MvT dan ook één op één van toepassing op art. 14a Wnr. Dat neemt echter niet weg dat deze artikelen afhankelijk van de in andere artikelen van de Auteurswet en Wnr

²⁰ Kamerstukken II 1988-1989, 21244, nr. 3 (MvT)

bepaalde omvang van de exclusieve rechten van de auteursrechthebbende en de naburig rechthebbende. Die rechten zijn niet inhoudelijk gelijk.

247. Dat wordt ook ondersteund door het feit dat de SatKab richtlijn expliciet bepaalt dat de bescherming van naburige rechten de bescherming van het auteursrecht onverlet laat en daarop geen invloed heeft. Dat is niet expliciet in de Aw overgenomen, omdat dat volgens de NI wetgever niet nodig was, zie de MvT bij de invoering van art. 26a Aw en art. 14a Wnr, p. 4:

“Het in artikel 5 van de richtlijn neergelegde beginsel dat de bescherming van naburige rechten de bescherming van het auteursrecht onverlet laat en daarop geen invloed heeft, is niet in het wetsvoorstel overgenomen. Dit beginsel is ontleend aan artikel 1 van het Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182) en behoeft geen nadere uitwerking.”

248. Samenvattend: het oordeel van het Hof heeft geen relevantie voor de auteursrechtelijke aanspraken van VEVAM. Dat staat nog los van het feit dat het oordeel van het Hof over de nabuurrechtelijke aanspraken van NORMA onjuist is.

VI.10.2 NORMA heeft ook in het verleden nooit Kabelvergoeding ontvangen

249. Voorts speelde in die zaak dat NORMA nimmer enige rechten inzake kabeldoorgifte had geclaimd en dat nu, voor het eerst, kwam doen. NORMA had dus geen opgebouwde staat van dienst van 30 jaar, zoals VEVAM, inclusief het jarenlang tekenen van VEVAM clausules.
250. NORMA had ook geen uitgebreid systeem en netwerk van aangesloten regisseurs en wederkerigheidscontracten met andere CBO's, die 30 jaar lang door de wederpartij zijn erkend. NORMA had, anders dan VEVAM, geen systeem opgebouwd voor een uitkering van kabelgelden waarvan haar beneficianten, naast het producentenhonorarium van afhankelijk zijn.

VI.10.3 Overige punten van kritiek

251. Uit het arrest blijkt dat NORMA een andere lijn van argumentatie gekozen heeft dan VEVAM in de onderhavige zaak. De argumenten die VEVAM in deze procedure heeft aangevoerd lijken niet of nauwelijks dan wel ondeugdelijk door het Hof in haar overwegingen te zijn betrokken. Ik ga al die punten hier niet herhalen. Ik volsta met een korte bespreking van enkele punten uit het arrest.

Het Hof gaat uit van de verkeerde feiten

252. Meteen in r.ov. 1.1 a zet het Hof de toon met “De kabel is *thans* in Nederland het meest voorkomende transportmedium waarmee radio en

televisieprogramma's kunnen worden ontvangen." Als gezegd is dat is dat al zo sinds het begin van de jaren '80.

253. Het Hof gaat er in pars 4.2 en 4.3 voetstoots van uit dat programma's alleen nog direct worden aangeleverd. Zij is kennelijk bewust verkeerd door NLKabel voorgelicht. Zij neemt deze verkeerde voorstelling van zaken voor en meent dat het bewijs van het tegendeel bij NORMA berust, die zij niet toelaat tot nader bewijs. De manier van het omkeren van de bewijslast in r.ov. is in het vaderlandse recht ongekend. Aldus is het arrest op verkeerde feitelijke grondslag geweest, hetgeen helaas lastig in cassatie is aan te vechten.
254. In de procedure tegen Lira hebben de kabelaars overigens volmondig erkend dat een hoop zenders niet direct, maar via een publiek signaal worden aangeleverd, zodat zij het Hof in de NORMA zaak bewust verkeerd hebben voorgelicht.
255. Het Hof gaat (r.o. 4.3) slechts in op de decodeersleutels die de omroepen aan de kabelaars aanleveren, maar niet op de omzetting van het signaal, de set-top-box, de smart card en de algemene voorwaarden van de kabelaars. Zoals gezegd neemt het Hof ten onrechte aan dat er geen sprake is van het "heruitzenden" van het programma.
256. In r.o. 4.4.²¹ hangt het Hof het feit dat er geen sprake is van een openbaarmaking geheel op aan het bestaan van de Media Gateway, waardoor als gezegd slechts enkele van de honderden zenders worden doorgegeven.

Hof verontachtzaamd belang gelijktijdige uitzending via ether en satelliet

257. Met een enkele zin (in r.ov. 4.2) gooit het Hof het belang van het feit dat de kabeldoorgifte tegelijkertijd met uitzending door de omroepen via ether en satelliet plaatsvindt aan de kant, terwijl dat een zeer belangrijk aspect van de zaak is.

"Secundaire openbaarmaking die uit primaire openbaarmaking voortkomt"

258. Het Hof gaat zonder deugdelijke uitleg of onderbouwing uit van de kabellobbyretoriek inzake de primaire en secundaire openbaarmaking (met een beroep op een artikel van Visser uit 2007 dat Ziggo en UPC ook in die procedure hebben overgelegd). Het Hof gaat zelfs zo ver met de kabelaars mee dat zij er kennelijk van uit gaat dat een secundaire openbaarmaking uit een primaire openbaarmaking moet voortvloeien. We hebben uitgelegd dat deze stelling onjuist is.
259. Om naar die retoriek toe te redeneren, past het Hof allerlei kunstgrepen toe. Zo stelt zij dat voor het begrip "doorgifte" in de SatKab richtlijn doorslaggevend is een interpretatie van het jaren later in een overweging

²¹ ("In aanmerking nemende (...) worden gekwalificeerd.")

van de Auteursrechtlijn opgenomen begrip “transmission” en geeft zij een onbegrijpelijke uitleg van art. 11bis BC op basis van de Engelse tekst daarvan waarbij zij de veel duidelijkere en daarvan afwijkende Franse en Nederlandse tekst daarvan achterwege laat (r.o. 4.11).

Het Hof heeft de geschiedenis van artikel 26a Aw niet onderzocht

260. Ik verwijs naar productie 24, waar de geschiedenis van artikel 26a Aw nauwkeurig in kaart is gebracht. Die geschiedenis komt in de overwegingen van het Hof helemaal niet aan bod, ook omdat het Hof art. 26a Aw alleen terzijde selectief bij de zaak betreft om art. 14a Wnr te interpreteren.

Het Hof ziet minimumharmonisatie over het hoofd

261. In het arrest (sub 4.10 -4.11) legt het Hof artikel 14 WNR zeer strak langs de lat van de SatKab richtlijn, terwijl die slechts een minimum harmonisatie beoogt. Het Hof geeft er geen blijk van dat het zich daarvan vergewist heeft.
262. Anders dan het Hof in r.ov. 4.10 stelt, is de tekst van de SatKab richtlijn niet doorslaggevend voor de in art. 26a Aw door de wetgever geregelde gevallen die niet in de SatKab richtlijn zijn geharmoniseerd (de niet-interstatelijke kabeldoorgifte). Die redenering van het Hof miskent ook de specifieke aard van de interstatelijke kabeldoorgifte. Art. 26a Aw is niet voor niets anders geformuleerd dan art. 1 lid 3 en art. 9 SatKab richtlijn. Daaraan besteedt het Hof geen aandacht.
263. In overwegingen 4.11 raakt het Hof zodanig verstrikt in haar eigen woorden, dat volledig onbegrijpelijk is wat zij nu eigenlijk wil zeggen, om vervolgens tot de in het licht van al het voorgaande nogal kolderieke conclusie te komen:

“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.”

264. Het gebruik van het woord “vooraf” door het Hof is curieus, nu de SatKab richtlijn juist spreekt van “gelijktijdige” doorgifte.
265. Het Hof blijft vervolgens 4.13 e.v. vastzitten in het verkeerde begrip “secundaire openbaarmaking” en bedenkt daar “ten overvloede” nog een onnavolgbaar en zeer gewrongen argument bij (r.ov. 4.15) waarvoor zij veel woorden nodig heeft (maar dat, naar ik begrijp, niet door NLkabel was bepleit).
266. Het Hof gaat er aan voorbij dat de specifieke Kabeldoorgifte regeling nu juist ook was ingegeven door het feit dat de kabelexploitant een ander

organisme is dan de omroepen, dat geen zeggenschap of controle heeft over de door haar doorgegeven programma's van de omroepen.

Overwegingen over overdracht NORMA irrelevant en onjuist

267. Hiervoor heb ik bij de bespreking van de contractuele aanspraken van VEVAM al uiteengezet dat het arrest van het Hof in NORMA/NLkabel daar ook niet aan in de weg staat. De "pijnpunten" die het Hof signaleert in de aansluitcontracten en vorderingen van NORMA doen zich bij VEVAM niet voor en los daarvan geeft het oordeel van het Hof blijk van een onjuiste interpretatie van de vaste Hoge Raad jurisprudentie.

Conclusie

268. Kortom een zeer gewrongen en deels onbegrijpelijk en evident onjuist arrest, dat op geen enkele wijze kan afdoen aan hetgeen VEVAM hiervoor heeft betoogd, en voor onze zaak niet leidend is. Dat geldt ook voor de cassatie in die zaak.

VII. CONTRACTUELE BASIS AANSPRAKEN VEVAM

269. De kabelexploitanten hebben de exclusieve rechten van de CBO's erkend door decennialang met de CBO's te contracteren over de Kabeldoorgifte van filmwerken (zie ook **productie 5, 6 en 15**). Dat was juist ook in het voordeel van de exploitanten, omdat zij zo in één keer toestemming konden verwerven ten behoeve van alle regisseurs.
270. Ook de producenten hebben het collectieve (beheers)recht van VEVAM voor Kabeldoorgifte jarenlang erkend. Zie in die zin bijvoorbeeld het Hof Amsterdam in de VEVAM/NL Film zaak uit 2011 ()²²:

"Bij die bespreking stelt het Hof voorop dat VEVAM in ieder geval de verplichte taak heeft de collectieve inning en verdeling van de in artikel 26a lid 1 Auteurswet (Aw) bedoelde en vergelijkbare rechten te verzorgen. Dat wordt door NL Film & TV ook volmondig erkend. Daarnaast zijn er echter andere onderdelen van het auteursrecht en aanverwante rechten, waarvoor geen soortgelijke verplichtende wettelijke regeling geldt en die de leden/ regisseurs door middel van de aansluitovereenkomst aan VEVAM hebben overgedragen. (...)"

271. De vorderingen van VEVAM kunnen zoals gezegd op grond van art. 26a Aw worden toegewezen. VEVAM beroept zich daarnaast (subsidiair) op de aansluitovereenkomsten waarin de regisseurs de rechten voor Kabeldoorgifte – ten overvloede – sinds jaar en dag contractueel overdragen aan VEVAM.

²² Hof Amsterdam 22 November 2011, IEPT 20111122. In die zin ook het door Ziggo en UPC als productie 3 (te laat) overgelegde commentaar van NL Film jurist Van Wijk.

272. In de regiecontracten tussen producenten en regisseurs zijn vaak standaardclausules opgenomen waarin expliciet de VEVAM-rechten voor Kabeldoorgifte en –vergoeding worden voorbehouden. VEVAM heeft een reeks van dergelijke overeenkomsten met verschillende productiehuisen overgelegd (**productie 14 en 22**).
273. De kabelovereenkomsten, de regiecontracten met de VEVAM voorbehouden en de VEVAM aansluitovereenkomsten maken duidelijk dat het argument van Gedaagden, dat de Kabelrechten toebehoren aan de producent en niet overgedragen kunnen worden aan VEVAM, een onterecht gelegenheidsargument is. Zij zijn (al jarenlang) op de hoogte van de positie van VEVAM op basis van art. 26a Aw en de overdracht van Kabelrechten bij de eerdere aansluitcontracten.
274. RoDAP stelt in haar incidentele conclusie tot voeging dat de overdracht aan VEVAM afbreuk doet aan de rechten van de distributeur en producent. Daarmee draait zij de rollen om: het zijn de distributeurs (aan wie in het geheel geen rechten toekomen) en producenten (die hoogstens over een afgeleid recht beschikken) die de voorheen jarenlang geëerbiedigde rechten van VEVAM op basis van art. 26a Aw niet meer willen erkennen. Daarom roept VEVAM ook de contractuele overdracht van die rechten in.
275. Binnen RoDAP hebben de distributeurs, omroepen en producenten het met elkaar op een - niet openbaar gemaakt - akkoordje gegooid en een sterk collectief machtsblok gevormd (zie ook **productie 21**). Dat moeten de regisseurs volgens RoDAP maar accepteren, maar omgekeerd mogen zij hun rechten zelf niet meer collectief laten uitoefenen door VEVAM. Dat betekent dat de kabelexploitanten ieder individueel regiecontract moeten doorspitten om te kijken bij wie de rechten voor Kabeldoorgifte rusten.
276. Dat leidt nu juist tot rechtsonzekerheid, het “outsider probleem” en een bedreiging van de waarborging van een effectieve bescherming voor de makers. Dat beoogde de wetgever nu juist te voorkomen.
277. Deze hele discussie en de daarmee gepaard gaande onzekerheid waar welke rechten liggen is overbodig als de kabelexploitanten net als voorheen met VEVAM tot een collectieve regeling voor toestemming voor Kabeldoorgifte zouden komen.

VII.1 De aansluitovereenkomsten

278. Auteursrechten, waaronder het recht om toestemming te verlenen voor Kabeldoorgifte, zijn rechten in de zin van art. 3:83 lid 3 BW: zij zijn geheel of gedeeltelijk overdraagbaar omdat art. 2 lid 1 Aw dat bepaalt.
279. Alle bijna 2000 regisseurs die bij VEVAM zijn aangesloten hebben een zogeheten “aansluitovereenkomst” met VEVAM gesloten. Die overeenkomst is overgelegd als **productie 11** en enkele voorbeelden van getekende aansluitovereenkomsten zijn overgelegd als **productie 25**. De relevante overwegingen uit deze overeenkomst luiden:

Artikel 1

1. Partijen verstaan in deze overeenkomst onder 'filmwerk', 'werk', 'audiovisueel werk' en 'regisseur' hetzelfde als de statuten van VEVAM.

2. Partijen verstaan in deze overeenkomst onder 'filmauteursrechten' de krachtens verdrag of wettelijke regeling waar ook ter wereld aan de aangeslotene toekomstende rechten om toestemming te verlenen of te weigeren of een vergoeding te ontvangen voor:

a) de distributie via de kabel, satelliet, telefoon, aardse zender of welk transportmedium dan ook van een filmwerk of een gedeelte daarvan als onderdeel van een omroepprogramma, zulks gelijktijdig met de oorspronkelijke uitzending daarvan en/of volgens het uitzendschema als bepaald door de omroepinstelling die het omroepprogramma heeft samengesteld. Onder 'uitzending' wordt verstaan iedere vorm van uitzending via kabel, satelliet, telefoon, aardse zender of welk ander transportmedium dan ook.

(...)

Artikel 2

1. De aangeslotene draagt alle hem toekomstende filmauteursrechten als bedoeld onder 1 lid 2 a) tot en met d) met betrekking tot op het moment van ondertekening van deze overeenkomst bestaande filmwerken voor de gehele wereld aan VEVAM over.

2. De aangeslotene draagt zijn filmauteursrechten als bedoeld in artikel 1 lid 2 a) tot en met d) met betrekking tot alle tijdens de duur van deze overeenkomst te vervaardigen filmwerken bij voorbaat voor de gehele wereld aan VEVAM over.

3. VEVAM aanvaardt de overdracht van deze filmauteursrechten. Aldus heeft VEVAM het recht verkregen om als enige, met uitsluiting van ieder ander en van de aangeslotene, de aan haar overgedragen filmauteursrechten waar ook ter wereld uit te (doen) oefenen en te (doen) handhaven.

280. De regisseurs hebben bij deze aansluitovereenkomsten dus bepaalde specifiek omschreven exploitatierechten voor hun filmwerken overgedragen. In deze procedure is alleen relevant het recht om toestemming te verlenen voor "de distributie via de kabel (...) van een filmwerk of een gedeelte daarvan als onderdeel van een omroepprogramma, zulks gelijktijdig met de oorspronkelijke uitzending daarvan en/of volgens het uitzendschema als bepaald door de omroepinstelling die het omroepprogramma heeft samengesteld": de "Kabelrechten".
281. Die overdracht betreft alle op het moment van aansluiting bij VEVAM bestaande Kabelrechten, maar ook (bij voorbaat) Kabelrechten die tijdens de duur van de aansluitovereenkomst ontstaan (artikel 2).
282. Op grond van deze overdracht beschikt VEVAM zelf over de Kabelrechten, die zij op basis van art. 26a Aw, haar statuten en de aansluitcontracten uitoefent ten behoeve van de regisseur.
283. Zelfs als u van oordeel zou zijn dat de huidige vorm van Kabeldoorgifte niet onder art. 26a Aw zou vallen, valt die in ieder geval wel onder de

definitie van de Kabelrechten die de regisseurs contractueel aan VEVAM hebben overgedragen. Ziggo en UPC verspreiden via de kabel immers nog steeds programma's via de kabel gelijktijdig aan de oorspronkelijke uitzending daarvan door de omroepen (via de ether of satelliet). In ieder geval geschiedt die Kabeldoorgifte "volgens het uitzendschema als bepaald door de omroepinstelling."

284. Ook daarom maken Ziggo en UPC inbreuk op de auteursrechten van VEVAM en hebben zij de toestemming van VEVAM nodig voor de verspreiding van in omroepprogramma's vervatte filmwerken via de kabel.
285. De overdracht van de Kabelrechten van de regisseurs aan VEVAM voldoet aan de eisen van art. 3:84 lid 1 BW: een levering krachtens geldige titel, verricht door een beschikkingsbevoegde.

VII.2 Levering

286. De levering van de Kabelrechten dient ex art. 2 lid 2 Aw jo. art. 3:95 BW bij daartoe bestemde akte te geschieden. Dat zijn de Aansluitovereenkomsten. Op grond van artikel 3:97 lid 1 BW kunnen toekomstige goederen, zoals Kabelrechten die tijdens de loop van de Aansluitovereenkomst zullen ontstaan, bij voorbaat worden geleverd.

VII.3 Krachtens geldige titel

287. De titel voor de overdracht is de Aansluitovereenkomst tussen de VEVAM en de regisseur, op grond waarvan de regisseur bepaalde rechten overdraagt in ruil voor een aanspraak op door de VEVAM geïnde (Kabel)vergoedingen.
288. Artikel 3:84 lid 2 BW bepaalt dat het te leveren goed bij de titel met "voldoende bepaaldheid omschreven" moet zijn. Dat geldt ook voor toekomstige goederen die bij voorbaat geleverd kunnen worden op grond van art. 3:97 BW.

VII.3.1 "Voldoende bepaaldheid": achteraf vaststellen/geen strikt criterium

289. Uit de parlementaire geschiedenis en literatuur blijkt dat dit criterium niet strikt moet worden uitgelegd:

Zie de MvA bij de invoering van boek 3 BW:

"In het nieuwe wetboek doen deze moeilijkheden zich niet voor, omdat de eis van voldoende bepaaldheid daarin niet in deze stringente vorm wordt gesteld. Voor cessie van bestaande of toekomstige vorderingen geldt hier slechts de maatstaf die in art. 3.4.2.2 [art. 3:84] lid 2 voor de titel van overdracht van goederen in het algemeen gesteld wordt. (...) Zo kan bijv. cessie plaatsvinden van alle vorderingen die de vervreemder op een bepaalde schuldenaar, bijv. zijn afnemer, zal verkrijgen. (...) Het is duidelijk dat in dit geval art. 3.4.2.2 lid 2 [art. 3:84 BW] voor de cessie van toekomstige vorderingen geen werkelijke

beperking oplevert, en dus ook geen praktische moeilijkheden kan geven.” (MvA II Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, p. 1248-1249).

290. Dat blijkt ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, die zich daarna meermalen heeft uitgelaten over het criterium van “voldoende bepaaldheid”. Volgens de Hoger Raad is er sprake is van voldoende bepaaldheid als *“de desbetreffende akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat”*²³.

291. Zie ook par. 15 van de conclusie van A-G Vranken bij het arrest Ontvanger/Rabobank IJmuiden²⁴. Die zaak ging specifiek over de overdracht bij voorbaat van toekomstige goederen:

*“De akte moet zodanige gegevens bevatten dat aan de hand daarvan, eventueel achteraf, kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat, aldus HR 14 oktober 1994, RvdW 1994, 207 (NJ 1995, 447, m.nt. WMK ; red.) (Rivierenland/Gispen) in navolging van A-G Hartkamp die in zijn conclusie vóór dat arrest sub nrs. 8–12 een uitvoerig overzicht van de problematiek heeft gegeven. Hieruit blijkt dat de eisen die aan de bepaaldheid van toekomstige vorderingen als vereiste voor hun rechtsgeldige cessie worden gesteld, niet hoog zijn, ook niet naar oud recht.”*²⁵

292. Zie specifiek over de voldoende bepaaldheid van overdracht van auteursrechten op toekomstige werken ook Lenselink, onder verwijzing naar Van Engelen.²⁶

VII.3.2 (Toekomstige) Kabelrechten voldoende bepaald

293. De Kabelrechten zijn in de VEVAM aansluitovereenkomst duidelijk omschreven (art. 2 lid 2a). In art. 2 lid 1 wordt voor de definitie van filmwerken verwezen naar de statuten van VEVAM (**productie 1**). Artikel 2a van de Statuten sluit aan bij de definitie van filmwerken in art. 45a Aw. Dat artikel kwalificeert als filmwerk een *“reeks beelden met of zonder geluid, ongeacht de wijze van vastlegging van werk, indien het is vastgelegd”*.

23 HR 14 oktober 1994, Stichting Spaarbanken Rivierenland/Gispen), HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 (Ontvanger/Rabobank IJmuiden); HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (Lagero/Rabobank Roosendaal); HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 (Verhagen qq/Internationale Nederlanden NV); HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 (Zuidgeest/Furness Intercontinental Services BV); HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (ING/Muller qq); HR 16 mei 2003, NJ 2004, 183 (De Liser de Morsain/Rabobank), en HR 4 maart 2005, NJ 2005, 326 (Thomassen BV/Vos).

24 HR 16 juni 1995, NJ 1996/508, par. 15

25 Zo ook GS Vermogensrecht, artikel 97 Boek 3 BW, aant. 10.2: “Uit bovengenoemde jurisprudentie blijkt dat de bepaaldheidseis inderdaad ruim wordt genomen.”

26 B.J. Lenselink, De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar overdracht en licentieverlening in auteursrechtelijke exploitatieverhoudingen naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 529-530.

294. In de aansluitovereenkomsten worden ex art. 2 lid 2a en artikel 3 de Kabelrechten zowel voor in het verleden gemaakte filmwerken als voor toekomstige filmwerken overgedragen, voor zover die filmwerken onderdeel uitmaken van een omroepprogramma. Daarmee bevatten de aansluitovereenkomsten (de aktes) voldoende gegevens dat - desnoods achteraf - kan worden vastgesteld welke rechten zijn overgedragen. Die rechten zijn kortom goed identificeerbaar.

VII.3.3 Verschil NORMA/NLkabel zaak

295. Daarin verschilt deze zaak van de zaak van NORMA tegen NLkabel, waarin het Hof Den Haag heeft geoordeeld dat de overdracht van naburige rechten op het gehele (toekomstige) "repertoire" van uitvoerend kunstenaars aan NORMA niet met voldoende bepaaldheid was omschreven in de door NORMA gehanteerde exploitatieovereenkomsten:²⁷

"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 rovv. 5.2 en 5.4) onvoldoende bepaald is."

296. "Het repertoire" van uitvoerende kunstenaars (acteurs) is dus volgens het Hof onvoldoende bepaald omdat het een dansje voor de spiegel kan omvatten. Daarom is volgens het Hof ook de overdracht van het recht om toestemming te geven voor de Kabeldoorgifte van dat "repertoire" onvoldoende bepaald (r.o. 5.8).

297. Ten eerste is dit oordeel van het Hof onjuist, omdat het Hof daarin een te strikte maatstaf hanteert voor de eis van voldoende bepaaldheid bij de overdracht van toekomstige goederen. Die volgt niet uit de voornoemde rechtspraak van de Hoge Raad.

298. Zo zijn de uitspraken waarnaar het Hof verwijst geweest in zaken die betrekking hadden op de vestiging van stille pandrechten, niet op de overdracht van (toekomstige) auteursrechten. Bovendien kan het Hof niet worden gevolgd in haar redenering dat de overdracht van exploitatierechten op het (toekomstig) repertoire van de uitvoerend kunstenaar geheel ongeldig is, omdat mogelijk niet alle uitvoeringen van een uitvoerend kunstenaar die onder het repertoire waar de overdracht betrekking op heeft (achteraf) kunnen worden geïdentificeerd. Die redenering volgt noch uit (de totstandkomingsgeschiedenis van) artikel 3:84 lid 2 BW, noch uit de rechtspraak van de Hoge Raad. NORMA heeft

²⁷ Hof 's-Gravenhage 10 april 2012, IEPT20120410.

dan ook cassatie tegen dit oordeel ingesteld.

299. Ten tweede doet dit oordeel van het Hof er überhaupt niet aan af dat de overdracht van Kabelrechten aan VEVAM in ieder geval wél voldoende bepaald is.
300. De in deze procedure relevante overdracht in de aansluitovereenkomst van VEVAM heeft niet betrekking op alle mogelijke door de regisseur (al dan niet in de privésfeer) gemaakte of nog te maken filmwerken, maar alleen op de Kabelrechten op die filmwerken die in een omroepprogramma worden opgenomen.
301. Dat is ook logisch, omdat Kabelrechten betrekking hebben op de doorgifte van programma's van de omroepen. Van in de privésfeer gemaakte filmpjes ligt niet voor de hand dat in een omroepprogramma een relevante rol zullen vervullen.
302. Alleen daarom zijn zowel de (toekomstige) Kabelrechten als de filmwerken waarop die kabelrechten worden overgedragen eenvoudig te identificeren. In vrijwel alle gevallen zullen die filmwerken bovendien zijn vastgelegd.
303. Ten derde bepaalt artikel 4 van de aansluitovereenkomst dat de aangesloten regisseur alle bestaande en toekomstige filmwerken bij VEVAM moet aanmelden bij VEVAM. Ook daarom zullen de (bij voorbaat) overgedragen Kabelrechten tenminste achteraf identificeerbaar zijn aan de hand van de op grond van de overeenkomst aangemelde filmwerken en daarmee voldoende bepaalbaar zijn. Ook het Hof is het daarmee eens blijkens het NORMA/NLkabel arrest, alleen kon dat NORMA niet baten omdat NORMA geen beroep op die bepaling had gedaan:

“5.7 Het Hof heeft geconstateerd dat in artikel 5 van de exploitatie-overeenkomsten mogelijkserwijs wel een zekere beperking van het begrip 'repertoire' zou kunnen worden gelezen. Daarin is namelijk bepaald dat de uitvoerend kunstenaar het repertoire 'met name voor zover daarvan opnamen, reproducties en/of uitzendingen zijn gemaakt' dient aan te melden. Op dit artikel heeft NORMA evenwel geen beroep gedaan en zij heeft, naar onder 5.4 tot uitdrukking is gebracht, ook geen enkele stelling betrokken die er op zou kunnen duiden dat zij dat zich op dat artikel zou willen beroepen.”

VII.3.4 Conclusie: geldige titel

304. De overdracht van de (toekomstige) Kabelrechten op bestaande en tijdens de loop van de aansluitovereenkomst door de regisseur te maken en in omroepprogramma's vervatte werken aan VEVAM is in de aansluitovereenkomsten dus voldoende bepaald. Het object van die overdracht is beperkt en voor alle partijen eenvoudig te identificeren aan de hand van de aansluitovereenkomst: Kabelrechten op (toekomstige) filmwerken die in omroepprogramma's zijn vervat, en die overigens ook door de regisseur moeten worden aangemeld.

VII.4 Door een beschikkingsbevoegde

305. Ook aan de derde voorwaarde voor een geldige overdracht is voldaan. De regisseurs waren ten tijde van het ondertekenen van de overeenkomst met VEVAM beschikkingsbevoegd om hun (toekomstige) Kabelrechten over te dragen.
306. De Kabelrechten maken onderdeel uit van de auteursrechten die de regisseur als (hoofd)maker van het filmwerk van rechtswege toekomen in de zin van art. 1 jo. 12 Aw. In het arrest Luksan/Van der Let²⁸ heeft het Europese Hof van Justitie benadrukt dat de regisseur als de auteur van filmwerken wordt beschouwd.
307. Het Hof vervolgt dat dit betekent dat ook de in art. 3 van de Auteursrechtrichtlijn opgenomen exploitatierechten van de auteurs voor hun filmwerken, waaronder de kabeluitzending, oorspronkelijk, rechtstreeks en van rechtswege aan de regisseur toekomen (r.o. 72; zie ook r.o. 48, 50 t/m 53).

“72 Gelet op het voorgaande moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord dat de artikelen 1 en 2 van richtlijn 93/83 en de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2001/29, junctis de artikelen 2 en 3 van richtlijn 2006/115 en artikel 2 van richtlijn 2006/116, aldus moeten worden uitgelegd dat de exploitatierechten van het cinematografische werk als die welke in het hoofdingang aan de orde zijn (reproductierecht, recht op uitzending per satelliet en elk ander recht van mededeling aan het publiek door middel van de beschikbaarstelling aan het publiek), van rechtswege rechtstreeks en oorspronkelijk toekomen aan de hoofdregisseur. Bijgevolg moeten deze bepalingen aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling waarbij deze exploitatierechten van rechtswege en uitsluitend aan de producent van het betrokken werk worden toegekend.”

308. Het Hof verduidelijkt dat deze rechten de regisseur niet bij wet kunnen worden ontnomen. Daarbij moet ook in het oog worden gehouden dat de EU wetgeving beoogt de regisseur als maker een hoog niveau van bescherming te bieden:

“66 Uit punt 9 van de considerans van richtlijn 2001/29, die met name het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek regelt, blijkt immers dat de Uniewetgever, van mening dat de bescherming van het auteursrecht van wezenlijk belang was voor scheppend werk, de bedoeling had om auteurs een hoog niveau van bescherming te waarborgen. Derhalve is de intellectuele eigendom als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.

67 Aangezien aan de hoofdregisseur van het cinematografische werk de hoedanigheid van auteur is toegekend, blijkt het echter niet verenigbaar te zijn met het door richtlijn 2001/29 beoogde doel om toe

28 HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10.

te staan dat deze schepper de betrokken exploitatierechten worden geweigerd.

68 Ten slotte zij eraan herinnerd dat volgens artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest van de grondrechten”) eenieder het recht heeft de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat intellectuele eigendom is beschermd.

69 Gelet op hetgeen in punt 53 van het onderhavige arrest is vastgesteld, moet de hoofdregisseur van het cinematografische werk worden geacht het intellectuele-eigendomsrecht van dit werk rechtmatig te hebben verkregen krachtens het Unierecht.

309. Een wettelijke overdracht van rechtswege van exploitatierechten op het filmwerk van de regisseur aan de producent, waarin het Oostenrijkse recht voorziet, is volgens het Hof van Justitie dan ook strijdig met EU recht:

70 Het feit dat een nationale wettelijke regeling hem de betrokken exploitatierechten weigert, komt bijgevolg neer op het ontnemen van zijn rechtmatig verkregen intellectuele-eigendomsrecht.

71 Uit het voorgaande volgt dat de in de punten 50 tot en met 52 van het onderhavige arrest aangehaalde bepalingen van de richtlijnen 93/83 en 2001/29 aan de hand van artikel 1, lid 4, van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht niet aldus kunnen worden uitgelegd dat een lidstaat op grond van artikel 14 bis van de Berner Conventie in zijn nationale wetgeving aan de hoofdregisseur de in het hoofdgeding aan de orde zijnde exploitatierechten van het cinematografische werk kan weigeren door gebruik te maken van de hem bij dit verdragsartikel verleende bevoegdheid, aangezien een dergelijke uitlegging in de eerste plaats niet de bevoegdheden van de Unie op dit gebied eerbiedigt, in de tweede plaats niet verenigbaar is met het door richtlijn 2001/29 beoogde doel en ten slotte niet voldoet aan de vereisten van artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten ter bescherming van de intellectuele eigendom.”

310. Het is daarom van belang dat de regisseur “vrij over de rechten kan beschikken die hij in zijn hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen” aldus het Hof van Justitie in r.o. 81 van dit arrest.
311. De regisseur mag de Kabelrechten dus overdragen aan VEVAM. Alleen daarop loopt het hele betoog van RoDAP in haar conclusie in de LIRA zaak, die RoDAP blijkbaar ook in deze zaak één op één van toepassing acht, al spaak.

VII.5 Vermoeden art. 45d Aw niet van toepassing

312. In haar conclusies stelt RoDAP dat de regisseur niet vrij over de Kabelrechten kan beschikken, omdat die rechten vallen onder het wettelijk vermoeden van overdracht aan de producent van art. 45d Aw jo. 14bis BC. De regisseur zou daarom niet beschikkingsbevoegd zijn ten aanzien van de hem als maker toekomende rechten. Die stelling is onjuist en strijdig met zowel EU recht als Nederlands recht.
313. Opvallend is dat RoDAP met geen woord rept over het belangwekkende Luksan/Van der Let arrest. Ook art. 26a Aw, dat later is ingevoerd dan art. 45d Aw en 14bis BC, laat RoDAP gemakshalve buiten beschouwing. Gedaagden miskennen ook het in ons rechtssysteem verankerde goederenrechtelijke nemo plus-beginsel.
314. Het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw is niet van toepassing op Kabeldoorgifte. Artikel 26a Aw bevat ten opzichte van het meer algemeen geformuleerde artikel 45d Aw een lex specialis ten aanzien van Kabeldoorgifte, of te wel het gelijktijdig, ongewijzigd en onverkort doorgeven van in omroepprogramma's vervatte filmwerken via de kabel.
315. Volgens artikel 26a Aw kan het recht om daarvoor toestemming te verlenen uitsluitend worden uitgeoefend door rechtspersonen zoals VEVAM, die de rechthebbenden op die filmwerken vertegenwoordigen.
316. Artikel 26a Aw is ingevoerd in 1996. Het voorstel voor artikel 45d Aw stamt uit 1980 en was gebaseerd op het bij Akte van Parijs in 1971 ingevoerde artikel 14bis BC. In die tijd stond Kabeldoorgifte nog in de kinderschoenen en was daarover nog geen auteursrechtelijke noot gekraakt.
317. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 45d Aw blijkt dan ook niet dat de wetgever met artikel 45d Aw beoogde een vermoeden van overdracht te creëren voor rechten voor de specifieke rechten voor Kabeldoorgifte.
318. De wetgever heeft juist benadrukt dat het vermoeden van overdracht enkel was ingevoerd om te voldoen aan het bij de Akte van Parijs ingevoerde art. 14bis Berner Conventie en dat met de gekozen regeling werd beoogd de rechten van de maker zo min mogelijk te beperken en aan te tasten:²⁹

“Naar Nederlands auteursrecht is de huidige situatie aldus, dat aan de producent geen enkele bevoegdheid toekomt die hij niet hetzij bij contract, hetzij krachtens overdracht van de auteur(s) heeft verkregen, tenzij hem als werkgever op grond van artikel 7 van de Auteurswet enig recht toekomt. Deze situatie heeft in de praktijk geen problemen opgeleverd.”

“Ten einde echter de Nederlandse wetgeving in overeenstemming te brengen met de Akte van Parijs moet in de Auteurswet een regeling

²⁹ Kamerstukken II 1980-1981, 16740, nrs. 3-4, p. 11 en 12

van het filmrecht opgenomen worden. Deze is, nu voor ons land de praktische noodzaak van een regeling niet gebleken is en slechts de wijziging van de Conventie tot het ontwerpen van een regeling dwingt, beperkt gehouden.”

“Het ontwerp heeft het stelsel van de Franse en de Duitse wetgeving gekozen, het stelsel waarin het vermoeden geldt dat de auteurs hun exploitatierechten aan de producent hebben overgedragen (...) Het geeft enerzijds de producent de nodige rechten en tast anderzijds de rechten van de auteurs niet te zeer aan.”

En:

“De ontworpen tekst gaat ervan uit dat de producent geen auteursrechtelijke bevoegdheden aan een van deze artikelen kan ontlenu en als zodanig geen “maker” is.”

319. Kort daarop wees de Hoge Raad de hiervoor al besproken Amstelveense kabelarresten. Uit de MvA bij de invoering van 45d Aw in het kader van de aanpassing van de Auteurswet aan de Berner Conventie blijkt al dat de wetgever de Kabelrechten niet onder art. 45d Aw schaarde en collectief beheer van die rechten voorstond:³⁰

“Ten gevolge van de jurisprudentie van de Hoge Raad moeten de uitzending van een programma en de doorgifte ervan via een collectieve antenne-inrichting beschouwd worden als twee afzonderlijke openbaarmakingen in de zin van de Auteurswet. Dit betekent onder meer dat auteursrechthebbenden de machtiginghouders/exploitanten kunnen gaan aanspreken voor de betaling van auteursrechtelijke vergoedingen over de door hen doorgegeven programma's (...) Na het wijzen van de arresten van de Hoge Raad heeft de overheid steeds het standpunt ingenomen dat een tussen partijen te treffen contractuele regeling de voorkeur verdient. (...) Voor het muziekauteursrecht is BUMA, dat ook de buitenlandse rechthebbenden kan vertegenwoordigen, de aangewezen contractspartner voor de kabelexploitanten. Voorts vroegen deze leden hoe een regeling voor de overige, niet georganiseerde auteursrechthebbenden tot stand moet komen. Wij gaan ervan uit dat de belangrijkste groepen auteursrechthebbenden zich wel in collectieve organisaties zullen verenigen.”

320. Dat collectief beheer werd jaren later verplicht ingevoerd voor Kabeldoorgifte in art. 26a Aw. Ook uit de wettekst en de parlementaire geschiedenis van art. 26a Aw blijkt niet dat de wetgever wilde dat artikel 45d Aw artikel 26a Aw zou beperken. In tegendeel, bij de invoering van art. 26a Aw werd in het geheel niet over art. 45d Aw gerept.

³⁰ Kamerstukken II 1982-1983, 16740, nr. 7

321. Dat hoefde ook niet, omdat toen in de praktijk de Kabelrechten ook al onderwerp waren van collectief beheer (de kabelovereenkomsten). Daaruit blijkt dat noch de kabelaars, noch de CBO's van mening waren dat art. 45d Aw aan die collectieve rechtenuitoefening in de weg stond.

322. De wetgever wilde die bestaande contractspraktijk niet doorbreken, aldus toenmalig minister Sorgdrager bij de invoering van art. 26a Aw:

*"De heer Vos stelde een vraag over de contractsvrijheid. Ook dit aspect verloopt op dit moment zonder problemen. Laat het dan zo doorgaan. Indien er problemen ontstaan, kunnen we altijd nog bezien of een wettelijke regeling nodig is. Ik vind dat je zo weinig mogelijk moet regelen als blijkt dat de praktijk goed loopt."*³¹

323. Als artikel 45d Aw wel ook zou gelden voor Kabelrechten, zou dat artikel 26a Aw voor de makers van filmwerken tot een dode letter maken. Daarmee zou ook afbreuk worden gedaan aan de doelstellingen van het bij art. 26a Aw en in de SatKab richtlijn voorgeschreven collectieve rechtenbeheer: om enerzijds de kabeldoorgifte te faciliteren en anderzijds de makers, waaronder expliciet de regisseur, een hoog niveau van bescherming te bieden. Die laatste doelstelling komt ook consequent terug in latere EU richtlijnen, waaronder de Auteursrechtrichtlijn (zie ook de als **productie 24** overgelegde geschiedenis van het kabeldoorgifrecht).

324. Het is ook daarom dat het Europese Hof van Justitie in Luksan/Van der Let heeft geoordeeld dat het in 1967 ingevoerde artikel 14bis BC, waarvan artikel 45d Aw de implementatie vormt en waarop RoDAP haar hele betoog baseert, niet meer onverkort van toepassing is:

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

VII.5.1 *Handelwijze producenten en distributeurs bevestigt dat art. 45d Aw niet van toepassing is op Kabelrechten*

325. Uit de handelwijze van de producenten en distributeurs blijkt ook dat zij decennia lang hebben erkend dat het art. 45d Aw geen vermoeden van overdracht creëert voor Kabelrechten. Alleen VEVAM was en is geautoriseerd om collectief toestemming voor Kabeldoorgifte te geven.

31 Kamerstukken II, 1995-1996, 23813.

326. VEVAM heeft immers sinds 1985 (na de invoering van art. 45d Aw) door de kabelexploitanten betaalde Kabelvergoeding ontvangen op basis van de kabelovereenkomsten.
327. Zoals hiervoor uiteen is gezet is in vele regiecontracten zelfs expliciet opgenomen dat die contracten deze "VEVAM rechten" en de vergoeding daarvoor onverlet laten (**productie 14 en 22**). Zie bijvoorbeeld:

Eyeworks (**productie 14**, p. 9):

*"6.1 Van de in deze overeenkomst overeengekomen volledige overdracht van rechten zijn uitgezonderd (a) de volgende rechten die de Regisseur krachtens aansluitingsovereenkomst heeft overgedragen aan LIRA/VEVAM: het recht tot gelijktijdige verspreiding via (i) kabeldoorgifte (...) danwel (c) die aanspraken van de Regisseur die krachtens de wet bij uitsluiting door een zogeheten collectief beheerorganisatie kunnen worden uitgeoefend (art. 26a Aw).
6.2 Met betrekking tot de rechten genoemd onder 6.1(a) geldt tussen partijen nog het navolgende (i) vergoeding voor de onder 6.1 (a) genoemde vormen van openbaarmaking zal niet bij de Producent of een televisieomroep worden geclaimd; (ii) vergoeding voor de onder 6.1(a) genoemde vormen van exploitatie worden geïnd conform bestaande praktijk onder de lopende overeenkomsten met eindexploitanten (kabel, satelliet, digitenne) (...)"*

Ook komt voor (**productie 14**, p. 12):

"6.3 Producent is zich er van bewust dat Regisseur een exploitatieovereenkomst heeft gesloten met een collectieve belangenorganisatie: de VEVAM, en heeft dienovereenkomstig bij ondertekening van deze overeenkomst van deze overeenkomst een voorbehoud gemaakt m.b.t. de collectieve rechten die de Regisseur reeds aan VEVAM heeft overgedragen."

IDTV Film B.V. (**productie 14**, p. 6):

"De overdracht aan en bevoegdheid van Opdrachtgever als vermeld in 6.1 ziet niet op de rechten die de Regisseur ingevolge artikel 2.1 van de VEVAM Exploitatieovereenkomst (gepubliceerd als Specimen-Exploitatieovereenkomst_2010.pdf op www.vevam.nl) aan VEVAM heeft overgedragen."

Ook komt voor (**productie 14**, p. 25):

"7.3 Voor zover de Regisseur gerechtigd is aanspraak te maken voor de beroepsgroep van regisseur van toepassing zijnde collectieve incasso, zoals voorzien voor kabelgelden, kopieervergoeding en dergelijke, behoudt de Regisseur deze aanspraak."

Fu Works productions (**productie 14**, p. 2 en p. 18):

“De Regisseur en de Producent zijn overeengekomen dat de Regisseur heeft voorbehouden de wettelijke vergoedingsanspraken (leenrecht, thuishopie en reproprecht) en de rechten tot secundaire openbaarmaking die via collectief beheer worden geïncasseerd waratoe de Regisseur een exploitatieovereenkomst heeft gesloten met VEVAM (...).”

First Floor Features (**productie 22**, p. 14):

“Het is de producent bekend dat de regisseur lid is van de VEVAM. De producent is bereid het VEVAM-contract te accorderen.”

328. Oftewel: bijna dertig jaar lang heeft art. 45d Aw de kabelexploitanten er niet van weerhouden te contracteren met de makers-CBO's en vergoedingen te betalen aan VEVAM. Bijna dertig jaar lang hebben de producenten die praktijk (expliciet) erkend. Gedaagden hebben op geen enkele manier aannemelijk gemaakt waarom datzelfde art. 45d Aw nu dan opeens wel met zich mee zou brengen dat de Kabelrechten toch aan de producent worden overgedragen en VEVAM geen recht meer heeft om Kabelvergoeding te innen ten behoeve van de regisseurs.

VII.5.2 *Producenten hebben nooit vergoeding betaald voor Kabeldoorgifte*

329. Dat artikel 45d Aw niet van toepassing is op Kabelrechten, blijkt ook uit het feit dat de producenten nooit de op grond van artikel 45d Aw vereiste “billijke vergoeding” voor die rechten aan de regisseurs hebben betaald. De Kabelvergoeding werd immers door VEVAM geïnd van de kabelexploitanten en uitgekeerd aan de regisseurs. In veel regiecontracten wordt ook expliciet gerefereerd aan de VEVAM vergoeding voor Kabeldoorgifte en worden de aanspraken van de regisseur daarop erkend door de producent (zie bijvoorbeeld **productie 14 en 22**).
330. Gedaagden hebben ook geen enkel bewijs geleverd van hun stelling dat de producenten wel ook een Kabelvergoeding hebben betaald, naast de Kabelvergoeding die de kabelexploitanten aan VEVAM hebben betaald.

Nb: De regisseurs ontvangen voor de rechten die zij nu wél overdragen aan producenten in regiecontracten meestal een beperkte eenmalige lumpsum vergoeding. Zowel de Commissie Auteursrecht³² als de wetgever vinden dat een onwenselijke situatie, omdat daarmee niet de beoogde redelijke vergoeding wordt gerealiseerd. Daarom is in het wetsvoorstel auteurscontractenrechtenrecht een toevoeging OP ART. 45d Aw opgenomen dat aan de makers die een wezenlijke bijdrage aan het filmwerk hebben geleverd, zoals de regisseur, een proportionele vergoeding voor de exploitatie is verschuldigd waarvan geen afstand kan worden gedaan.

³² Commissie Auteursrecht, Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010, d.d. 16 februari 2011, p. 7., p. 8-10,

VII.5.3 Art. 45d Aw voorziet niet in een (eerdere) overdracht van Kabelrechten

331. Zelfs als art. 45d Aw, ondanks het voorgaande, ook voor Kabeldoorgifte zou gelden, kan dat artikel nog niet in de weg staan aan een (eerdere) overdracht van Kabelrechten aan VEVAM.
332. Art. 45d Aw voorziet in een weerlegbaar vermoeden van overdracht van bepaalde exploitatiebevoegdheden en dus niet in een zogeheten door het HvJ EU in Luksan/Van der Let gesanctioneerde "cessio legis".

nb: De producenten en distributeurs hebben dan ook terecht geen gehoor gevonden bij de wetgever voor hun lobby om alsnog een wettelijke overdracht in te voeren in artikel 45d Aw (in de hoop daarmee de overdracht aan CBO's zoals VEVAM uit te kunnen bannen).³³ Ook de Commissie Auteursrecht heeft zich daartegen uitgesproken.³⁴

333. Het vermoeden van overdracht geldt bovendien pas vanaf het moment dat het filmwerk vertoningsgereed is in de zin van art. 45c Aw. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt ook dat het niet de bedoeling is met art. 45d Aw andere contractuele regelingen te doorbreken:³⁵

"Onjuist is de stelling dat de producent toch op ieder moment delen van het filmwerk openbaar kan maken of bepaalde versies publiceren. Dat kan hij volgens deze regeling alleen als hij dat contractueel overeengekomen is; indien niets anders overeengekomen is, heeft hij de bedoelde rechten van openbaarmaking krachtens artikel 45d pas vanaf het tijdstip van voltooiing.

(...)

Doel van de regeling in de Berner Conventie en dus in onze Auteurswet is de producent de exploitatierechten te verlenen van het filmwerk, als afgerond, voltooid geheel (...) Wij hebben er eveneens bezwaar tegen om na de opsomming van de bevoegdheden van de producent de woorden "in de ruimste zin van het woord" toe te voegen, daar die woorden het voorschrift veel te onbepaald zouden maken."

334. Daaruit blijkt al dat artikel 45d Aw niet in de weg kan staan aan de verplichte collectieve uitoefening in de zin van art. 26a Aw van de van rechtswege aan de regisseur toekomende Kabelrechten op het filmwerk, noch aan de eerdere overdracht van die (toekomstige) rechten aan VEVAM voordat het filmwerk voltooid is in de zin van art. 45c jo. 45d Aw.

VII.5.4 Regisseurs en producenten wijken af van vermoeden overdracht

³³ Kamerstukken II, 2011-2012, 33308, nr. 3, p. 24.

³⁴ Commissie Auteursrecht, Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010, d.d. 16 februari 2011, p. 7.

³⁵ Kamerstukken II 1982-1983, 16740, nr. 7, p. 18-19.

335. Art. 45d Aw bepaalt dat regisseurs en producenten schriftelijk kunnen afwijken van het vermoeden van overdracht. In de regiecontracten is zoals gezegd vrijwel standaard een clausule opgenomen waarin bepaalde rechten, in het bijzonder de VEVAM (kabel)rechten, nog los van de vraag of die nu onder art. 45d Aw vallen of niet, zijn uitgezonderd van de overdracht van rechten aan de producent. Zie ook **productie 14 en 22** waar ik hiervoor al uit heb geciteerd.
336. Zelfs in arbeidsovereenkomsten tussen producenten en regisseurs worden VEVAM clausules gemaakt, zie **productie 14**, p. 51 (IDTV) en **productie 14** p. 68 (Bos Bros):

“De rechtenoverdracht laat uitdrukkelijk de vorderingsrechten van de Regisseur jegens binnenlandse en buitenlandse collectieve rechtenorganisaties (zoals, maar niet beperkt tot, VEVAM) onverlet.”

337. Gedaagden hebben geen bewijs overgelegd waaruit blijkt dat dat anders zou zijn.

VII.5.5 Nemo plus-beginsel staat in de weg aan overdracht aan producent

338. De regisseurs kunnen de rechten die zij aan VEVAM hebben overgedragen überhaupt niet alsnog overdragen aan de producenten. Dat volgt uit het algemene goederenrechtelijke “nemo plus” beginsel dat iemand niet meer rechten kan overdragen dan hij of zij heeft.³⁶
339. Dit beginsel is de grondslag voor het vereiste in art. 3:84 lid 1 BW dat de overdracht moet geschieden door een beschikkingsbevoegde. Artikel 45d Aw doet niet af aan dat beginsel.
340. Voor een geldige overdracht ex art. 45d Aw moet de regisseur op het moment dat het vermoeden van overdracht in werking treedt, oftewel wanneer het filmwerk vertoningsgereed is in de zin van art. 45c Aw, beschikkingsbevoegd zijn.
341. Daarvan is geen sprake als de oorspronkelijk beschikkingsbevoegde, de regisseur, zijn Kabelrechten eerder (bij voorbaat) aan VEVAM heeft overgedragen. De regisseur is dan niet meer bevoegd om diezelfde rechten nogmaals over te dragen aan de producent: VEVAM beschikt dan immers over die rechten. Voor zover een regiecontract de regisseur daar toch toe zou verplichten, heeft dat geen goederenrechtelijk effect.
342. Ik verwijs ook naar het door Mr. Van Manen in par. 61 aangehaalde citaat van Hugenholtz en Guibault, die bevestigen dat de Kabelrechten standaard bij voorbaat worden overgedragen aan CBO's.

³⁶ Zie ook Rank-Berenschot, 2011, T&C Vermogensrecht, artikel 3:84, aant. 2 en Van Engelen, IE-Goederenrecht, § 6.3.2. Online te raadplegen via www.ie-handboek.nl.

343. Ook de Adviescommissie Auteursrecht³⁷, die de wetgever adviseert over onder meer het auteurscontractenrecht, onderschrijft dat het nemo plus-beginsel in de weg staat aan een overdracht van exploitatierechten aan producenten, als eenmaal een eerdere overdracht (bij voorbaat) van die rechten aan de CBO heeft plaatsgevonden:

“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.”³⁸

344. Zie in die zin ook het Hof Amsterdam, in het VEVAM/NL Film arrest³⁹:

“Het staat hem vrij deze rechten aan een ander, zoals VEVAM of NL Film & TV, over te dragen. In dit geval heeft de regisseur door het aangaan van de aansluitovereenkomst zijn desbetreffende rechten aan VEVAM overgedragen.”

345. RoDAP klaagt in haar conclusies dat dit toch niet de bedoeling van art. 45d Aw kan zijn geweest. Het is echter niet aan RoDAP om op de stoel van de wetgever te gaan zitten en het goederenrecht én de vrijheid van de regisseur om zijn eigendom al dan niet over te dragen overboord te gooien.

346. Ook uit het door RoDAP aangehaalde citaat uit de Memorie van Toelichting bij het nieuwe wetsvoorstel auteurscontractenrecht blijkt dat de wetgever (nog steeds) de mogelijkheid van een overdracht aan VEVAM erkent:

“Indien de maker ervoor kiest de in artikel 45d bedoelde exploitatierechten over te dragen aan een cbo...”

347. Samengevat: het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw, zo al van toepassing op Kabelrechten, kan noch het wettelijke mandaat van VEVAM op grond van art. 26a Aw, noch de (eerdere) contractuele overdracht van Kabelrechten aan VEVAM doorbreken. Dat zou ook in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever.

VIII. Onrechtmatig handelen

348. In par. 80 e.v. van de dagvaarding heeft VEVAM uiteengezet dat Ziggo en UPC ook onrechtmatig handelen jegens VEVAM door zonder toestemming

³⁷ Zie http://almanak.overheid.nl/49487/VenJ/Commissies_en_Raden/Adviescommissie_Auteursrecht/Commissie_Auteursrecht/

³⁸ Commissie Auteursrecht, Supplement betreffende de filmregeling en het fictief makerschap behorende bij het Advies aan de Minister van Justitie over het voorontwerp van wet inzake het auteurscontractenrecht van 14 oktober 2010, d.d. 16 februari 2011.

³⁹ Hof Amsterdam 22 november 2011, IEPT 20121122.

televisieprogramma's via de kabel door te geven, zonder daar een redelijke vergoeding voor te betalen.

349. Dat geldt des te meer voor de huidige doorgifte van filmwerken die zijn gemaakt toen de Kabelovereenkomsten nog golden. Daarvoor ontvangt de regisseur in ieder geval geen enkele vergoeding: noch via VEVAM, want de kabelexploitanten weigeren, noch van de producenten.
350. Bovendien handelen Gedaagden onrechtmatig nu zij hun eerdere toezegging, dat zij los van de juridische merites van de zaak het totale bedrag van voor de Kabeldoorgifte betaalde vergoedingen niet zouden verlagen, niet nakomen. Die toezegging was ook vervat in de intentieverklaring van RoDAP uit 2009, die RoDAP had voorgelegd aan de NMa (**productie 21**, p. 8):

“De betalende partijen in de mediasector (distributeurs, omroepen en producenten) zeggen toe dat de huidige omvang van het totale bedrag dat aan rechten wordt betaald niet verkleind zal worden ondanks een recente uitspraak van de rechter (NORMA/NLKabel) waardoor minimaal een van de twee grootste geldstromen (de vergoeding voor retransmissie) ter discussie staat.”

351. Daardoor lijdt VEVAM schade. VEVAM's statutaire doelstelling en verplichtingen onder de aansluitovereenkomsten zijn mede gebaseerd op de Kabelvergoedingen die de kabelexploitanten dertig jaar lang hebben betaald.

IX. Vergoedingsaanspraak VEVAM

352. De maker van een auteursrechtelijk werk heeft een sterk wettelijk wapen in handen: hij heeft de exclusieve rechten voor de openbaarmaking en verveelvoudiging van dat werk en kan dus zelf bepalen onder welke (financiële) voorwaarden hij daar toestemming voor verleent.

IX.1 Recht op billijke vergoeding

353. In ieder geval heeft de maker het recht op een redelijke vergoeding voor de exploitatie van zijn werken. Dat komt steeds terug in de nationale en internationale wetgeving. Ik verwijs naar hetgeen Mr. Van Manen daarover heeft gezegd en de verankering van dit beginsel in de Berner Conventie en alle EU richtlijnen op het gebied van het Auteursrecht.

Zie bijvoorbeeld ook artikel V lid 2 van de Universele Auteursrecht Conventie en art. 12a, 15c, 16, 16c, 16h en 45d Aw.

354. Ook de maker van een filmwerk heeft recht op een billijke vergoeding:

Zie art. 11bis lid 2 Bc:

“Het is aan de wetgeving der landen van de Unie voorbehouden de voorwaarden vast te stellen tot uitoefening van de in het eerste lid bedoelde rechten (...) Zij kunnen in geen geval afbreuk doen aan het

zedelijk recht van de auteur, noch aan het de auteur toekomend recht op een billijke vergoeding."

Vergelijk ook art. 17a Aw, dat de Nederlandse wetgever de mogelijkheid biedt een wettelijke licentie voor nationale uitzendingen voor programma's op te leggen:

"(...) Zij die bevoegd zijn een werk zonder voorafgaande toestemming openbaar te maken, zijn desalniettemin verplicht de rechten van de maker, bedoeld in artikel 25, te eerbiedigen en aan de maker of zijn rechtverkrijgenden een billijke vergoeding te betalen, welke bij gebreke van overeenstemming op vordering van de meest gereede partij door de rechter zal worden vastgesteld (...)"

355. In de SatKab richtlijn wordt gehamerd op de vergoedingsaanspraak die de rechthebbende heeft als zijn werken via de kabel of satelliet openbaar worden gemaakt, zie ov. 5, 15, 17 en 29. Daarbij moet rekening gehouden worden "met alle voor de uitzending kenmerkende aspecten" (ov. 17).
356. Dat er een billijke vergoeding moet worden betaald, staat dus buiten kijf. Hiervoor is al uiteengezet dat de vergoeding voor Kabeldoorgifte alleen collectief kan worden geïnd door CBO's; VEVAM doet dat ten behoeve van de regisseurs.
357. VEVAM is bereid toestemming voor Kabeldoorgifte te verlenen onder de in de dagvaarding genoemde voorwaarden.

IX.2 De gevraagde (tijdelijke) vergoeding is redelijk

358. Die voorwaarden zijn alleszins redelijk. In dit kort geding hoeft daarover niet te worden gedebatteerd. Dat hebben de kabelexploitanten en CBO's zelf immers in het verleden al uitgebreid gedaan.
359. Onder de laatst geldende kabelovereenkomst hebben de kabelexploitanten een bedrag aan Kabelvergoeding uitonderhandeld van laatstelijk EUR 0,62 per abonnee per maand voor pakketten tot 40 zenders en EUR 0,82 per abonnee voor zenderpakketten tot 80 zenders (het overeengekomen derde tarief van EUR 0,94 per abonnee per maand voor zenderpakketten tot 120 zenders is nooit betaald). Zie **productie 6**.
360. Dat bedrag werd betaald aan het Collectief van CBO's (AGICOA, SEKAM, Buma, Pictoright, VEVAM en LIRA) die dit bedrag onderling verdeelden. Op basis van die tussen alle CBO's overeengekomen verdeling heeft VEVAM laatstelijk, in 2010 t/m 2012, 8% van het door de kabelexploitanten totaal betaalde bedrag ontvangen (zie ook **productie 7**). Dat kwam neer op EUR 0,0496 respectievelijk EUR 0,0656 per abonnee per maand (de "**Betaalde Vergoeding**").
361. Zoals VEVAM in par. 85 e.v. van de dagvaarding uiteen heeft gezet, doet ook de Betaalde Vergoeding onvoldoende recht aan de rechten en belangen van VEVAM, de door haar vertegenwoordigde regisseurs en de

aanvullende exploitatievormen waarvoor de distributeurs toestemming willen verkrijgen.

362. In dit kort geding sluit VEVAM toch aan bij de Betaalde Vergoeding als tijdelijke regeling, omdat evident is dat die redelijk en proportioneel is. Dat bedrag is immers tot stand gekomen na intensieve onderhandelingen waarbij ook de producenten-CBO's AGICOA en SEKAM partij waren.
363. De daartoe tussen de leden van het Collectief gesloten overeenkomst is vertrouwelijk. Desalniettemin heeft RoDAP daar selectief twee bepalingen uit overgelegd (**productie 6**). RoDAP was dus op de hoogte van die overeenkomst en het daarin overeengekomen aandeel van VEVAM in de Kabelvergoeding. Die overeenkomst was dan ook voor producentenorganisatie SEKAM getekend door Dick van de Graaf, die tevens bestuurder is van RoDAP.
364. Daaruit blijkt niet alleen de belangenverstremgeling tussen die RoDAP partijen, maar ook dat vertrouwelijke informatie door de bij RODAP aangesloten leden wordt gedeeld.⁴⁰ Dat terwijl de NMA als
365. RoDap heeft een verklaring over gelegd van haar bestuurder Van der Graaf (dit keer met zijn SEKAM-pet op). Van der Graaf betwist niet dat VEVAM laatstelijk 8% van de Kabelvergoeding heeft ontvangen ten behoeve van de regisseurs.
366. Hij vindt echter dat voor het bepalen van de Kabelvergoeding voor VEVAM moet worden aangesloten bij een andere vertrouwelijke schikking: die tussen SEKAM en VEVAM. Die schikking ziet op het aandeel in de Kabelvergoeding voor de door VEVAM vertegenwoordigde regisseurs voor onafhankelijke Nederlandse producties over de jaren 2008 tot en met 2010. Dat is dus een in tijd en reikwijdte beperkte regeling.
367. Uit een onoverzichtelijke tabel met berekeningen die niet met bewijsstukken zijn onderbouwd, trekt Van der Graaf de conclusie dat VEVAM van 2008 tot en met 2010 gemiddeld een vergoeding van 3,2% van de totale Kabelvergoeding zou hebben ontvangen (dat zou dan neerkomen op gemiddeld EUR 0,02 per abonnee per maand).
368. Daarmee probeert hij te verhullen dat VEVAM in de laatste drie kwartalen van 2010 40% van de totale aan SEKAM uitgekeerde Kabelvergoeding heeft ontvangen. Dat komt weer overeen met 8% van de totale Kabelvergoeding (de Betaalde Vergoeding).
369. De verklaring van Van der Graaf is moeilijk te volgen. Dat komt ook omdat de verdeling van gelden binnen het Collectief in het verleden vrij ondoorzichtig was.

⁴⁰ Dat terwijl de NMA heeft benadrukt dat er binnen RoDAP geen sprake mag zijn van belangenverstremgeling of het delen van concurrentiegevoelige informatie (productie 21, p. 5).

370. Om verschillende redenen moet (tenminste) de Betaalde Vergoeding van 2010-2012 als uitgangspunt worden genomen, niet de voorheen betaalde vergoedingen:
- Voorheen had VEVAM SEKAM gemandateerd om Kabelvergoeding voor haar te innen. Dat mandaat is per 1 januari 2011 geëindigd in het kader van de ontvlechting van VEVAM en SEKAM.
 - In het verleden hielden zowel AGICOA als SEKAM administratiekosten in op de uiteindelijk aan VEVAM door te betalen Kabelvergoeding. Die inhoudingen zijn niet meer gerechtvaardigd nu AGICOA en SEKAM niet meer betrokken zijn in de uitkering aan VEVAM. Sterker nog: AGICOA en SEKAM hebben zich teruggetrokken uit het Collectief en hebben zich met de kabelexploitanten verenigd.
 - In het verleden kreeg VEVAM via SEKAM alleen Kabelvergoeding voor regisseurs van Nederlandse onafhankelijke producties, omdat SEKAM als CBO van Nederlandse onafhankelijke producenten op haar beurt van AGICOA alleen Kabelvergoeding kreeg uitbetaald voor die producties. De rest bleef achter bij de buitenlandse producenten organisatie, zonder dat er een vergoeding werd uitgekeerd aan (buitenlandse) regisseurs van buitenlandse filmwerken. Ook regisseurs die in opdracht van de omroepen werken niet vertegenwoordigd.
 - Die regisseurs vertegenwoordigt VEVAM sinds 1 januari 2011 wel (zie ook **productie 12**). Alle CBO's zijn in die schikkingsovereenkomst tot een regeling gekomen waarbij een bedrag van EUR 4,5 miljoen is betaald als schikking voor de Kabelvergoedingsclaims van de buitenlandse regisseurs tot 2010. Vanaf 2010 int VEVAM de gelden voor de buitenlandse regisseurs.
 - Tot 2010 was VEVAM een vereniging die naast regisseurs ook scenaristen en producenten in persoon vertegenwoordigde. Vanaf 1985 keerde VEVAM aan die verschillende rechthebbenden respectievelijk 30% (regisseurs), 40% (scenaristen) en 30% (producenten) uit van de bedragen die zij via SEKAM ontving. Zoals gezegd betrof dat uitsluitend bedragen voor Nederlandse onafhankelijke producties. Later groeide die verhouding echter steeds meer scheef ten koste van de regisseurs en scenaristen, onder druk van de producenten (die ook in het bestuur van VEVAM zaten). Dat is ook waarom het bedrag dat VEVAM voor de regisseurs van Nederlandse onafhankelijke producties uiteindelijk ontving van 2008 tot begin 2010 zo laag is, en dat is ook waarom Van der Graaf in zijn verklaring juist probeert aan te haken bij die periode.
 - De rechtsgrond voor die 'producent in persoon' is overigens volstrekt onduidelijk. De 'pip' is een uitvinding die slechts is gehanteerd door het toenmalige door producenten beheerde VEVAM-bestuur. Die uitvinding had tot doel de voor regisseurs beschikbare gelden te verlagen ten faveure van de producent. Die handelswijze was niet redelijk en had geen rechtsgrond.

- Van der Graaf erkent ook dat de regisseurs in de laatste drie kwartalen van 2010 een veel hogere vergoeding hebben ontvangen als in de twee jaar daarvoor. Daaruit blijkt dat SEKAM ook erkent dat VEVAM in die voorgaande jaren te weinig had ontvangen voor de regisseurs
371. Al deze voornoemde punten zijn meegenomen in de regeling voor de verdeling die binnen het Collectief is getroffen voor de afgelopen twee jaar. Die punten gaan ook nu onverkort op. Het is dan ook redelijk aan te sluiten bij de onomstreden in 2011-2012 betaalde vergoedingen, in plaats van bij onduidelijke en fluctuerende vergoedingen in de periode daarvoor die als gevolg van organisatorische hervormingen binnen VEVAM en het Collectief achterhaald zijn.
372. Als al gekeken zou moeten worden naar het verleden, moet de hele periode van 1985 in aanmerking worden genomen, en niet alleen de periode van 2008 tot 2010 waar RoDAP zich toe beperkt.
373. RoDAP lijkt VEVAM nu te verwijten dat zij een beroep doet op de schikkingsovereenkomst waarbij de Betaalde Vergoeding is vastgesteld. Het is echter niet VEVAM, maar RoDAP die uit deze overeenkomst heeft geciteerd, terwijl zij daar nota bene niet eens partij bij is.
374. Volgens RoDAP kan aan het in 2011 en 2012 door VEVAM ontvangen bedrag geen precedent worden ontleend. Feit is dat alle leden in het collectief, waaronder de bij RoDAP aangesloten producenten, tot deze verdeling zijn gekomen na een intensief onderhandelingsproces. Een duidelijker indicatie van de billijkheid van die vergoeding is moeilijk denkbaar.
375. De Betaalde Vergoeding is in ieder geval vele malen redelijker dan het veel lagere aandeel van "3,2%" waar RoDAP nu bij lijkt te willen aanhaken. Dat aandeel doet in ieder geval geen recht aan de positie van de regisseur als (hoofd)maker van van filmwerken. De regisseur levert daaraan een essentiële scheppende en leidende bijdrage. Bij vrijwel ieder door de kabelexploitanten doorgegeven filmwerk zijn regisseurs betrokken.
376. Overigens hebben Gedaagden zich tot op heden ook niet bereid getoond die 3,2% aan VEVAM te betalen, nog afgezien van het feit dat dat aandeel geen waarde heeft zolang VEVAM niet weet wat nu in totaal aan Kabelvergoeding wordt betaald.
377. VEVAM weet niet welk bedrag de producenten-CBO's thans ontvangen van de kabelexploitanten omdat zij weigeren daar inzage in te geven. Ook RoDAP heeft daar, ondanks haar mooie woorden over transparante vergoedingen, geen informatie over gegeven. Als de producenten meer krijgen dan wat zij in de afgelopen twee jaar hebben ontvangen, ontbreekt elke grondslag daarvoor. Als de producenten wel hetzelfde bedrag ontvangen als voorheen, is des te onduidelijker waarom VEVAM dan wel genoeg zou moeten nemen met minder.
378. Kortom: het is aan VEVAM te bepalen onder welke voorwaarden zij Kabeldoorgifte wil toestaan. De voorwaarden die VEVAM stelt voor een

tijdelijke regeling zijn zeer redelijk en proportioneel en doen recht aan het wettelijk verankerde recht van de regisseur op een billijke vergoeding.

X. DE BOTTLENECK: rechten VEVAM worden niet erkend

379. De kern van dit geschil zit niet zozeer in een verschil van mening over de hoogte van de door de kabelexploitanten te betalen Kabelvergoeding, maar in het feit dat Gedaagden weigeren de rechten van VEVAM te erkennen. Dat heeft VEVAM al aangekaart in haar brief van 15 februari 2013 (**productie 9**). Gedaagden hebben dat in het laatste overleg tussen partijen op 6 augustus weer bevestigd.
380. RoDAP schrijft in haar conclusie in de LIRA-zaak (par. 3.7 en 3.8) ook dat zij de aanspraken van individuele CBO's nooit heeft erkend en dat de *"grondslag van de aanspraken na het wegvallen van de toepasselijkheid van artikel 26a Aw (retransmissie) minst genomen dubieus is."*
381. Gedaagden hebben met zo veel woorden gezegd dat de rechter eerst moet uitmaken of VEVAM wel rechten heeft voordat zij überhaupt iets aan VEVAM wil betalen. Dat is de bottleneck in deze zaak. Dat is ook de reden waarom het met de onderhandelingen tussen partijen niet wil vlotten, zelfs niet voor een tijdelijke regeling.
382. Het enige wat VEVAM dus kan is naar de rechter stappen. Vandaar dat wij hier vandaag staan.

XI. VORDERINGEN EN SPOEDEISENDHEID

383. VEVAM heeft haar vorderingen en de spoedeisendheid daarvan al toegelicht in de dagvaarding. In aanvulling daarop het volgende.
384. Sinds de beëindiging van de Kabelovereenkomsten op 1 oktober 2012 zijn UPC en Ziggo onverminderd door gegaan met het openbaarmaken van in omroepprogramma's vervatte filmwerken van regisseurs. Ziggo en UPC beschikken echter niet over de benodigde toestemming van VEVAM en betalen sindsdien ook geen Kabelvergoeding meer aan VEVAM. VEVAM heeft daarna nog getracht met Ziggo en UPC (via NLkabel) te komen tot een nieuwe regeling.
385. Inmiddels is gebleken dat partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over de voorwaarden voor Kabeldoorgifte, omdat Gedaagden de aanspraken en rechten van VEVAM niet erkennen. Daarom vordert VEVAM primair dat Ziggo en UPC (al dan niet vertegenwoordigd door NLkabel) worden bevolen door te onderhandelen met VEVAM met als uitgangspunt dat VEVAM's aanspraken worden erkend (er is nog steeds sprake van Kabeldoorgifte in de zin van art. 26a Aw).⁴¹

⁴¹ Zie voor voorbeelden van zaken waarin vorderingen tot door onderhandelen op bepaalde voorwaarden of uitgangspunten in kort geding zijn toegewezen Vzr. Rb. Amsterdam 24 augustus 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5889, Vzr. Rb. Den Haag 4 mei 2000, KG 2000, 153, Vzr. Rb.

386. Als dat niet tot het gewenste resultaat leidt, vordert VEVAM dat in ieder geval het bedrag dat VEVAM laatstelijk onder de Kabelovereenkomsten ontving wordt doorbetaald, nu dat bedrag in redelijkheid niet kan worden betwist. Dat is hiervoor al uiteengezet. VEVAM legt zich ook neer bij een door u in goede justitie te bepalen bedrag.
387. Voor het geval u het niet mogelijk acht één of beide van deze vorderingen als zodanig toe te wijzen, verzoekt VEVAM u prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over de punten waarop deze zaak naar uw mening juridische verduidelijking behoeft. In de dagvaarding heeft VEVAM al uiteengezet dat prejudiciële vragen mogelijk zijn in deze zaak (par. 120 e.v.)
388. Indien u niet zeker bent of de situatie van Kabeldoorgifte die in deze zaak aan de orde is, namelijk:
- Kabelexploitanten verspreiden via de kabel aan hun abonnees filmwerken;
 - die zijn vervat in televisieprogramma's van de omroepen;
 - waarover de kabelexploitanten geen redactie voeren;
 - conform het door de omroepen bepaalde uitzendschema;
 - gelijktijdig, onverkort en ongewijzigd aan de uitzending van diezelfde programma's via ether, satelliet of anderszins;
- kwaliceert als een "uitzending via een omroepnetwerk" in de zin van art. 26a Aw, kunt u die vraag voorleggen aan de Hoge Raad op basis van art. 392 Rv.
389. Daarnaast of in plaats daarvan kunt u ook prejudiciële vragen stellen aan de Hoge Raad over de verhouding tussen art. 45d Aw, art. 26a Aw en de contractuele overdracht van Kabelrechten aan VEVAM. Ook daarvoor heeft VEVAM (subsidiar) vragen geformuleerd.
390. Uit de cassatiestukken in Norma/Kabel blijkt overigens dat deze vragen nog niet voorliggen bij de Hoge Raad. Zoals gezegd zijn in de NORMA/NLKabel geen auteursrechtelijke kwesties, maar vragen van naburig recht aan de orde.
391. In de NORMA/NLKabel zaak heeft het Hof 's-Gravenhage geoordeeld dat (1) de kabelexploitanten geen uitvoeringen van uitvoerend kunstenaars "heruitzenden" in de zin van art. 14a WNR en (2) dat de overdracht van (toekomstige) rechten op het volledige repertoire van de uitvoerend kunstenaars aan NORMA onvoldoende bepaald is. Tegen die (onjuiste) oordelen richt de cassatie zich en daar zal de Hoge Raad zich dus over moeten uitlaten. Bij de Hoge Raad liggen geen vragen voor met betrekking tot de reikwijdte van art. 26a Aw of (de verhouding met) art. 45d Aw.

392. Zoals uiteengezet roept VEVAM alleen als uiterste middel haar verbodsrecht in, als Gedaagden hun betalingsverplichtingen onder een met VEVAM bereikte regeling of de door de rechter opgelegde Tijdelijke vergoeding gedurende 14 dagen niet nakomen.
393. VEVAM heeft tijdig een specificatie van de door haar in dit geding gemaakte en gevorderde kosten overgelegd. Die kosten zijn redelijk gezien het belang van de zaak, het feitencomplex, de vele door Gedaagden in deze en andere procedures opgeworpen ingewikkelde juridische argumenten en de voeging van RoDAP aan de zijde van Gedaagden.
394. De kostenoverzichten waarmee Gedaagden nog op de proppen zijn gekomen moeten buiten beschouwing worden gelaten nu die niet binnen 24 uur voor de zitting zijn ingediend.⁴² RoDAP kan überhaupt geen aanspraak maken op volledige proceskosten in de zin van art. 1019h Rv nu zij dat niet heeft gevorderd; zij heeft "kosten rechtens" gevorderd in haar incidentele conclusie tot voeging. Los daarvan is het overzicht van RoDAP onvoldoende gespecificeerd, nu niet duidelijk is welke advocaat welke werkzaamheden heeft verricht tegen welk uurtarief.⁴³
395. Dat gedaagden lagere bedragen vorderen dan VEVAM ligt voor de hand. Hun advocaten zijn reeds meer dan 6 jaar in vergelijkbare dossiers betrokken. Bovendien hebben zij op 31 juli beiden een lange conclusie genomen in de LIRA zaak, die over een vergelijkbaar onderwerp gaat. RoDAP heeft haar conclusie zelfs één op één overgelegd. Daarnaast is de bewijsvoering van Gedaagden zeer beperkt in vergelijking tot die van eiseres.

⁴² Zie ook punt 5 van de "Indicatie tarieven in IE-zaken".

⁴³ Zie ook punt 2 en 5 van de "Indicatie tarieven in IE-zaken".