

Hoge Raad, 19 juni 2009, BUMA v Chellomedia



## AUTEURSRECHT – NABURIGE RECHTEN

**Richtlijnconforme uitleg “openbaarmaking”:** “mededelingen aan het publiek”

• [de uitleg die het HvJEG in het arrest in de zaak Lagardère heeft gegeven aan het woord "publiek" in art. 1 lid 2, onder a, van de richtlijn 93/83, tevens bepalend is voor de uitleg van "publiek" in art. 3 van de richtlijn 2001/29 en, gezien het hiervoor in 2.3 en 2.4 overwogene, voor de thans aan "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet te geven richtlijnconforme uitleg](#)

Bij de uitleg van "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet moet in aanmerking worden genomen dat Nederland bij de implementatie van de Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (Pb L 167 van 22 juni 2001) - zoals vermeld in nr. 4. 36 van de conclusie van de Advocaat-Generaal – het niet nodig heeft gevonden art. 12 Auteurswet aan te passen aan art. 3 van de richtlijn, omdat de in genoemd art. 3 bedoelde handelingen reeds door art. 12 Auteurswet bestreken werden. Dit brengt mee dat het begrip "openbaarmaking" van art. 12 Auteurswet ten minste moet beantwoorden aan het begrip "mededeling aan het publiek" van art. 3 van de richtlijn, en dat de invulling die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG) aan "mededeling aan het publiek" geeft, tevens bepalend is voor de minimale reikwijdte van "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet.

2.4 Van belang is hierbij dat het HvJEG in punt 31 van zijn arrest van [7 december 2006, zaak C-306/05 \(SGAE/Rafael L JN BF9316, programma's Hoteles\)](#), Jurispr. 2006 blz. I-11519, waarin het ging om doorgifte van televisiedoor een hoteleigenaar naar de hotelkamers, heeft geoordeeld dat het begrip "publiek", dat richtlijn 2001/29 hanteert zonder uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten te verwijzen voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze behoort te worden uitgelegd. Onder "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet vallen daarom geen bekendmakingen aan (groepen van) personen die niet behoren tot het in de richtlijn bedoelde "publiek".

2.5 Het HvJEG heeft in punt 37 van zijn arrest in de zaak [SGAE/Rafael Hoteles](#) herhaald dat het woord "publiek" ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, waarbij het hof onder meer verwees naar punt 31 van zijn arrest van [14 juli 2005, zaak C-192/04 \(Lagardère Active Broadcast/SPRE\)](#), Jurispr. 2005 blz. I-7199, NJ 2006, 467. Die verwijzing duidt erop dat het HvJEG aan het woord "publiek" in art. 3 van de richtlijn 2001/29 eenzelfde uitleg geeft als aan

"publiek" in art. 1 lid 2, onder a, van de Richtlijn 27 september 1993 tot 93/83/EEG van coördinatie van de Raad bepaalde van voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (Pb L 248 van 6 oktober 1993), waarvan de uitleg aan de orde was in het [arrest Lagardère](#). Dit een en ander brengt mee dat, anders dan Buma betoogt, de uitleg die het HvJEG in het arrest in de [zaak Lagardère](#) heeft gegeven aan het woord "publiek" in art. 1 lid 2, onder a, van de richtlijn 93/83, tevens bepalend is voor de uitleg van "publiek" in art. 3 van de richtlijn 2001/29 en, gezien het hiervoor in 2.3 en 2.4 overwogene, voor de thans aan "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet te geven richtlijnconforme uitleg.

**Uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen voor kabelstations en DTH-platforms geen “mededeling aan het publiek”**

• [dat het begrip "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet niet omvat het uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen die niet door het publiek maar uitsluitend door ontvangende kabelkopstations en/of DTH-platforms worden opgevangen die deze decoderen door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur teneinde die signalen \(opnieuw gecodeerd\) aan het \(geabonneerde\) kijkerspubliek door te geven.](#)

Terecht heeft derhalve het hof in rov. 4.4 - 4.6 van het bestreden arrest, dat is gewezen voordat het HvJEG het arrest in de [zaak SGAE/Rafael Hoteles](#) had gewezen, onderzocht of de handelingen van Chellomedia vallen onder het begrip "mededeling aan het publiek" zoals het HvJEG dat begrip nader heeft bepaald in het [arrest Lagardère](#), en evenzeer terecht hebben het hof en de rechtbank het lot van de vorderingen van Buma daarvan doen afhangen. 2.7 Nu het HvJEG in de overwegingen 31 en 35 van zijn arrest in de [zaak Lagardère](#) heeft vastgesteld "dat een beperkte kring van personen die van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld" en "dat de signalen voor het publiek bestemd moeten zijn en niet de programma's waarvan zij de drager zijn" moet, gezien het hiervoor overwogene, worden aangenomen dat het begrip "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet niet omvat het uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen die niet door het publiek maar uitsluitend door ontvangende kabelkopstations en/of DTH-platforms worden opgevangen die deze decoderen door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur teneinde die signalen (opnieuw gecodeerd) aan het (geabonneerde) kijkerspubliek door te geven. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat de handelingen van Chellomedia die in deze procedure aan de orde zijn, geen "openbaarmaking" in de zin van art. 12 Au-

teurswet opleveren van auteursrechtelijk beschermde werken uit het Buma-repertoire.

Vindplaatsen: LJN: [BH7602](#); AMI 2010, nr. 1, p. 12, m.nt. Hugenholtz; IER 2010, nr. 24, p. 195, m.nt. De Cock Buning

## HR, 19 juni 2009

(D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, J.C. van Oven, C.A. Streefkerk)

Arrest

in de zaak van:

de vereniging met volledige bevoegdheid VERENIGING BUMA, gevestigd te Amstelveen, EISERES tot cassatie, rechtsadvocaten:

aanvankelijk mrs. T. Cohen Jehoram en v. Rörsch, thans mr. R.A.A. Duk,

tegen

CHELLOMEDIA PROGRAMMING B.V., gevestigd te Amsterdam, VERWEERSTER in cassatie, advocaat: mr. E. Grabandt.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Buma en Chellomedia.

### 1. Het verloop van het geding

De Hoge Raad verwijst naar zijn tussenarrest van 4 april 2008, LJN [BC8630](#), voor het daaraan voorafgegaane verloop van het geding. Bij dat arrest heeft de Hoge Raad het beroep van Chellomedia op niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep verworpen. Vervolgens is de zaak voor partijen nader toegelicht door hun advocaten, voor Chellomedia tevens door mr. L. Kelkensberg, advocaat bij de Hoge Raad en mr. R.P.J. Ribbert, advocaat te Amsterdam. De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt tot verwerping van het beroep. De advocaat van Buma heeft bij brief van 3 april 2009 op die conclusie gereageerd.

### 2. Beoordeling van het middel

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. televisieprogramma's waaronder

(i) Chellomedia produceert en exploiteert diverse een aantal thema- en special-interest-kanalen (hierna: de Chellomediaprogramma's). De Chellomedia-programma's bevatten onder meer auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan Buma wat betreft de muziek auteursrechten op muziekwerken uit het zogenaamde Buma-repertoire de uitsluitende exploitatierechten uitoefent en beheert.

(ii) De programmasignalen worden door Chellomedia in gecodeerde vorm naar de distributiesatelliet Telstar 12 opgestraald (uplink) en van daar teruggestraald naar kabelkopstations en DTH (Direct to Home)-platforms (downlink).

(iii) De gecodeerde Chellomedia-programmasignalen kunnen niet door het publiek worden opgevangen maar uitsluitend door de ontvangende kabelkopstations en/of de DTH-platforms.

(iv) Deze programmasignalen worden door de exploitanten van deze kabelkopstations en DTH-platforms uitsluitend ten behoeve van (opnieuw gecodeerde)

doorgifte aan het publiek, gedecodeerd door middel van door Chellomedia ter beschikking gestelde professionele, d. w. z. niet voor de consument beschikbare, decodeerapparatuur.

(v) De exploitanten van de kabelkopstations onderscheidenlijk de DTH-platforms zenden door hen opnieuw gecodeerde programmasignalen door via de kabel dan wel naar DTH-satellieten. Het publiek kan deze opnieuw gecodeerde signalen opvangen met behulp van door genoemde exploitanten ter beschikking gestelde decodeerapparatuur.

2.2 Partijen zijn het erover eens dat de decodering en doorgifte van het (opnieuw gecodeerde) programma-sig-naal aan het geabonneerde kijkerspubliek door de kabelexploitanten en DTH-platforms die het programma-sig-naal van Chellomedia afnemen, te kwalificeren zijn als een openbaarmaking waarvoor een auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd is, welke vergoeding volgens Buma ook daadwerkelijk aan haar wordt voldaan. Oneens zijn partijen het over het antwoord op de vraag of, zoals Buma aan haar vorderingen ten grondslag heeft gelegd, het hiervoor omschreven uplinken en downlinken in gecodeerde vorm van de Chellomedia-programmasignalen naar de exploitanten van kabelkopstations en DTH-platforms (en het in staat stellen van deze exploitanten om deze signalen te decoderen) valt aan te merken als een (afzonderlijke) openbaarmaking als bedoeld in art. 12 Auteurswet van de in deze programma's geïncorporeerde auteursrechtelijk beschermde werken uit het Buma-repertoire. Het [hof heeft deze vraag](#), evenals de rechtbank, in ontkennende zin beantwoord. Ook in cassatie gaat het uiteindelijk om de vraag of Chellomedia door haar hiervoor bedoelde handelen werken uit het Buma-repertoire openbaar maakt als bedoeld in art. 12 Auteurswet, en dus daarom of het begrip "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet handelingen omvat als de onderhavige van Chellomedia.

2.3 Bij de uitleg van "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet moet in aanmerking worden genomen dat Nederland bij de implementatie van de Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (Pb L 167 van 22 juni 2001) - zoals vermeld in nr. 4.36 van de conclusie van de Advocaat-Generaal - het niet nodig heeft gevonden art. 12 Auteurswet aan te passen aan art. 3 van de richtlijn, omdat de in genoemd art. 3 bedoelde handelingen reeds door art. 12 Auteurswet bestreken werden. Dit brengt mee dat het begrip "openbaarmaking" van art. 12 Auteurswet ten minste moet beantwoorden aan het begrip "mededeling aan het publiek" van art. 3 van de richtlijn, en dat de invulling die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJEG) aan "mededeling aan het publiek" geeft, tevens bepalend is voor de minimale reikwijdte van "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet.

2.4 Van belang is hierbij dat het HvJEG in punt 31 van zijn arrest van [7 december 2006, zaak C-306/05 \(SGAE/Rafael LJN BF9316, programma's Hoteles\)](#),

Jurispr. 2006 blz. I-11519, waarin het ging om doorgifte van televisiedoor een hoteleigenaar naar de hotelkamers, heeft geoordeeld dat het begrip "publiek", dat richtlijn 2001/29 hanteert zonder uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten te verwijzen voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze behoort te worden uitgelegd. Onder "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet vallen daarom geen bekendmakingen aan (groepen van) personen die niet behoren tot het in de richtlijn bedoelde "publiek".

2.5 Het HvJEG heeft in punt 37 van zijn arrest in de zaak SGAE/Rafael Hoteles herhaald dat het woord "publiek" ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, waarbij het hof onder meer verwees naar punt 31 van zijn arrest van **14 juli 2005, zaak C-192/04 (Lagardère Active Broadcast/SPRE)**, Jurispr. 2005 blz. I-7199, NJ 2006, 467. Die verwijzing duidt erop dat het HvJEG aan het woord "publiek" in art. 3 van de richtlijn 2001/29 eenzelfde uitleg geeft als aan "publiek" in art. 1 lid 2, onder a, van de Richtlijn 27 september 1993 tot 93/83/EEG van coördinatie van de Raad bepaalde van voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (Pb L 248 van 6 oktober 1993), waarvan de uitleg aan de orde was in het arrest Lagardère. Dit een en ander brengt mee dat, anders dan Buma betoogt, de uitleg die het HvJEG in het arrest in de zaak Lagardère heeft gegeven aan het woord "publiek" in art. 1 lid 2, onder a, van de richtlijn 93/83, tevens bepalend is voor de uitleg van "publiek" in art. 3 van de richtlijn 2001/29 en, gezien het hiervoor in 2.3 en 2.4 overwogene, voor de thans aan "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet te geven richtlijnconforme uitleg.

2.6 Terecht heeft derhalve het hof in rov. 4.4 - 4.6 van het bestreden arrest, dat is gewezen voordat het HvJEG het arrest in de zaak SGAE/Rafael Hoteles had gewezen, onderzocht of de handelingen van Chellomedia vallen onder het begrip "mededeling aan het publiek" zoals het HvJEG dat begrip nader heeft bepaald in het arrest Lagardère, en evenzeer terecht hebben het hof en de rechtbank het lot van de vorderingen van Buma daarvan doen afhangen. 2.7 Nu het HvJEG in de overwegingen 31 en 35 van zijn arrest in de zaak Lagardère heeft vastgesteld "dat een beperkte kring van personen die van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld" en "dat de signalen voor het publiek bestemd moeten zijn en niet de programma's waarvan zij de drager zijn" moet, gezien het hiervoor overwogene, worden aangenomen dat het begrip "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet niet omvat het uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen die niet door het publiek maar uitsluitend door ontvangende kabelkopstations en/of DTHplatforms worden opgevangen die deze decoderen door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur teneinde die

signalen (opnieuw gecodeerd) aan het (geabonneerde) kijkerspubliek door te geven. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat de handelingen van Chellomedia die in deze procedure aan de orde zijn, geen "openbaarmaking" in de zin van art. 12 Auteurswet opleveren van auteursrechtelijk beschermde werken uit het Buma-repertoire. De vorderingen van Buma zijn derhalve terecht afgewezen.

2.8 Alle klachten van het middel stuiten hierop af.

### 3. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Buma in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Chellomedia begroot op € 371,34 aan verschotten en € 20.000,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, J.C. van Oven en C.A. Streefkerk, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 19 juni 2009.

---

### Conclusie

Nr. 07/12553

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 20 maart 2009 (bij vervroeging)

Conclusie inzake:

Vereniging Buma

tegen:

Chellomedia Programming BV

(voorheen: UPC Programming BV)

### 1. Inleiding

1.1. Partijen worden hierna doorgaans aangeduid als Buma respectievelijk Chellomedia(1).

1.2. Chellomedia produceert en exploiteert tv-programma's. In die programma's komt muziek voor uit het zgn. Buma-repertoire, waarop Buma de exploitatierechten uitoefent en beheert.

De programmasignalen worden door Chellomedia in gecodeerde vorm naar de distributiesatelliet Telstar 12 opgestraald en vandaar teruggezonden naar kabelkopstations en DTH (Direct-To-Home)-platforms. Deze gecodeerde programmasignalen kunnen niet door het publiek worden opgevangen. De exploitanten van de kabelkopstations en DTH-platforms decoderen de van Chellomedia ontvangen programma's en geven deze (opnieuw gecodeerd) door aan het geabonneerde publiek. Dat publiek kan deze opnieuw gecodeerde signalen opvangen met behulp van de door deze exploitanten ter beschikking gestelde decodeerapparatuur.

1.3. Partijen zijn het erover eens dat de handelingen van de kabelexploitanten en DTH-platforms die het programmasignaal van Chellomedia afnemen te kwalificeren zijn als een openbaarmaking waarvoor een auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd is.

Partijen verschillen evenwel van mening over de vraag of de satelliettransmissie van Chellomedia naar de kabelkopstations en de DTH-platforms (ook) te kwalificeren is als een openbaarmaking waarvoor een auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd is.

## 2. Procesverloop

2.1. Voor het procesverloop tot en met het tussenarrest van de Hoge Raad van 4 april 2008 kan verwezen worden naar dat arrest(2). Ik geef een summiere samenvatting.

Buma heeft in 2003 Chellomedia gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd, kort gezegd, Chellomedia te verbieden zonder toestemming van Buma muziek behorende tot het repertoire van Buma openbaar te (doen) maken.

Tegen een tussenvonnis van de rechtbank van 12 januari 2005(3), waarin bepaald was dat partijen daartegen hoger beroep kunnen instellen, heeft Buma hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 29 juni 2006(4) heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en de zaak teruggewezen naar de rechtbank.

Bij vonnis van 1 augustus 2007 heeft de rechtbank de vorderingen van Buma afgewezen.

Tegen dat vonnis en tegen het arrest van het hof van 29 juni 2006 heeft Buma beroep in cassatie ingesteld op de voet van art. 398, aanhef en onder 2, Rv ('sprongcassatie').

Nadat Chellomedia had geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van Buma in haar cassatieberoep voor zover ingesteld tegen het arrest van het hof van 29 juni 2006, heeft de Hoge Raad bij genoemd arrest van 4 april 2008 dat beroep op niet-ontvankelijkheid verworpen.

2.2. Partijen hebben vervolgens in de hoofdzaak schriftelijke toelichtingen gegeven, gevolgd door re- en dupliek.

## 3. Feiten

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende - tussen partijen onbestreden - feitenvaststelling in rov. 4.1 van het tussenarrest van het hof van 29 juni 2006(5).

(i) Chellomedia produceert en exploiteert diverse televisieprogramma's waaronder een aantal thema- en special interest-kanalen (hierna te noemen de Chellomediaprogramma's).

(ii) De Chellomediaprogramma's bevatten onder meer auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan Buma voor wat betreft de muziekauteursrechten op muziekwerken uit het zogenaamde Buma-repertoire de uitsluitende exploitatierechten uitoefent en beheert.

(iii) De programmasignalen worden door Chellomedia in gecodeerde vorm naar de distributiesatelliet Telstar 12 opgestraald (uplink) en vandaar teruggezonden naar kabelkopstations en DTH (Direct-To-Home)-platforms (downlink).

(iv) De gecodeerde Chellomediaprogrammasignalen kunnen niet door het publiek worden opgevangen, maar uitsluitend door de ontvangende kabelkopstations en/of de DTH-platforms. Deze programmasignalen worden door de exploitanten van deze kabelkopstations en/of DTH-platforms uitsluitend ten behoeve van (opnieuw gecodeerde) doorgifte aan het publiek, gedecodeerd door middel van door Chellomedia ter beschikking gestelde professionele, d.w.z. niet voor de consument beschikbare, decodeerapparatuur. De exploitanten van

de kabelkopstations dan wel van de DTH-platforms zenden de door hen opnieuw gecodeerde programmasignalen door via de kabel respectievelijk naar DTH-satellieten. Het publiek kan deze opnieuw gecodeerde signalen opvangen met behulp van de door genoemde exploitanten ter beschikking gestelde decodeerapparatuur.

3.2. Partijen zijn het erover eens dat de handelingen van de kabelexploitanten en DTH-platforms die het programmasignaal van Chellomedia afnemen - welke handelingen bestaan uit decodering en doorgifte van het (opnieuw gecodeerde) programmasignaal aan het geabonneerde kijkerspubliek - te kwalificeren zijn als een openbaarmaking waarvoor een auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd is, welke vergoeding volgens Buma ook daadwerkelijk aan haar wordt voldaan(6).

3.3. Partijen verschillen evenwel van mening over de vraag of de handelingen van Chellomedia (ook) te kwalificeren zijn als een openbaarmaking waarvoor auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd is.

## 4. Juridisch kader

4.1. In dit hoofdstuk sta ik stil bij de wettelijke bepalingen, de verdragsbepalingen en de bepalingen in Europese richtlijnen, alsmede bij uitspraken van het Hof van Justitie van de EG, die bij de beoordeling van het cassatiemiddel van belang zijn en/of door (één van de) partijen aan de orde zijn gesteld. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- 4.A. bepalingen van de Auteurswet (korte aanduiding);
- 4.B. bepalingen in internationale verdragen (TRIPS-Verdrag, Berner Conventie, WIPO-Verdrag);
- 4.C. het communautairrechtelijk kader (algemeen);
- 4.D. de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG(7);
- 4.E. de uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek per satelliet' in richtlijn 93/83 in het arrest Lagardère/SPRE (2005);
- 4.F. de vraag of in de richtlijn 93/83 sprake is van minimum- of maximumharmonisatie, met aandacht voor de arresten Egeda/Hoasa (2000) en (andermaal) Lagardère/SPRE;
- 4.G. Artikel 12, lid 1, onder 5, en lid 7, en art. 47b Auteurswet in het licht van par. 4.D t/m 4.F;
- 4.H. de Auteursrechtlijn 2001/29/EG(8);
- 4.I. de uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek' in art. 3 van richtlijn 2001/29 volgens het arrest SGAE/Rafael Hoteles (2006);
- 4.J. de vraag of in art. 3 van richtlijn 2001/29 sprake is van minimum- of maximumharmonisatie;
- 4.K. een evaluatie van het voorafgaande;
- 4.L. een addendum.

4.2. In de hierboven aangegeven deelhoofdstukken bespreek ik nog niet de cassatieklachten, maar zal ik hier en daar al wél ingaan op standpunten van Buma en Chellomedia ter zake.

### 4.A. De door partijen ingeroepen bepalingen van de Auteurswet

4.3. In de rechtsstrijd van partijen zijn, wat de Nederlandse Auteurswet betreft, de hieronder weergegeven bepalingen aan de orde:

Artikel 1

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te veeleelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.

#### Artikel 12

1. Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan:

[...]

5°. 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, onderdeel q, van de Mediawet(9).

[...]

7. Onder het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet wordt verstaan de handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde voert. Indien de programmadragende signalen in gecodeerde vorm worden uitgezonden, is er sprake van het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet, indien de middelen voor het decoderen van de uitzending door of met toestemming van de omroeporganisatie ter beschikking van het publiek worden gesteld.

#### Artikel 47b

1. Deze wet is van toepassing op het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet, indien de handeling, bedoeld in artikel 12, zevende lid, in Nederland plaatsvindt.

[...]

4.4. Verderop, met name in de nrs. 4.26-4.32, kom ik terug op de uitleg van deze artikelen, nadat eerst de communautaire achtergronden zijn gezien.

#### 4.B. Bepalingen in internationale verdragen

4.5. In het debat tussen partijen wordt mede een beroep gedaan op, of gerefereerd aan de volgende bepalingen in verdragen, waarbij Nederland en/of de Europese Unie partij zijn:

4.5.1. "TRIPS-Verdrag"(10):

#### Artikel 9

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

4.5.2. Berner Conventie(11)

#### Artikel 11

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

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

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

[...]

#### Artikel 11bis

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

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

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

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

[...]

#### 4.5.3. WIPO Auteursrecht Verdrag(12)

#### Artikel 8

Onverminderd de bepalingen van de artikelen 11, eerste lid, onder (ii), 11bis, eerste lid, onder (i) en (ii), 11ter, eerste lid, onder (ii), 14, eerste lid, onder (ii), en 14bis, eerste lid van de Berner Conventie, hebben auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het per draad of langs draadloze weg mededelen van hun werken aan het publiek, met inbegrip van het op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar stellen van hun werken dat deze voor leden van het publiek beschikbaar zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip.

Een 'gemeenschappelijke verklaring'(13) bij dit artikel luidt:

Het is wel verstaan dat de enkele terbeschikkingstelling van materiële faciliteiten voor het mogelijk maken of verrichten van een mededeling op zich geen mededeling in de zin van dit verdrag of de Berner Conventie uitmaakt. Het is voorts wel verstaan dat niets in artikel 8 van dit verdrag eraan in de weg staat dat een verdragsluitende partij artikel 11bis, lid 2, van de Berner Conventie toepast.

4.6. Op de toepasselijkheid van de hierboven vermelde verdragsbepalingen in casu kom ik terug in nrs. 4.45 en 5.9.

#### 4.C. Communautairrechtelijk kader (algemeen)

4.7. Via een zevental richtlijnen zijn in de afgelopen 20 jaar, stap voor stap, deelgebieden van het auteursrecht communautairrechtelijk geharmoniseerd. In de onderhavige zaak zijn twee richtlijnen aan de orde: de - breed opgezette - richtlijn 2001/29/EG, die - het weinig onderscheidend karakter van die naam ten spijt - in Nederland vrij algemeen als 'de Auteursrecht-richtlijn'(14) wordt aangeduid, en de oudere, minder omvattende Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG(15).

4.8. In het in cassatie bestreden arrest heeft het gerechtshof te Amsterdam klaarblijkelijk beslissende betekenis toegekend aan de in art. 1 lid 2, sub a en sub c van richtlijn 93/83 gegeven definitie van het begrip 'mededeling aan het publiek per satelliet'.

Een m.i. essentiële stap op de weg om straks de (hoofd-)klachten van Buma naar waarde te kunnen schatten, is het onderzoek naar de vraag of die bepalingen, en de bepaling van art. 3 van richtlijn 2001/29 slechts een

minimumharmonisatie inhouden, en ruimte laten om ook daarbuiten een auteursrechtelijk relevante 'mededeling aan het publiek (per satelliet)' aan te nemen, dan wel een maximumharmoniserend karakter hebben.

Die rechtsvraag is door het Amsterdamse hof zelf niet (in elk geval niet met zo veel woorden) onder ogen gezien, maar speelt in het cassatiedebat een belangrijke rol.

4.9.1. Ik verraad reeds dat verderop (in onderdelen 4.J-4.K van deze conclusie, met name nrs. 4.43-4.44 en 4.49) zal blijken dat ik voor de onderhavige zaak Buma/Chellomedia de vraag naar de toepasselijkheid, en daarmee de vraag naar de uitleg van bepalingen in de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG niet langer van betekenis acht. Dat is het gevolg van het in verschillende opzichten verhelderende arrest van het HvJ EG van 7 december 2006 in de zaak SGAE/Rafael Hoteles over de uitleg van art. 3 van richtlijn 2001/29. Dat arrest is pas gewezen nádat het gerechtshof te Amsterdam het nu in cassatie bestreden arrest wees.

4.9.2. Omdat de genoemde bepalingen van richtlijn 93/83 in de rechtsstrijd bij de rechtbank en bij het gerechtshof te Amsterdam evenwel centraal stonden, zal ik er toch een beschouwing aan wijden. Wat mij betreft zijn de hierna volgende nrs. 4.10-4.15, en ook de nrs. 4.16-4.25 over de vraag of richtlijn 93/83 ten deze minimumharmonisatie dan wel maximumharmonisatie inhoudt, evenwel ten overvloede geschreven.

#### **4.D. Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG**

4.10. Uit richtlijn 93/83 citeer ik de volgende op satelliettransmissie betrekking hebbende bepalingen:

'Hoofdstuk I. Definities

Artikel 1. Definities

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

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

b) De mededeling aan het publiek per satelliet, vindt slechts plaats in de lidstaat waar de programmadragende signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt.

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

[...]

Hoofdstuk II. Satellietomroep

Artikel 2. Uitzendingsrecht

Overeenkomstig de bepalingen van dit hoofdstuk kennen de Lid-Statens auteurs een uitsluitend recht toe de mededeling aan het publiek per satelliet van auteursrechtelijk beschermde werken toe te staan.'

#### **4.E. Uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek per satelliet'; het Lagardère-arrest(16)**

4.11. Het Lagardère-arrest van het HvJ EG van 14 juli 2005(17) speelde een belangrijke rol in het door Buma thans in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof te Amsterdam, blijkens rov. 4.4 en 4.5 van dat arrest. Het HvJ EG had in het Lagardère-arrest het begrip 'mededeling aan het publiek per satelliet' in art. 1 van richtlijn 93/83 uitgelegd.

4.12.1. De (nogal ingewikkelde) inzet van de zaak tussen Lagardère en SPRE was, kort samengevat, de volgende(18). De Franse omroeponderneming Lagardère (voorheen 'Europe 1'), maakte voor de doorgifte van haar programma's vanuit de studio's in Parijs gebruik van satelliettransmissie, waarbij de signalen weer worden opgevangen door diverse grondstations in Frankrijk die de uitzendingen in frequentiemodulatie (FM) aan het publiek doorgeven. SPRE is de Franse incasso-organisatie voor gebruik van fonogrammen, vergelijkbaar met de SENA in Nederland.(19) Dat Lagardère voor dit gebruik van fonogrammen aan SPRE moest betalen - en dat voor dit gebruik in Frankrijk ook niet méér dan één keer betaald behoeft te worden - was geen onderwerp van geschil.

Er deden zich evenwel twee bijzonderheden voor.

De ene bijzonderheid was dat Lagardère 'ab initio' ook beschikte over een audionumeriek aardnetwerk waarover signalen van de Parijse studio's naar het hierna te noemen zendstation in Duitsland konden worden geleid, in geval de satelliet niet functioneert.

De andere bijzonderheid was dat Lagardère via de grondstations niet het gehele Franse publiek kon bereiken, en daarom ook gebruik maakte van een grondstation van een dochteronderneming in Duitsland (Saarland). Dit grondstation zond de uitzendingen via de lange golf door naar stukjes Frans grondgebied door via de lange golf, waarbij de uitzendingen ook binnen een beperkt gebied door Duits publiek konden worden opgevangen. Dat Lagardère c.q. haar dochteronderneming daarvoor een bepaald bedrag aan de Duitse zusterorganisatie GVL van SPRE moest betalen, was tussen partijen ook geen discussiepunt. Maar Lagardère vond dat zij het aan GVL betaalde bedrag mocht aftrekken van de rekening van SPRE. SPRE was daarmee akkoord gegaan, tot ultimo 1993; daarna niet meer.

Dit was de - inderdaad nogal specifieke - inzet van het geschil. Lagardère pleitte - naast andere argumenten - dat het systeem van Richtlijn 93/83, waarbij alleen het 'opstralen' (uplink) en niet het 'terugstralen' (downlink) als een mededeling aan het publiek mag worden beschouwd, haar gelijk bevestigde.

Omdat (blijkens het uitvoerige onderzoek door het HvJ EG zelf) het gehele transmissiesysteem van Lagardère méér omvatte dan hetgeen in art. 1, lid 2 onder a en b

van richtlijn 93/83 als mededeling aan het publiek per satelliet omschreven is, faalde deze argumentatie van Lagardère.

4.12.2. Ik citeer nu uit het Lagardère-arrest (iets meer dan in de in zoverre onbestreden rov. 4.4 van het Amsterdamse hof):

'31 Ten slotte moet worden vastgesteld dat een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld (zie, over het begrip publiek, arrest van 2 juni 2005, Mediakabel, C-89/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 30)(20).

32 In casu zijn partijen in het hoofdgeding het erover eens dat de signalen die van de betrokken satelliet afkomstig zijn, gecodeerd zijn en alleen kunnen worden ontvangen met behulp van een professionele uitrusting. Deze signalen kunnen daarentegen niet worden ontvangen met behulp van de voor het grote publiek bestemde uitrustingen.

[...]

34 In de tweede plaats hebben voorgaande overwegingen, met name de vaststelling in punt 32 van dit arrest, tevens tot gevolg dat een uitzending als aan de orde in het hoofdgeding niet voldoet aan een ander in artikel 1, lid 2, sub a, van die richtlijn genoemd criterium, te weten dat de programmadragende signalen zijn bestemd voor ontvangst door het publiek.

35 Uit de vergelijking van de bewoordingen van de verschillende taalversies van deze bepaling, met name de Engelse ("programme-carrying signals intended for reception by the public"), de Duitse ("die programmtragenden Signale, die für den öffentlichen Empfang bestimmt sind"), de Spaanse ("las señales portadoras de programa, destinadas a la recepción por el público") en de Nederlandse versie ("programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek"), blijkt dat de signalen voor het publiek bestemd moeten zijn en niet de programma's waarvan zij de drager zijn.

[...]

40 Richtlijn 93/83 ziet daarentegen in beginsel niet op een communicatiesysteem of -substelsysteem waarvan de basiseenheid bestaat uit een grondstation, dat ab initio functioneert met behulp van een audionumeriek aardnetwerk. Hoewel een dergelijk systeem of substelsysteem op bepaald moment kan worden aangevuld met een communicatiesatelliet, wordt deze laatste daardoor nog niet het essentiële, centrale en onvervangbare bestanddeel van het systeem.

41 In de vierde plaats is er op het precieze tijdstip waarop de uitzendende vennootschap in geval van disfunctioneren van de satelliet, de signalen via het audionumerieke aardnetwerk naar genoemd grondstation zendt, geen sprake van doorgifte per satelliet, en is toepassing van richtlijn 93/83 dus per definitie uitgesloten. Indien de stelling van Lagardère en de Franse regering zou worden aanvaard, dan zou deze mededeling noodzakelijkerwijze onder het stelsel van richtlijn 93/83 vallen vanaf het tijdstip waarop de satelliet op-

nieuw operationeel zou zijn. Aldus zou de toepasselijkheid van dit stelsel afhankelijk zijn van onvoorzienbare, met het functioneren van genoemde satelliet verband houdende omstandigheden, waardoor rechtsonzekerheid zou ontstaan omtrent de toepassing van de regeling inzake auteursrechten en naburige rechten.

42 Een dergelijke situatie zou in strijd zijn met het doel van genoemde richtlijn, namelijk zowel voor de omroepen als voor de rechthebbenden rechtszekerheid te waarborgen inzake de wetgeving die op een communicatieketen van toepassing is.'

4.13. Het communicatiesysteem van Lagardère, met de in rov. 40 en 41 vermelde eigenschappen, voldeed niet aan de omschrijving van art. 1, lid 2, sub a van richtlijn 93/83, en daarom werd die richtlijn niet van toepassing geacht(21).

4.14.1. Intussen zegt rov. 31 van het arrest wél dat een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld.

4.14.2. In rov. 31 van het Lagardère-arrest verwees het Hof van Justitie (kennelijk met instemming) naar zijn uitleg van het begrip 'publiek' in rov. 30 van het eerdere Mediakabel-arrest(22), waar het ging om de uitleg van dat begrip in art. 1, sub a, van richtlijn 89/552/ EEG ("Televisie zonder grenzen")(23). Die bepaling luidt, voor zover hier van belang:

'In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) "televisieomroepen", het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's. Hieronder is mede begrepen het overdragen van programma's tussen ondernemingen met het oog op doorgifte daarvan aan het publiek. [...].

In het Mediakabel-arrest lezen wij t.a.p.:

'30 Voorts moet de betrokken dienst bestaan in het uitzenden van televisieprogramma's die zijn bestemd voor ontvangst door het publiek, dat wil zeggen een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven.'

4.15. Een vraag van uitleg over art. 1, lid 2, onder c van richtlijn 93/83 was als zodanig in het Lagardère-arrest niet aan de orde.

#### **4.F. Minimum- of maximumharmonisatie in de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG? Het arrest Egeda/Hoasa (2000) en andermaal het Lagardère-arrest**

4.16. Het Lagardère-arrest had enerzijds dus niet specifiek betrekking op art. 1, lid 2, onder c van richtlijn 93/83, maar bevatte anderzijds wél de bevestiging in rov. 31: 'dat een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld'.

Op die overweging bouwt, zoals eerder gezegd, het gerechtshof te Amsterdam voort in rov. 4.4 en 4.5 van zijn in cassatie bestreden arrest.

4.17. Buma is van mening dat de genoemde bepalingen van richtlijn 93/83 géén maximumharmonisatie inhouden. Ook buiten art. 1 van richtlijn 93/83 kan in geval van satelliettransmissie 'mededeling aan het publiek per satelliet' c.q. 'openbaarmaking' aangenomen worden. Chellomedia neemt het tegengestelde standpunt in.

4.18. Indien richtlijn 93/83 het karakter zou hebben van maximumharmonisatie, is daarmee - bovenop het reeds decisieve argument van het m.i. maximaal harmoniserende art. 3 van richtlijn 2001/29 en de daaraan door het HvJ EG gegeven uitleg in het arrest SGAE/Rafael Hoteles, zie verderop nrs. 4.39-4.45 - nóg een tweede welhaast decisief argument aanwezig, op grond waarvan Buma's centrale klachten moeten falen.

Hoewel, in mijn optiek ten overvloede(24), ga ik ook op dit punt nader in, nu het in het cassatiedebat tussen partijen aan de orde is (Buma's middelonderdeel C.2 (impliciet); s.t. Buma 6.4; s.t. Chellomedia nrs. 35-38).

4.19. Buma laat haar beroep op het minimumharmoniserend karakter van richtlijn 93/83 vooral steunen op het arrest Egeda/Hoasa van 3 februari 2000(25). In deze eerste zaak bij het HvJ EG over hotelkamerdoorgifte van tv-programma's(26) had de nationale rechter de vraag gesteld:

'Moet artikel 1, lid 2, sub a, en lid 3, van richtlijn 93/83/EEG aldus worden uitgelegd, dat bij het per satelliet of via de ether opvangen van televisiesignalen door een hotelbedrijf en het doorgeven per kabel daarvan naar de hotelkamers, sprake is van "mededeling aan het publiek" of "ontvangst door het publiek"?'

Het HvJ EG gaf aan dat deze materieel auteursrechtelijke vraag niét aan de hand van richtlijn 93/83 kon worden beantwoord. Ik citeer uit het arrest:

'24. Uit artikel 8 en uit de zevenentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 93/83 volgt, dat deze de lidstaten niet verplicht om een specifiek recht voor de doorgifte via de kabel in het leven te roepen en dat zij evenmin de draagwijdte van een dergelijk recht definieert. Zij verplicht de lidstaten slechts, ervoor te zorgen dat de doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen uit andere lidstaten op hun grondgebied met inachtneming van de toepasselijke auteursrechten en naburige rechten geschiedt.

25. Uit het voorgaande volgt, dat artikel 1, lid 2, sub a, en lid 3, van richtlijn 93/83 geen elementen bevat voor de beantwoording van de vraag of, wanneer een hotelbedrijf televisiesignalen per satelliet of via de ether opvangt en per kabel naar de hotelkamers doorgeeft, daarbij sprake is van "mededeling aan het publiek" of "ontvangst door het publiek".'

4.20. Wat ten aanzien van minimum- of maximumharmonisatie door richtlijn 93/83 voor kabeldoorgifte geldt, geldt evenwel nog niet zonder meer voor satelliettransmissie. Dit valt ook af te leiden uit hetzelfde arrest Egeda/Hoasa, nu het HvJ EG daar tevens overweegt (curs. toegevoegd):

'20 In dit verband volgt in de eerste plaats uit de veertiende overweging van de considerans van richtlijn

93/83, dat artikel 1, lid 2, sub a, van deze richtlijn tot doel heeft, een einde te maken aan de rechtsonzekerheid met betrekking tot de te verkrijgen rechten, waardoor de grensoverschrijdende uitzending van programma's per satelliet wordt belemmerd, door het begrip mededeling aan het publiek per satelliet op communautair niveau te definiëren en in die definitie tegelijkertijd te specificeren, waar de mededelingshandeling plaatsvindt.

[...]

23 In de tweede plaats verschillen de bepalingen van richtlijn 93/83 inzake de doorgifte via de kabel van die betreffende omroep per satelliet.

24 Uit artikel 8 en uit de zevenentwintigste overweging van de considerans van richtlijn 93/83 volgt, dat deze de lidstaten niet verplicht om een specifiek recht voor de doorgifte via de kabel in het leven te roepen en dat zij evenmin de draagwijdte van een dergelijk recht definieert. [...]

4.21. Voor een maximaal harmoniserende werking van richtlijn 93/83 ten aanzien van mededeling aan het publiek per satelliet - voorafgaand aan de Auteursrechtlijn 2001/29 - zijn voorts argumenten te ontleen aan het eerder genoemde arrest van het HvJ EG van 14 juli 2005 in de zaak Lagardère/SPRE.(27)

Ik wijs vooreerst op het ontbreken van enige verwijzing ten deze naar een beoordelingsmogelijkheid aan de hand van nationaal recht (anders dan in het arrest Egeda/Hoasa ten aanzien van doorgifte via de kabel). Ik wijs vervolgens op de grote mate van diepgang waarin het Hof van Justitie - inderdaad - zélf uitleg geeft aan de satelliet-bepalingen in leden 1 en 2 van art. 1 van Richtlijn 93/83. Na de vooropstelling in rov. 22 (curs. toegevoegd):

'22 Om te beginnen dient dus te worden onderzocht of een uitzending als aan de orde in het hoofdgeding een "mededeling aan het publiek per satelliet" in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 93/83 is.'

zet het hof deze exercitie in de rov. 23 tot en met 43 (!) minutieus voort. Op een deel van deze overwegingen ben ik hierboven al ingegaan (zie nr. 4.12).

4.22. Tégen deze argumenten kan evenwel worden aangevoerd dat van een volledige maximumharmonisatie ten aanzien van satelliettransmissie van auteursrechtelijk beschermd werk in richtlijn 93/83 toch géén sprake kan zijn, in het licht van het volgende.

4.23. Vóór de totstandkoming van richtlijn 93/83 bestond er - ook binnen de EEG - verschil van mening in de jurisprudentie en de literatuur over de auteursrechtelijke behandeling van satelliettransmissie van omroepprogramma's.(28) Volgens de ene hoofdstroming zou het beslissende openbaarmakingsmoment - oftewel 'mededeling aan het publiek' - uitsluitend gelegen (moeten) zijn in de 'invoer' (de 'uplink', het 'opstralen') naar de satelliet. Volgens de andere hoofdstroming (bekend als de 'Bogsch-doctrine') zou daarentegen de beslissende auteursrechtelijke relevante openbaarmaking oftewel 'mededeling aan het publiek' uitsluitend gelegen (moeten) zijn in de 'uitvoer' of 'downlink' vanuit de satelliet. Het belangrijke praktische verschil tussen beide theorieën was dat in de niet

ongebruikelijke gevallen dat de exploitatie van auteursrechten ten aanzien van eenzelfde werk (bijv. een film of een muziekwerk) territoriaal in verschillende handen gegeven was, volgens de eerste stroming alleen toestemming nodig zou zijn van de rechthebbende in de 'uplink'-staat, en volgens de tweede theorie toestemming van alle rechthebbenden in alle staten waar het satelliet signaal vervolgens voor het publiek toegankelijk gemaakt werd.

Er bestaat geen verschil van mening over dat richtlijn 93/83 ten deze op communautair niveau de knoop wilde doorhakken, en wel in eerstbedoelde zin.(29) Zie art. 2 in verbinding met art. 1 en de considerans onder 14. Gezien deze - onomstreden - doelstelling van de richtlijn moet aangenomen worden dat richtlijn 93/83 in zoverre een maximumharmoniserend karakter heeft: deze doelstelling zou immers gefrustreerd worden indien individuele lidstaten ten aanzien van de 'downlink' tóch nog een (ander of tweede) auteursrechtelijk relevant moment zouden mogen aannemen.

4.24. Met het oog op het vorenstaande moest richtlijn 93/83 uiteraard een zo precies mogelijke omschrijving geven van 'satelliet' respectievelijk 'mededeling aan het publiek per satelliet', waarmee art. 1 van de richtlijn dan ook aanving. Tegen deze achtergrond moet ook art. 1, lid 2, onder c van richtlijn 93/83 begrepen worden, waarvan ik de tekst hier nogmaals weergeef:

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

Bezien vanuit de doelstelling van richtlijn 93/83 móét in het in sublid c bedoelde geval, waarbij sprake is van door de omroeporganisatie aan het publiek ter beschikking gestelde middelen voor het decoderen van de uitzending, een 'mededeling aan het publiek per satelliet aangenomen worden', waarbij het 'uplink'-regime van toepassing is, en het 'downlink'-regime niet mag worden toegepast. In zoverre is ook art. 1, lid 2, onder c maximaal harmoniserend.

4.25. Daarmee bepaalt art. 1, lid 2 onder c van richtlijn 93/83 evenwel níét dat uitzending van programmadragende signalen zonder dat de omroeporganisatie decoderingsmiddelen ter beschikking van het publiek stelt, níét auteursrechtelijk relevant zou zijn. Artikel 1, lid 2, onder c, bepaalt ook niet dat dit wél zo zou zijn. Artikel 1, lid 2, onder c, bepaalt hierover níets. In zoverre harmoniseerde deze bepaling dus níét. In zoverre ben ik het (dus) niet eens met het andersluidende standpunt in nr. 38 van de s.t. namens Chellomedia.

#### **4.G. Artikel 12, lid 1, onder 5, en lid 7, en art. 47b Auteurswet in het licht van par. 4.D t/m 4.F**

4.26. Vorenstaand exposé maakt het mogelijk om beter naar waarde te schatten de stellingen van partijen omtrent de tussen partijen omstreden bepalingen in onze Auteurswet die dienden ter implementatie van richtlijn 93/83. Ook bij deze exercitie (t/m nr. 4.32) gaat het in-tussen, naar mijn gevoelen, inmiddels om een strijd om 's keizers baard, gelet op de betekenis van het in nr.

4.39 e.v. te bespreken arrest van het HvJ EG van 7 december 2006 in de zaak SGAE/Rafael Hoteles.

4.27. Ik citeer de betreffende bepalingen in de Auteurswet gemakshalve nog eens:

#### Artikel 12

1. Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan:

[...]

5°. 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, onderdeel q, van de Mediawet.

[...]

7. Onder het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet wordt verstaan de handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde voert. Indien de programmadragende signalen in gecodeerde vorm worden uitgezonden, is er sprake van het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet, indien de middelen voor het decoderen van de uitzending door of met toestemming van de omroeporganisatie ter beschikking van het publiek worden gesteld.

#### Artikel 47b

1. Deze wet is van toepassing op het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet, indien de handeling, bedoeld in artikel 12, zevende lid, in Nederland plaatsvindt.

[...]

4.28. Buma verdedigt het standpunt(30) dat art. 12, lid 1, onder 5o en lid 7 Aw slechts van toepassing zouden zijn in geval van grensoverschrijdende satelliettransmissie. Zoals Chellomedia in nr. 11 van haar s.t. met juistheid aangeeft, geeft de tekst van deze bepalingen daartoe evenwel niet de minste aanleiding, en de tekst van art. 47b Aw evenmin.

4.29. Een door Buma in nr. 4.10 van haar s.t. op de wetgeschiedenis(31) gebaseerd argument, nl. dat uit toepasselijkverklaring van enige andere nieuwe wetbepalingen (art. 26a-26c) op nationale kabeldoorgifte (impliciet) 'kan worden afgeleid' dat de artikelen over satellietdoorgifte beperkt zouden blijven tot het grensoverschrijdend verkeer, kan geen indruk maken.

4.30. Uit de wetgeschiedenis put ik nog een aantal passages. Die passages zijn geheel neutraal met betrekking tot al dan niet grensoverschrijdende satellietdoorgifte. Maar daarin komt nog wel aan de orde de satellietdoorgifte aan individuele ontvangers.

4.30.1. De MvT vermeldt op pp. 6-7 bij art. 12, lid 7 (cursivering toegevoegd):

'Voorts wordt bepaald dat de programmadragende signalen bestemd moeten zijn voor ontvangst door het publiek, zodat het enkel transporteren van de signalen wordt uitgesloten',

en even verderop op p. 7 (cursivering toegevoegd):

In het nieuwe zevende lid van artikel 12 wordt voorts bepaald dat indien de programmadragende signalen gecodeerd zijn er sprake is van een uitzending per satelliet indien de technische middelen voor het decoderen door of met toestemming van de omroeporganisatie ter beschikking van het publiek worden gesteld. Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan is er sprake van een auteursrechtelijke relevante rechtshandeling die aan de toestemming van de auteursrechthebbers is onderworpen.'

In deze passage valt een aanwijzing te vinden voor het regeringsstandpunt dat het verzenden van satellietsignalen naar een kabelexploitant géén openbaarmaking oplevert.

4.30.2. Bij MvA I (1995-1996, 23 813, nr. 182b, p. 1) schreef de regering in antwoord op vragen van de CDA-fractie (cursiveringen toegevoegd):

'Het toepassingsbereik is uitgebreid tot uitzendingen in gecodeerde vorm als de decodeerapparatuur door de omroeporganisatie aan het publiek beschikbaar is gesteld. Satellietuitzendingen in gecodeerde vorm zonder dat de codeerapparatuur aan het publiek beschikbaar is gesteld, vallen niet onder het bereik van het voorstel. De richtlijn wijst dan dus niet de plaats van openbaarmaking aan. Naar onze mening m[o]et de redelijkheid van het gemaakte onderscheid hierin gezocht worden dat slechts een regeling van voor het publiek bestemde uitzendingen is beoogd. De richtlijn moet worden gezien als het verlengstuk van de omroeprichtlijn van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PbEG L 298 van 17 oktober 1989). Die richtlijn "televisie zonder grenzen" beoogde één Europese audiovisuele ruimte te scheppen en geldt alleen voor televisie-omroepactiviteiten. De onderhavige richtlijn voorziet in een aanvulling daarop voor wat het auteursrecht betreft en geldt bovendien ook voor radio. De materie van satellietsignalen die voor een individuele ontvanger bestemd zijn, is van een andere orde.'

Een uitspraak over de vraag of de regering in doorgifte van satellietsignalen naar kabelkopstations of DTH-platforms wél of niet enige (andere) vorm van openbaarmaking ziet, valt in dit antwoord niet te lezen.

4.30.3. Zo'n uitspraak valt m.i. evenmin te lezen in een volgende passage van de MvA I (p. 1 en 2; cursiveringen toegevoegd):

'Deze leden vroegen wat het gevolg is als de decoding niet door het publiek geschiedt, maar door een bedrijf voor kabeldistributie. Men zal hier moeten onderscheiden naar de concrete situatie. Denkbaar is dat de signalen alleen bestemd zijn voor de kabelexploitant en niet voor het algemene publiek. De kabelexploitant zou dan voor doorzending zorgdragen. Wij zouden menen dat een dergelijke situatie, die voor zover bekend in de praktijk thans niet bestaat, niet valt onder het bereik van de richtlijn. Het is echter ook mogelijk dat een omroeporganisatie onderdelen van haar programma codeert om auteursrechtelijke redenen. Het gaat dan gewoonlijk om aangekochte programma-onderdelen, waarvan de desbetreffende omroeporganisatie uitsluitend de uitzendrechten voor Nederland (of de Benelux) heeft verworven. In deze gevallen wordt het signaal met toestemming van de omroeporganisatie door de kabelbeheerder gedecodeerd. In dergelijke gevallen wordt gewoonlijk aan diegenen die niet over een kabel-aansluiting beschikken, maar wel over een schotelantenne bestemd voor de ontvangst van satellietuitzendingen, door de omroeporganisatie individuele decoderingsapparatuur ter beschikking gesteld. Deze situatie kan naar ons oordeel gelijk worden gesteld met het ter beschikking stellen van decoders aan het publiek. Het gaat immers om voor het publiek bestemde signalen, die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen.'

tend de uitzendrechten voor Nederland (of de Benelux) heeft verworven. In deze gevallen wordt het signaal met toestemming van de omroeporganisatie door de kabelbeheerder gedecodeerd. In dergelijke gevallen wordt gewoonlijk aan diegenen die niet over een kabel-aansluiting beschikken, maar wel over een schotelantenne bestemd voor de ontvangst van satellietuitzendingen, door de omroeporganisatie individuele decoderingsapparatuur ter beschikking gesteld. Deze situatie kan naar ons oordeel gelijk worden gesteld met het ter beschikking stellen van decoders aan het publiek. Het gaat immers om voor het publiek bestemde signalen, die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen.'

4.30.4. Een regeringsstandpunt, bij monde van minister Sorgdrager, is ten deze nog wel te vinden in de Handelingen I (18 juni 1996, EK 35 p. 1755 e.v.; cursiveringen toegevoegd), in antwoord op vragen van senator Hirsch Ballin:

'De heer Hirsch Ballin (CDA):

[...]

Ik wijs op de kwestie die aan de orde is op blz. 1 van de memorie van antwoord, waar het gaat om satellietsignalen die voor een individuele ontvanger bestemd zijn. Daarvan schrijven de bewindslieden dat die kwestie van een andere orde is: het valt buiten de optiek van de richtlijn en dit wetsvoorstel. Maar het betekent wel dat er een gat valt in datgene wat de richtlijn probeert te ordenen, namelijk welke plaats relevant is voor de voortgezette openbaarmaking van het werk.'

[...]

'Op blz. 2 komt aan de orde het gat dat blijkbaar valt, als het gaat om de signalen die gedecodeerd worden bij de doorgiftstations; dit betreft dus de kabelexploitanten die decoderen.'

[...]

Minister Sorgdrager:

[...]

De heer Hirsch Ballin heeft gesproken over gaten in de regeling. Hoe gaat het als een satelliet signaal naar één ontvanger gaat? Ik denk niet dat dit een gat is. Als er inderdaad een satelliet signaal naar één ontvanger gaat, is er naar mijn idee geen sprake van openbaarmaking. Die openbaarmaking komt pas, wanneer die ene ontvanger, zijnde een kabelexploitant, door middel van een decoding die signalen doorgeeft aan het publiek. Dat is dan het moment van openbaarmaking. Dat is dus niet het moment van uitzending van het signaal via de satelliet.

Hetzelfde probleem is aan de orde wanneer wij het hebben over de decodeerapparaten en posities ter zake. Wanneer een kabelexploitant als enige een decodeerapparaat heeft en hij via dat apparaat de signalen doorzendt, vindt daarmee openbaarmaking plaats.'

In deze uitlatingen is, nog iets sterker dan in de MvT (zie nr. 4.30.1) het regeringsstandpunt te lezen dat het verzenden van satellietsignalen naar een kabelexploitant géén openbaarmaking oplevert.

4.31. Een argument dat richtlijn 93/83 in die zin maximaal harmoniserend zou zijn, dat deze richtlijn de nationale wetgever zou verbieden de regeling van toe-

passing te verklaren op niet-grensoverschrijdende satelliettransmissie heb ik in Buma's stellingname niet aangetroffen.(32) Het argument zou ook niet opgaan.

Het omgekeerde argument van Chellomedia in nr. 38 van haar s.t., dat richtlijn 93/83 de nationale wetgever zou verbieden om het satelliettransport van programma's naar kabelkopstations en DTH-platforms (zonder dat daarbij aan het publiek decodeermiddelen ter beschikking worden gesteld) aan auteursrecht te onderwerpen, gaat ook niet op. Ik verwijs naar nr. 4.25.

4.32. Per saldo acht ik de aan de nationale wetbepalingen en wetgeschiedenis (in samenhang met richtlijn 93/83) ontleende argumenten van Chellomedia, in die zin dat de Nederlandse wetgever kon uitgaan en is uitgegaan van toepasselijkheid in nationale verhoudingen, en voorts in die zin dat het verzenden van satelliet signalen naar een kabelexploitant géén openbaarmaking oplevert, sterker dan het tegengestelde standpunt.

In zoverre onderschrijf ik rov. 4.8, eerste alinea, van het arrest a quo van het gerechtshof te Amsterdam.

4.33. De - al eerder gemelde - (ham)vraag is evenwel of art. 3 van de latere Auteursrechtlijn 2001/29 aan een zodanig oordeel van het hof in de weg staat, of omgekeerd juist daartoe noopt. In beide gevallen is een standpuntbepaling naar aanleiding van het bovenstaande niet meer aan de orde. Daarmee kom ik bij het volgende subhoofdstuk.

#### **4.H. De Auteursrechtlijn 2001/29/EG**

4.34. Richtlijn 2001/29 beslaat een breed materieel-rechtelijk gebied: het reproductierecht (art. 2); het recht van mededeling aan het publiek (art. 3), het distributierecht (in het verkeer brengen van exemplaren) (art. 4), en een in principe limitatieve, grotendeels optionele lijst van 'beperkingen en restricties' (art. 5).(33) Daarmee beslaat de richtlijn globaal een groot deel van het gebied dat in de Nederlandse Auteurswet wordt bestreken door de artikelen 12-14, en veel van de artikelen 15-24 over 'beperkingen van het auteursrecht'.

4.35. In de onderhavige zaak Buma/Chellomedia zijn onderdelen van art. 3 en art. 5 van richtlijn 2001/29 aan de orde. Ik citeer eerst uit art. 3 (inclusief de titel):

'Artikel 3. Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek.

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

4.36. Bij gelegenheid van de Nederlandse implementatie van richtlijn 2001/29 (TK 2001-2002, w.v. 28 482, leidend tot de wet van 6 juli 2004, Stb. 336), is geconstateerd dat de in art. 3 van de richtlijn genoemde handelingen reeds door art. 12 Aw bestreken werden, zodat het richtlijnartikel in art. 12 Aw geen nadere implementatie behoefde (MvT, p. 13-14 en p. 67 (tabel)).(34)

4.37. Artikel 5 betreft, zoals al gezegd, door de richtlijn vastgelegde (lid 1) respectievelijk toegelaten (leden 2 t/m 4) wettelijke beperkingen van het auteursrecht. Lid 5 verbindt daaraan nog een soort 'clause de sauvegarde', in de wandeling de 'drie-stappen-toets' genoemd. Lid 5 luidt(35):

'5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts [i] in bepaalde gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan [ii] de normale exploitatie van werken of ander materiaal en [iii] de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden benadeeld.'

4.38. De 'drie-stappen-toets' is niet in een artikel van de Auteurswet opgenomen.(36)

#### **4.I. De uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek' in richtlijn 2001/29 volgens het arrest SGAE/Rafael Hoteles (2006)**

4.39. Ná het in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof te Amsterdam tussen Buma en Chellomedia, wees het Hof van Justitie van de EG op 7 december 2006 een arrest in de zaak SGAE/Rafael Hoteles.(37) In deze zaak wenste de Spaanse rechtenmaatschappij SGAE betaling voor doorgifte van tv-programma's door de hoteleigenaar naar de hotelkamers. De Spaanse rechter stelde prejudiciële vragen. Het Hof overwoog:

'30 Allereerst moet worden vastgesteld dat, anders dan de vennootschap Rafael betoogt, de situatie in het hoofdgeding niet onder richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (PB L 248, blz. 15), maar onder richtlijn 2001/29 valt. Deze laatste richtlijn is immers van toepassing op alle mededelingen van beschermde werken aan het publiek, terwijl richtlijn 93/83 slechts voorziet in een minimale harmonisatie van een aantal aspecten van de bescherming van auteursrechten en naburige rechten in geval van mededeling aan het publiek per satelliet of doorgifte via de kabel van uitzendingen die afkomstig zijn uit andere lidstaten. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, bevatten deze regels van minimale harmonisatie, anders dan richtlijn 2001/29, evenwel geen elementen voor de beantwoording van een vraag betreffende een situatie als die welke in de onderhavige prejudiciële vragen aan de orde is (zie in die zin arrest van 3 februari 2000, Egeda, C-293/98, Jurispr. blz. I-629, punten 25 en 26).

[...]

32 Met zijn eerste en zijn derde vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de distributie van een signaal door middel van televisietoestellen aan klanten die in hotelkamers logeren, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, en of de installatie van televisietoestellen in de kamers van een dergelijke zaak op zich een handeling van dien aard vormt.

33 In dit verband zij erop gewezen dat deze richtlijn niet zelf preciseert wat onder "mededeling aan het publiek" dient te worden verstaan.

34 Volgens vaste rechtspraak moet voor de uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt, nastreeft [...].

35 De bepalingen van gemeenschapsrecht moeten overigens zo veel mogelijk worden uitgelegd tegen de achtergrond van het volkenrecht, met name wanneer dergelijke bepalingen strekken tot tenuitvoerlegging van een door de Gemeenschap gesloten internationale overeenkomst [...].

36 Uit de drieëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2001/29 blijkt dat aan het begrip "mededeling aan het publiek" een ruime betekenis moet worden gegeven. Een dergelijke uitlegging lijkt overigens onontbeerlijk om de belangrijkste doelstelling van deze richtlijn te bereiken, die, zoals uit de negende en de tiende overweging van de considerans ervan blijkt, erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat dezen met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen.

37 Het Hof heeft met betrekking tot dit begrip geoordeeld dat het woord "publiek" ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers (arresten van 2 juni 2005, Mediakabel, C-89/04, Jurispr. blz. I-4891, punt 30, en 14 juli 2005, Lagardère Active Broadcast, C-192/04, Jurispr. blz. I-7199, punt 31).

38 In een context als die in het hoofdgeding is een globale benadering noodzakelijk, waarbij niet alleen rekening moet worden gehouden met klanten die in de kamers van de hotelinrichting logeren, de enigen die in de prejudiciële vragen uitdrukkelijk worden genoemd, maar ook met klanten die in elke andere ruimte van deze inrichting aanwezig zijn en naar een aldaar geplaatst televisietoestel kunnen kijken. Verder moet ook in aanmerking worden genomen dat de klanten van een dergelijke zaak elkaar gewoonlijk snel opvolgen. Het gaat in de regel om een vrij groot aantal personen, zodat deze personen als een publiek moeten worden aangemerkt, gelet op de belangrijkste doelstelling van richtlijn 2001/29 zoals die in punt 36 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht.

39 Bovendien kan de beschikbaarstelling van werken aan dergelijke potentiële televisiekijkers, gelet op de cumulatieve gevolgen ervan, in die context een aanzienlijke omvang nemen. Bijgevolg is het van weinig belang dat deze alleen wordt verricht ten behoeve van de kamergasten, die, afzonderlijk beschouwd, slechts een beperkte economische betekenis voor de hotelinrichting zelf hebben.

40 Tevens moet erop worden gewezen dat een mededeling die in omstandigheden als die in het hoofdgeding wordt verricht, volgens artikel 11bis, eerste alinea, sub ii, van de Berner Conventie moet worden gezien als een mededeling die door een andere organisatie van wederdoorgifte dan de oorspronkelijke organisatie wordt gedaan. Een dergelijke doorgifte geschiedt dus ten behoeve van een ander publiek dan het door de

oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek.

41 Zoals is uiteengezet in de gids van de Berner Conventie, een interpretatief document dat door de WIPO is opgesteld en dat, hoewel het geen bindende rechtskracht heeft, niettemin aan de uitlegging van deze conventie bijdraagt, heeft de auteur, wanneer hij in de radio-uitzending van zijn werk toestemt, slechts het oog op de directe consumenten, dat wil zeggen de bezitters van ontvangsttoestellen die, individueel of in hun privé- of gezinssfeer, de uitzendingen ontvangen. Zodra die ontvangst ten behoeve van een veel groter gehoor geschiedt, en soms om er voordeel uit te halen, kan een nieuw gedeelte van het publiek het werk horen of zien en is de mededeling van de uitzending door luidsprekers of andere dergelijke instrumenten volgens deze gids niet meer de eenvoudige ontvangst van de uitzending zelf, maar een zelfstandige handeling waarmee het uitgezonden werk aan een nieuw publiek wordt medegedeeld. Zoals de betrokken gids preciseert, geldt voor deze openbare ontvangst weer het uitsluitende recht van de auteur om toestemming te verlenen.

42 Hotelgasten vormen een dergelijk nieuw publiek. Het voor deze gasten ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen is immers niet een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren. Integendeel is het hotel het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten.

43 Verder volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, alsook uit artikel 8 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, dat er reeds van mededeling aan het publiek sprake is, wanneer het werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is. Derhalve is, anders dan de vennootschap Rafael en Ierland betogen, niet van beslissend belang dat de gasten die het televisietoestel niet hebben aangezet, niet daadwerkelijk toegang tot de werken hebben gehad.

44 Daarnaast blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken dat de tussenkomst van het hotel dat aan zijn gasten toegang tot het uitgezonden werk heeft verschaft, moet worden beschouwd als een extra dienstverrichting die wordt verricht om er een bepaald profijt uit te trekken. Het aanbod van deze dienst heeft immers onbetwistbaar een invloed op de standing van het hotel en dus op de prijs van de kamers. Ook al is een winstoogmerk, zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen stelt, geen noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een mededeling aan het publiek, vaststaat in elk geval dat de mededeling in omstandigheden als die in het hoofdgeding een winstoogmerk dient.

45 Met betrekking tot de vraag of de installatie van televisietoestellen in hotelkamers op zich een mededeling

aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, dient te worden benadrukt dat in de zeventwintigste overweging van de considerans van deze richtlijn overeenkomstig artikel 8 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht wordt verklaard dat "[d]e beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn [is]".

46 Ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties, waarbij naast het hotel gewoonlijk ondernemingen zijn betrokken die in de verkoop of de verhuur van televisietoestellen zijn gespecialiseerd, als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, toch kan deze installatie de toegang van het publiek tot de uitgezonden werken technisch mogelijk maken. Indien het hotel door middel van de aldus beschikbaar gestelde televisietoestellen het signaal doorgeeft aan de gasten die in zijn kamers verblijven, gaat het derhalve om een mededeling aan het publiek, zonder dat behoeft te worden nagegaan, welke techniek van doorgifte van het signaal is gebruikt.

47 Bijgevolg moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat, ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, het doorgeven van een signaal door middel van televisietoestellen door een hotel aan de gasten die in zijn kamers verblijven, ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn vormt.'

4.40. Het arrest SGAE/Rafael Hoteles maakt aan de ene kant duidelijk dat het Hof van Justitie van de EG bij de uitleg van art. 3 van richtlijn 2001/29 een ruim begrip 'mededeling aan het publiek' omhelst: de van de kant van Rafael Hoteles aangevoerde contra-argumenten om (reeds) het loutere mogelijk maken van tv-kijken op een privé hotelkamer als zodanig aan te merken, werden verworpen (maar die argumenten waren niet onserieus(38)).

4.41. Aan de andere kant bevestigt het HvJ EG in rov. 37 en 43, onder verwijzing naar eerdere arresten waarin het begrip 'publiek' aan de orde was, dat het begrip '(mededeling aan het) publiek' hoe dan ook begrensd wordt door: '(gerichtheid op) een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers'.

4.42. Buma poneert (s.t., nr. 6.42) dat dit criterium specifiek toegespitst geacht moet worden op de voorliggende zaak, omdat het Hof spreekt van 'televisiekijkers', en er ook zonder televisiekijkers sprake kan zijn van mededeling aan het publiek. Dit argument valt moeilijk serieus te nemen. Natuurlijk kan er ook sprake zijn van mededeling aan het publiek als het enkel om luisteraars gaat, maar de essentie van het criterium van het HvJ EG ligt vanzelfsprekend in '(gerichtheid op) een onbepaald aantal potentiële [waarnemers]'.

Buma miskent voorts dat het criterium ook in andere jurisprudentie van het Hof over 'mededeling aan het publiek' gebezigd is, waaraan het HvJ EG in rov. 37 zelf ook refereert, en Buma miskent óók dat het in haar zaak tegen Chellomedia in wezen gaat om de vraag

wanneer een televisieprogramma wordt medegedeeld aan het publiek.

#### **4.J. Is in art. 3 van richtlijn 2001/29 sprake van minimum- of maximumharmonisatie?**

4.43. Aanwijzingen voor een systeem van maximale harmonisering in art. 3 van richtlijn 2001/29 zijn te vinden in de onderdelen 23, 24, 25 en 27 van de considerans. Ik meen daarop niet nader te hoeven ingaan. Dat er ten aanzien van het begrip 'mededeling aan het publiek' in Richtlijn 2001/29 inderdaad sprake is van maximumharmonisatie is door het HvJ EG immers bevestigd in de volgende, nog niet geciteerde overweging van hetzelfde arrest SGAE/Rafael Hoteles:

'31 Vervolgens zij eraan herinnerd dat uit de eisen van de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en van het beginsel van gelijke behandeling volgt dat het in de regel noodzakelijk is dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die, zoals de bepalingen van richtlijn 2001/29, voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd (zie met name arresten van 9 november 2000, *Yiadom*, C-357/98, *Jurispr. blz. I-9265*, punt 26, en 6 februari 2003, *SENA*, C-245/00, *Jurispr. blz. I-1251*, punt 23). Hieruit volgt dat de Oostenrijkse regering niet op goede gronden kan betogen dat het aan de lidstaten staat, de definitie vast te stellen van het begrip "publiek" waaraan richtlijn 2001/29 refereert, zonder dit begrip te definiëren.'

4.44. Ik deel dus niet het standpunt van Buma in haar s.t. (nrs. 6.44-6.47), dat art. 3 géén maximumharmonisatie zou inhouden. Buma gaat aan bovenstaande overweging van het HvJ EG voorbij.

Dat een oorspronkelijk hiermee samenhangende voorgestelde consideransoverweging niet in de richtlijn terecht is gekomen (vgl. s.t. Buma nr. 6.46), heeft het HvJ EG er niet van weerhouden te oordelen als hierboven weergegeven.

Dat (ook) richtlijn 2001/29 nog geen eindpunt is in het proces van volledige harmonisering van alle delen van het auteursrecht, kan uiteraard niet afdoen aan maximumharmonisering op deelgebieden, zoals hier het begrip 'communication publique'.

4.45. Ik benadruk voorts dat het HvJ EG bij zijn uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek' in het arrest SGAE/Rafael Hoteles uitdrukkelijk mede acht geslagen heeft op de internationale verdragen (waaraan de gemeenschap gebonden is) en waarin dat begrip óók voorkomt. Dat geldt voor het TRIPs-verdrag, en via dat verdrag, voor de Berner Conventie, alsmede voor het WIPO-verdrag. Zie de eerder geciteerde rov. 35, 40, 41 en 45 van het arrest, alsmede de daaraan voorafgaande - hierboven niet geciteerde - rov. 3-10, waarin deze regelingen genoemd en geciteerd worden onder het kopje 'Toepasselijk internationaal recht'.

#### **4.K. Evaluatie van het voorafgaande**

4.46. Het bovenstaande leidt tot de volgende, samenvattende bevindingen.

4.47. De hoofdvraag in het geschil dat partijen verdeeld houdt is de eventuele auteursrechtelijke relevantie van

het 'opstralen' van gecodeerde Chellomediaprogramma-signalen, die uitsluitend kunnen worden opgevangen door kabelkopstations en/of de DTH-platforms.

4.48. Over die vraag is, anders dan het gerechtshof te Amsterdam oordeelde, aan richtlijn 93/83 geen (laast staan: decisief) uitsluitel te ontlenen ten gunste van het standpunt van Chellomedia. Aan richtlijn 93/83 valt echter evenmin decisief uitsluitel te ontlenen ten gunste van het standpunt van Buma. Dát aan richtlijn 93/83 ten deze geen nader uitsluitel valt te ontlenen is uiteengezet in nr. 4.25, en kan op basis van rov. 30 van het arrest SGAE/Rafael Hoteles (zie nr. 4.39) gelden als een 'acte éclairé'.

4.49. Over die vraag is inmiddels - zonder dat partijen en het gerechtshof te Amsterdam ten tijde van het wijzen van zijn arrest van 29 juni 2006 dit konden weten - inmiddels wél decisief uitsluitel te ontlenen aan de door het Hof van Justitie van de EG in zijn arrest van 7 december 2006 in de zaak SGAE/Rafael Hoteles aan art. 3 van richtlijn 2001/29 gegeven uitleg. Het HvJ EG gaf uitleg aan dat artikel in die zin dat het begrip '(mededeling aan het) publiek' hoe dan ook begrensd wordt door: '(gerichtheid op) een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers'. Het Hof oordeelde tevens dat art. 3 van richtlijn 2001/29 als maximaal harmoniserend moest worden beschouwd.

Ook hier acht ik sprake van een 'acte éclairé'. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG biedt immers een uitermate coherent beeld, ook (of juist) indien men de uitspraken, gegeven aan de hand van verschillende richtlijnen, met elkaar verbindt. Mededeling aan het publiek via de kabel was onder richtlijn 93/83 nog niet (maximaal) geharmoniseerd, maar wel uitgediept (Lagarrière-arrest), en is, in steeds overeenstemmende zin, onder art. 3 van richtlijn 2001/29 wél onderwerp van volledige harmonisatie (SGAE/Rafael Hoteles, zie nrs. 4.39-4.45) en veronderstelt: '(gerichtheid op) een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers'. Voor satelliettransmissie (oftewel mededeling aan het publiek per satelliet) moet hetzelfde gelden, omdat het onder hetzelfde art. 3 van de Auteursrechtlijn 2001/29 valt, naast de klassieke etheruitzending ('mededeling aan het publiek, per draad of draadloos'). Dat is ook coherent met de uitleg die het HvJ EG aan het begrip 'publiek' in de Televisie-zonder-grenzen-richtlijn 89/552/EEG heeft gegeven in het Mediakabel-arrest (zie nr. 4.14.2 en zie de verwijzing in rov. 37 van het arrest SGAE/Rafael Hoteles in nr. 4.39).

4.50. Daarmee zijn eventuele vragen van uitleg aan het HvJ EG over richtlijn 93/83 en richtlijn 2001/29, alsmede interpretatievragen voor de Hoge Raad zelf over de art. 12, lid 1, onder 5 en lid 7, en art. 47b Auteurswet in nationale context m.i. niet meer aan de orde.

4.51. Tegen deze achtergrond zal ik het cassatiemiddel bezien.

#### **4.L. Addendum**

4.52. Aan het slot van dit hoofdstuk wijs ik nog op een recent vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 28 januari 2009, waarin een verwante kwestie aan de orde is(39).

Het gaat om een zaak, gevoerd door twee stichtingen, Norma en Irda, die zich bezig houden met inning en repartitie van krachtens de Wet op de naburige rechten (WNR) aan uitvoerende kunstenaars verschuldigde vergoedingen, tegen kabelondernemingen. Norma en Irda vroegen onder meer een verklaring voor recht dat zij op grond van art. 14a WNR aan de kabelonderneming de heruitzending van uitvoeringen konden verbieden. Het verweer van de kabelondernemingen was, kort gezegd, dat zij tegenwoordig de programma's via niet voor het publiek toegankelijke signalen rechtstreeks per satelliet of via een vaste verbinding door de omroepen aangeleverd krijgen. Aldus is er, volgens de kabelondernemingen, geen sprake van heruitzending (in de zin van de WNR) hunnerzijds, maar van uitzending. Dit verweer slaagde. (En nu Norma en Irda krachtens de wet niet beschikken over rechten met betrekking tot primaire uitzending, en ook niet krachtens overdrachten over die rechten bleken te beschikken, werden hun vorderingen afgewezen.)(40)

#### **5. Bespreking van het cassatiemiddel**

5.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen A t/m D, telkens onderverdeeld in (sub-)onderdelen die hierna worden weergegeven als A.1, enz. Deze klachten - waarvan de volgorde kennelijk bepaald is door de volgorde van de aangevallen rechtsoverwegingen van het hof - komen, naar de kern genomen, op het volgende neer.

Onderdeel A, gericht tegen rov. 4.2, klaagt erover dat het hof vooropgesteld heeft dat de kernvraag in deze zaak is of art. 12, lid 1, aanhef en onder 5, en lid 7 Aw van toepassing zijn op het handelen van Chellomedia. Volgens het onderdeel is dat níét de kern, integendeel. Volgens onderdeel A.1 missen de genoemde wetsbepalingen nu juist toepassing, omdat zij de implementatie vormen van richtlijn 93/83, die beperkt is tot grensoverschrijdend verkeer. Onderdeel A.2 voegt daaraan toe dat niet gesteld of gebleken is dat het handelen van Chellomedia grensoverschrijdend is, en zelfs al zou dat zo zijn, dan gelden de aangehaalde bepalingen niet voor zover het opstralen van de signalen en de ontvangst daarvan binnen Nederland plaats heeft. Bovendien miskent het hof, volgens onderdeel A.3, dat ook indien art. 12, lid 1, aanhef en onder 5, en lid 7 Aw wél (mede) van toepassing zijn op het handelen van Chellomedia, dit Buma niet versteekt van een beroep op de artikelen 1 en 12 juncto art. 11bis Berner Conventie.

Onderdeel B behelst de motiveringsklacht dat Buma's grieven I t/m III, anders dan het hof in rov. 4.3 overweegt, níét slechts gericht waren tegen het oordeel van de rechtbank over de toepasselijkheid van richtlijn 93/83. Volgens onderdeel B.1 (en onderdeel B.2) klaagde grief I nu juist als onder A.3 betoogd (zie hierboven), en grief III als onder D.1 betoogd (zie hieronder).

Onderdeel C, gericht tegen rov. 4.7 en 4.8, klaagt onder C.1 en C.2, evenals onderdelen A.1 t/m A.3 deden, over miskenning door het hof dat richtlijn 93/83 en daarmee art. 12, lid 7 Aw beperkt is tot grensoverschrijdend verkeer en miskenning van de

toepasselijkheid van de bedoelde andere bepalingen van de Aw (zoals te begrijpen in het licht van Auteursrechtlijn 2001/29). Onderdeel C.3 bevat een motiveringsklacht over een door het hof ten onrechte aangenomen onvoldoende onderbouwing door Buma. Onderdeel C.4 bestrijdt 's hofs oordeel over de niet-relevantie van het 'Kleine kabelnettenarrest'. Onderdeel C.5 klaagt dat het hof heeft miskend dat kabelkopstations en DTH-platforms ook een publiek zijn, een ander publiek dan het uiteindelijk beoogde publiek. Onderdeel D, gericht tegen rov. 4.9, verwijt het hof ten onrechte te hebben geoordeeld dat er in casu geen ruimte is voor toepassing van de zgn. drie-stappen-toets van art. 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn 2001/29.

5.2. Het komt mij dienstig voor om eerst de onderdelen C en D te bespreken. Indien die onderdelen falen - en daartoe zal ik concluderen - behoeven de onderdelen A en B m.i. geen bespreking meer, bij gebrek aan belang.

#### Onderdeel C

5.3. De zakelijke inhoud van onderdeel C (C.1 t/m C.5) is hierboven kort weergegeven. Bij de bespreking van dit onderdeel ga ik er bij wijze van hypothese van uit dat Buma gelijk zou hebben met haar rechtsklacht dat het hof miskend zou hebben dat (op het handelen van Chellomedia richtlijn 93/83, respectievelijk art. 12, lid 7 Aw, niét van toepassing zou zijn, of, indien dat (deels) wél het geval zou zijn, niettemin) de toelaatbaarheid van het handelen van Chellomedia - als ten processe bedoeld - steeds getoetst zou moeten worden aan de algemene(re) regels omtrent 'openbaarmaking van een werk' voortvloeiend uit art. 1 en 12 Aw, gelezen in het licht van art. 11bis Berner Conventie (BC) en de Auteursrechtlijn 2001/29.

Anders gezegd: in deze hypothese wordt richtlijn 93/83, respectievelijk art. 12, lid 7 Aw weggedacht.

5.4. Het onderdeel gaat er, mede blijkens de schriftelijke toelichting, nr. 6.6 e.v., van uit dat openbaar maken in art. 1 en openbaarmaking in art. 12, lid 1 Aw 'open' begrippen zijn, die vatbaar zijn voor nadere uitleg door de rechter, ook buiten de in de catalogus van art. 12 nader opgesomde handelingen. Op zichzelf is dit uitgangspunt (als uitgangspunt!) juist in het licht van de wetsgeschiedenis van 1911/1912(41) en in het licht van de aanhef van art. 12, lid 1: 'Onder de openbaarmaking [...] wordt mede verstaan...'. Daaraan kan ik, in zoverre nog steeds meedenkend met Buma, toevoegen dat voor zover een uitleg van art. 11bis BC méér rechten zou impliceren dan de specifieke bepalingen van art. 12 Aw, juist ook zulke rechten onder art. 1 en art. 12, lid 1, aanhef, zouden moeten worden 'meegenomen'.

5.5. Dit uitgangspunt is evenwel achterhaald voor zover het gaat om door art. 3 van richtlijn 2001/29 bestreken handelingen.

Dát de door Buma aan Chellomedia verweten handelingen onder richtlijn 2001/29 vallen is een door Buma zelf (blijkens nrs. 6.17 en 6.36 e.v. van de s.t.) ingenomen standpunt, en is ook een onbetwistbaar standpunt. In het kader van deze richtlijn 2001/29, die - overeenkomstig auteursrechttradities buiten Nederland(42) - in elk geval voor openbaarmakingshandelingen in de informatiemaatschappij(43) - nu juist niet zo'n open opzet

kent als de Nederlandse van 1911/1912, zou het dan moeten gaan om 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3, lid 1 van deze richtlijn 2001/29, zoals door Buma zelf ook aangegeven. Toepasselijkheid van enig ander recht onder deze richtlijn 2001/29 is door Buma (terecht) ook niet gesteld.

5.6. Onder verwijzing naar hetgeen eerder in deze conclusie is uiteengezet, blijkt art. 3, lid 1 van richtlijn 2001/29: (i) van maximaal harmoniserend karakter te zijn, terwijl: (ii) het door Buma aan Chellomedia verweten handelen daar onmiskenbaar niet onder valt.

5.7. Ad (i). Ik verwijs naar nrs. 4.43-4.44.

5.8. Ad (ii). Ik verwijs naar de ampele bespreking van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (arresten Lagardère, Mediakabel en SGAE/Rafael Hoteles) in de nrs. 4.12 e.v., 4.14.2 respectievelijk 4.39-4.42.

In deze jurisprudentie heeft het Hof keer op keer aangegeven

- dat in de onderhavige context het begrip 'publiek' uitgelegd dient te worden als 'een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers' (waarbij, als gepreciseerd in rov. 31 van het Lagardère-arrest) 'een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld'), en

- dat 'mededeling aan het publiek' dienovereenkomstig gerichtheid op c.q. beschikbaarstelling aan zulk een 'onbepaald aantal potentiële televisiekijkers' verlangt.

5.9. In nr. 4.45 is er al op gewezen dat het HvJ EG in het arrest SGAE/Rafael Hoteles deze uitleg aan art. 3 van de richtlijn 2001/29 heeft gegeven mede met inachtneming van het TRIPs-verdrag, de Berner Conventie en het WIPO-verdrag.

5.10. Op het vorenstaande stuiten de klachten van onderdelen C.1 en C.2 (en de gelijkgerichte klachten in onderdeel A) af.

5.11. Buma heeft bij de motiveringsklacht van onderdeel C.3 geen belang, nu een motiveringsklacht niet een juist rechtsoordeel kan bestrijden, en nu hetgeen volgens dit onderdeel door Buma is betoogd, in het licht van het bovenstaande niet tot een ander oordeel kan leiden.

5.12. Ook onderdeel C.4 faalt. Het oordeel van het hof in rov. 4.8 dat Buma's verwijzing naar het zgn. Kleine kabelnetten-arrest(44) niet relevant is, omdat het in die zaak telkens ging om rechtstreekse doorgifte aan het publiek, is juist, gelet op de boven besproken wijze waarop het ten deze communautair geharmoniseerde begrip publiek dient te worden uitgelegd. In casu is niet aan de orde de doorgifte aan het (kijkers-)publiek, maar de voor het publiek niet toegankelijke voorafgaande transmissie door Chellomedia aan de kabelkopstations of DTH-platforms. Voor zover Buma betoogt (s.t., nr. 6.35) dat doorgifte door een ander organisme beslissend is, en dat het Kleine kabelnetten-arrest meebrengt dat doorgifte van een signaal steeds zou gelden als een openbaarmaking of mededeling aan het publiek, tenzij sprake is van een familie-, vrienden- of daaraan gelijk

te stellen kring, berust dat op onjuiste lezing van rov. 3.7 van dat arrest. Pas nadat de Hoge Raad in deze zaak geoordeeld had dat bij de kabeldoorgifte aan de aangesloten op het kabelnet (flatbewoners of bewoners van in elkaars nabijheid gelegen woningen) van een openbaarmaking (door een 'ander organisme') sprake was, was vervolgens de vraag aan de orde of dat voor een 'klein kabelnet' als in casu aan de orde wellicht niét zou gelden. Pas in die context kwam de uitzondering van de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring aan bod.

5.13. Ik voeg hier nog een opmerking aan toe. Gesteld dat richtlijn 2001/29 een zó ruim begrip 'mededeling aan het publiek' zou inhouden als door Buma betoogd, dán zou - toch ook in Buma's optiek - onder de uitzonderingen van art. 5 van richtlijn 2001/29 uiteraard opgenomen zijn: een uitzondering voor mededeling in familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring: een reeds lang internationaal bekend concept(45).

Zo'n uitzondering ontbreekt in de lange opsommingen van art. 5. Dat bevestigt dat communautairrechtelijk 'familiekwesties' geen kwestie zijn van uitzondering op het 'mededeling aan het publiek', maar dat voorafgaand het begrip 'mededeling aan het publiek' uitgelegd moet worden. Dat bevestigt vervolgens dat men bij beantwoording in ontkennende zin van de vraag of ook een bepaalde andere vorm van transmissie een 'mededeling aan het publiek' oplevert, evenmin aan de uitzonderingen (en de beperking van de uitzonderingen) toekomt.

5.14. Ook Buma's argument (s.t. nr. 6.36; repliek nr. 5) dat de strofe in art. 3 van richtlijn 2001/29: 'met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn', het daaraan voorafgaand toegekend 'uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos [...] toe te staan of te verbieden' juist verruimt en niet vernauwt, kan haar niet baten. Ook dit argument miskent dat de toevoeging pas aan bod komt nadat geoordeeld is of er sprake is van mededeling aan, c.q. beschikbaarstelling voor een publiek.

5.15. Voor zover Buma in onderdeel C.4 en in onderdeel C.5 betoogt dat kabelkopstations en DTH-platforms ook een publiek zijn, en een ander publiek dan het uiteindelijk beoogde publiek, heeft het hof ook die stelling terecht van de hand gewezen, nu die stelling afstuit op de uitleg van het begrip '(mededeling aan het) publiek' op communautair niveau, waarbij het moet gaan om potentiële kijkers, c.q. luisteraars.

Buma heeft wél gesteld dat het bij de kabelkopstations en DTH-platforms waarop Chellomedia zich zou richten om een in beginsel onbeperkte groep zou gaan, maar Buma heeft (terecht) niét gesteld dat het daarbij zou gaan om kijkers of luisteraars (zodat onderdeel C.4 mede feitelijke grondslag ontbeert).

5.16. In dit verband citeer ik Spoor(46), die naar aanleiding van een vonnis in een eerdere zaak over satellietdoorgifte naar een professioneel ontvangststation(47) opmerkte:

'Zelf luisterden de afnemers niet naar de muziek; hoogstens hield een technicus af en toe in de gaten of alles goed ging. Van een publiek was dan ook geen sprake. In haar vonnis merkte de rechtbank echter ook op dat met de satelliettransmissie geld werd verdiend, en dat lijkt een belangrijk argument te zijn geweest om die transmissie toch als een openbaarmaking te beschouwen. (Ik mag mij dat persoonlijk aantrekken, want het gaat om een - overigens onjuiste, want omgekeerde - toepassing van iets wat ik ooit geschreven heb).'

(48) Met Spoor herinner ik ook aan het arrest Bigott/Doucal van 1995.(49) In rov. 3.2.2 van dat arrest overwoog de Hoge Raad:

'Uit de wetsgeschiedenis van de (Nederlandse) Auteurswet 1912, waaraan de Auteursverordening is ontleend, blijkt dat aan het begrip "openbaarmaking" in art. 12 weliswaar een ruime betekenis moet worden toegekend, maar dat in elk geval, ook in de afgeleide betekenissen van het begrip, vereist is dat het werk op een of andere manier aan het publiek ter beschikking komt. [...]

Nog eenmaal Spoor (rede 2007, p. 10) naar aanleiding van het arrest SGAE/Rafael Hoteles:

'Daarmee maakt het Hof ondubbelzinnig duidelijk dat "het publiek" niet zuiver een juridisch-technisch criterium is, maar dat het daadwerkelijk moet gaan om een publiek van kijkers en luisteraars. Toegegeven, feitelijk zowel als potentiële kijkers en luisteraars, dus er hoeft niet te worden bewezen dat ze daadwerkelijk kijken en luisteren; maar een zuiver hypothetisch publiek - zoals in de Digi Music-zaken(50) - is niet genoeg.'

#### Onderdeel D

5.17. Als gezegd klaagt onderdeel D, in de kern, dat het hof in rov. 4.9 ten onrechte heeft geoordeeld dat er in casu geen ruimte is voor toepassing van de zgn. driestappen-toets van art. 5, lid 5 van de Auteursrechtlijn 2001/29.

Deze reeds in nr. 4.37 geciteerde bepaling maakt deel uit van artikel 5, getiteld 'Beperkingen en restricties'. In de leden 1 t/m 4 van art. 5 staat een lange reeks van door de richtlijn voorgeschreven c.q. toegelaten uitzonderingen op de ingevolge de artikelen 2, 3 en 4 aan auteurs toekomende rechten. Gemakshalve herhaal ik hier nog de tekst van lid 5:

'5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden benadeeld.'

5.18. In casu gaat het niét om een 'in de leden 1, 2, 3 en 4' van art. 5 van richtlijn 2001/29 bedoelde beperking of restrictie, maar om uitleg van art. 3 van die richtlijn. Nu bij het aan Chellomedia verweten handelen een 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3 zich niet voordoet, wordt aan de beperkingen van art. 5, leden 1, 2, 3 en 4 niet toegekomen, en dus ook niet aan de 'beperkingen van de beperkingen' in art. 5, lid 5 van richtlijn 2001/29. Hierop stuit het onderdeel af.

Ik verwijs in dit verband nog naar nr. 5.13.

Ten overvloede: onderdelen A en B

5.19. In nr. 5.2 heb ik al aangegeven dat bij het mislukken van de onderdelen C en D, de onderdelen A en B m.i. geen bespreking behoeven, bij gebrek aan belang. Niettemin zal ik hieronder, ten overvloede, bij de in het voorgaande nog niet besproken klachten van deze onderdelen stilstaan.

5.20. Volgens de nog niet besproken klachten van onderdelen A.1 en A.2 (gericht tegen rov. 4.2) zouden, anders dan het hof vooropstelde, in deze zaak juist niet art. 12, lid 1, aanhef en onder 5, en lid 7 Aw op het handelen van Chellomedia van toepassing zijn, omdat, volgens het onderdeel, de genoemde wetsbepalingen, omdat die de implementatie vormen van richtlijn 93/83, beperkt zijn tot grensoverschrijdend verkeer. Volgens onderdeel A.2 is niet gesteld of gebleken is dat het handelen van Chellomedia grensoverschrijdend is.

5.21. In de nrs. 4.28-4.32 is gebleken dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van richtlijn 93/83, art. 12, lid 1, aanhef en onder 5, en lid 7 Aw tot internationale situaties heeft willen beperken; integendeel. En in nrs. 4.25 en 4.31 is gebleken dat Richtlijn 93/83 zich niet uitspreekt over de mogelijkheid van doortrekking van het daarin neergelegde regime tot nationale situaties.

Ook daarom kunnen de onderdelen A.1 en A.2 niet tot cassatie leiden.

5.22. Buma heeft bij de motiveringsklachten van onderdeel B geen belang, nu deze motiveringsklachten 's hofs juiste oordeel niet kunnen bestrijden, en nu hetgeen volgens dit onderdeel door Buma is betoogd, in het licht van het bovenstaande niet tot een ander oordeel kan leiden.

## 6. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De procureur-generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden,  
A-G

---

1 Overeenkomstig het onder 2.1 te noemen tussen partijen gewezen HR-arrest van 4 april 2008. In de processtukken komt, naast de vroegere en huidige volledige naam van Chellomedia, ook veelvuldig de verkorte naam 'Chello' voor. Wat Buma betreft, wordt in de stukken ook wel gesproken over Buma/Stemra. De Stichting Stemra (hierna: Stemra) trok in de feitelijke instanties samen met Buma op. In de 'Stemra-zaak' is inmiddels eindvonnis gewezen door rechtbank Amsterdam 4 juni 2008, LJN BD7554, AMI 2008, afl. 5, nr. 13, p. 142 m.nt. Koelman.

2 LJN BC8630, NJ 2008, 204, JBPr 2008, 28, m.nt. Van Hemel.

3 AMI 2005, afl. 4, nr. 11, p. 135 m.nt. Koelman.

4 LJN AZ1423, AMI 2007, afl. 1, nr. 1, p. 11 m.nt. Koelman.

5 Blijkens rov. 3 door het hof ontleend aan rov. 1 van het rechtbankvonnis van 12 januari 2005.

6 Zie rov. 1 onder e van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 12 januari 2005.

7 Hierna zal ik als regel spreken van 'richtlijn 93/83'.

8 Hierna zal ik als regel spreken van 'richtlijn 2001/29'.

9 Artikel 1, aanhef en onder q van de Mediawet luidt (sinds 1 juli 2007): 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder: [...]

q. omroepnetwerk: elektronisch communicatienetwerk als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel e, van de Telecommunicatiewet, dat wordt gebruikt of mede gebruikt, voor het uitzenden van programma's' (vóór 1 juli 2007, sinds 1 september 2005: '... dat wordt gebruikt om, hoofdzakelijk met gebruik van kabels, programma's te verspreiden').

Artikel 1.1, aanhef en onderdeel e van de Telecommunicatiewet luidt (sinds 19 mei 2004):

'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder: [...]

e. elektronisch communicatienetwerk: transmissiesystemen, waaronder mede begrepen de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen, die het mogelijk maken signalen over te brengen via kabels, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, waaronder satellietnetwerken, vaste en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voor zover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt en netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie;'

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

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

12 Trb. 1998, 277. Voluit: WIPO-verdrag inzake het auteursrecht. Namens de EG goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (Pb L89/6).

13 Vastgesteld door de diplomatieke conferentie op 20 december 1996.

14 Voluit: Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 (2001/29/EG), betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Pb L167/10.

15 Voluit: Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en de naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, Pb L248/15.

16 Voor Nederlandse literatuur over richtlijn 93/83 verwijs ik naar de annotaties bij diverse hiervóór (voetnoten 3, 4) en hierna (voetnoten 17, 25, 46, 47) te noemen uitspraken, en voorts naar: P.B. Hugenholtz, De Europese richtlijn inzake satellietomroep en kabeldoorgifte, AMI 1994-5, p. 87; D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang, diss. 1997, p. 145-146; Visser, T&C IE (2005), art. 12, lid 7 Aw, aant. 12; P.B. Hugenholtz, in Dreier/Hugenholtz, Concise Copyright

(Kluwer International 2006), p. 263 e.v.; D.J.G. Visser, Primair openbaar maken via de kabel, AMI 2007-2, p. 37. Zie voorts: Th. Dreier, in M.M. Walter, Europäisches Urheberrecht (Springer 2001), p. 399 e.v.

Het nader ingaan op literatuur daterend van vóór het arrest van HvJ EG 7 december 2006 (SGAE/Rafael Hoteles), acht ik om de in nr. 4.9.1 aangegeven reden minder zinvol.

17 HvJ EG 14 juli 2005, C-192/04, Jurispr. blz. I-7199, AMI 2006, afl. 1, nr. 2, p. 25 m.nt. Seignette (Lagardère/SPRE).

18 Ontleend aan rov. 12-17 van het Lagardère-arrest.

19 Vgl. in Nederland art. 7 van de Wet op de naburige rechten. In Nederland worden deze vergoedingen geïncasseerd door de SENA. Richtlijn 93/83 had en heeft blijkens art. 4 ook betrekking op deze (aan het auteursrecht 'naburige') rechten.

20 Zie over het arrest Mediakabel hierna nr. 4.14.2, toevoeging A-G.

21 Lagardère werd overigens deels wél gevolgd in haar argumentatie, op basis van een andere richtlijn (92/100/EEG), dat bij de hoogte van de door haar aan de Duitse GVL te betalen 'billijke vergoeding' rekening gehouden zou moeten worden met het beperkte bereik in Duitsland (rov. 54 van het arrest).

22 HvJ EG 2 juni 2005, C-89/04, Jur. 2005, p. I-4891, Mediaforum 2005, afl. 7/8, nr. 24, p. 269 m.nt. Chavannes.

23 Richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (Pb L298/23), zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG van 30 juni 1997 (Pb L202/60).

24 Zie nr. 4.9.1.

25 HvJ EG 3 februari 2000, C-293/98, Jurispr. blz. I-629, NJ 2000, 669, Mediaforum 2000-3, p. 94 m.nt. Visser.

26 Niet te verwarren met arrest van HvJ EG 7 december 2006 (SGAE/Rafael Hoteles).

27 In die zin D.J.G. Visser, Primair openbaar maken via de kabel, AMI 2007-2, p. 37 (p. 40, r.k.).

28 Vgl. hiertoe - beknopt - Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (2005), par. 4.39 (p. 207) alsmede - uitvoeriger - de in voetnoot 16 genoemde literatuur.

29 Vgl. vorige voetnoot.

30 Zie middelonderdeel A onder 1 en 2, en s.t. nrs. 4.4 e.v.

31 Wet van 20 juni 1996 (i.w.tr. 1 september 1996), Stb. 364 (Kamerstukken 23 813), waarbij richtlijn 93/83 geïmplementeerd werd. Buma verwijst bij haar argument naar de MvT (TK 1993-1994, 23 813, nr. 3), p. 2.

32 Integendeel, Buma verdedigt juist het standpunt dat richtlijn 93/83 geen voorschriften jegens de lidstaten bevat over de vraag wanneer er ten deze binnenstaats sprake is van 'openbaarmaking' of 'mededeling aan het publiek' (vgl. de vindplaatsen in voetnoot 30).

33 Op verdere bepalingen behoef ik in dit kader niet in te gaan.

34 Slechts op een punt dat in de onderhavige procedure geen rol speelt (aanpassing van de dwanglicentieregeling van art. 17a Aw) was nadere regelgeving nodig.

35 Tekens [i], [ii] en [iii] toegevoegd, om te accentueren waarom gesproken wordt van de 'drie-stappen-toets'.

36 Voor de redenen daartoe verwijs ik naar Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht (2005), par. 5.7.

37 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05, AMI 2007-2, nr. 7, p. 45 m.nt. Koelman; Mediaforum 2007-2, nr. 5, p. 56 m.nt. Visser.

38 Vgl. bijv. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988), p. 152, onder aanhaling van Franse rechtspraak.

39 Zaaknummer/rolnummer 271796 / HA ZA 06-2844, B9 7522, IEPT 20090128.

40 Zie met name rov. 3.5.1 t/m 3.5.4 en 4.1 t/m 4.6 van het vonnis.

41 Vgl. Spoor/Verkade/Visser Auteursrecht (2005), par. 4.1 (p.151-152).

42 Vgl. vorige voetnoot.

43 Vgl. de volledige titel van richtlijn 2001/29.

44 HR 24 december 1993, NJ 1994, 641 m.nt. JHS.

45 Vgl. (rechtsvergelijkend) D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang, diss. 1997, p. 132-135.

46 J.H. Spoor, Hooggeschat publiek, afscheidsrede VU (Van Oorscot, A'dam, 2007), p. 8-10 (de rede is deels ook weergegeven in AMI 2007, afl. 5, p. 141 e.v.). Spoor ziet in het arrest a quo een goede ontwikkeling, die de geloofwaardigheid van het auteursrecht ten goede komt. Visser, AMI 2007, p. 37 (44) concludeert dat de wijze waarop tegenwoordig programma's van de omroep via de kabel naar de kijker gaan, steeds vaker als één primaire openbaarmaking is te kwalificeren.

47 Rb. 's-Gravenhage 19 december 2001, AMI 2002, p. 50 m.nt. D.J.G. Visser (Sena/Digimusic).

48 Spoor verwijst hier naar een (ook in een eerdere druk voorkomende) passage in Spoor/Verkade/ Visser, a.w. (2005), p. 178, zodat ook ik mij dit moet aantrekken. Die passage luidt:

'In het algemeen wordt "openbaarheid" veeleer gebruikt als hulpmiddel waarmee in bepaalde gevallen kan worden uitgemaakt of een exploitatie van voldoende belang is om een bevoegdheid van de auteur te kunnen dragen.' In voetnoot 92 (3e druk 2005) wordt daaraan echter onmiddellijk toegevoegd: 'Rb. Arnhem 8 maart 2001, AMI 2001, nr. 10, p. 75 m.nt. Visser (Buma/Digimusic) keerde dit om door de vraag of er sprake was van openbaar maken bevestigend te beantwoorden (mede) omdat het ging om een exploitatie van voldoende belang. Dit lijkt ons niet juist. Vgl. ook HR 27 januari 1995, NJ 1995, 669 m.nt. JHS, AMI 1995, p. 67 m.nt. red. (Bigott/Doucal I), rov. 3.2.2.'

49 Vgl. vorige voetnoot.

50 Vgl. de in noot 47 genoemde zaak, alsmede Rechtbank Arnhem 8 maart 2001, AMI 2001-3, p. 75, m.nt. D.J.G. Visser (Buma/DigiMusic). Ook Visser is kritisch, mede onder verwijzing naar F. De Visscher & B. Michaux, Précis du droit d'auteur et des droits voisins (2000), p. 132 (noot 283).