

Nr. 1 Buma/Chellomedia

Hoge Raad 19 juni 2009

zaaknummer 07/12553

(mrs. Beukenhorst, Van Buchem-Spapens, Hammerstein, Van Oven en Streefkerk)

‘Openbaarmaking’ als bedoeld in art. 12 Auteurswet omvat niet het uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen die niet door het publiek worden ontvangen, maar uitsluitend door kabelkopstations of DTH-platforms die deze signalen decoderen door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur teneinde die signalen aan het (geabonneerde) kijkerspubliek door te geven.

(art. 12 lid 7 Auteurswet, art. 1 lid 2 (c) Satelliet- en kabelrichtlijn, art. 3 Auteursrechtlijn)

Arrest in de zaak van:

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Vereniging Buma, gevestigd te Amstelveen, eiseres tot cassatie, advocaten: aanvangelijk mrs. T. Cohen Jehoram en V. Rörsch, thans mr. R.A.A. Duk,

tegen

Chellomedia Programming BV, gevestigd te Amsterdam, verweerder 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 voorafgegane 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.

(i) Chellomedia produceert en exploiteert diverse televisieprogramma's waaronder een aantal thema- en special-interest-kanal (hierna: de Chellomedia-programma's). De Chellomedia-programma's bevatten onder meer auteursrechtelijk beschermd materiaal waarvan Buma wat betreft de muziekauteursrechten 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 decoding en doorgifte van het (opnieuw gecodeerde) programmasignaal aan het geabonneerde kijkerspubliek door de kabelexploitanten en DTH-platforms die het programmasignaal 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 om 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 Hoteles), Jurispr. 2006 blz. I-11519, LJN BF9316, waarin het ging om doorgifte van televisieprogramma's door 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 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 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 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 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.

Conclusie

Mr. D.W.F. Verkade

1. Inleiding

[...]

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 summier 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 2006⁴ 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, decodeerap-

[...]

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

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

⁴ LJN AZ1423, AMI 2007/1, 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.

paratuur. 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 kabel-exploitanten 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

[...]

4.34. Richtlijn 2001/29 beslaat een breed materieelrechtelijk 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

4.1. 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).

[...]

33 In dit verband zij erop gewezen dat deze richtlijn niet zelf precieseert 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.

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

[...]

33 Op verdere bepalingen behoeft 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.

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).

[...]

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 WIPD-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 winsttoegmerk, 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 winsttoegmerk 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 WIPD-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 onserieus³⁸).

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 [waarneemers]'. 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 maximum-harmonisatie?

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'.

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

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 Chellomediaprogrammasignalen, 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 (laat 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 (Lagardère-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 krachten 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

[...]

5.13. 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 ontkennde 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.

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.

[...]

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

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) níét 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 ontvangststation⁴⁷ 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-zaken⁵⁰ – 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. drie-stappen-toets van art. 5, lid 5 van de Auteursrechtlijn 2001/29.

46 J.H. Spoor, *Hooggeschat publiek*, afscheidsrede VU (Van Oorschot, A'dam, 2007), p. 8-10 (de rede is deels ook weergegeven in AMI 2007/5, 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 2007/2, 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 2002/2, 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 2001/3, 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).

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 níét 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.

[...]

6. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Noot

P.B. Hugenholtz

Is het per satelliet versturen van gecodeerde programmadragende signalen naar kabelkopstations en DTH-platforms, zodanig dat deze signalen enkel door de kabelexploitanten c.q. DTH-providers en niet door het algemene publiek kunnen worden ontvangen, een geval van openbaarmaking in de zin van de Auteurswet? De Hoge Raad, daartoe vakkundig gesouffleerd door advocaat-generaal Verkade, geeft een kort en krachtig antwoord: nee. Op dit antwoord valt mijns inziens, mede gezien de tekst van art. 12 lid 7 Aw en art. 1 lid 2 (c) van de Satelliet- en kabelrichtlijn, niets af te dingen. (Tussen haakjes: ‘DTH’ staat voor *Direct to Home*. DTH-providers bundelen net als kabelexploitanten pakketten van radio- en televisieprogramma's en zenden deze rechtstreeks per satelliet aan consumenten die in het bezit zijn van schotelantennes.)

Ook in beide feitelijke instanties had Buma al bot gevangen. Volgens de Amsterdamse rechtbank bleek uit de tekst van en overwegingen bij art. 1 lid 2 (c) van de Satelliet- en kabelrichtlijn, alsmede uit de wordingsgeschiedenis van art. 12 lid 7 Auteurswet waarin deze bepaling is geïmplementeerd, voldoende duidelijk dat van openbaarmaking in deze omstandigheden geen sprake kan zijn; zie Rb. Amsterdam 12 januari 2005, AMI 2005/4, p. 135 met voortreffelijke noot van K.J. Koelman. Kort na het wijzen van het Amsterdamse vonnis bevestigde het Hof van Justitie EG in de *Lagardère*-zaak ‘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 [...]’.¹ Daarbij verwees het Hof naar zijn kort daarvoor gewezen *Mediakabel*-arrest, waarin het begrip ‘publiek’ in de zin van de Televisierichtlijn was uitgelegd als ‘een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven’.² Daardoor was het voor

1 HvJEG 14 juli 2005, zaak C-192/04, AMI 2006/1, p. 25 (*Lagardère*), r.o. 31.

2 HvJEG 2 juni 2005, zaak C-89/04, *Mediaforum* 2005/7/8, nr. 24, m.nt. R.D. Chavannes (*Mediakabel*), r.o. 30.

het Amsterdamse Hof niet moeilijk om het vonnis van de rechtbank in stand te houden; zie Hof Amsterdam 29 juni 2006, AMI 2007/1, p. 11 m.nt. K.J. Koelman.

Enkele maanden later maakte het Hof van Justitie aan alle eventueel overblijvende onzekerheid een einde door in het arrest *SGAE/Rafael Hoteles* te overwegen dat de Lagardère-maatstaf niet alleen geldt voor de uitleg van het in art. 1 lid (2) specifiek geregelde recht van mededeling aan het publiek per satelliet, maar ook voor het in algemene termen gestelde mededelingsrecht van art. 3 van de Auteursrechtrichtlijn. Het Hof overwoog 'dat het woord "publiek" ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers [...]'.³ Met dat al kon de Hoge Raad in deze zaak moeilijk anders beslissen.

Het praktisch belang van het arrest lijkt op het eerste gezicht beperkt. Ook al is de aanvoer van televisieprogramma's naar de kabelkopstations en DTH-platforms niet als openbaarmaking te bestempelen, het daarop volgende uitzenden door de kabelexploitanten en DTH-providers is dat natuurlijk wel. In veel gevallen gebeurt dit zelfs door bedrijven zoals UPC die net als Chellomedia deel uitmaken van het wereldwijd opererende Liberty-concern.

Het gevolg van het arrest is enkel dat Buma en andere rechthebbenden geen afzonderlijke auteursrechtelijke claims kunnen uitoefenen ten aanzien van de aanvoer van programmadragende signalen naar de kabelkopstations en DTH-platforms. Dat lijkt een billijk resultaat. Het aanvoeren van signalen is in enigszins vergelijkbare situaties, zoals de transmissie van een concertregistratie naar de studio van een omroep, evenmin auteursrechtelijk belast.

De indirecte gevolgen van het arrest zijn groter. Nu definitief is vastgesteld dat satelliettransmissie van gecodeerde programma's geen openbaarmaking oplevert, is de daarop volgende uitzending van deze programma's door de kabelexploitanten niet (meer) aan te merken als *heruitzending*. Op hun uitzendingen is het door art. 26a Aw (art. 9 lid 1 Satelliet- en kabelrichtlijn) voorgeschreven collectieve rechtenbeheer derhalve niet van toepassing, hetgeen impliceert dat individuele rechthebbenden, zoals filmproducenten, hun rechten ter zake hiervan individueel mogen uitoefenen en desgewenst toestemming daarvoor kunnen weigeren. Daarmee zijn de door de richtlijngever gevreesde en uitgebannen 'zwarte gaten' in het aanbod van de kabelexploitanten ineens weer in zicht geraakt. Dat een zodanige uitleg van het recht van openbaarmaking gevolgen kan hebben voor het mandaat van de betrokken rechtenorganisaties was al eerder gebleken in de zaak *Norma/NLKabel* (Rb. 's-Gravenhage 28 januari 2009, AMI 2009/4, p. 163). Overigens staat het arrest in de zaak *Chellomedia* geheel los van de vraag of de doorgifte van programma's door kabelexploitanten als openbaarmaking is aan te merken. De in de jaren 80 door de Hoge Raad gewezen Kabelarresten⁴ blijven hiervoor maatgevend.

3 HvJEG 7 december 2006, zaak C-306/05, AMI 2007/2, p. 45 (*SGAE/Rafael Hoteles*), r.o. 37.

4 HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 (*Columbia e.a./CAI Amstelveen*); HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 (*CAI Amstelveen/Columbia e.a.*).

Nr. 2 Neij c.s./Brein

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2009
zaaknummer / rolnummer: 436360 / KG ZA 09-1809 WT/RV
(mr. W. Tonkens-Gerkema)

Exploitatie van torrent-site The Pirate Bay die ongeautoriseerde file sharing faciliteert geldt niet als openbaarmaking in auteursrechtelijke zin, maar is wel onrechtmatig omdat The Pirate Bay gelegenheid geeft tot het structureel verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal en daardoor auteursrechtin-

breuk bevordert. Oprichters van The Pirate Bay zijn wegens hun betrokkenheid persoonlijk aansprakelijk.
(art. 6:162 BW)

Vonnissen in verzet in kort geding in de zaak van

1. Hans Frederik Lennart Neij, wonende te Stockholm, Zweden,
 2. Peter Kalevi Sunde Kolmisoppi, wonende te Limhamn (Malmö), Zweden,
 3. Per Gottfrid Svartholm Warg, wonende te Stockholm, Zweden,
- isers in verzet bij dagvaarding van 25 augustus 2009, tevens eisers in reconventie, advocaat mr. E.J. Louwers te Eindhoven,

tegen

de stichting
Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland, Brein, gevestigd te Amsterdam, gedaagde in verzet, verweerster in reconventie, advocaten mr. J.C.H. van Manen en mr. D. F. Groenevelt te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. De terechtzitting van 5 oktober 2009 is door de voorzieningenrechter verplaatst naar 8 oktober 2009. Ter terechtzitting van die datum hebben eisers in verzet, verder gezamenlijk Neij, Kolmisoppi en Warg genoemd, gesteld en gevorderd overeenkomstig de aan dit vonnis gehechte verzetsdagvaarding, waarin zij tevens een voorwaardelijke eis in reconventie hebben ingesteld, met dien verstande dat zij die eis hebben vermindert als na te melden. Gedaagde in het verzet, verder Stichting Brein genoemd, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. De door Stichting Brein pas bij pleitnota ingediende eiswijziging is wegens strijd met de goede procesorde niet toegestaan. Ter zitting heeft Stichting Brein subsidiair haar eis zonder bezwaar van Neij, Kolmisoppi en Warg nog verminderd overeenkomstig de veroordeling van Mininova B.V. (verder Mininova) door de rechtbank Utrecht in de zaak van Stichting Brein tegen Mininova (rechtbank Utrecht, 26 augustus 2009, LJN BJ6008). Na verder debat hebben partijen vonnis gevraagd.

[...]

2. De feiten

2.1. Stichting Brein heeft als statutaire doelstelling het juridisch handhaven van de intellectuele eigendomsrechten van de bij haar aangesloten partijen.

2.2. Stichting Brein vertegenwoordigt het overgrote deel van de Nederlandse auteursrechthebbenden op het gebied van muziek en film en computergames.

2.3. The Pirate Bay is in 2004 gelanceerd als website thepiratebay.org waarop zogenaamde torrents worden aangeboden. Met torrents is het direct uitwisselen van bestanden tussen computers die op een netwerk (in dit geval het internet) zijn aangesloten mogelijk. Daarbij staan de computers van de gebruikers in direct onderling contact (peer-to-peer protocol). De gebruiker die een bestand wil downloaden wordt leecher (of downloader) genoemd en de gebruiker die een bestand aanbiedt, wordt seeder (of uploader) genoemd.

2.4. In een BitTorrent systeem zijn de volgende componenten te onderscheiden:

2.4.1. Torrent: bestand waarin informatie is opgeslagen over welke gebruiker welke bestanden aanbiedt en met welke server (Tracker, zie 2.4.5) de torrent een verbinding dient te maken. De torrents bevatten verder een beschrijving van de inhoud en andere techni-