

Maar ook als we met dit alles meegaan, noopt dat nog altijd niet tot een wettelijk beheersmonopolie; waaruit de grote problemen bij keuzevrijheid voor cbo's zouden bestaan, is althans niet duidelijk. Ook hier geldt: dergelijke problemen zouden in voorkomend geval *best kunnen* ontstaan; maar dat lijkt toch moeilijk een reden te kunnen zijn om bij prejudiciële uitspraak ten titel van interpretatie van Unierecht uit te maken *dat* dit zo is.

De conclusie van A-G Sharpston is ook op dit punt informatief. Zij schetst (vanaf ov. 73) de argumenten voor en tegen wettelijke beheersmonopolies die zijn uitgewisseld tussen partijen. Weinig verrassend waren OSA en de interveniërende lidstaten vóór en het kuuroord en de Commissie tegen zo'n monopolie. In de samenvatting van de argumentatie herkennen we veel terug uit de CISAC-saga, die zoals bekend is uitgelopen op een voorlopig Waterloo voor de pogingen van de Commissie om pan-Europese licentiëring met behulp van het mededingingsrecht af te dwingen.¹⁷ A-G Sharpston constateert nog dat een juiste beoordeling van alle argumenten een feitelijk onderzoek vergt dat buiten de bevoegdheid van het Hof valt; '[d]e enige stellige conclusie die ik zou willen trekken uit de vaststellingen van het Gerecht [in de CISAC-zaak] is dat voor een definitieve beslissing over de rechtvaardiging van wettelijke territoriale monopolies voor collectieve beheersorganisaties een diepgaand onderzoek wenselijk is, dat verder gaat dan het Hof in casu kan verrichten'. Uiteindelijk concludeert Sharpston toch dat in dit geval en in afwachting van EU-brede regulering wettelijke monopolies gerechtvaardigd zijn, zij het dat het aan de nationale rechter is hierover definitief te beslissen in het licht van het beschikbare feitenmateriaal. Van die terughoudendheid is bij het Hof geen spoor te vinden.¹⁸ Daarmee lijkt het duidelijk partij te kiezen tegen de Commissie en voor de positie die ook CISAC steeds verdedigd heeft.

Is daarmee nu ook het beheersmonopolie van BUMA Europeesrechtelijk gesauveerd? De uitspraak biedt ontegenzeggelijk wel munitie ter rechtvaardiging van dat monopolie, zij het dat aan de invoering daarvan – zoals genoegzaam bekend – geheel andere motieven ten grondslag lagen. Wanneer de Nederlandse rechter ooit met een debat over de houdbaarheid van art. 30a Aw geconfronteerd worden, dan zou hij naar onze mening in elk geval de feitelijke analyse naar de noodzaak van een beheersmonopolie zelf moeten maken en zich niet gebonden moeten achten aan de feitelijke overwegingen van het Hof. Bovendien is hoe dan ook met de rechtvaardiging van een monopolie nog niet bepaald *wie* dan dat monopolie mag houden; ook wanneer concurrentie op de markt kan worden beperkt is daarmee geen rechtvaardiging gegeven voor uitsluiting van concurrentie *om* de markt (bijvoorbeeld door regelmatige aanbesteding van het beheersmonopolie).¹⁹

17 Vgl. P.J. Kreijger, 'Multiterritoriale licenties na CISAC – veel nieuws onder de zon?', *AMI* 2013/4, p. 130-135.

18 Vergelijkbare kritiek is wel geuit op andere (prejudiciële) uitspraken van het Hof van Justitie; zo bevat de uitspraak in de *Betfair*-zaak (HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, NJ 2010, 490) tamelijk vergaande feitelijke overwegingen over de gevaren van kansspelen. De uitspraak van het Hof in de zaak *Akzo*, waarin het mededingingsrechtelijk *legal privilege* werd onthouden aan advocaten in dienstbetrekking, bevat tamelijk vergaande feitelijke overwegingen over de volgens het Hof per definitie ontbrekende onafhankelijkheid van dergelijke advocaten (HvJ EU 14 september 2010, zaak C-550/07, *Jur.* 2010, p. I-8301).

19 Vgl. P.J. Kreijger, 'Buma en de Dienstenwet', *AMI* 2011/1, p. 13. Deze discussie speelt bijvoorbeeld in relatie tot het wettelijk monopolie van de Staatsloterij en andere kansspelvergunninghouders, maar ook in verband met de recente wijzigingen van de Mediawet 2008, waarin het aantal omroepverenigingen wordt begrensd en buitenstaanders dus niet meer zomaar tot het bestel kunnen toetreden, vgl. C.J. Wolswinkel, 'Open of gesloten? Modernisering van de landelijke publieke omroep', *Mediaforum* 2014-9, p. 214-223.

Hof Amsterdam 20 mei 2014

zaaknummer 200.111.568/01 KG

(mr. E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell, mr. E.M. Polak en mr. N. van Lingen)

Hoger beroep in kort geding over publicatie van omroepprogrammagegevens. Op basis van *Ryanair*-arrest geen auteursrechtelijke bescherming voor omroepgegevens. Het creatieve werk is belichaamd in de programmering en niet in de opsomming ervan die enkel de feitelijke gegevens van de programmering weergeeft. Op basis van *Football Dataco*-arrest evenmin geschriftenbescherming. Rechtszekerheidsbeginsel en de onwenselijkheid van wetsuitleg contra legem doen daaraan niet af. Wijzigingen van de Mediawet 2008 per 1 januari 2013 inzake de beschikbaarheid van programmagegevens en wetsvoorstel tot wijziging van de Auteurswet inzake afschaffing van de geschriftenbescherming in overwegingen betrokken. Aanhouding verdere beslissingen. Partijen mogen zich nader bij akte uitlaten over subsidiair aangevoerde maar nog niet besproken grondslagen van de vordering van NPO en daarbij ook de toepassing van de gewijzigde Mediawet betrekken.

Uitspraak inzake de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TMG Landelijke Media BV, voorheen genaamd Telegraaf Media Nederland Landelijke Media BV, gevestigd te Amsterdam, appellante, tevens incidenteel geïntimeerde, advocaat: mr. J.P. van den Brink te Amsterdam,

tegen:

de stichting Stichting Nederlandse Publieke Omroep, gevestigd te Hilversum, geïntimeerde, tevens incidenteel appellante, advocaat: mr. S.J. Cammelbeeck te Rotterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Appellante wordt hierna aangeduid als De Telegraaf, geïntimeerde als NPO.

De Telegraaf is bij dagvaarding van 9 juli 2012 in hoger beroep gekomen van het vonnis met opgemeld zaak/rolnummer van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 13 juni 2012, gewezen in kort geding tussen (onder meer) De Telegraaf als gedaagde en (onder meer) NPO als eiseres (hierna: het vonnis). De zaak tegen de geïntimeerden 2-5 (de in eerste aanleg mede eisende en in hoger beroep aanvankelijk mede gedagvaarde commerciële omroeporganisaties) is later ter rolle ingetrokken.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties;

De Telegraaf heeft in het principale en het incidentele appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover de vorderingen zijn toegewezen en deze alsnog volledig zal afwijzen, met bekrachtiging van het vonnis voor het overige en met beslissing over de proceskosten op de voet van art. 1019h Rv.

NPO heeft in het principale appel geconcludeerd tot verwerping daarvan en in het incidentele appel tot bekrachtiging van het vonnis met verbetering van gronden en met uitzondering van de daarbij gegeven proceskostenveroordeling, met beslissing over de proceskosten op de voet van 1019h Rv.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 8 november 2013 doen bepleiten, De Telegraaf door mr. Van den Brink voornoemd en mr. S.C. van Loon, advocaat te Amsterdam, en NPO door mr. Cammelbeek voornoemd en mr. M.R.F. Senftleben, advocaat te Den Haag, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht. NPO heeft bij die gelegenheid een tweetal aktes genomen.

Ten slotte is arrest gevraagd.

2 Beoordeling

2.1. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2.1 en 2.2 de feiten weergegeven die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Met grief VIII bestrijdt De Telegraaf dat de na te noemen, maar overigens niet door haar weersproken beperking van 24 uur is neergelegd in de MIS leveringsovereenkomst. Het hof zal met deze nuancering van de contractuele verhouding tussen partijen rekening gehouden. Voor het overige zijn de in het vonnis genoemde feiten niet in geschil en dienen deze derhalve ook het hof als uitgangspunt. Het gaat hierbij om het volgende.

(i) Tussen de Nederlandse publieke omroepen, vertegenwoordigd door de NPO, en (onder meer) De Telegraaf bestaat een schriftelijke overeenkomst op grond waarvan de NPO, via haar afdeling Media Informatie Services (MIS), programmagegevens in gestandaardiseerde vorm tien dagen voor de uitzending ter beschikking stelt. Op grond van de contractuele verhouding tussen partijen mogen die programmagegevens door De Telegraaf worden gepubliceerd. Deze bevoegdheid is echter beperkt tot programma's die worden uitgezonden in een periode van 24 uur, te rekenen vanaf het moment van verschijnen van de betreffende editie van De Telegraaf en, voor zover het gaat om programma's die worden uitgezonden op een zon- of feestdag waarop geen editie van De Telegraaf verschijnt, een periode van 48 uur na het verschijnen van die editie. Met de commerciële omroepen die in eerste aanleg mede als eisers optraden heeft de Telegraaf tot voor kort op eenzelfde wijze en op dezelfde voorwaarden samengewerkt.

(ii) De Telegraaf heeft in een bijlage bij haar op zaterdag 2 juni 2012 en zaterdag 9 juni 2012 verschenen edities een compleet overzicht van de in de daarop volgende week door de (publieke en commerciële) omroepen uit te zenden programma's gepubliceerd. Daarbij heeft De Telegraaf aangekondigd dat zij dit in de vijf daaropvolgende weken steeds wil gaan doen. De Telegraaf heeft in ieder geval in de op 9 juni 2012 verschenen editie bij de naam en het uitzendtijdstip van de programma's een door haar eigen redactie samengestelde omschrijving van de inhoud van het programma opgenomen en heeft verklaard voornemens te zijn dit in de toekomst steeds zo te willen doen.

2.2. Op vordering van NPO (en de commerciële omroeporganisaties die in hoger beroep verder geen rol spelen en die tezamen met NPO in het vonnis zijn aangeduid als de Omroepen) heeft de voorzieningenrechter De Telegraaf op straffe van een dwangsom bevolen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden het publiceren van programmagegevens op een wijze waarvoor zij geen toestemming heeft verkregen van de Omroepen, waaronder op dat moment in ieder geval begrepen het publiceren van programmagegevens die betrekking hebben op programma's die uitgezonden zullen worden meer dan 24 uur na het moment van publicatie (of meer dan 48 uur na publicatie voor zover die programma's in het weekend worden uitgezonden).

Daartoe heeft de voorzieningenrechter, naar de kern genomen en zakelijk weergegeven, als volgt overwogen.

(i) De programmagegevens vormen een beschrijving van hetgeen door de selectie en onderlinge rangschikking van uit te zenden materiaal is ontstaan. Die beschrijving bevat naar zijn

aard een volledige opsomming van hetgeen zal worden uitgezonden en het tijdstip waarop, zodat bij het opstellen ervan geen creatieve keuzes meer (kunnen) worden gemaakt en derhalve die beschrijving niet in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming (rov. 4.8).

(ii) De vraag is derhalve of zij wel vallen onder de in art. 10 Aw geregelde geschriftenbescherming. De bescherming die de programmagegevens thans genieten is geregeld in art. 10 lid 3 Aw inzake de bescherming van verzamelingen van werken. De tekst van dit artikel bevat niet het in het Dataco-arrest [Hv]EU 1 maart 2012, NJ 2012/433] genoemde vereiste dat de verzameling een (oorspronkelijke) uiting is van de creatieve vrijheid van de maker. Gelet op het beginsel dat de nationale rechter de wet niet contra legem uit mag leggen, de mogelijk mededingingsrechtelijke strekking die aan artikel 10 Aw moet worden toegekend, de artikelen 2:140 en 3:28 van de Mediawet 2008, de beperkte mogelijkheden voor anticiperende interpretatie, het rechtszekerheidsbeginsel en het feit dat [Europese] richtlijnen zich primair richten tot nationale overheden, en mede in ogenschouw genomen dat het Dataco-arrest betrekking heeft op andere informatie dan programmagegevens, acht de voorzieningenrechter het voorshands onvoldoende aannemelijk dat, bij de huidige stand van zaken, de bodemrechter de vordering van de Omroepen op de door De Telegraaf aangevoerde gronden zal afwijzen (rov. 4.19-4.27).

(iii) Door het handelen van De Telegraaf worden de grenzen van het citaatrecht overschreden (rov. 4.29).

(iv) Het door De Telegraaf ingenomen standpunt dat de Omroepen, door te weigeren haar toe te staan de programmagegevens openbaar te maken (anders dan op door henzelf vast te stellen voorwaarden), in strijd handelen met het mededingingsrecht en dat dit handelen valt te kwalificeren als misbruik van machtspositie dan wel een verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging, is in een eerder tussen partijen gevoerde bodemprocedure verworpen. De voorzieningenrechter dient zich in beginsel te richten naar het eerdere oordeel van de bodemrechter. Er zijn geen (nieuwe) feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan dit beginsel in het onderhavige kort geding uitzondering zou moeten leiden (rov. 4.31-4.33).

(v) Ook een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel, zodat de vorderingen toewijsbaar zijn (rov. 4.36).

Auteursrecht

2.3. Grief I van NPO in het incidenteel appel heeft de verste strekking en zal daarom als eerste worden behandeld. Deze grief is gericht tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van de primair door NPO aan haar vordering ten grondslag gelegde "volle" auteursrechtelijke bescherming van de programmaoverzichten. Volgens NPO heeft de voorzieningenrechter ten onrechte een scheidslijn getrokken tussen de creatieve selectie en rangschikking van uit te zenden materiaal enerzijds, ten aanzien waarvan terecht is overwogen dat die selectie en rangschikking als zodanig een werk kan zijn, en de weergave daarvan in het programmaoverzicht anderzijds. Binnen het auteursrecht is geen plaats voor een zodanig onderscheid tussen de geestelijke schepping en de stoffelijke vorm waarin dit werk is neergelegd, aldus NPO. Het programmaoverzicht is de drager van haar creatieve programmering.

2.4. De grief faalt omdat deze is gebaseerd op een onjuiste verenzelviging van het programmeren van omroepzenders met de opsomming van die programmering in een lijst met programmagegevens. Ook indien kan worden aangenomen – De Telegraaf heeft dit uitdrukkelijk betwist – dat de bij het programmeren van omroepzenders gebezigde selectie en rangschikking van het uit te zenden materiaal het resultaat zijn van vrije creatieve keu-

zes en dat dit resultaat – in auteursrechtelijke zin – kan worden aangemerkt als een voortbrengsel met een eigen, oorspronkelijk karakter dat het stempel van de maker draagt en dat als zodanig voorwerp van auteursrecht kan zijn, dan nog is het zo dat dit (verondersteld) creatieve werk concreet is belichaamd in de programmering zelf en niet in de opsomming daarvan op een lijst met programmeergegevens die enkel de feitelijke gegevens van de programmering weergeeft. Zo ook is bijvoorbeeld de foto van een bouwwerk niet de (materiële) belichaming van het werk zelf (de immateriële creatie) van de architect.

Geschriftenbescherming

2.5. De grieven I tot en met VI van De Telegraaf in het principaal appel zijn gericht tegen overwegingen in het vonnis die betrekking hebben op het door de voorzieningenrechter gehonoreerde beroep van NPO op de zogeheten geschriftenbescherming als subsidiaire grondslag van haar vordering.

2.6. Het debat tussen partijen is toegespitst op – onder meer – de vraag of in het licht van recente Europese jurisprudentie en regelgeving nog plaats kan zijn voor de genoemde geschriftenbescherming, die inhoudt dat ook geschriften die geen eigen of oorspronkelijk karakter hebben vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming als “alle andere geschriften” zoals bedoeld in art. 10 lid 1 onder 1° Aw. De Telegraaf betoogt dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

2.7. De voorzieningenrechter heeft bij haar overwegingen dienaangaande, die hiervoor in 2.2 sub (ii) samenvattend zijn weergegeven, vooropgesteld dat het bij wijze van richtlijnconforme interpretatie toevoegen aan art. 10 lid 3 Aw van het in het Dataco-arrest opgenomen vereiste dat de verzameling een uiting is van de creatieve vrijheid van de maker, op zijn minst op gespannen voet staat met de in Europese jurisprudentie (HvJEG 4 juli 1996 (het hof leest: 2006), Adeneler) opgenomen beperking dat de nationale rechter de wet niet contra legem uit mag leggen (rov. 4.20). Daarbij heeft zij geoordeeld dat het beginsel van scheiding der machten de rechter noopt tot terughoudendheid bij het vooruitlopen op een eventuele wetswijziging en dat de vraag of het Dataco-arrest consequenties heeft voor de Auteurswet nog door de Minister wordt bestudeerd (rov. 4.21).

2.8. Deze redenering is achterhaald door het latere arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2014 in de zaak Ryanair/PR Aviation (ECLI:NL:HR:2014:88). In dat arrest heeft de Hoge Raad, voor zover hier van belang, het volgende overwogen.

3.4.2. *De Nederlandse wetgever is ervan uitgegaan dat de geschriftenbescherming met betrekking tot databanken waarin niet substantieel is geïnvesteerd [hof: dat wil zeggen databanken die niet onder het sui generis regime van de Databankenwet vallen, vgl. art. 10 lid 4 Aw], buiten het bereik van de Databankenrichtlijn valt en dat in databanken opgenomen gegevens die zijn aan te merken als geschriften in de zin van art. 10 lid 1 onder 1° Aw, derhalve vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming [...].*

3.4.3. *Het hiervoor genoemde uitgangspunt van de wetgever is echter inmiddels onjuist gebleken. Het HvJEU heeft immers in zijn uitspraak van 1 maart 2012 (...) (Football Dataco) onder meer als volgt geoordeeld:*

40. *Blijkens zowel artikel 3, lid 1, als punt 16 van de considerans van richtlijn 96/9 [hof: de Databankenrichtlijn], mogen bij de vaststelling of een databank ingevolge deze richtlijn in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, geen andere criteria dan het oorspronkelijkheids criterium worden gehanteerd.*

3.5.1. *[...] De rechter dient [...] zijn nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante richtlijn. [...] [De rechter zal in deze zaak] daarom tot geen ander oor-*

deel kunnen komen dan dat het beroep van Ryanair op art. 10 lid 1 onder 1° Aw geen doel kan treffen, in aanmerking genomen

- *dat niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Databankenrichtlijn in ons nationale recht iets anders voor ogen heeft gestaan dan een getrouwe omzetting daarvan,*
- *dat art. 10 lid 1 onder 1° Aw mede is gebaseerd op de veronderstelling dat de daarin bedoelde “andere geschriften” vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming, en*
- *dat databanken die niet aan het oorspronkelijkheids criterium voldoen (...) blijkens de hiervoor in 3.4.3. aangehaalde uitspraak van het HvJEU niet vatbaar zijn voor auteursrechtelijke bescherming.*

3.5.2. *Het rechtszekerheidsbeginsel en de onwenselijkheid van wetsuitleg contra legem kunnen hieraan niet afdoen. De formulering van art. 10 lid 1 onder 1° Aw laat de hier bedoelde uitleg immers toe. Aan de bedoeling van de wetgever om de geschriftenbescherming voorhands te handhaven, komt bij de uitleg van de onderhavige bepaling geen overwegende betekenis toe. Dit is reeds het geval omdat - zoals hiervoor in 3.4.2 is overwogen - niet is gebleken dat de Nederlandse wetgever bij de handhaving van de geschriftenbescherming heeft willen afwijken van datgene waartoe de Databankenrichtlijn hem verplichtte, in samenhang met de omstandigheid dat de wetgever van de onjuist gebleken veronderstelling uitging dat de geschriftenbescherming buiten het bereik van de Databankenrichtlijn viel.*

2.9. Het voorgaande is naar het oordeel van het hof mutatis mutandis ook van toepassing op de omroepprogrammeergegevens waar het in het onderhavige geding om gaat. Dat brengt mee dat het beroep van NPO op de geschriftenbescherming geen doel kan treffen en dat de anders luidende overwegingen van het vonnis reeds hierom geen stand kunnen houden. Het hof wijst er in dit verband voorts op dat de verwijzing in het vonnis naar de artikelen 3.28 en 2.140 van de Mediawet 2008, daargelaten de relevantie ervan voor het onderhavige geschilpunt, is achterhaald doordat deze wetsartikelen per 1 januari 2013 zijn vervallen en inmiddels in het najaar van 2013 een wijzigingsvoorstel van de Auteurswet bij de Tweede Kamer is ingediend tot afschaffing van de geschriftenbescherming.

2.10. Het genoemde arrest inzake Ryanair is geweest nadat in het onderhavige geding de pleidooien waren gehouden en de stukken waren gefourneerd. Partijen hebben doen blijken dat zij bekend waren met die andere zaak en het arrest van de Hoge Raad bevat geen andere argumenten dan zoals reeds aan de orde gesteld door partijen in dit geding, zodat er geen sprake is van een verrassingsbeslissing ten aanzien van dit geschilpunt en er in zoverre geen aanleiding bestaat tot heropening van het debat. Het hof ziet evenwel aanleiding om alvorens (verder) te beslissen partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten omtrent de consequenties hiervan voor de onderhavige zaak wat betreft nog niet besproken (meer subsidiaire) grondslagen van de vordering van NPO die via de devolutive werking van het appel nog aan de orde zullen kunnen komen, en daarbij mede te betrekken de toepassing van art. 2.139 Mediawet 2008 zoals dat artikel per 1 januari 2013 is gewijzigd. De zaak zal hiertoe naar de rol worden verwezen.

3 Beslissing

Het hof:

- verwijst de zaak naar de rol van 15 juli 2014 voor het nemen van een akte door beide partijen als bedoeld onder 2.10;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

J.J.C. Kabel

Geen auteursrecht op 'een rooster van de besteding van den beschikbaren zendtijd'?

Dit arrest confronteert ons met een eigenaardig probleem. De prestatie waar het om gaat kan voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, maar zij kan niet op een auteursrechtelijk relevante wijze worden gematerialiseerd of beter gezegd niet auteursrechtelijk worden geëxploiteerd. Ik zal dat uitleggen.

In zijn noot bij het *Radioprogramma*-arrest¹ schrijft Veegens: 'Van een radioprogramma kan worden beweerd, dat het beneden deze grens blijft, zolang het niet meer is dan een rooster van den beschikbaren zendtijd.' Met 'deze grens' bedoelt Veegens, en ik volg zijn terminologie, de grens tussen materie die onwettelijk tot het publieke domein behoort, zoals een kalender of een gids van openbare vermakelijkheden en werken die zich door hun individueel karakter daarvan aftekenen. Dat laatste is met radioprogramma's niet het geval. In zijn conclusie bij dat arrest bedoelt Langemeijer hetzelfde, maar hij zegt het anders. Een vergelijking makend tussen het opstellen van een telefoongids en het weergeven van een radioprogramma, ziet hij in de aanmerkelijke aandacht en arbeid die het opstellen van een telefoongids vergt een eigen karakter en dus een auteursrechtelijk beschermd werk. Dat laatste is niet het geval bij wat niet meer is dan een rangschikking van bijzonderheden die nagenoeg hetzelfde is, als zij onafhankelijk van die openbaarmaking bezit, te weten het openbaar maken van radioprogramma's. Het in elkaar zetten en vaststellen van dit programma kan een prestatie zijn, maar, aldus Langemeijer, dit staat geheel los van deszelfs weergave in schrift of druk.

Auteursrechtelijke bescherming van die openbaarmaking als geschriften zonder eigen karakter acht Langemeijer uit den boze, omdat die bescherming niet in overeenstemming is met de Berner Conventie, niet zonneklaar volgt uit de parlementaire geschiedenis, noch uit het systeem van de Auteurswet, met name niet uit de bescherming van nieuwstijdingen en gemengde berichten in artikel 15 Aw, die immers onnodig zou zijn, wanneer geschriften zonder eigen karakter al beschermd zouden zijn. Langemeijer verdedigt dus in 1937 wat het HvJ EU in het *Football Dataco*-arrest² ten aanzien van databanken tot recht verklaart, namelijk dat bij de vraag of een databank voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt geen andere criteria dan het oorspronkelijkheids criterium mogen worden gehanteerd. We mogen met Hugenholtz aannemen dat voor databank elke prestatie mag worden ingevuld (zie zijn noot).

Met die opvatting zijn we beland bij het uitgangspunt dat het Amsterdamse Hof in de hier te bespreken zaak moest hanteren ter beantwoording van de vraag of omroepprogrammeergegevens in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming, nu geen beroep meer kan worden gedaan op de geschriftenbescherming. Het Amsterdamse Hof bedoelt hetzelfde als Langemeijer en Veegens, maar zegt het weer anders dan beiden en wel zo anders dat niet alleen ik maar ik neem aan velen met mij zich even verbaasd achter de oren hebben gekrabbeld.

De voorzieningenrechter³ zag de programma gegevens, net zoals Veegens, als een beschrijving van een werk die zelf naar zijn aard

geen werk kan zijn, nu deze beschrijving een volledige opsomming bevat van hetgeen zal worden uitgezonden, zodat de opsteller van de gegevens geen creatieve keuzes kan maken. Volgens NPO was dit onderscheid tussen het werk (de geestelijke arbeid van selecteren en rangschikken) en de weergave daarvan (de stoffelijke vorm) auteursrechtelijk onjuist: het programma-overzicht zou de drager zijn van NPO's creatieve programmering. NPO ziet in de beschrijving van het resultaat van het werk dus het werk zelf. Die mogelijke beroepsdeformatie zij NPO uiteraard graag vergeven. Maar het is tegelijkertijd ook erg moeilijk om in te zien waarin de creatieve arbeid van selectie en rangschikking anders tot uiting kan worden gebracht dan juist in de opsomming ervan. Als het inderdaad gaat om creatieve arbeid bij de samenstelling van omroepprogramma's – en niemand ontkent dat dat het geval kan zijn, maar er is ook niemand die dat daadwerkelijk aantoon⁴ – waar is dan de vormgeving die de uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen als die niet kan zijn neergelegd in de opsomming van die arbeid? Waar is de bladmuziek van de compositie, om hetzelfde anders te zeggen? Ik kom daarop terug.

Het Amsterdamse Hof zegt dat de vereenzelviging van het creatieve programmeren met de opsomming ervan in een lijst met programmeergegevens onjuist is. Het 'creatieve werk is belichaamd in de programmering en niet in de opsomming ervan die enkel de feitelijke gegevens van de programmering weergeeft.'⁵ Dat is de lijn van Veegens en Langemeijer. Maar het Hof vervolgt dan – en hier begint men zich achter het oor te krabben – met: 'Zo ook is bijvoorbeeld de foto van een bouwwerk niet de (materiële) belichaming van het werk zelf (de immateriële creatie) van de architect.' Kennelijk bedoelt het Hof dat op een standaardfoto van een gebouw (de opsomming) geen zelfstandig auteursrecht rust. Dat is juist, maar neemt niet weg dat ook de standaard foto als een verveelvoudiging kan worden beschouwd van de immateriële creatie van de architect en dat deze daarop auteursrecht kan claimen. In die redenering is de opsomming (de foto) een verveelvoudiging van het creatieve programmeringswerk en zou het Hof dus NPO gelijk hebben moeten geven. Een foto van voorwerpen is echter meer dan een opsomming van die voorwerpen en in dat opzicht gaat de vergelijking ook mank. Het Hof had moeten vergelijken met de aanduiding van het gebouw, want die aanduiding is geen weergave, laat staan een auteursrechtelijke verveelvoudiging van de creatieve selectie en rangschikking die het werk uitmaken.

Ik ben het zeer met de uitkomst eens, zij het om andere redenen. Op met publieke financiering tot stand gebrachte prestaties zoals publieke-omroepprogrammeering behoort in beginsel geen exclusief verbodsrecht te gelden. Wel kunnen, mits voorzien van een wettelijke grondslag voor de publieke taakvervulling m.b.t. omroepprogrammeergegevens, voorwaarden aan het gebruik door derden worden gesteld, zoals betaling van een redelijke vergoeding.⁶

Dat neemt het eigenaardige probleem niet weg in bovengenoemde redeneringen die er alle op neerkomen dat de prestatie wel auteursrechtelijk beschermd kan worden, maar niet op een auteursrechtelijk relevante wijze kan worden gematerialiseerd of beter gezegd niet auteursrechtelijk kan worden geëxploiteerd. Kreijger en Groen vinden dat ook raar, maar hun verweer overtuigt me niet. Zij stellen in bovengenoemde annotatie (p. 297) dat de neerlegging van een beschermd werk in de vorm van een beschrijving nog steeds een beschermd werk is. Ik neem aan dat zij daarmee bedoelen dat die neerlegging wordt beschermd door

1 HR 1 november 1937, NJ 1937/1092 met conclusie Langemeijer.

2 HvJ EU 1 maart 2012, NJ 2012/433 met noot van P.B. Hugenholtz.

3 Rb. Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW8334; IER 2013/2, p. 11-16 met noot Ringnalda, p. 23-29, i.h.b. p. 27; *Mediaforum* 2012-9, nr. 21 met noot Kreijger en Groen.

4 Deze zaak is m.i. een illustratie van de terechte conclusie van Van Gompel: 'Creative space thus seems easier to [...] assume, than creative constraints, especially in the absence of a clear appraisal by the courts of the creative pro-

cess'; zie S. van Gompel, 'Creativity, autonomy, and personal touch: A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright', in: M.M.M. van Eechoud (ed.), *The Work of Authorship*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 125.

5 Rb. Amsterdam 4 juni 2014, IEPT20140604 (NPO/Telegraaf) beslist met verwijzing naar het hier besproken arrest hetzelfde in het bodemgeschil.

6 Zie mijn Utrechtse oratie *Communicatie en commercie, Grenzen aan de uitbating van publiek bekostigde informatievoorziening*, Kluwer: Deventer 1997, p. 25.

het auteursrecht op het oorspronkelijke werk. Dat kan, maar hoeft niet altijd zo te zijn. Mijn aanduidingsvoorbeeld geeft dat al aan. Transformatie – om voor het gemak even deze neutrale term te gebruiken – van een werk kan een reproductie zijn, een bewerking of een nieuw oorspronkelijk werk, maar kan ook een resultaat betreffen dat auteursrechtelijk irrelevant is. Spoor/Verkade/Visser geeft het voorbeeld van een zuiver technische foto van een detail, bijvoorbeeld de tuit van de Vitrigieter.⁷ De gieter als geheel is een oorspronkelijk werk, de tuit op zichzelf niet en de foto dus al evenmin wanneer die niet meer is dan een technische weergave. In zijn annotatie biedt Ringnalda een op het eerste gezicht overtuigender verweer. Hij maakt, net zoals het Europese Hof in de *Dataco*-zaak, een onderscheid tussen het vaststellen (hij spreekt van creëren, maar dat is verwarrend) van gegevens en het selecteren en rangschikken van de gegevens.⁸ Zoals bekend maakt het Hof dit onderscheid in verband met de auteursrechtelijke bescherming van databanken. Auteursrechtelijke bescherming van databanken heeft alleen betrekking op het selecteren en rangschikken van de vastgestelde gegevens en niet op het vaststellen van de gegevens, omdat de bescherming van databanken als doel heeft het stimuleren van de ontwikkeling van databanken en niet het genereren van gegevens. Die gegevens kunnen auteursrechtelijk beschermd zijn (of niet, vandaar mijn voorkeur in dit verband voor een neutralere term dan creëren). Ringnalda stelt nu dat het vaststellen van programmeergegevens moet worden beschouwd als: 'het 'creëren' van gegevens [...], zodat de creativiteit die daarbij komt kijken voor het auteursrecht irrelevant is.' Die manier om auteursrechtelijke bescherming van omroepprogrammeergegevens te verwerpen, lijkt mooi gevonden, maar helpt ons niet verder omdat die irrelevantie van het auteursrecht alleen maar van belang is voor de bescherming van databanken en daarmee niet gezegd is dat het vaststellen van gegevens niet auteursrechtelijk beschermd kan zijn. In *Football Dataco* ontkent het Europese Hof immers niet dat er aanzienlijke intellectuele inspanningen gemoeid kunnen zijn met het vaststellen van de wedstrijdkalenders. Die inspanningen hebben te maken met keuzes op basis van de zogenoemde 'gouden regels', het rekening houden met specifieke verzoeken van clubs, het bepalen van de ideale volgorde van uit- en thuiswedstrijden, het verwerken van computerresultaten tot een leesbare versie van de kalender en handmatige controles; bij al die beslissingen geldt een zekere beoordelingsmarge die andere keuzes niet uitsluit. Die inspanningen kunnen met succes worden getoetst aan het oorspronkelijkheidsvereiste van het auteursrecht, maar voor de auteursrechtelijke bescherming van een databank is nog een tweede oorspronkelijkheidstoets nodig, namelijk dat de maker van de databank bij de keuze of rangschikking van de eerder vastgestelde gegevens zijn creatieve vaardigheden op een originele manier tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes (punt 38 van het *Dataco*-arrest).

Het kan dus zijn dat de makers van de omroepoosters, net zoals die van wedstrijdkalenders, bij het vaststellen van de gegevens een werk componeren en wanneer dat het geval is, is het nog steeds niet te begrijpen waarom de enig mogelijke weergave daarvan, de omroepprogrammeergegevensbladmuziek om het zo maar eens te zeggen, niet auteursrechtelijk beschermd kan zijn. Een mogelijkheid die nog te overwegen valt is die van Hof Amsterdam in de *Monta*-zaak.⁹ waarin het Hof het vector resultaat (overgetrokken silhouet dat alleen uit omtreklijnen bestaat) van een foto van een dribbelende voetballer niet als inbreuk op het auteursrecht van de fotograaf beschouwt, omdat geen auteursrechtelijk beschermde trekken van de foto (achtergrond, belichting, sluitersnelheid) zijn overgenomen. Dat neemt echter niet weg dat het niet inbreuk makende silhouet op zijn beurt auteursrechtelijk beschermd kan zijn, dus daarmee zijn we er ook nog niet.

Het wordt dus tijd om serieus te gaan kijken naar wat ze daar eigenlijk allemaal uitvoeren in publiek-omroepeland. Dat het Hof dat niet doet, maar alleen van een veronderstelling uitgaat, lijkt immers een omissie die voor cassatie in aanmerking komt. De beslissing om programmeergegevens bescherming te onthouden, had toch gemotiveerd moeten zijn met het argument dat het programmeren zelf auteursrechtelijk werk karakter ontbeert. En die argumenten liggen voor het oprapen. Hoeveel creatieve vrijheid geeft het Definitieve Urenindelingsbesluit (ZTIB) Audio 2014 aan Radio 1 tot en met 6? Hoeveel mogelijkheden voor een persoonlijke noot biedt het horizontale programmeringsmodel voor de Nederlandse publieke televisiezenders Nederland 1, 2 en 3? Zijn er nog creatieve marges te vinden in, ik noem maar wat, Besluit (kenmerk: 623163/625678) toewijzing zendtijd aan politieke partijen voor het verzorgen van een radio- en televisieprogramma op grond van artikel 6.1, tweede lid, aanhef en onder b, van de Mediawet 2008? In hoeverre kan er sprake zijn van creativiteit wanneer afwijking van de programmavoorschriften bestuursrechtelijk kan worden beboet? De publieke programmering wordt toch vooral ingegeven door externe factoren zoals de verwachtingen en voorkeuren van het publiek (journaal op het hele uur, Studio Sport op zondagmiddag), trends of gewoontes (journaal gevolgd door het weer, fileberichten, reclameblok) of de verplichte profilering van de verschillende publieke zenders.

Het zou best eens kunnen, dat, net zoals de Engelse rechter in de *Dataco*-zaak besliste, het bij het vaststellen alleen maar gaat om 'een aanzienlijke inspanning en deskundigheid van de maker' die volgens het Hof nu eenmaal niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kan komen. Dan hoeven we ook niet moeilijk meer te doen over de bescherming van een rooster van de besteding van den beschikbaren zendtijd. Dat is dogmatisch bevredigender dan hoe tot nu toe wordt geredeneerd. Niets praktischer dan een goede theorie.

7 *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 157 en 132.

8 Zie noot 27 op p. 26 van zijn noot.

9 15 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2679 (*Monta*).