

19 juni 2009

Eerste Kamer

07/12553

RM/EE

# IN NAAM DER KONINGIN Hoge Raad der Nederlanden

## Arrest

in de zaak van:

de vereniging met volledige rechts-  
bevoegdheid VERENIGING BUMA,  
gevestigd te Amstelveen,

EISERES tot cassatie,

advocaten: aanvankelijk mrs. T. Cohen  
Jehoram en V. Rörsch, thans mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

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 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-kanalen (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 decodering en doorgifte van het (opnieuw gecodeerde) programmasignaal aan het geabonneerde kijkerspubliek door de kabel-exploitanten 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 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 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 richtlijn-conforme uitleg.

2.6 Terecht heeft derhalve het hof in rov. 4.4 - 4.6 van het bestreden arrest, dat is geweest 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.

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.



Uitgegeven voor grosse, door mij Griffier van de  
Hoge Raad der Nederlanden, op 19 JUNI 2009  
ten behoeve van

verweensen in cassatie

