



Immateriële openbaarmaking - per satelliet of kabel

**VvA-vergadering
20 januari 2012**

Arnout Groen

Plan van aanpak

1. Begrip 'immateriële openbaarmaking' via satelliet of kabel
2. Invulling: NL-rechtspraak
3. Invulling: EU-rechtspraak
4. Impact Airfield arrest op Nederlandse doctrine

Begrippen: 'immateriële openbaarmaking'

Immaterieel openbaarmaken

(Spoor, Verkade & Visser p. 196)

- *'...breed scala van exploitatievormen, van op- en uitvoering in een concertzaal en theater via **radio- en tv-uitzending** tot het toegankelijk maken van een werk op een website'*

Begrippen: ‘immateriële openbaarmaking’ – per kabel of satelliet

Immaterieel openbaarmaken per kabel of satelliet

Artikel 12 lid 1 sub 5 Aw:

- 1) Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan:
 - 5) het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet of een andere zender of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1, onderdeel q, van de Mediawet.

Begrippen: ‘immateriële openbaarmaking’ – per kabel of satelliet

Afzonderlijke openbaarmaking door ‘autre organisme’

Artikel 11bis lid 1 sub 2 Berner conventie

- (1) Les auteurs d’œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d’autoriser:
- (ii) toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l’œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d’origine;

Implementatie in artikel 12 lid 6 Aw:

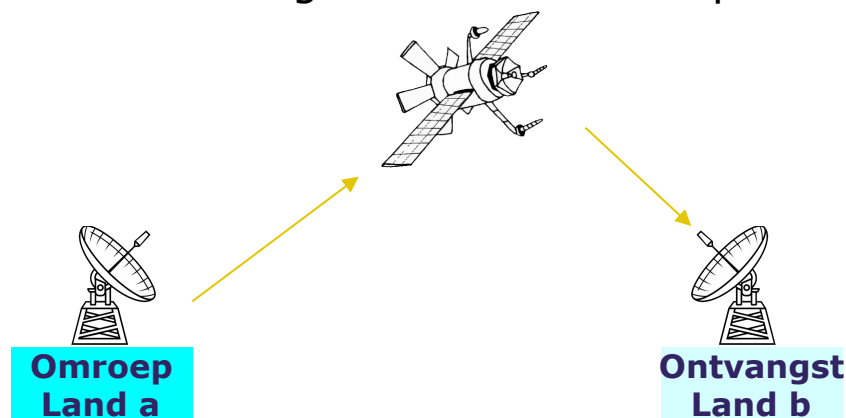
- Als afzonderlijke openbaarmaking wordt niet beschouwd de gelijktijdige uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door hetzelfde organisme dat dat programma oorspronkelijk uitzendt.

Begrippen: ‘immateriële openbaarmaking’ – per kabel of satelliet

Mededeling aan het publiek per satelliet

Artikel 1 lid 2 sub a Richtlijn 93/83/EEG (Satkab-rl.):
geïmplementeerd in art. 12 lid 7 Aw.

- a) ... een handeling waarbij de programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt



Begrippen: ‘immateriële openbaarmaking’ – per kabel of satelliet

Mededeling aan het publiek per satelliet: Gecodeerde uitzending

Artikel 1 lid 2 sub c Richtlijn 93/83/EEG (Satekab-rl.):

c) ...wanneer de middelen voor het decoderen van de uitzending door of met toestemming van de omroepinstelling ter beschikking van het publiek worden gesteld

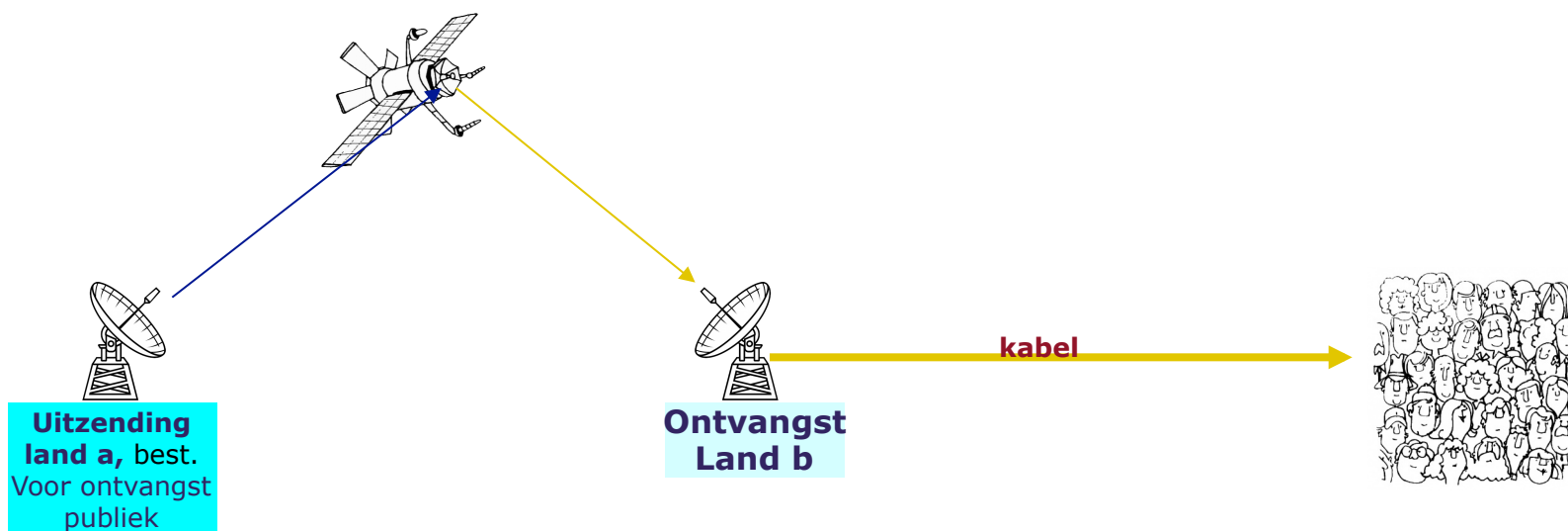


Begrippen: ‘immateriële openbaarmaking’ – per kabel of satelliet (3)

Doorgifte via de kabel

Artikel 1 lid 3 Satkab-rl.:

- b) De gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere lidstaat, al dan niet via de ether, ook per satelliet van radio- of tv-programma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn



Universiteit Utrecht

Molengraaff Instituut voor Privaatrecht

A decorative vertical strip on the left side of the slide, featuring a yellow background with a black silhouette of a Gothic building, likely a church or university hall.

Invulling 'immateriële openbaarmaking' in de Nederlandse rechtspraak

Caféradio

HR 6 mei 1938, *NJ* 1938, 635.

Afgeleide (secundaire) uitvoering = openbaarmaking

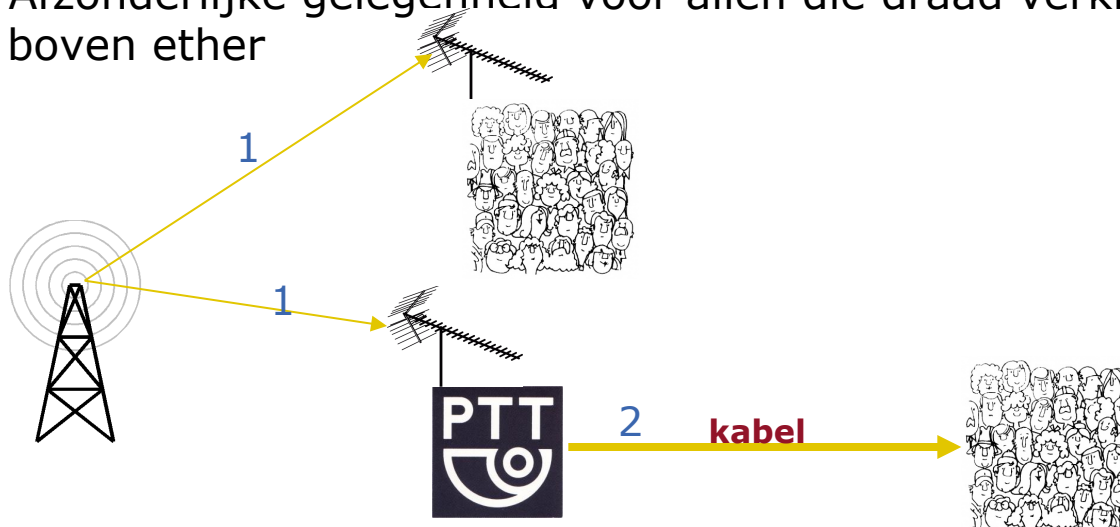
- Het middels een radio ten gehore brengen van een auteursrechtelijk beschermde compositie die elders wordt uitgezonden levert ‘een – afgeleide – uitvoering’ en dus openbaarmaking op
- Belang: gegeven toestemming bepaalde exploitatie houdt nooit toestemming in voor verdere exploitatie
- S/V 2^e druk: Zelfstandige betekenis voor de afgeleide exploitatie

Draadomroep

HR 27 juni 1958, *NJ* 1958, 405.

Nieuw publiek? Nieuwe (secundaire) openbaarmaking

- Het opvangen van ethersignaal door P.T.T. en het verder verspreiden van dit signaal via de kabel levert een nieuwe openbaarmaking op, omdat P.T.T. zich zo richt tot een ander publiek dan de omroep-organisatie.
- Zulks biedt een 'eigen exploitatie-mogelijkheid'
- Afzonderlijke gelegenheid voor allen die draad verkiezen boven ether

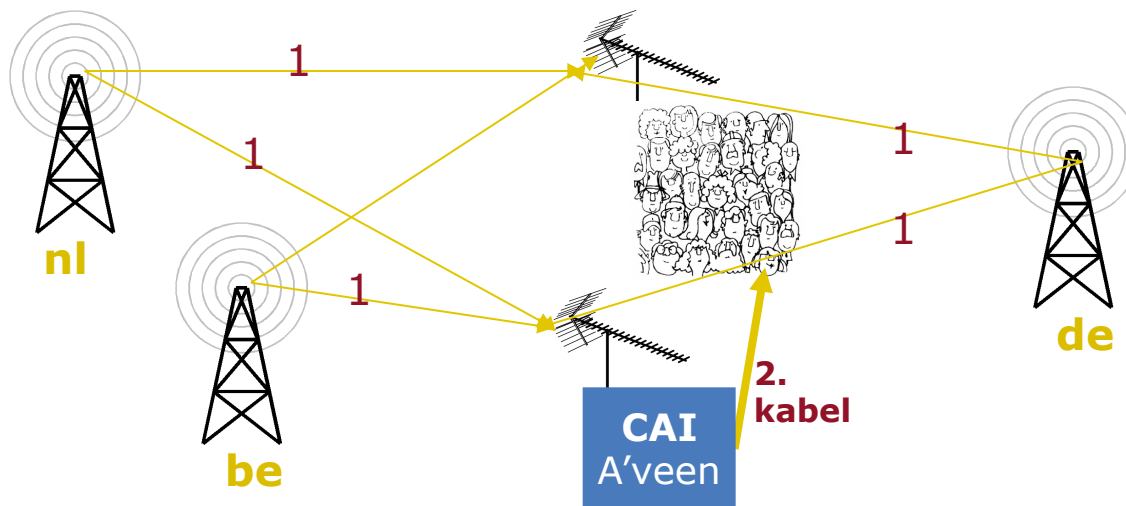


Kabel-TV I&II

HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982, 435; HR 25 mei 1984, *NJ* 1984, 697

Mededeling door 'autre organisme que celui d' origine'

- Het feit dat CAI een ander organisme is dan de oorspronkelijke uitzend-organisatie brengt met zich mee dat deze CAI 'in beginsel' de oorspronkelijke uitzending openbaarmaakt als deze het ethersignaal via de kabel verder verspreidt.
- Dat daarmee geen 'nieuw publiek' wordt bereikt doet daaraan niets af. Criterium 'nouveau cercle d'auditeurs' is door BC verlaten.

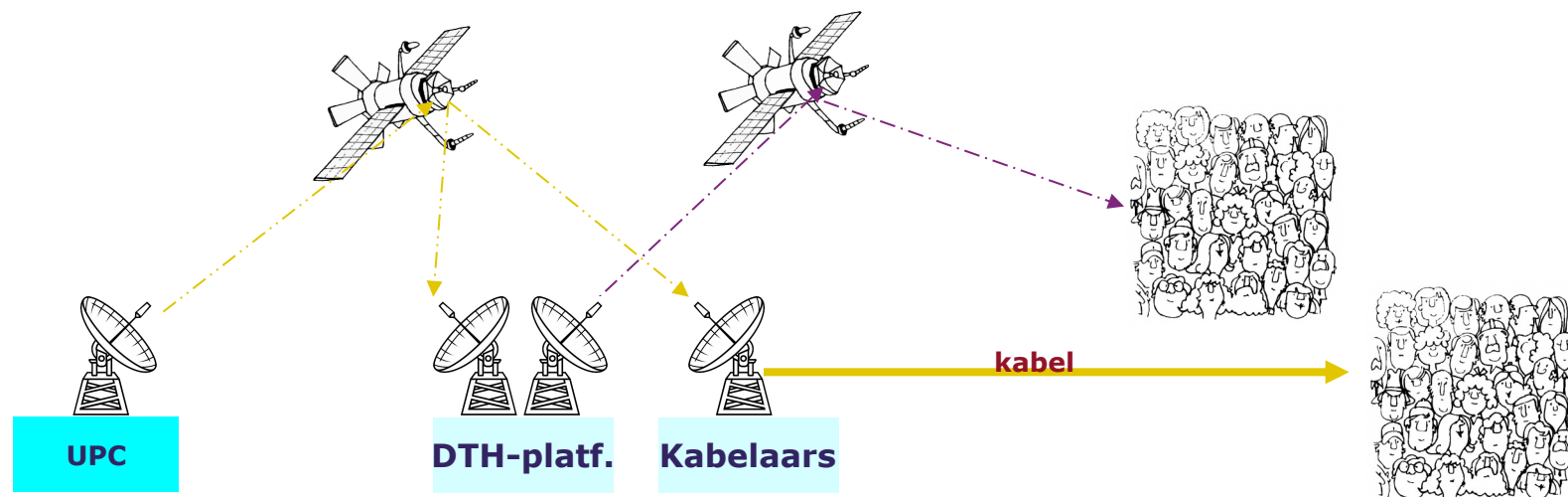


Waar is de primaire openbaarmaking? Buma/UPC

Rb. Amsterdam 12 januari 2005, AMI 2005-4, 11, m.nt K.J. Koelman

Gecodeerde satellietuitzending naar tussenstations is geen openbaarmaking

- Slechts professionele tussenstations kunnen gecodeerd signalen ontsleutelen, decoders zijn niet in bezit van 'het grote publiek'. Daarom geen openbaarmaking

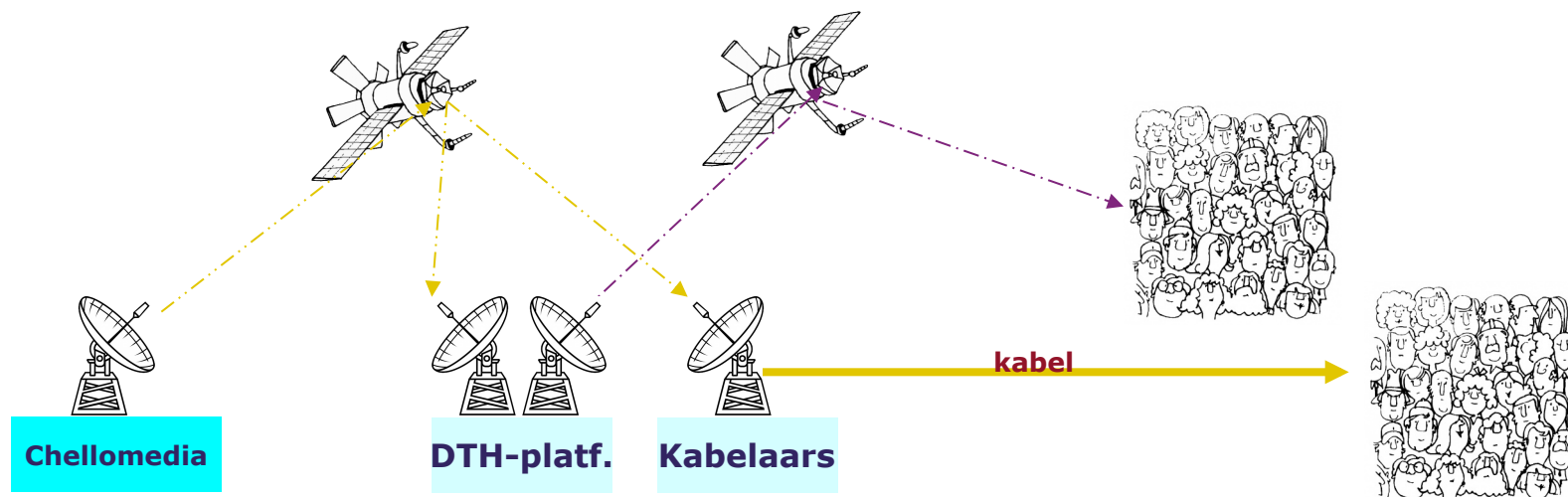


Buma/Chellomedia

HR 19 juni 2009, *IER* 2010, p 195, m.nt MdCB

Gecodeerde satellietuitzending naar tussenstations is geen ‘mededeling aan het [geharmoniseerde] publiek’

- ‘publiek’ : onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, ingevolge HvJEG 7 december 2006, *SGAE/Rafael Hoteles* & HvJEG 14 juli 2005, *Lagardère*

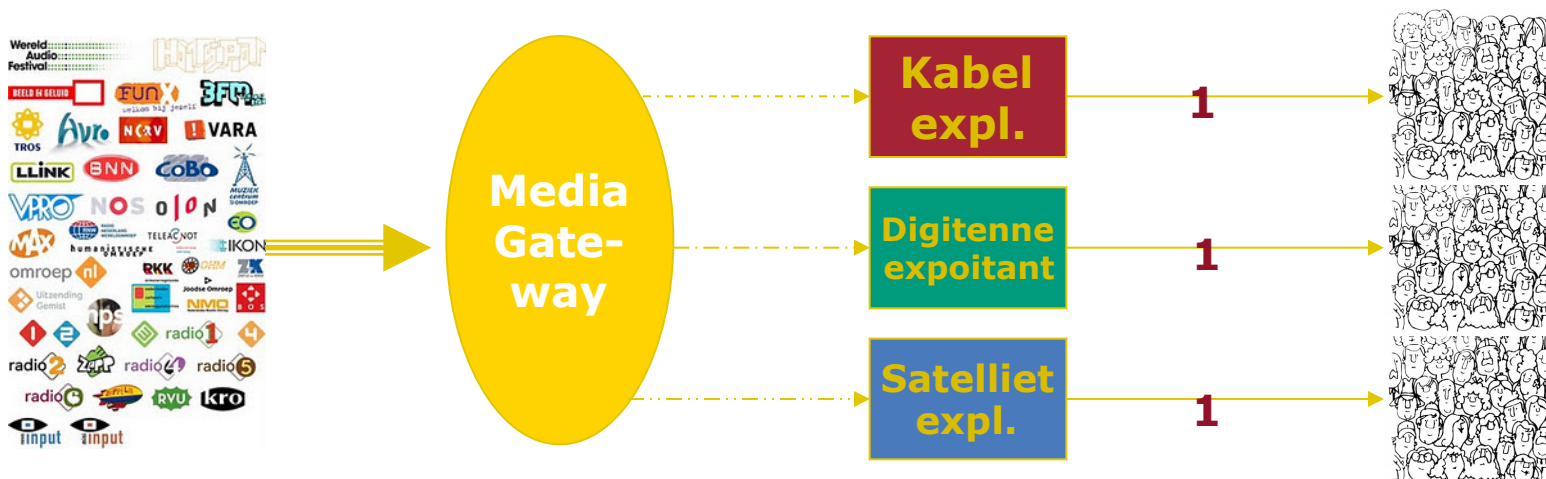


Norma & Irda/Vecai & Kabelaaars

Rb. Den Haag 28 januari 2009, *IER* 2009, p.124, JMBS

Rechtstreeks aanleveren van gecodeerd signaal aan kabelaaars is geen 'heruitzenden' (sec. openbaarmaken)

- In de situatie waarbij omroepen rechtstreeks hun programmadragende signalen, via een vaste verbinding met de kabelexploitanten of een gecodeerde satellietuitzending, – die niet voor het publiek toegankelijk zijn – is die aanlevering niet aan te merken als 'uitzenden' (art. 1 WNR) door de omroep.
- Verspreiding door kabelaaars niet aan te merken als 'heruitzenden' maar als 'uitzenden', waarop art. 14a WNR niet van toepassing is.

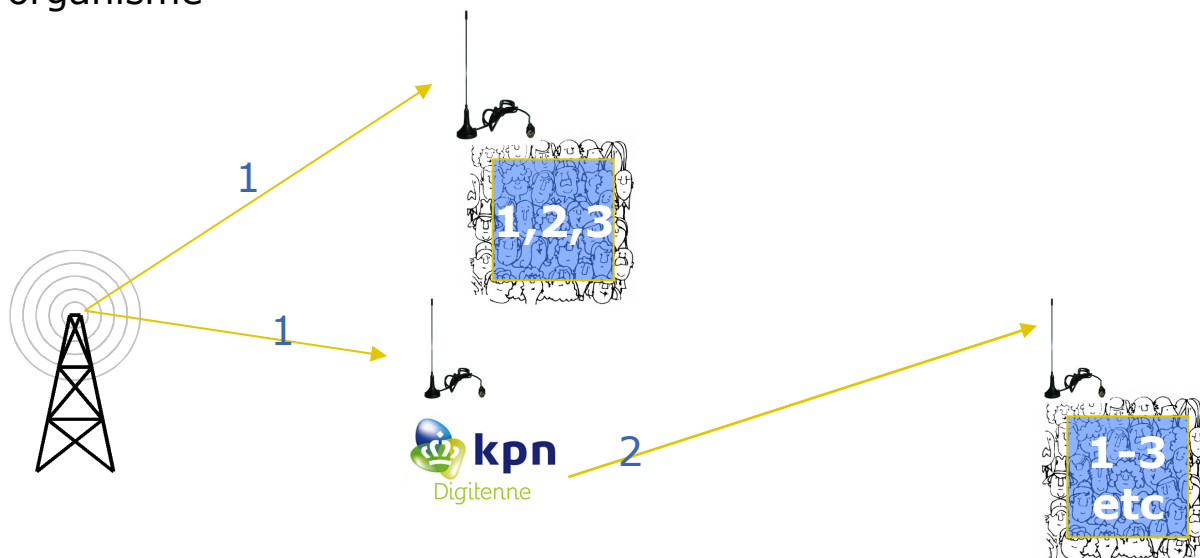


Digitenne

Rb. Amsterdam 25 november 2010.

Doorgifte uitzending = zelfstandige openbaarmaking

- Navolging kabelarresten: ‘uit voormelde arresten volgt voorshands dat de omstandigheid dat de zenders [...] voor een ieder in Nederland [...] vrij te ontvangen zijn [...] niet van doorslaggevend belang [is] voor de vraag of de doorgifte door Digitenne [...] is aan te merken als een zelfstandige openbaarmaking’
- Van belang is of Digitenne toegang tot dat signaal verschaft
- Criterium: ‘afzonderlijke openbaarmaking door een ander organisme’



A vertical decorative strip on the left side of the slide, featuring a yellow background with a black and white photograph of a Gothic building facade, likely a church or university building.

Invulling ‘immateriële openbaarmaking’ in de Europese rechtspraak

Mediakabel

HvJEU 2 juni 2005, C-89/04.

Dienst 'gericht op ontvangst publiek' = 'televisieomroep'

- Een dienst valt onder het begrip 'televisieomroepen' in de zin van art. 1 sub a Richtlijn 89/552 wanneer deze bestaat in het oorspronkelijke uitzenden van televisieprogramma's die zijn bestemd voor
- **ontvangst door het publiek**
- Dat wil zeggen: een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven [33]

Lagardère

HvJEU 14 juli 2005, C-192/04.

Publiek: onbepaald aantal potentiële luisteraars/kijkers

- Een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met professionele uitrusting kunnen ontvangen, kan niet als publiek worden aangemerkt, aangezien dit
- **publiek**
- Uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld [31]

Rafael Hoteles

HvJEU 7 december 2006, C-306/05.

Het voor de gasten mogelijk maken om toegang te hebben tot uitgezonden signaal = ‘meded. a/h publiek’

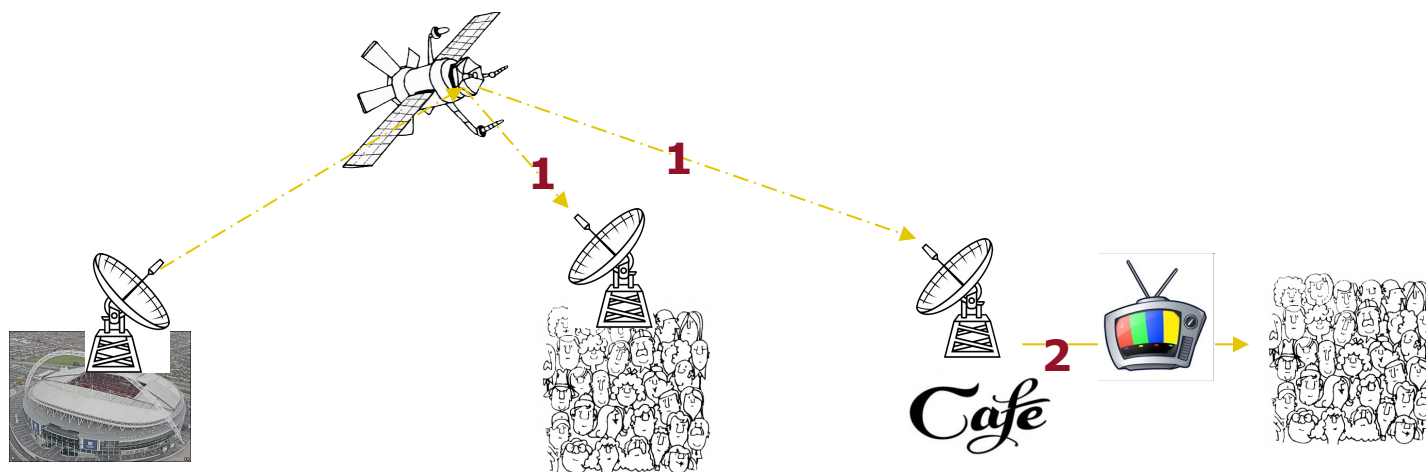
- Publiek: onbepaald aantal potentiële luisteraars/kijkers
- Een mededeling die in omstandigheden als die in het hoofdgeding wordt verricht ... **geschiedt door een “autre organisme” en dus voor een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek** [40]
- Kritiek: gaat niet uit van onderscheid publiek/privaat, maar neemt tot uitgangspunt het grote publiek (de eindgebruikers). Daardoor valt commerciële exploitatie (bv. mediadiensten aan hotels etc.) buiten de reikwijdte van de auteur. (zie ook Hof Den Haag Stokke/Hauck)

Premier League

HvJEU 4 oktober 2011.

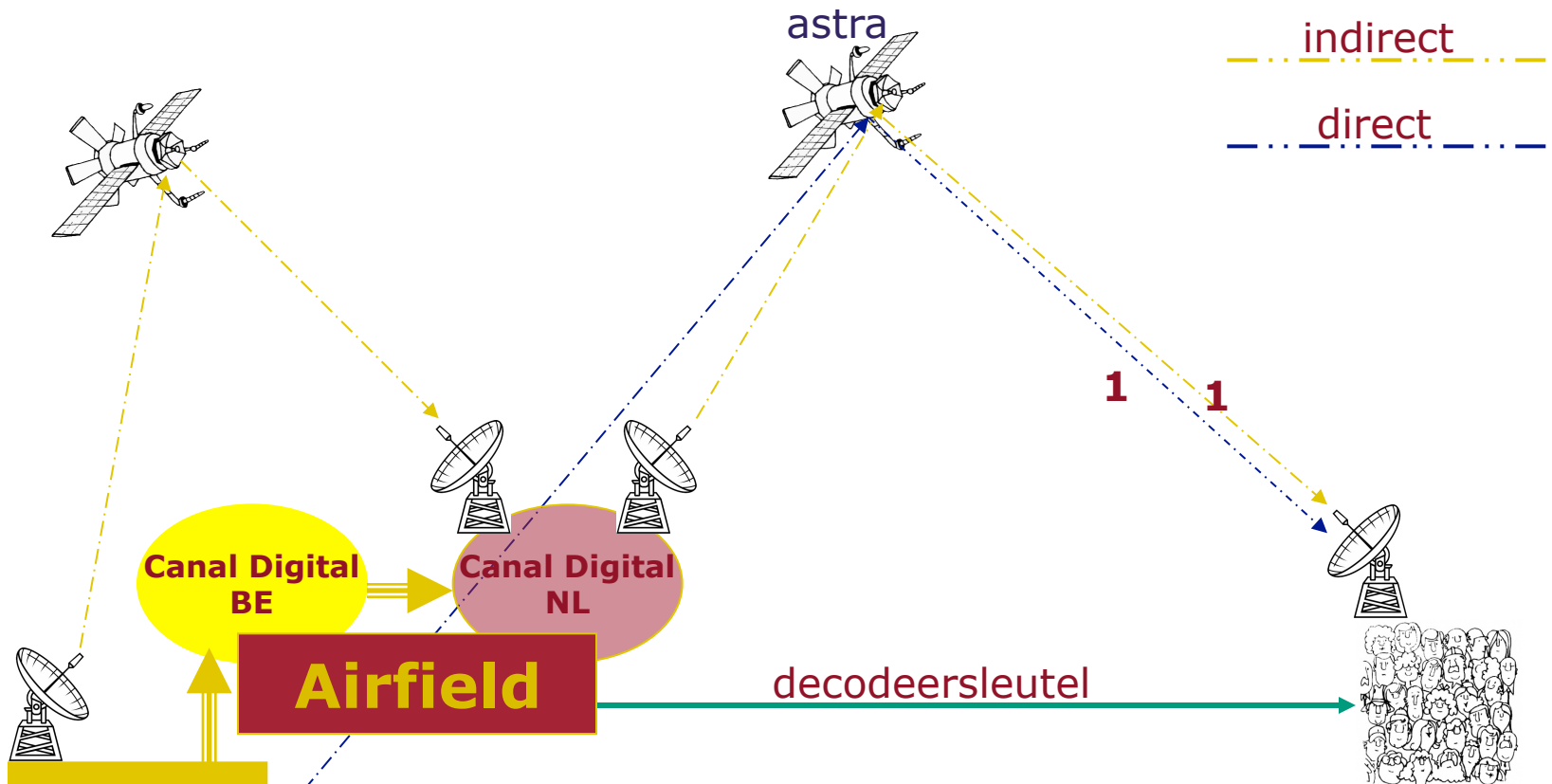
Nieuw/extra publiek? Nieuwe (sec.) openbaarmaking!

- Mededeling: Elke uitzending van beschermde werken, ongeacht het gebruikte technisch middel of procédé [193]
- Er is sprake van ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn indien een uitgezonden werk wordt vertoond aan een ‘nieuw publiek’ dat wil zeggen een publiek waarmee de auteurs bij het geven van toestemming tot uitzending geen rekening hielden [197]
- De klanten van een horecagelegenheid vormen een ‘extra publiek’
- Winstoogmerk bij de mededeling is hierbij niet irrelevant [204]



Airfield

HvJEU 13 oktober 2011 C-431/08 & C-432-08.



Airfield (2)

HvJEU 13 oktober 2011 C-431/08 & C-432-08.

Er is sprake van één enkele mededeling (art. 1.2 sub a en c Satkab-rl) wanneer: [cumulatief]

- doorgifte wordt opgestart door invoering van programmadragende signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie
 - de signalen in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar aarde loopt bevinden
 - de signalen bedoeld zijn voor ontvangst door het publiek
 - de apparatuur voor decoderen van uitzending door of met toestemming van de omroeporganisatie aan het publiek ter beschikking wordt gesteld
-
- **Zowel directe als indirecte doorgifte** voldoen aan al deze cumulatieve voorwaarden en zijn aan te merken als **één enkele mededeling** aan het publiek per satelliet [69]

Airfield (3)

HvJEU 13 oktober 2011 C-431/08 & C-432-08.

[72] toestemming door persoon die de mededeling opstart of die daarin een interventie uitvoert zodat er een nieuw publiek bereikt wordt

[75] In dit verband zij opgemerkt dat overeenkomstig artikel 1 lid 1 sub a van richtlijn 93/83 een mededeling aan het publiek per satelliet als die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, wordt opgestart door de omroeporganisatie onder wier controle en verantwoordelijkheid de programma dragende signalen worden ingevoerd in de mededelingenketen die naar de satelliet leidt. Bovendien staat dat deze omroeporganisatie op deze wijze de beschermde werken doorgaans toegankelijk maakt voor een nieuw publiek. Deze omroep organisatie moet dus de in artikel 2 van richtlijn 93/83 bedoelde toestemming krijgen.

Airfield (4)

HvJEU 13 oktober 2011 C-431/08 & C-432-08.

ECHTER: door interventie toegankelijk voor ruimer publiek? Nieuwe toestemming vereist!

- Dat het hier gaat om 1 enkele mededeling aan het publiek sluit nog niet uit dat andere operatoren een **interventie** uitvoeren, zodat zij de uitgezonden (beschermde) werken toegankelijk maken voor een
- **Ruimer publiek** dan dat waarop de betrokken omroeporganisatie doelde, d.w.z. *een publiek dat de auteurs niet voor ogen had bij het verlenen van toestemming aan de omroeporganisatie* [76]
- Dat kan het geval zijn als een operator de kring van kijkers/luisteraars opentrekt en de beschermde werken dus voor een nieuw publiek toegankelijk maakt [77]

Airfield (5)

HvJEU 13 oktober 2011 C-431/08 & C-432-08.

Nieuw publiek

- Zonder de interventie van Airfield kunnen de abonnees niet kijken; ze zijn het doelpubliek van Airfield zelf en dat publiek is ruimer dan het doelpubliek van de omroeporganisaties
 - De interventie is een zelfstandige dienst met winstoogmerk. Het geld wordt verdiend met exploitatie van de auteursrechtelijk beschermde werken
 - Airfield is samensteller van een pakket
- Airfield moet dus toestemming krijgen [83]

A decorative vertical strip on the left side of the slide, featuring a yellow background with a black and white photograph of a Dutch building facade, likely a church or historical structure.

Impact arresten HvJEU op Nederlandse doctrine?

Geharmoniseerde begrippen 'immateriële openbaarmaking' - per kabel of satelliet

- **Mededeling (Premier League)**
Elke uitzending van beschermde werken, ongeacht het gebruikte technisch middel of procedé
- **Publiek (Lagardère, Mediakabel)**
Bestaat uit een onbepaald aantal luisteraars/kijkers, niet zijnde een besloten kring van personen die signalen slechts met een professionele uitrusting kunnen ontvangen
- **Mededeling aan nieuw publiek (SGAE, Premier League, Airfield)**
Mededeling aan een ander publiek dan de rechthebbenden voor ogen hadden bij het verlenen van toestemming tot uitzending van hun werken

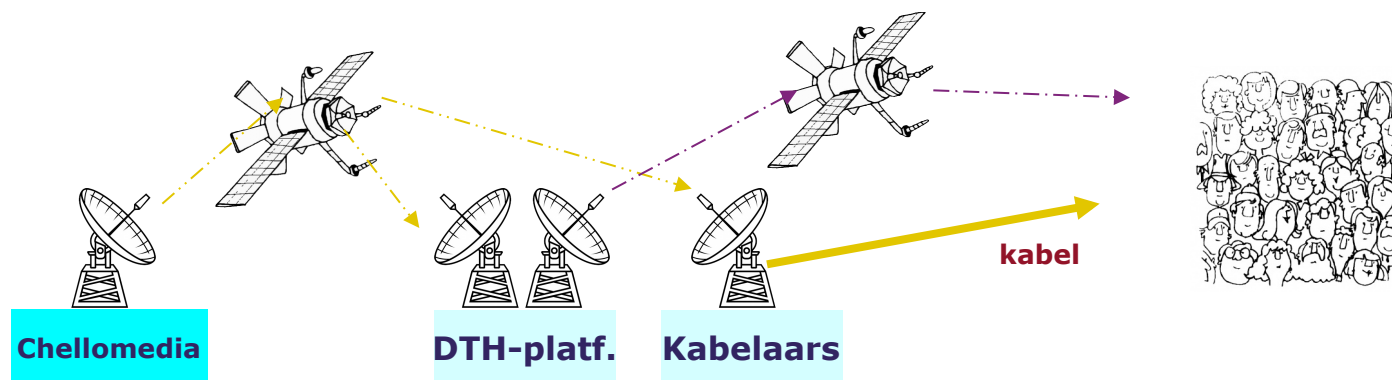
Impact: Dogmatisch

- Zowel de omroeporganisaties als Airfield hebben toestemming nodig voor een handeling die gekwalificeerd wordt als 1 openbaarmaking
- Eenmaal openbaarmaken = tweemaal toestemming?
- Is dat zo bedoeld?



Impact: Buma/Chellomedia

- Is de stelling dat Chellomedia in het geheel niet meer verantwoordelijk is nog wel houdbaar in het licht van Airfield?
- Airfield kijkt naar gehele traject en lijkt de verantwoordelijkheid in ieder geval mede te leggen bij degene die de mededeling opstart (“*een organisme*”).
- Omroeporganisaties worden verantwoordelijk gehouden voor de uiteindelijke beschikbaarstelling aan het publiek.



Impact: 'nieuw publiek' vs. 'autre organisme' ; Kabelarresten

- HvJEU beoordeelt de vraag of sprake is van een nieuwe/secundaire mededeling aan het publiek aan de hand van de vraag of er
 - een nieuw publiek' wordt aangesproken
 - waarbij een winstoogmerk 'niet irrelevant' is
 - Wat is "een nieuw publiek"?
- Airfield: publiek dat de auteurs niet voor ogen hadden toen zij toestemming verleenden
- Wie zijn dat?
 - Wat betekent dit bv. voor Kabelarresten? (nieuw publiek was niet relevant) (zie bv. oordeel Hof bij Kabelarresten: geen nieuw publiek)

Impact: Wat betekent Airfield voor Norma/NL-Kabel?

- Airfield spreekt van 1 openbaarmaking, maar wel van 2 toestemmingsmomenten. Is er dan sprake van heruitzending?
- Ratio van collectief beheer gaat nog steeds op
- Norma zal zeggen: kabel is een ‘andere operator’ die een interventie uitvoert.
- NL-Kabel zal zeggen: 95% van NL kijkt via de kabel. Al die kabelkijkers zijn dus zonder twijfel ‘het publiek’ dat ‘de auteurs’ (wél) “voor ogen hadden toen zij toestemming verleenden voor het gebruik van hun werken door de omroeporganisatie”.



Arnout Groen

Universiteit Utrecht

Molengraaff Instituut voor Privaatrecht}