

Wederverkoop op de kabel en het auteursrechtelijke openbaarmakingsbegrip

**Onderzoek t.b.v. het
Ministerie van
Economische Zaken**

Maurice Schellekens

Universiteit van Tilburg
TILT – Centrum voor Recht, Technologie en Samenleving
Postbus 90153
5000 LE Tilburg
<m.h.m.schellekens@uvt.nl>

mei 2008

Inleiding

De maatregel die in dit onderzoek centraal staat is een aan kabelmaatschappijen op te leggen verplichting om (een deel van) hun programmapakket te wederverkopen. Degene aan wie het pakket wordt verkocht – de alternatieve aanbieder – biedt dit pakket aan aan de consument. Of wederverkoop haalbaar en wenselijk is, is onder meer afhankelijk van het auteursrecht waaruit al dan niet de verplichting zou kunnen voortvloeien om de rechten opnieuw of nader te regelen. Meer specifiek is het de vraag of wederverkoop leidt tot een nieuwe openbaarmaking in auteursrechtelijke zin. Bij wederverkoop verandert er in technische zin niet zoveel, maar dat wil nog niet zeggen dat er ook in auteursrechtelijke zin nog steeds sprake is van één openbaarmaking. Onduidelijk is ook of er in de zin art. 12 lid 6 Aw sprake is van één openbaarmaking door één en hetzelfde organisme. Analoge situaties die als voorbeeld kunnen dienen voor het onderhavige probleem lijken er niet te zijn. Het antwoord op de openbaarmakingsvraag is van belang om te kunnen bezien of de wederverkoopplicht conditioneel dan wel ongeconditioneerd kan worden geëffectueerd.

Dit leidt tot de volgende **doelstelling** van het voorgestelde onderzoek: het – voor zover mogelijk – in kaart brengen van het positieve recht met betrekking tot onderstaande vraagstelling.

De **vraagstelling** die centraal staat is: levert wederverkoop van een (deel van een) programmapakket een nieuwe openbaarmaking op?

Onderzoeksvragen

Ten einde de centrale vraagstelling te onderzoeken, is het in de eerste plaats aangewezen te inventariseren welke feiten potentieel als afzonderlijke openbaarmakingshandelingen zouden kunnen worden aangemerkt. Op basis van die feitelijke inventarisatie kan dan onderzocht worden of de onderscheiden feiten daadwerkelijk openbaarmakingen in de zin van de auteurswet opleveren. Op basis van de feitelijke situatie zoals in de inleiding beschreven kunnen drie feitencomplexen onderscheiden worden, te weten:

1. De traditionele beschikbaarstelling aan het publiek van een programmapakket door de kabelmaatschappij zonder of buiten wederverkoop.
2. De wederverkoop van een programmapakket door de kabelmaatschappij aan een alternatieve aanbieder in combinatie met het doorleiden van het signaal cq niet uitfilteren van een signaal naar abonnees van de alternatieve aanbieder.
3. Het aanbod van de alternatieve aanbieder aan het publiek van een programmapakket in combinatie met het desgevallend gestand doen van dat aanbod.

Dat de feiten sub 1. in auteursrechtelijke zin een openbaarmaking opleveren is niet omstreden en wordt hier verder als vaststaand aangenomen. De resterende vragen worden als volgt behandeld:

- Leveren de feiten sub 3 en sub 2. ieder afzonderlijk of in combinatie een openbaarmaking op? Dit is de vraag welke openbaarmaking(en) in het alternatieve aanbod schuilen. Deze vraag wordt hieronder in paragraaf 1. behandeld.
- Leveren de feiten sub 2. en 3. een aparte openbaarmaking op ten opzichte van de feiten sub 1.? Dit is de vraag naar de verhouding tussen het alternatieve aanbod en het eigen aanbod van de kabelaar. Deze vraag wordt hieronder in paragraaf 2. behandeld.

1. De afzonderlijke ‘openbaarmakingen’

De alternatieve aanbieder

Maakt de alternatieve aanbieder (al dan niet samen met de kabelaar) de in het programmapakket besloten werken openbaar? Kern van het auteursrechtelijke openbaar maken is dat ‘het werk op de een of andere manier ter beschikking van een publiek wordt gesteld’.¹ Is dit wat de alternatieve aanbieder doet? De alternatieve aanbieder biedt eindgebruikers de mogelijkheid een programmapakket via hem af te nemen. Indien een eindgebruiker op zijn aanbod ingaat is de alternatieve aanbieder ervoor verantwoordelijk dat de eindgebruiker daadwerkelijk het programmapakket kan ontvangen. De alternatieve aanbieder onderhoudt de nodige contacten met de eindgebruiker en de betalingen van de eindgebruiker vinden ook plaats aan de alternatieve aanbieder.

¹ Spoor, Verkade en Visser 2005, p.177.

Daarmee is de alternatieve aanbieder in juridische en economische zin inderdaad degene die het programmapakket beschikbaar maakt. Alleen in technische zin leunt de alternatieve aanbieder zwaar op de kabelaar die het daadwerkelijke transport van de signalen verzorgt via welke het programma-aanbod de eindgebruiker bereikt. Dat laatste doet niet af aan het openbaarmakerschap van de alternatieve aanbieder. In de rechtspraak over het openbaar maken door het verspreiden van fysieke exemplaren is uitgemaakt dat het enkele aanbod aan een publiek om desgevraagd tot verhuur of levering over te gaan al voldoende is om van openbaar maken in de zin van de auteurswet te spreken.² Het lijkt dan ook niet vergezocht om aan te nemen dat ook een aanbod om tot immateriële openbaarmaking over te gaan ook als openbaar maken is aan te merken.

De kabelaar

Een vervolgvraag is hoe de rol van de kabelaar hierbij geduid moet worden. Is de kabelaar slechts een technisch steunverlener aan de alternatieve aanbieder of is hij mede-openbaarmaker? Beide opties worden hier nader onder de loep genomen.

Kan de kabelaar gezien worden als iemand die wel een exploitatiehandeling verrichting maar die niettemin geen openbaarmaking pleegt? Er bestaan een aantal voorbeelden van situaties waarin een actor een exploitatiehandeling verricht die echter geen openbaarmaking oplevert.

Een voorbeeld is satelliettransmissie van de signalen die een televisieprogramma coderen tussen twee grondstations. De zaak Buma/UPC betrof een dergelijke transmissie. De betreffende signalen waren dusdanig gecodeerd dat zij alleen met een professionele decoder gedecrypt konden worden. Het Hof in Amsterdam nam aan dat hier geen sprake was van een openbaarmaking omdat de signalen (anders dan de programma's die zij coderen) niet voor het publiek bestemd waren.³ In de casus die in dit onderzoek centraal staat zijn de signalen die de kabelaar doorgeeft juist wel bestemd voor het publiek. De analogie met een satelliettransmissie als hiervoor bedoeld kan de kabelaar dus niet baten.

Een andere mogelijke analogie is die van de Internet service provider. De rechtbank te Amsterdam ziet in de typische activiteiten van een internet service provider geen openbaarmaking. Zij onderbouwt dat als volgt:⁴

De rechtbank stelt voorop dat de activiteiten van de Service Providers waar het in deze zaak om gaat zijn beperkt tot het doorgeven van informatie van en/of aan haar gebruikers en de opslag van die informatie. De Service Providers selecteren de informatie niet en bewerken haar evenmin. Zij verschaffen slechts de technische faciliteiten teneinde openbaarmaking door anderen mogelijk te maken. Met haar president (in diens kort geding-vonnis van 12 maart 1996) is de rechtbank van oordeel dat de Service Providers onder deze omstandigheden niet zelf openbaarmaken maar slechts gelegenheid geven tot openbaarmaking.

Het meest in het oogspringende verschil met de kabelaar is dat laatstgenoemde zijn eigen aanbod aan programma's geheel of gedeeltelijk beschikbaar maakt voor de alternatieve aanbieder. Daarmee is hij de facto medebepalend voor het programma-aanbod van de alternatieve aanbieder. Daarnaast verdient hij ook rechtstreeks aan de beschikbaarstelling van zijn programmapakket aan de alternatieve aanbieder. Het feit dat hij een programmapakket wederverkoopt (en niet slechts signalen doorvoert) maakt het aannemelijk de kabelaar te zien als mede-openbaarmaker naast de alternatieve aanbieder. Het feit dat de kabelaar handelt op basis van juridische plicht kan hem in auteursrechtelijk opzicht niet baten. Kabelaars hebben bijvoorbeeld ook nooit mediarechtelijke must-carry regels in kunnen roepen tegen rechthebbenden.

De kabelaar als mede-openbaarmaker

De kabelaar geeft het signaal dat het programmapakket van de alternatieve aanbieder draagt door aan eindgebruikers. Bovendien heeft de kabelaar de facto invloed op het programma-aanbod dat de alternatieve aanbieder aan zijn abonnees aanbiedt. De alternatieve aanbieder deelt in wezen het programma-aanbod van de kabelaar en kan hooguit ervoor kiezen bepaalde programma's die de kabelaar voert niet aan te bieden. Hier staat tegenover dat de kabelaar een ding niet doet en dat is het alternatieve aanbod in economische zin aanbieden aan het publiek van eindgebruikers. Juist omdat er maar één alternatieve dienst aan het publiek wordt aangeboden en beide partijen nauw verweven activiteiten verrichten om tot dat aanbod te komen zou ik hier maar één openbaarmaking willen aannemen. Dat is ook in overeenstemming met de uitputtingsregel die in geval van reguliere fysieke verspreiding ook slechts toelaat dat het openbaarmakingsrecht een keer wordt uitgeoefend. De kabelaar en alternatieve aanbieder zijn dan gezamenlijk openbaarmaker van het alternatieve aanbod.

² HR 16 december 1986 NJ 1987, 613 en Pres. Rb. Utrecht 21 april 1994, IER 1995, nr. 7.

³ Hof Amsterdam 29 juni 2006, LJN: AZ1423. Het Hof grijpt hierbij terug op het Lagardère-arrest van het Luxemburgse Hof van Justitie (HvJEG 14 juli 2005, zaak C-192/04).

⁴ Rb. Amsterdam 9 juni 1999, LJN, AA1039.

De kabelaar met twee petten op

Het resultaat van één openbaarmaking is mogelijk nog langs andere weg te bereiken, en wel door onderscheid te maken naar de verschillende rollen die de kabelaar in verband met het alternatieve aanbod vervult. Enerzijds is hij als het ware toeleverancier. Hij verkoopt een programmapakket aan de alternatieve aanbieder. Anderzijds verzorgt de kabelaar de levering van het signaal aan de abonnees van de alternatieve aanbieder. Als je die rollen strikt splitst dan zou de kabelaar wellicht helemaal geen openbaarmaker zijn. Als toeleverancier belevt hij geen publiek van eindgebruikers, zodat hij zich wat dat betreft op Buma/UPC zou kunnen beroepen. Als transporteur van signaal naar de abonnees zou hij zich kunnen beroepen op de analogie met de ISP. Niettemin acht ik deze weg om tot één openbaarmakerschap in verband met het alternatieve aanbod te komen een stuk onzekerder. In de eerste plaats is het wellicht niet heel erg overtuigend de rollen van de kabelaar te splitsen nu die juist gegeven de analoge technologie zo nauw verweven zijn. In de tweede plaats betreft de casus BUMA/UPC een geval van signaaltransport. Het is niet evident dat dat een situatie is die vergelijkbaar is met die van de kabelaar die immers een programmapakket wederverkoopt.

Conclusie over de openbaarmaking van het alternatieve aanbod

In wezen is er sprake van een feitelijke openbaarmaking. Daarbij verrichten zowel de kabelaar als de alternatieve aanbieder belangrijke openbaarmakingsactiviteiten. De alternatieve aanbieder is degene die de programmapakketten in juridische en economische zin aan het publiek aanbiedt. De kabelaar is degene het programmapakket (en dus niet slechts capaciteit op de kabel) wederverkoopt aan de alternatieve aanbieder en de feitelijke beschikbaarstelling aan het publiek van eindgebruikers realiseert. Daarmee lijkt er sprake te zijn van een gezamenlijk openbaarmakerschap. Juist het feit dat er in technische zin maar een aanbod is versterkt die conclusie nog. Een en ander impliceert dat er voor het alternatieve aanbod ook slechts één licentie benodigd is. Of dat echter een aparte licentie is naast die voor het eigen aanbod van de kabelaar of dat het alternatieve aanbod kan delen in de licentie die de kabelaar heeft voor zijn eigen aanbod is hiermee nog niet uitgemaakt. Dat is onderwerp van de volgende paragraaf.

2. De verhouding tussen het eigen aanbod van de kabelaar en het alternatieve aanbod

In de vorige paragraaf hebben we gezien dat het alternatieve aanbod op zich een openbaarmaking oplevert. Het eigen aanbod van de kabelaar is tot nu toe echter volledig buiten beeld gebleven. In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord of het eigen aanbod van de kabelaar en dat van de alternatieve aanbieder als twee losstaande openbaarmakingen moeten worden gezien dan wel of er sprake kan zijn van een enkelvoudige openbaarmaking. Naar de eindgebruikers toe wordt het aanbod van de kabelaar zelf gepresenteerd als een ander aanbod dan dat van de alternatieve aanbieder. Dat lijkt in eerste instantie te wijzen op twee afzonderlijke openbaarmakingen. De onderliggende technische werkelijkheid laat echter een ander beeld zien: hier is juist sprake van een gemeenschappelijke beschikbaarstelling van de programmapakketten. Er is technisch gezien sprake van één beschikbaarstelling met hooguit de mogelijkheid dat sommige kanalen in het alternatieve aanbod uitgefilterd worden. Juist die eenheid van technische beschikbaarstelling doet de vraag rijzen of hier niet sprake is van 'openbaarmakingen' door hetzelfde organisme, als bedoeld in art. 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.

Auteursrechtelijk gezien, is er sprake van slechts een openbaarmaking indien de onderliggende 'openbaarmakingen' door een en hetzelfde *organisme* geschieden. Dit is reden het organisme begrip nader onder de loep te nemen. De bepaling van art. 12 lid 6 Aw vloeit voort uit art. 11bis lid 1 sub ii Berner Conventie:

- (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:
- (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

Wat nu moet onder ‘an organisation other than the original one’ en ‘hetzelfde organisme’ verstaan worden? Met betrekking tot eerstgenoemd begrip, melden Ricketson en Ginsburg in hun gezaghebbend werk over de Berner Conventie slechts:⁵

The right covers all kinds of third-party secondary transmissions, whether by cable or other form of wired communication, as well as by rebroadcasting.

Dat verduidelijkt niet veel, behalve dan misschien dat redelijk gemakkelijk aangenomen wordt dat er sprake is van een ander organisme. De Nederlandse regering heeft destijds bij de totstandkoming van het artikel dat we nu als art. 12 lid 6 Aw kennen in de Memorie van Toelichting aangegeven:⁶

Het woord ‘organisme’ is gekozen teneinde duidelijk te doen uit komen dat het hier gaat om het complex van lichamen dat hier te lande betrokken is bij het tot stand brengen van een uitzending.

Dat lijkt te duiden op een wat ruimer organisme-begrip: er kan kennelijk ook een complex van lichamen onder vallen. De reden van de regering om voor een ruim organisme begrip te kiezen was allicht dat men wilde voorkomen dat kijkers naast de in het destijdse kijk- en luistergeld begrepen auteursrechtvergoeding voor de primaire uitzending ‘nog eens’ zouden moeten betalen voor de ontvangst via een centrale of gemeenschappelijke antenne-inrichting (hierna: CAI resp. GAI). In de parlementaire geschiedenis en ook daarbuiten heeft zich enige discussie over het organisme begrip ontsponnen.⁷ Uiteindelijk bleek dat onder complex van lichamen slechts het samenstel van omroepvereniging, NOS, PTT en Nozema (exploitant van de zender) te begrijpen was. De kabelnetwerken (zoals GAI en CAI) vielen er buiten en behoeven aparte toestemming van de rechthebbende voor de doorgifte van de programma’s waarin beschermde werken zijn opgenomen.⁸ Het belangrijkste argument lijkt geweest te zijn dat een ruimere uitleg van organisme niet conform de Berner Conventie zou zijn geweest en aldus aanleiding had kunnen geven tot verschillende behandeling van Nederlandse en buitenlandse rechthebbenden; laatstgenoemden zouden zich immers op de Berner Conventie hebben kunnen beroepen, een mogelijkheid die voor Nederlandse rechthebbenden niet open staat.

Het begrip uitzenden

Behalve het begrip organisme bevat de bepaling nog een begrip dat nader onderzoek vergt, nl. de woorden ‘uitzending’ en ‘uitzendt’ die beide voorkomen in art. 12 lid 6 Aw. Omdat ze beide hetzelfde begrip aanduiden zal ik hierna alleen spreken van ‘uitzending’. Het woord ‘uitzending’ in art. 12 lid 6 Aw lijkt taalkundig te duiden op een ether- of satellietuitzending. Van Dale omschrijft uitzenden als: ‘door de lucht verspreiden, stralen, golven uitzenden’ en ‘(vooral) radiogolven verspreiden, overbrengen’. Gaat art. 12 Aw ook uit van deze beperkte betekenis van ‘uitzending’? Dat lijkt niet het geval te zijn. Het artikel lijkt uit te gaan van een ruimer begrip ‘uitzending’ dat ook bedrade communicatie omvat. Dit blijkt uit art. 12 lid 1 sub 5 Aw, dat een van de wijzen waarop een auteursrechtelijke openbaarmaking kan plaatsvinden als volgt omschrijft:

het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet of een andere zender of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1, onderdeel q, van de Mediawet.⁹

Bij lezing van deze bepaling, wordt duidelijk dat een radio- of televisie-programma ook via een omroepnetwerk kan worden *uitgezonden*. Deze ruime uitleg wordt nog versterkt door art. 12 lid 6 Aw zelf waar het spreekt van een ‘gelijktijdige uitzending’. Onomstreden is dat daarmee ook een kabeldoorgifte bedoeld wordt (bijvoorbeeld een kabeldoorgifte die gelijktijdig plaats vindt met een etheruitzending). Tot zo ver lijkt het begrip uitzending niet in de weg te staan aan toepassing van art. 12 lid 5 Aw op de onderlinge verhouding tussen kabelaar en alternatieve aanbieder.

De vraag is echter of de term ‘broadcast’ in art. 11bis lid 1 sub ii BC – de bepaling waarop art. 12 lid 6 Aw is gebaseerd – ook zo ruim kan worden geïnterpreteerd. De term ‘broadcast’ wordt niet gedefinieerd in de Berner Conventie, maar Ricketson en Ginsburg nemen aan dat ‘broadcast’ beperkt is tot draadloze transmissie.¹⁰ Deze aanname wordt versterkt door definities van ‘broadcast’ in art. 3(f) van het Verdrag van Rome over naburige rechten en in art. 2(f) WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). Eerstgenoemd verdrag definieert broadcast als ‘transmission by wireless means for

⁵ Ricketson & Ginsburg 2006-I, p. 726.

⁶ Bijl. Hand. T.K. 1964-1965, 7877, nr. 3, p. 3.

⁷ Voor een uitgebreide beschrijving, zie Mom 1990, p. 26-34.

⁸ HR 30 oktober 1981 NJ 1982, 435, m.nt. vNH en HR 25 mei 1984 NJ 1984, 697, m.nt. vNH.

⁹ Art. 1 sub q Mediawet luidt: omroepnetwerk: elektronisch communicatienetwerk als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel e, van de Telecommunicatiewet, dat wordt gebruikt om, hoofdzakelijk met gebruik van kabels, programma's te verspreiden;

¹⁰ Ricketson & Ginsburg 2006-I, p. 732.

public reception of sounds or images and sounds'. Laatstgenoemd verdrag definieert 'broadcasting' als volgt:

(f) "broadcasting" means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds or of the representations thereof; such transmission by satellite is also "broadcasting"; transmission of encrypted signals is "broadcasting" where the means for decrypting are provided to the public by the broadcasting organization or with its consent;

De vraag is wat de implicaties zijn als aangenomen wordt dat het Berner begrip broadcast beperkt is tot draadloze communicatie. Stel dat je op basis van art. 12 lid 6 Aw zou kunnen aannemen dat de alternatieve beschikbaarstelling geen afzonderlijke openbaarmaking is omdat zij door hetzelfde organisme wordt verzorgd dat ook het aanbod van de kabelaar verzorgt. Dan zouden buitenlandse rechthebbende zich wellicht een aparte positie kunnen verschaffen. Zij zouden dan allicht stellen dat zij het alternatieve aanbod kunnen verbieden op basis van art. 11bis BC¹¹ of eventueel art. 14 BC¹². Een eventueel één-organisme-verweer van de alternatieve aanbieder zou niet opgaan onder de Berner Conventie omdat het eigen aanbod van de kabelaar geen broadcast is. In de ongelijke positie van Nederlandse en buitenlandse rechthebbenden ligt een potentieel bezwaar tegen toepassing van art. 12 lid 6 Aw met het doel het alternatieve aanbod niet als een afzonderlijke openbaarmaking aan te merken.

Toepasselijkheid van art. 12 lid 6 Aw

Het effect van art. 12 lid 6 Aw is dat in de daar omschreven omstandigheden de oorspronkelijke uitzending en de gelijktijdige uitzending door wetsduiding samenklappen tot één openbaarmaking. Zou dat ook in de wederverkoopcasus het geval kunnen zijn?

Hiervoor is het volgende gebleken. De openbaarmakingen die mogelijk samenklappen zijn het eigen aanbod van de kabelaar enerzijds en het aanbod van een alternatieve aanbieder anderzijds. Laatstgenoemd aanbod kan gekwalificeerd worden als een gezamenlijke openbaarmaking van de kabelaar en de alternatieve aanbieder. Over het begrip organisme is weinig bekend, maar een complex van omroep en kabelaar valt daar niet onder. De primaire openbaarmaker verzorgt een uitzending en een eventueel daarin besloten liggende eis van draadloosheid zou problematisch zijn als de kabelaar als primaire openbaarmaker wordt aangemerkt.

Om een antwoord te formuleren op de vraag of de wederverkoop casus onder art. 12 lid 6 Aw te brengen is zal ik drie aspecten uitlichten: een feitelijk/technisch perspectief, een economisch perspectief en het openbaarmakersperspectief.

Technisch perspectief

In technisch perspectief, is er maar een actor die de diensten thuisbezorgt, en dat is de kabelaar. Hij is degene die het analoge signaal op het kabelnetwerk zet. Omdat er sprake is van een analog signaal vindt eventuele differentiatie aan de ontvangstkant plaats, bijvoorbeeld met decoders. Iedere alternatieve aanbieder zal zijn eigen decoders aan zijn abonnees verstrekken. Maar ook hier zal de kabelaar als spin in het web een coördinerende rol hebben, omdat hij degene is die over de versleuteling van het signaal gaat.

Economisch perspectief

Het opleggen van een verplichting tot wederverkoop gebeurt met het doel concurrentie op de analoge kabel mogelijk te maken. Daarin ligt eigenlijk al besloten dat er economisch gezien sprake is van een afzonderlijk aanbod van de kabelaar en de alternatieve aanbieder. In economische zin is er dan niet een actor die auteursrechtelijk relevante diensten aanbiedt, maar er zijn twee of meer met elkaar concurrerende aanbieders. De gebruikelijke gang van zaken is dat iedere aanbieder afzonderlijk verantwoordelijk is om de rechten te regelen.

Wellicht dat gezegd zou kunnen worden dat de aanbieders geen nieuw publiek bedienen. De kabelaar en de nieuwe alternatieve aanbieders vissen in dezelfde vijver. Omdat het in wezen om 'hetzelfde' publiek gaat zou het onpraktisch zijn als alle aanbieders ieder afzonderlijk met rechthebbenden om tafel zouden moeten gaan zitten. Vanuit het perspectief van de kabelaaars en alternatieve aanbieders zou dat zelfs ongewenst zijn, omdat te verwachten is dat vele kleine partijen die ieder afzonderlijk met

¹¹ Het alternatieve aanbod is een 'communication to the public by wire' van een oorspronkelijke ether- of satellietuitzending en die 'communication' wordt verzorgd door een ander organisme dan dat wat de broadcast verzorgt (even afgezien van de uitzonderlijke situatie dat een omroep tevens als alternatieve aanbieder optreedt).

¹² In geval van filmwerken is art. 14 BC van toepassing.

rechthebbenden gaan onderhandelen minder sterk staan dan een of een beperkt aantal grote kabelars. Het argument van 'geen nieuw publiek' is door de Hoge Raad echter nooit geaccepteerd (veelal met een beroep op de Berner Conventie). Bij de totstandkoming van art. 11bis BC is gedebatteerd over de vraag of het 'nieuw publiek' criterium in het artikel opgenomen zou kunnen worden. Uiteindelijk is daarvan afgezien omdat het in de praktijk te moeilijk bepalen is of er sprake is van een nieuw publiek.¹³ Wat bovendien nog bedacht dient te worden is dat het – vaak met geen-nieuw-publiek geassocieerde – dubbel-betalen-argument¹⁴ hier niet opgaat: een abonnee betaalt voor zijn kabelabonnement of aan de kabelaar, of aan de alternatieve aanbieder, maar niet aan beide tegelijkertijd.

Voor rechthebbenden leidt de aanneming van meerdere openbaarmakingen zoals hiervoor al genoemd mogelijk tot een versterking van hun onderhandelingspositie. Echter onderhandelen met meerdere partijen verhoogt ook de transactiekosten, zoals onderhandelingskosten, maar ook handhavingskosten. Die kosten kunnen een probleem zijn als concurrentie op de kabel niet tot een groei van de markt leidt. Dan zou het kunnen dat rechthebbenden een deel van die transactiekosten voor eigen rekening moeten nemen.

Voor rechthebbenden kan het voorts van belang zijn controle te hebben over de partijen via welke hun werken het publieke bereiken. Als bijvoorbeeld een alternatieve aanbieder kwalitatief slechte decoders zou gebruiken dan biedt een aparte openbaarmaking de mogelijkheid de betreffende aanbieder gericht aan te pakken. In hoeverre dit in de praktijk een rol gaat spelen is mij overigens niet duidelijk.

Het openbaarmakersperspectief

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een organisme kan men ook kijken naar wie als afzonderlijke openbaarmakers van de 'oorspronkelijke uitzending' en de 'gelijktijdige uitzending' hebben te gelden. Als dit dezelfde partijen zijn ligt aanneming van een organisme voor de hand. Zoals we hiervoor als onomstreden hebben aangenomen geldt de kabelaar als openbaarmaker van zijn eigen aanbod. Uit paragraaf 1 bleek dat hij tevens als mede-openbaarmaker van het alternatieve aanbod aangemerkt kan worden. Daar bleek ook dat de alternatieve aanbieder tevens als (mede-)openbaarmaker van dat aanbod kan worden aangemerkt. Indien we aldus de analyse uit paragraaf 1 betrekken bij de vraag die in paragraaf 2 centraal staat dan levert dat geen argument op om tot één openbaarmaking door één organisme te concluderen: verschillende partijen zijn als openbaarmakers betrokken bij het eigen aanbod van de kabelaar en het alternatieve aanbod.

Conclusie

Is het aanbod van de kabelaar en dat van de alternatieve aanbieder te zien als afkomstig van een organisme? We hebben in paragraaf 1 gezien dat de kabelaar openbaarmaker is van zijn eigen aanbod en dat de kabelaar en alternatieve aanbieder gezamenlijke openbaarmaker zijn van het alternatieve aanbod. Over de inhoud van het begrip organisme (cfm art. 12 lid 6 Aw) is niet veel bekend, maar een complex van actoren kan er wel onder vallen. Het begrip uitzending is naar Nederlands nationaal auteursrecht ruim genoeg om daar mede wired beschikbaarstelling aan het publiek onder te begrijpen. Mogelijk zouden buitenlandse rechthebbende zich een bijzondere positie kunnen verwerven, omdat het 'overeenkomstige' begrip broadcast in art. 11bis BC beperkter wordt uitgelegd. Het antwoord op de vraag of er sprake is van een organisme is uiteindelijk gevonden door verschillende perspectieven tegenover elkaar te zetten. Vanuit een technisch perspectief is er wel enige grond om aan te nemen dat er sprake is van een organisme. Er is maar een onderliggende technische beschikbaarstelling. Wellicht zou het daarom praktisch (want minder transactiekosten opleverend) kunnen zijn om een organisme aan te nemen. Toch is de nodige twijfel op zijn plaats bij dit standpunt. Concurrerende aanbieders als een organisme zien is merkwaardig. In economische zin blijven het aparte aanbieden (en dat lijkt toch relevanter te zijn dan een onderliggende technische werkelijkheid) en rechthebbenden hebben wel enig belang met iedere aanbieder afzonderlijk afspraken te maken of te kunnen maken. Het alternatieve aanbod is daarmee een aparte openbaarmaking die in beginsel een aparte licentie vergt.

De verantwoordelijkheid om voor een licentie te zorgen ligt dus bij de alternatieve aanbieder en de kabelaar gezamenlijk. Of de overheid een plicht tot wederverkoop ongeclausuleerd kan opleggen aan de kabelaar hangt ervan af hoe de verplichting vormgegeven wordt. Indien dit een blanco plicht wordt om wie zich maar als alternatieve aanbieder aandient te bedienen dan zal de plicht geclausuleerd

¹³ Ricketson & Ginsburg 2006-I, p.725-726. Zie ook rechtsoverweging 5 van de Hoge Raad in HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435.

¹⁴ Visser 1997, p.139-140.

moeten worden. Indien er sprake is van het opleggen van een concrete plicht nadat zich een alternatieve aanbieder heeft aangediend, dan zal het wellicht aan de alternatieve aanbieder opgedragen kunnen worden om voor afgaand aan het opleggen van een plicht aan de kabelaar te zorgen voor de nodige licenties. Aan de kabelaar kan in beginsel een verplichting om een alternatieve aanbieder toe te laten opgelegd worden zonder voorwaarde dat hij ter zake voor de benodigde licenties moet zorgen. Niettemin kan het wel praktisch zijn dat er terzake van de licentiering enige coördinatie en samenwerking tussen de kabelaar en de alternatieve aanbieders plaatsvindt. Dat kan bijvoorbeeld gerealiseerd worden door gezamenlijk op te treden bij (her)onderhandeling van licenties.

Literatuurlijst

Hins 1991

A.W. Hins, *Ontvangstvrijheid en buitenlandse omroep* (dissertatie UvA), Deventer: Kluwer 1991.

Mom 1990

G.J.H.M. Mom, *Kabeltelevisie en auteursrecht. De auteursrechtelijke problemen rond kabeltelevisie* (dissertatie UvA), Lelystad: Koninklijke Vermande 1990.

Ricketson & Ginsburg 2006-I

S. Ricketson and J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press 2006, Volume I.

Ricketson & Ginsburg 2006-II

S. Ricketson and J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press 2006, Volume II.

Spoor, Verkade en Visser 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Serie Recht & Praktijk nr. 42, Deventer: Kluwer 2005.

Visser 1997

D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang, De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie* (dissertatie Leiden), Den Haag: VUGA 1997.