

30 oktober 1981

J.O.-L.

GROSSE VERZ. 30-10-81  
E.B.V. EISERESSEN/VERWEERSTER

# De Hoge Raad der Nederlanden,

in de zaak nr. 11.739 van

1. Columbia Pictures Industries Inc.,  
een vennootschap opgericht en be-  
staande onder de wetten van de  
staat Delaware, Verenigde Staten  
van Amerika, gevestigd te Burbank,  
California, Verenigde Staten van  
Amerika,
2. Metro-Goldwyn-Mayer, een vennoot-  
schap opgericht en bestaande onder  
de wetten van de staat Delaware,  
Verenigde Staten van Amerika, ge-  
vestigd te Culver City, California,  
Verenigde Staten van Amerika,
- 3a. Paramount Pictures Corporation,  
een vennootschap opgericht en be-  
staande onder de wetten van de  
staat Delaware, Verenigde Staten  
van Amerika, gevestigd te New York,  
Verenigde Staten van Amerika,

- 2 -

- 3b. Furie Producties Inc., een vennootschap opgericht en bestaande onder de wetten van de staat Delaware, Verenigde Staten van Amerika, gevestigd te New York, Verenigde Staten van Amerika,
4. Twentieth Century Fox, een vennootschap opgericht en bestaande onder de wetten van de staat Delaware, Verenigde Staten van Amerika, gevestigd te Beverly Hills, California, Verenigde Staten van Amerika,
5. de Franse vennootschap Les Films Ducarosse Société Anonyme, gevestigd te Parijs, Frankrijk,
6. Universal Pictures Ltd., een vennootschap opgericht en bestaande onder de wetten van het Verenigd Koninkrijk, gevestigd te Londen, Engeland,
7. Warner Bros Inc., vroeger genaamd Warner Bros-Seven Arts. Inc., een vennootschap opgericht en bestaande onder de wetten van de staat Delaware, Verenigde Staten van

- 3 -

Amerika, gevestigd te New York,  
Verenigde Staten van Amerika,  
eiseressen tot cassatie van een  
tussen partijen gewezen arrest van  
het Gerechtshof te Amsterdam van  
12 juni 1980, vertegenwoordigd door  
Mr. W. Blackstone, advocaat bij de  
Hoge Raad,

t e g e n

de Stichting tot Exploitatie  
Centrale Antenne-Inrichting  
Amstelveen, gevestigd te Amstelveen,  
verweerster in cassatie, vertegen-  
woordigd door Mr. A.G. Maris, even-  
eens advocaat bij de Hoge Raad;

Gehoord partijen bij monde van hun advocaten, terwijl  
voor eiseressen tot cassatie tevens Mr. W.A. Hoyng, advocaat  
bij de Hoge Raad, heeft gepleit;

Gehoord de Advocaat-Generaal Franx in zijn conclusie  
tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing  
van de zaak naar een ander hof ter verdere behandeling en  
berechting;

Gezien het bestreden arrest en de stukken van het  
geding, waaruit - voor zover in cassatie van belang - blijkt:

Eiseressen tot cassatie - de filmmaatschappijen -

hebben bij exploit van 3 februari 1977 verweerster - CAI-Amstelveen - gedagvaard voor de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, stellende:

"1. dat ieder van de filmmaatschappijen - die sub 3a en 3b gezamenlijk - de auteur is van, althans rechthebbende is op de hierna achter ieders naam vermelde speelfilms welke alle voor het eerst in de Verenigde Staten van Amerika zijn openbaar gemaakt in het jaar als hieronder is vermeld, met uitzondering evenwel van de film "L'enfant Sauvage", waarvan de eerste openbaarmaking in Frankrijk heeft plaatsgevonden:

Columbia	:	A walk in the spring rain (1970), Love and Pain (1973),
Metro-Goldwyn-Mayer:	:	The Fixer (1968), Zabriskie Point (1970), Strawberry Statement (1970),
Paramount/Furie	:	Little Fauss and Big Halsey (1970),
20th Century	:	The last American Hero (1974), The Guru (1969),
Ducarosse (United Artists)	:	L'enfant Sauvage (1970),
Universal	:	Isadora (1969), Secret Ceremony (1969),
Warner	:	Petulia (1968);

2. dat op grond van het in alinea 1 gestelde de filmmaatschappijen het uitsluitend recht hebben de vorengenoemde

films in Nederland openbaar te maken en/of derden toestemming te verlenen die films in Nederland openbaar te maken;

3. dat CAI-Amstelveen de exploitatie verzorgt van een zogenaamd kabeltelevisienet, zijnde een geheel van technische inrichtingen, zoals ontvangstation, lokaal centrum, verdeelnet van kabels, wijkcentra, versterkers en huisaansluitingen, bestemd en door CAI-Amstelveen gebezigd om signalen, welke via etherontvangst door haar van elders zijn verkregen, door middel van een kabelnet ter beschikking te stellen van in Amstelveen woonachtige personen die als abonnee bij CAI-Amstelveen zijn aangesloten, welke abonnees aldus door CAI-Amstelveen in staat gesteld worden deze per kabel aangevoerde signalen met behulp van een televisietoestel in de vorm van televisiebeelden waar te nemen;

4. dat dit handelen van CAI-Amstelveen, voor zover de signalen betrekking hebben op in Nederland auteursrechtelijk beschermde werken, oplevert een eigen vorm van openbaarmaking dier werken, hoedanige openbaarmaking zonder de voorgaande toestemming van de rechthebbenden op het auteursrecht niet geoorloofd is;

5. dat de in alinea 1 genoemde films door CAI-Amstelveen op verschillende tijdstippen in 1975 en 1976 op voorgeschreven wijze openbaar zijn gemaakt, zonder dat de filmmaatschappij die rechthebbende is op het auteursrecht van de betrokken film, aan zodanige openbaarmaking haar toestemming

heeft verleend;

6. dat bedoelde openbaarmaking ten aanzien van ieder der films plaatsvond op de hierna vermelde data:

A walk in the spring rain	-	3 juli 1975
Love and pain	-	25 juli 1975
The fixer	-	16 juli 1975
Zabriskie point	-	6 september 1976
Strawberry Statement	-	10 september 1976
Little Fauss and Bug Halsey	-	23 augustus 1976
The last American Hero	-	13 juli 1975
The Guru	-	1 december 1975
L'Enfant Sauvage	-	21 mei 1975
Isadora	-	29 juni 1975
Secret ceremony	-	6 februari 1976
Petulia	-	13 oktober 1975;

7. dat aldus CAI-Amstelveen het auteursrecht van ieder van de filmmaatschappijen op genoemde films heeft geschonden;

8. dat de in alinea 1 genoemde films slechts een klein gedeelte uitmaken van de films, ten aanzien waarvan CAI-Amstelveen op de wijze als hierboven beschreven, het auteursrecht van een van de filmmaatschappijen heeft geschonden en te verwachten is dat CAI-Amstelveen met zodanige schendingen zal voortgaan;

9. dat de filmmaatschappijen door dit handelen van CAI-

Amstelveen schade lijden, daar zij als gevolg van de onrechtmatige openbaarmaking van hun films in de exploitatie daarvan worden gehinderd of belemmerd;

10. dat CAI-Amstelveen betwist dat zij door te handelen als in de alinea's 3 en volgende omschreven enig auteursrecht van een van de filmmaatschappijen heeft geschonden, zodat de filmmaatschappijen recht en belang hebben hun rechten en de door CAI-Amstelveen daarop gemaakte inbreuk in rechte te doen vaststellen;"

Op die gronden hebben zij gevorderd:

"a. (primair) te verklaren voor recht dat CAI-Amstelveen, telkens wanneer zij zonder toestemming van de filmmaatschappij die het aangaat door middel van het door haar geëxploiteerde kabelnet signalen, betrekking hebbende op een film waarvan het auteursrecht bij een van de filmmaatschappijen berust, ter beschikking stelt van de bij haar aangesloten abonnees, inbreuk maakt op dat auteursrecht en jegens de desbetreffende filmmaatschappij onrechtmatig handelt;

b. (subsidiair) te verklaren voor recht dat CAI-Amstelveen, toen zij zonder toestemming van de filmmaatschappij die het aangaat door middel van het door haar geëxploiteerde kabelnet signalen, betrekking hebbende op de in alinea 1 der dagvaarding genoemde films ter beschikking stelde van de bij haar aangesloten abonnees inbreuk maakte op het

auteursrecht van de filmmaatschappij die het auteursrecht op die film bezit en mitsdien jegens die filmmaatschappij onrechtmatig handelde;".

CAI-Amstelveen heeft deze vorderingen bestreden.

De Rechtbank heeft bij vonnis van 19 juli 1978 de vorderingen afgewezen op gronden die in cassatie niet van belang zijn.

De filmmaatschappijen zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam. Zij hebben tegen dat vonnis zeven grieven aangevoerd, die door CAI-Amstelveen zijn bestreden.

Het Hof heeft bij het bestreden arrest het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd, daartoe onder meer overwegende:  
"1. De door de filmmaatschappijen aangevoerde grieven luiden als volgt:

I. Ten onrechte heeft de Rechtbank de hoofdvraag uitsluitend getoetst aan de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet 1912 en niet in de eerste plaats aan artikel 11 bis, lid 1 sub 2 der Berner Conventie.

(...)

2. Door deze grieven wordt het tussen partijen bestaande geschil in volle omvang opnieuw aan het Hof ter beslissing voorgelegd.

3. In hoger beroep staat als niet (meer) betwist tussen partijen vast hetgeen de filmmaatschappijen in hun oorspron-



kelijke dagvaarding onder 1, 2 en 3 hebben gesteld, terwijl tevens vaststaat dat de in de 6e stelling van die dagvaarding genoemde films op de daarbij vermelde data zijn uitgezonden door de in de conclusie van repliek genoemde Nederlandse, West-Duitse en Belgische televisiezenders, met dien verstande evenwel dat Love and pain op 25 juli, 1975 en Isadora op 19 juni 1975 is uitgezonden en L'enfant Sauvage door Nederland 2 is uitgezonden.

4. Met betrekking tot het toepasselijke recht overweegt het Hof dat de Franse filmmaatschappij sub 5 krachtens artikel 4 van de Berner Conventie in Nederland de rechten geniet welke de Nederlandse Auteurswet 1912, verder aan te duiden als Auteurswet, verleent, alsmede de rechten, door de Berner Conventie bijzonderlijk verleend, terwijl de overige filmmaatschappijen krachtens artikel II van de Universele Auteursrecht Conventie in Nederland de bescherming genieten van de Auteurswet.

Overigens bestaat tussen de bepalingen van de Berner Conventie en die van de Auteurswet, voor zover in deze zaak van toepassing, geen wezenlijk verschil.

5. De filmmaatschappijen hebben in hoger beroep aangevoerd dat alle in de inleidende dagvaarding genoemde films met uitzondering van de Franse film L'enfant Sauvage, die voor het eerst in Frankrijk openbaar is gemaakt, voor het eerst in de Verenigde Staten zijn openbaar gemaakt, en voorts

dat al deze films, met uitzondering van Love and pain, Isadora (en L'enfant Sauvage) binnen 30 dagen na hun eerste openbaarmaking in de Verenigde Staten zijn openbaar gemaakt in Canada, een Conventiëland, zodat de auteurs van de genoemde Franse film en van alle andere in de oorspronkelijke dagvaarding genoemde films (behalve Love and pain en Isadora) in deze zaak een rechtstreeks beroep op de Berner Conventie kunnen doen (artikel 4 lid 3 juncto lid 1 van de Berner Conventie).

6. CAI-Amstelveen heeft de gestelde gelijktijdige openbaarmaking in Canada ontkend. Het Hof kan daarvan dus niet uitgaan. De filmmaatschappijen hebben op dit punt geen bewijs aangeboden. Voor een ambtshalve bewijsopdracht acht het Hof geen termen aanwezig.

7. De eerste grief, inhoudende dat de hoofdvraag in dit geding behalve met betrekking tot de films Love and pain en Isadora in de eerste plaats aan de voorschriften van de Berner Conventie moet worden getoetst, gaat dus niet op.

Wel is de grief gegrond voor zover daarin wordt betoogd dat de Rechtbank de zaak uitsluitend aan de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet heeft getoetst, maar dit leidt op grond van het hierboven onder 4 overwogene niet tot vernietiging van het beroepen vonnis.

8. Wat de zaak zelve betreft staat het Hof voor de vraag of de gelijktijdige "doorgifte" per kabel via de door CAI-

Amstelveen geëxploiteerde centrale antenne-inrichting aan op die inrichting aangesloten abonnees van CAI-Amstelveen, van de te Amstelveen uit de ether ontvangen televisie-uitzendingen van de in de inleidende dagvaarding genoemde, auteursrechtelijk beschermdē films moet worden beschouwd als openbaarmaking in de zin van de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet, respectievelijk als communication publique in de zin van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie.

9. Uit de omstandigheid dat de door de Nederlandse, Duitse en Belgische televisiezenders destijds uitgezonden filmprogramma's in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether aanwezig waren en dat voor iedere inwoner van Amstelveen die in het bezit was van een gewoon televisietoestel technisch de mogelijkheid bestond deze signalen met een individuele antenne uit de ether op te vangen en op zijn televisietoestel waar te nemen, leidt het Hof af dat CAI-Amstelveen door deze signalen met de door haar geëxploiteerde centrale antenne-inrichting uit de ether op te vangen en door te geven aan de te Amstelveen wonende, bij haar aangesloten abonnees, geen afzonderlijke gelegenheid heeft geschapen voor het waarnemen van deze televisie-uitzendingen. Dat zowel de destijds door de Nederlandse als de door de Duitse en Belgische televisiezenders uitgezonden filmprogramma's in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether aan-

wezig waren en in beginsel ook door middel van een individuele antenne konden worden opgevangen, staat tussen partijen vast; het blijkt bovendien uit de kaarten, voorkomende in het door de filmmaatschappijen bij pleidooi in prima overgelegde, door CAI-Amstelveen niet bestreden extract uit een rapport van de Raad van Europa van 28 december 1976. Dat niet iedere bezitter van een televisietoestel deze mogelijkheid realiseerde, doet hieraan niet af.

10. Het voorgaande betekent mede dat CAI-Amstelveen zich bij het doorgeven van de films niet richtte tot een ander publiek dan - of tot een speciaal gedeelte van - het te Amstelveen wonende publiek van de televisie-omroep, maar slechts de technische middelen verschaft om de (door haar onverkort, zonder toevoegingen en gelijktijdig doorgegeven) televisieprogramma's - casu quo beter - te ontvangen.

11. Op deze gronden is het Hof, anders dan de Rechtbank en overeenkomstig het door CAI-Amstelveen in appel gehandhaafde verweer, van oordeel dat CAI-Amstelveen de in de oorspronkelijke dagvaarding genoemde films op de daarbij vermelde data niet heeft openbaar gemaakt in de betekenis welke in de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet aan dit woord, en in artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie aan de uitdrukking "communication publique" moet worden gehecht. Dit betekent dat de vorderingen van de filmmaatschappijen door de Rechtbank, zij het op andere dan de

in dit arrest ontwikkelde gronden, terecht zijn afgewezen, dat de 2e tot en met de 7e grief van de filmmaatschappijen, welke zich richten tegen de door het Hof niet gevolgde motivering van de Rechtbank, onbesproken kunnen blijven en het beroepen vonnis moet worden bekrachtigd met verwijzing van de filmmaatschappijen in de kosten van het hoger beroep.";

Overwegende dat de filmmaatschappijen 's Hofs arrest bestrijden met het volgende middel van cassatie:

"Schending van het recht en verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordien het Hof heeft recht gedaan als omschreven in het (hier als ingelast te beschouwen) dictum van zijn arrest, zulks op de gronden in dat arrest vermeld en hier eveneens als ingelast te beschouwen, ten onrechte om de navolgende (in onderling verband in aanmerking te nemen) redenen:

1. De in dit geding te beantwoorden (hoofd-)vraag was (en is) of de gelijktijdige "doorgifte" per kabel, via de door CAI-Amstelveen geëxploiteerde centrale antenne-inrichting (hierna: c.a.i.), aan haar op die inrichting aangesloten abonnees, van de te Amstelveen uit de ether ontvangen televisie-uitzendingen van de in de inleidende dagvaarding genoemde (auteursrechtelijk beschermd) films moet worden beschouwd als "openbaarmaking" in de zin van (onder meer de) artikelen 1 en 12 van de Auteurswet 1912, respectievelijk als "communication publique" in de zin van artikel 11 bis

lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie; conform rechtsoverweging 8 van 's Hofs arrest.

Het Hof heeft (in zijn rechtsoverweging 11) die vraag ontkennend beantwoord, maar zulks ten onrechte en op gronden die deze beslissing niet - en zeker niet zonder meer - kunnen dragen en die trouwens ook zelf onjuist zijn; 's Hofs arrest is te dezen (meer in het bijzonder voor wat betreft rechtsoverwegingen 9, 10 en 11) bovendien niet naar de eis der wet, immers niet voldoende begrijpelijk), met redenen omkleed.

Deze generale klacht zal hierna, voor zoveel nodig, nader worden gedetailleerd en toegelicht.

2. 's Hofs argumentatie is, blijkens rechtsoverweging 9, gebaseerd op een "omstandigheid", welke het Hof aldaar eerst aldus omschrijft:

"dat de door de Nederlandse, Duitse en Belgische televisiezenders destijds uitgezonden filmprogramma's in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether aanwezig waren en dat voor iedere inwoner van Amstelveen die in het bezit was van een gewoon televisietoestel technisch de mogelijkheid bestond deze signalen met een individuele antenne uit de ether op te vangen en op zijn televisietoestel waar te nemen"

en vervolgens, meer summier, als volgt:

"dat zowel de destijds door de Nederlandse als de door

de Duitse en Belgische televisiezenders uitgezonden film-programma's in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether aanwezig waren en in beginsel ook door middel van een individuele antenne konden worden opgevangen" (onderstrepingen toegevoegd).

De aldus omschreven omstandigheid, en in het bijzonder het daarvan deel uitmakend element dat voor de bezitter van een "gewoon televisietoestel" "technisch", respectievelijk "in beginsel" de "mogelijkheid" bestond de desbetreffende te Amstelveen aanwezige ethersignalen ook door middel van "een individuele antenne" op te vangen (en op zijn televisietoestel waar te nemen), wettigt echter niet (zonder meer) 's Hofs conclusie als zou CAI-Amstelveen, "door deze signalen met de door haar geëxploiteerde c.a.i. uit de ether op te vangen en door te geven aan de te Amstelveen wonende, bij haar aangesloten abonnees", "geen (respectievelijk: geen, in auteursrechtelijk opzicht, relevante) afzonderlijk(e) gelegenheid (hebben) geschapen voor het waarnemen van deze televisie-uitzendingen", zulks te minder nu, naar ook het Hof aanneemt, niet iedere bezitter van een televisietoestel vorenbedoelde mogelijkheid realiseerde.

3. Het sub 2 betoogde geldt nog in het bijzonder, nu het enkele feit dat de vorenbedoelde mogelijkheid "technisch" respectievelijk "in beginsel" bestond, niet (noodzakelijk)

impliceert dat - voor (alle) bezitters van een "gewoon televisietoestel" te Amstelveen, respectievelijk voor (al) diegenen onder hen die destijds als abonnee bij CAI-Amstelveen waren aangesloten - die mogelijkheid ook in feite, en in het bijzonder: met normale en gangbare technische middelen (en meer speciaal: met een normale en gangbare "individuele antenne"), kon worden gerealiseerd (laat staan dan: met een goed of redelijk resultaat).

Zou het Hof echter, met de door hem gebezigde formulering(en), een dergelijke implicatie wèl hebben bedoeld - respectievelijk: zou men in rechtsoverweging 9 een dergelijke implicatie wèl (moeten) lezen - dan zou (rechtsoverweging 9 van) 's Hofs arrest op dit punt niet aan de wettelijke motiveringseis voldoen en/of het Hof, in strijd met (het beginsel van) artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering feitelijke gronden hebben aangevuld, aangezien géén der partijen explicite ten processe heeft geponeerd (laat staan aangetoond of aannemelijk gemaakt) dat vorengenoemde "mogelijkheid" ook in feite, en met een normale en gangbare individuele antenne, kon worden gerealiseerd (laat staan: met een goed of redelijk resultaat) door àlle bezitters van een "gewoon televisietoestel" te Amstelveen, respectievelijk door àl degenen onder hen die destijds als abonnee bij CAI-Amstelveen waren aangesloten. Integendeel heeft CAI-Amstelveen - in dit feitelijk opzicht onbetwist - juist geponeerd onder



meer

"dat de bebouwingsaard van Amstelveen zodanig is dat de ontvangst in de laagbouw ernstige hinder ondervindt van de hoogbouw. 44% van de woningen van de Gemeente bestaat op het ogenblik uit hoogbouw, waartegen de laagbouw 56% bedraagt. Een c.a.i. is de enige waarborg voor een blijvende ongestoorde ontvangst door alle bewoners van de bebouwde kom van Amstelveen:"

en zulks heeft gedemonstreerd, onder meer door overlegging van "kaarten waaruit blijkt van de hoogbouw te Amstelveen en de schaduwwerking daarvan ten opzichte van de Nederlandse zenders".

Voorts hebben de filmmaatschappijen ten processe onder meer doen zeggen (vide onder meer conclusie van repliek in prima pagina 19 onder paragraaf 55):

"De filmmaatschappijen betwisten overigens dat de in alinea 8.2 der conclusie van antwoord genoemde zes televisieprogramma's in Amstelveen ook met een normale individuele antenne goed ontvangbaar zijn. De Duitse en Belgische zenders zijn te Amstelveen niet met een normale antenne te ontvangen."

respectievelijk (vide pleitnota Mr. Wichers Hoeth in prima, pagina 4):

"De omstandigheid dat de vordering ook is gebaseerd op doorgifte van door Duitse en Belgische zenders uitgezonden

films, brengt mede dat de Rechtbank zich zal moeten uitspreken over de door de Nederlandse Regering verdedigde en door de filmmaatschappijen onjuist geachte opvatting, dat het bij de beoordeling van de auteursrechtelijke consequenties van kabel-tv-uitzendingen van beslissend belang is, of de per kabel aangevoerde programma's al dan niet (ook) met een "gewone" of "normale", "particuliere" antenne kunnen worden ontvangen.

Dezerzijds wordt gesteld, dat zulks in Amstelveen met Duitse en Belgische programma's niet het geval is. (Zie hiervoor de brief van de PTT van 14 april 1978 (produktie 2) en de kaarten op bladzijden 9 tot en met 18 van een extract van een rapport van de Raad van Europa van 28 december 1976 (produktie 3))."

en (pleitnota Mr. Wichers Hoeth, pagina 6):

"Het gebied waar de kabelprogramma's (ook) met een gewone antenne kunnen worden ontvangen wordt de "directe ontvangstzone" genoemd.

Aangenomen mag worden dat ten opzichte van de zenders Nederland 1 en 2 het gehele Nederlandse grondgebied als directe ontvangstzone is te beschouwen. Voor de Duitse en Belgische zenders is dit niet het geval. Duitsland kan in het oosten worden ontvangen, België in het zuiden; het westen met inbegrip van Amstelveen ontvangt geen van beide. (zie de kaartjes bij produktie 3)".

En het aldus door de filmmaatschappijen ten processe gestelde wordt ondubbelzinnig bevestigd door de produkties waar zij ter aangehaalde plaatse naar hebben verwezen, en in het bijzonder door "de kaarten op bladzijden 9 tot en met 18 van een extract van een rapport van de Raad van Europa van 28 december 1976"; uit die kaarten blijkt immers dat de "direct reception zones" van de te dezen relevante Duitse en Belgische (televisie-)zenders (respectievelijk -uitzendingen), bij het gebruik van een (ontvangst-)antenne met een hoogte van 30 meter (hoedanige antenne(-hoogte), naar notoir mag heten, voor een "individuele antenne" en zeker bij gewone door particulieren bewoonde huizen (laagbouw niet normaal en gangbaar is), zich wel uitstrekken tot Amstelveen, doch dat zulks niet het geval is bij het gebruik van een (normale) (ontvangst-)antenne met een (normale) hoogte van (circa) 10 meter).

Indien het Hof niettemin, in zijn rechtsoverweging 9, overweegt:

"Dat zowel de destijds door de Nederlandse als de door de Duitse en Belgische televisiezenders uitgezonden filmprogramma's in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether aanwezig waren en in beginsel ook door middel van een individuele antenne konden worden opgevangen, staat tussen partijen vast; het blijkt bovendien uit de kaarten, voorkomende in het door de filmmaatschappijen bij pleidooi in

prima overgelegde, door CAI-Amstelveen niet bestreden extract uit een rapport van de Raad van Europa van 28 december 1976."

kan dit redelijkerwijs slechts betekenen: hêtzij dat het Hof zich te dezen simpelweg heeft vergist (wat dan zijn arrest op dit punt in het licht van de reële inhoud der processtukken en/of notoire feiten, onbegrijpelijk respectievelijk niet naar behoren gemotiveerd zou doen zijn), hêtzij dat het Hof in zijn rechtsoverweging 9 - sprekende over "technisch de mogelijkheid bestond ..." en "in beginsel ook ..." - niet (althans: niet alléén) het oog heeft op een ontvangst van de door hem bedoelde ethersignalen door middel van een normale en gangbare "individuele antenne".

4. 's Hof's meergenoemde, in rechtsoverweging 9 vervatte, conclusie (te weten als zou CAI-Amstelveen te dezen "geen afzonderlijke gelegenheid (hebben) geschapen voor het waarnemen van (de bewuste) televisie-uitzendingen") is mede daarom rechtens onjuist, en/of niet naar de eis der wet met redenen omkleed, omdat CAI-Amstelveen, de vorenbedoelde ethersignalen opvangend en door middel van een daartoe bestemd kabelnet (cum annexis) doorvoerend naar haar abonnees, deze abonnees aldus in staat heeft gesteld (via de daartoe bestemde kabel en aansluiting, cum annexis) deze televisie-uitzendingen te ontvangen en daarmee wel degelijk een tot dan toe (voor die abonnees) niet bestaande - afzonderlijke - ge-

legenheid heeft geschapen tot ontvangst van de desbetreffende uitzendingen, respectievelijk de auteursrechtelijk beschermde werken heeft gebruikt door deze werken op een aan dit doel beantwoordende wijze aan derden (haar abonnees) toegankelijk te maken; waaraan niet (zonder meer) afdoet dat de door de Nederlandse, Duitse en Belgische televisiezenders destijds uitgezonden filmprogramma's in de vorm van ether-signalen te Amstelveen in de ether aanwezig waren en dat voor iedere inwoner van Amstelveen die in het bezit was van een gewoon t.v.-toestel "technisch", respectievelijk "in beginsel" "de mogelijkheid bestond (zelf) deze signalen met een individuele antenne uit de ether op te vangen en (vervolgens) op zijn televisietoestel waar te nemen".

5. Op grond van het vorenbedoelde is mede onjuist (respectievelijk niet zonder meer juist), en/of niet naar de eis der wet met redenen omkleed, 's Hofs oordeel in rechtsoverweging 10 als zou CAI-Amstelveen "zich bij het doorgeven van de films niet (hebben gericht) tot een ander publiek dan - of tot een speciaal gedeelte van - het te Amstelveen wonende publiek van de televisie-omroep, maar slechts de technische middelen (hebben verschaft) om de (door haar onverkort, zonder toevoegingen en gelijktijdig doorgegeven) televisieprogramma's - casu quo beter - te ontvangen".

's Hofs desbetreffende oordeel is trouwens mede daarom onjuist respectievelijk onbegrijpelijk, daar de onderhavige

door CAI-Amstelveen verzorgde kabeltelevisie zich, (ook) bij het doorgeven van de vorenbedoelde films, evidentelijk (mede) richtte tot die (prospectieve) televisiekijkers (respectievelijk bezitters van een gewoon televisietoestel) die (om enigerlei reden, bijvoorbeeld omdat zij met hun eigen, normale en gangbare, individuele antenne, de desbetreffende uitzendingen niet of niet bevredigend konden ontvangen) het televisiekijken via het kabelnet van CAI-Amstelveen verkozen boven het (hoezeer wellicht: "technisch" of "in beginsel" mogelijke) kijken met behulp van "een individuele antenne".

6. In de ten processe vaststaande - respectievelijk door de filmmaatschappijen gestelde en in het midden gebleven - omstandigheden van de litigieuze casuspositie, is 's Hofs vorenbedoelde (in rechtsoverweging 10 vervatte) oordeel te dezen bovendien - zo in feite als ook auteursrechtelijk gezien, en speciaal in het licht van de tekst, historie en strekking van artikelen 1 en 12 (meer in het bijzonder: artikel 12 lid 4) der Auteurswet 1912, respectievelijk van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie - niet (zonder meer) relevant, laat staan concludent, daar het door CAI-Amstelveen aan haar abonnees "verschaffen" van déze "technische middelen" "om de ... televisieprogramma's - casu quo beter - te ontvangen" (te weten de gelijktijdige "doorgifte" per kabel etcetera, zoals ten processe beschreven, van de desbetreffende door CAI-Amstelveen te Amstelveen uit

de ether ontvangen televisie-uitzendingen) feitelijk en rechtens is, althans rechtens moet (of zeer wel kan) worden gekwalificeerd als, een (gelijktijdige en) afzonderlijke - auteursrechtelijk relevante - "openbaarbaking", respectievelijk "communication publique", van de door de desbetreffende televisie-uitzendingen openbaar gemaakte werken.

7. De filmmaatschappijen hebben, in de feitelijke instanties, bij herhaling betoogd dat CAI-Amstelveen, door haar ten processe omschreven handelwijze (waarbij zij, als exploitant van CAI-Amstelveen, van de desbetreffende televisie-uitzendingen een (secundair) gebruik maakte), een eigen (nieuwe) mogelijkheid heeft benut tot exploitatie van de desbetreffende auteursrechtelijk beschermde werken; alsmede dat rééds daarom in casu sprake was van een "openbaarmaking" in de zin van de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet 1912 (respectievelijk van een "communication publique" in de zin van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> der Berner Conventie).

Ten onrechte heeft het Hof deze stelling niet als juist aanvaard, en haar zelfs niet onderzocht respectievelijk dienaangaande niet gemotiveerd beslist; waarbij zij opgemerkt dat 's Hofs beschouwingen in rechtsoverwegingen 9 en 10, zonder méér, een (stilzwijgende) verwerping van voormelde stelling niet (kunnen) wettigen.

8. In deze zaak zal de sub 1 genoemde (hoofd-)vraag moeten worden getoetst en beantwoord aan de hand zowel van (onder

meer artikelen 1 en 12 van) de Nederlandse Auteurswet 1912, als van (onder meer artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van) de Berner Conventie; en die (juridieke) toetsing en beantwoording vermag en behoort dan, uiteraard, niet in enig opzicht beïnvloed - laat staan: beperkt - te worden door 's Hofs uit de slotzin van rechtsoverweging 4 (en conform ook rechtsoverweging 7 slot) blijkende visie (nu daargelaten of en in hoeverre die visie juist is).";

Overwegende daaromtrent:

1. Blijkens de in cassatie niet bestreden rechtsoverweging 8 van 's Hofs arrest gaat het in dit geding, voor zover hier van belang, om de vraag: "of de gelijktijdige ""doorgifte"" per kabel via de door CAI-Amstelveen geëxploiteerde centrale antenne-inrichting aan op die inrichting aangesloten abonnees van CAI-Amstelveen, van de te Amstelveen uit de ether ontvangen televisie-uitzendingen van de in de inleidende dagvaarding genoemde, auteursrechtelijk beschermde films moet worden beschouwd als openbaarmaking in de zin van de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet, respectievelijk als communication publique in de zin van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie". Met "Berner Conventie" is bedoeld in het citaat en zal hierna worden bedoeld: de op 26 juni 1948 te Brussel gesloten herziene Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Trb. 1955, 45).



2. Het Hof heeft de onder 1 geformuleerde vraag ontken-  
nend beantwoord op de gronden vervat in de rechtsoverwegin-  
gen 9 en 10. Die gronden kunnen als volgt worden samengevat.

Het Hof stelt vast dat de desbetreffende filmprogram-  
ma's "in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether  
aanwezig waren en dat voor iedere inwoner van Amstelveen die  
in het bezit was van een gewoon televisietoestel technisch  
de mogelijkheid bestond deze signalen met een individuele  
antenne uit de ether op te vangen en op zijn televisietoestel  
waar te nemen" en dat die filmprogramma's "in de vorm van  
ethersignalen te Amstelveen in de ether aanwezig waren en  
in beginsel ook door middel van een individuele antenne kon-  
den worden opgevangen" (rechtsoverweging 9). Daarvan uit-  
gaande oordeelt het Hof dat CAI-Amstelveen "geen afzonder-  
lijke gelegenheid heeft geschapen voor het waarnemen van  
deze televisie-uitzendingen" (rechtsoverweging 9) en dat  
CAI-Amstelveen zich bij het doorgeven van de films niet  
richtte "tot een ander publiek dan - of tot een speciaal  
gedeelte van - het te Amstelveen wonende publiek van de  
televisie-omroep" (rechtsoverweging 10).

Dit een en ander leidt het Hof tot de conclusie dat  
CAI-Amstelveen de desbetreffende films niet openbaar heeft  
gemaakt in de betekenis welke in de artikelen 1 en 12 van  
de Auteurswet 1912 aan dit woord, en in artikel 11 bis lid 1  
sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie aan de uitdrukking "communi-

cation publique" moet worden gehecht (rechtsoverweging 11).

3. Het cassatiemiddel heeft een tweeledige strekking: het richt zich tegen voormelde vaststellingen en het daarop gebaseerde oordeel van het Hof dat CAI-Amstelveen - kort gezegd - "geen afzonderlijke gelegenheid heeft geschapen" respectievelijk zich niet richtte tot "een ander publiek" in de zin van voormelde overwegingen, en het bestrijdt voorts dat die vaststellingen en dat oordeel - als daarvan wordt uitgegaan - meebrengen, gelijk het Hof heeft geoordeeld, dat te dezen niet kan worden gesproken van een openbaarmaking respectievelijk van een "communication publique" in voormelde zin. Laatstbedoeld aspect van het middel, dat in het bijzonder tot uitdrukking is gebracht in onderdeel 6, is van de verste strekking en zal om die reden eerst worden behandeld.

4. Artikel 11 bis lid 1 van de Berner Conventie houdt, voor zover hier van belang, in: "Les auteurs (...) jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) 2<sup>o</sup> toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'oeuvre radio-diffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine". Met betrekking tot de totstandkoming van deze bepaling - ter conferentie te Brussel in 1948 - zij hier het volgende aan de hand van de desbetreffende "Documents" aangestipt (verwezen wordt naar de paginering van de "Documents").

De "Propositions de l'Administration belge et du Bureau de l'Union" (pagina 133) bevatten het voorstel artikel 11 bis lid 1, voor zover hier van belang, als volgt te doen luiden: "Les auteurs (...) jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) 2<sup>o</sup> toute nouvelle communication publique, soit par fil soit sans fil, de l'oeuvre radiodiffusée" (pagina 270). Uit de toelichting blijkt dat de voorstellers, sprekende van een "nouvelle communication publique", het oog hadden op een "réémission" die aan het werk "un nouveau cercle d'auditeurs" verschaft (pagina 265). De discussies in de desbetreffende subcommissie, in welke discussies onder andere naar voren kwam dat het criterium van een "nouveau cercle d'auditeurs" "était par trop vague" (rapport subcommissie, pagina 115), leidden tot een voorstel van de delegatie van België, dat - afgezien van een niet ter zake doende tekstuele wijziging ("effectuée" werd "faite") - overeenstemt met de huidige tekst (pagina 290). Het rapport van de subcommissie zegt hierover: "La majorité (...) s'est prononcée dès lors en faveur d'une proposition belge, érigeant en condition de la nécessité d'une nouvelle autorisation l'intervention d'un autre organisme que celui d'origine (...)" (pagina 215). En het "Rapport général": "L'auteur a encore un droit sur toute communication publique qui est faite par un autre organisme que celui d'origine (...)" (pagina 101).

Tenslotte valt op te merken dat uit de omstandigheid dat in artikel 11 bis lid 1 onder 1<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup> mede wordt gesproken van "images" kan worden opgemaakt dat artikel 11 bis lid 1 onder 2<sup>o</sup> ook toepasselijk is op televisie-uitzendingen. De vorenbedoelde discussies laten daarover ook geen twijfel.

5. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat in de tenslotte aangenomen tekst welbewust zozeer is afgeweken van het oorspronkelijke voorstel dat de toelichting op het oorspronkelijke voorstel, voor zover daarin sprake was van een "nouveau cercle d'auditeurs", niet kan worden gehanteerd voor de interpretatie van de thans geldende tekst. De omstandigheden dat in de uiteindelijk tot stand gekomen tekst het criterium van een "nouveau cercle d'auditeurs" geen uitdrukking heeft gevonden omdat dit te vaag werd geacht, en dat thans het criterium van een "autre organisme" is opgenomen, wijzen er veeleer op dat eerstbedoeld criterium uiteindelijk door laatstbedoeld criterium is vervangen en dat de eis van een "nouveau cercle d'auditeurs" - neerkomende op de eis van een nieuw publiek - voor de toepassing van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> niet mag worden gesteld.

Het stellen van deze eis stuit ook op praktische bezwaren. Het criterium van een nieuw publiek brengt mee dat voor de vraag of voor de "communication publique" (door een "autre organisme") van een uitzending de toestemming van de auteursrechthebbende vereist is, telkens moet worden nagegaan

of die uitzending door het desbetreffende publiek - kort gezegd - rechtstreeks kan worden ontvangen. Niet alleen zal de beantwoording van die vraag in een concreet geval op moeilijkheden kunnen stuiten en aanleiding kunnen geven tot controverses, maar het hanteren van dit criterium zal ook tot telkens andere uitkomsten leiden daar door verandering in de sterkte van de zenders en in het algemeen door het voortschrijden van de techniek op het door artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> bestreken gebied, de grenzen van de zogenaamde directe ontvangstzone aan voortdurende wijziging onderhevig zijn.

Voorts valt in aanmerking te nemen dat een "communication publique" ook voor het zich in de directe ontvangstzone bevindende publiek zelfstandige betekenis heeft, niet alleen voor degenen voor wie de rechtstreekse ontvangst belet of belemmerd wordt omdat zij zich in de signaalschaduw van hoogbouw bevinden maar ook voor het publiek in het algemeen omdat veelal een kwalitatief betere ontvangst is gewaarborgd en zogenaamde antennewouden kunnen worden opgeruimd.

Tenslotte valt op te merken dat een opvatting als hier voorgestaan strookt met de heersende tendens in binnen- en buitenlandse literatuur en rechtspraak, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder no's 8 en 9.

6. a) Dit alles, in onderling verband, leidt tot de con-

clusie dat - anders dan het Hof kennelijk heeft gedaan - voor de toepassing van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie niet de eis mag worden gesteld dat de uitzending zich richt tot een nieuw publiek.

b) Mede in het licht hiervan moet de strekking van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> voorts aldus worden begrepen: dat het doorgeven, al of niet per draad, van een radio- of televisie-uitzending aan het publiek door een "autre organisme" als bedoeld in die bepaling, voor de vraag of daartoe de toestemming van de auteursrechthebbende is vereist, in beginsel op één lijn moet worden gesteld met een oorspronkelijke uitzending. Daaruit volgt dat de enkele omstandigheid dat CAI-Amstelveen, naar zij bij pleidooi heeft aangevoerd, wat betreft het doorgeven van programma's die ook met een individuele antenne waarneembaar zijn, niet meer zou beogen en bereiken dan het vervangen van de individuele antennes door één collectieve antenne, er - anders dan zij heeft betoogd - niet aan in de weg zou staan dat dit doorgeven als een "communication publique" in de zin van voormelde bepaling wordt aangemerkt.

In dit verband verdient nog opmerking dat hier niet aan de orde is het geval dat een eigenaar van een gebouw of gebouwencomplex met een antenne uitzendingen opvangt voor de zich in dat gebouw of gebouwencomplex bevindende radio- of televisietoestellen, toebehorende aan hem zelf of aan

anderen die zich als huurder of anderszins aldaar bevinden.

7. Artikel 12 lid 4 van de Auteurswet 1912 is vastgesteld bij de Wet van 27 oktober 1972 tot herziening van de Auteurswet 1912 (Stb. 579). Deze wet strekte tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de in Brussel herziene Berner Conventie. Artikel 12 lid 4 luidt: "Als afzonderlijke openbaarmaking wordt niet beschouwd de gelijktijdige openbaarmaking, al of niet per draad, van een door radio- of televisie-uitzending openbaar gemaakt werk door het organisme dat de radio- of televisie-uitzending verricht". Blijkens de memorie van toelichting diende de voorgestelde toevoeging om de Auteurswet 1912 aan te passen aan de aanvulling van artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup>: "De strekking van de onderhavige bepaling is dezelfde als die van genoemde aanvulling (...)", met dien verstande dat de bepaling anders is geredigeerd in verband met het verschil in systeem tussen de Berner Conventie en de Auteurswet 1912, zoals nader uiteengezet in de memorie van toelichting, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder no. 4.

8. Uit het voorgaande mag worden geconcludeerd dat de vraag wanneer een "doorgifte" als bedoeld in 's Hofs hierboven onder 1 vermelde vraagstelling heeft te gelden als een openbaarmaking van het desbetreffende werk in de zin van artikel 1, in beginsel op zodanige wijze moet worden beantwoord dat een resultaat wordt bereikt dat strookt met artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie. Dat brengt mee dat ook

voor de toepassing van de Auteurswet 1912 het onder 6 overwogene geldt en derhalve niet van belang is of een "nieuw publiek" wordt bereikt in de zin van een publiek dat aldus een uitzending kan ontvangen waarvan het anders verstoken zou blijven.

Wel heeft de Regering bij de parlementaire behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel meermalen van een andere opvatting blijk gegeven, in dier voege dat in een geval als hier bedoeld slechts dan van openbaarmaking in de zin van artikel 1 sprake zou zijn indien een "nieuw publiek" in zojuist bedoelde zin wordt bereikt.

Waar nu a) deze opvatting niet strookt met de aan artikel 11 bis lid 1 sub 2<sup>o</sup> van de Berner Conventie te geven uitlegging en b) het de bedoeling van de Regering is geweest een met die bepaling strokende regeling in de Auteurswet 1912 neer te leggen en c) de gesignaleerde opvatting van de Regering niet in de wet tot uitdrukking is gebracht, kan aan die opvatting - die ertoe zou leiden dat degenen die zich rechtstreeks op de Berner Conventie kunnen beroepen een ruimer bescherming zouden genieten dan degenen die zijn aangewezen op de bescherming van de Auteurswet 1912 - geen betekenis worden toegekend voor de uitlegging van de desbetreffende bepalingen van die wet.

9. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het Hof voor de vraag of te dezen sprake is van een openbaarmaking



in de zin van artikel 1 van de Auteurswet 1912, ten onrechte beslissend heeft geacht dat CAI-Amstelveen zich niet richtte tot een "ander publiek" als bedoeld in rechtsoverweging 10 van 's Hofs arrest.

10. Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt dat onderdeel 6 van het middel, voor zover klagend dat het Hof, oordelend als boven onder 6a en 9 vermeld, een verkeerde maatstaf heeft aangelegd, gegrond is, zodat 's Hofs arrest niet in stand kan blijven en het middel voor het overige geen bespreking behoeft;

Vernietigt 's Hofs arrest;

Verwijst de zaak naar hetzelfde Hof, teneinde deze met inachtneming van dit arrest verder te behandelen en te beslissen;

Veroordeelt verweerster in de kosten op het beroep in cassatie gevallen, aan de zijde van eiseressen tot op heden begroot op f 310,60 aan verschotten en f 2.000,-- voor salaris.

Aldus gedaan door Mrs. Ras, Vice-President, Drion, Vice-President, Snijders, Haardt en Royer, Raden, en door Mr. Ras voornoemd uitgesproken ter openbare terechtzitting van de dertigste oktober 1900 eenentachtig, in tegenwoordigheid van de Advocaat-Generaal ten Kate.

*Handwritten signature: Ras*

*Handwritten signature: A. S. A.*

---

*Handwritten note: 10-182*