



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Openbaar maken in de sneeuw

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2017). Openbaar maken in de sneeuw. *Ami: Tijdschrift Voor Auteurs-, Media- En Informatierecht*, 2017(2), 98-101. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50102>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50102>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 12 AKM/Zürs.net

Hof van Justitie van de Europese Unie (Achtste kamer)

16 maart 2017, C-138/16, ECLI:EU:C:2017:218

Kabeldoorgifte via klein kabelnet. Binnen en buiten ontvangstgebied oorspronkelijke uitzending. Geen (niet ingecalculeerd) nieuw publiek. Art. 3 lid 1 Arl. Art. 5 lid 3 sub o. Arl.

In zaak C-138/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Handelsgericht Wien (handelsrechter in tweede aanleg Wenen, Oostenrijk) bij beslissing van 16 februari 2016, ingekomen bij het Hof op 7 maart 2016, in de procedure

Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM)

tegen

Zürs.net Betriebs GmbH,

Wijst HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, J. Malenovský (rapporteur) en M. Safjan, rechters, advocaat-generaal: M. Wathelet, griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken, gelet op de opmerkingen van:

- Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM), vertegenwoordigd door M. Walter, Rechtsanwalt,
- Zürs.net Betriebs GmbH, vertegenwoordigd door M. Ciresa, Rechtsanwalt,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer als gemachtigde,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door T. Scharf en J. Samnadda als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging, ten eerste, van artikel 3, lid 1, en artikel 5 van 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 2001, L 167, blz. 10) en, ten tweede, van artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, in de versie na de Akte van Parijs van 24 juli 1971, als gewijzigd op 28 september 1979 (hierna: „Berner Conventie”).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) en Zürs.net Betriebs GmbH (hierna: „Zürs.net”) betreffende de vordering van AKM jegens Zürs.net tot verstrekking van gegevens over het aantal op het door Zürs.net geëxploiteerde kabelnetwerk aangesloten abonnees, en, in voorkomend geval, tot betaling van een vergoeding, vermeerderd met verdragingsrente, wegens de beschikbaarstelling van door auteursrecht en naburige rechten beschermde werken.

Toepasselijke bepalingen

Internationaal recht

WIPO-verdrag inzake het auteursrecht

3 De Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 te Genève het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht vastgesteld, dat op 6 maart 2002 in werking is getreden. Dit verdrag is namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6).

4 Artikel 1, lid 4, van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht bepaalt dat de verdragsluitende partijen dienen te voldoen aan de artikelen 1 tot en met 21 van de Berner Conventie.

Berner Conventie

5 Artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie bepaalt: „1) Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

[...]

2° elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt.”

*Unierecht**Richtlijn 2001/29*

6 Overweging 9 van richtlijn 2001/29 luidt als volgt:

„Bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten moet steeds van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan, omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk. [...]”

7 Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.”

8 Artikel 5, lid 3, onder o), van die richtlijn luidt:

„De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

o) het gebruik in andere, minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het nationale recht mits het alleen analoog gebruik betreft en het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap niet wordt belemmerd, onverminderd de in dit artikel vervatte beperkingen en restricties.”

Oostenrijks recht

9 § 17 van het Urheberrechtsgesetz (wet inzake het auteursrecht, BGBl. I 11/1936), in de versie van het BGBl. I, 99/2015, bepaalt:

„1. De auteur heeft het uitsluitende recht het werk door middel van radio of op een gelijkaardige wijze uit te zenden.

2. Het ontvangbaar maken van een werk aan het publiek in het binnenland vanuit een in het binnenland of in het buitenland gelegen plaats op gelijkaardige wijze als via de omroep, maar via de kabel, wordt gelijkgesteld met een omroepuitzending.

3) De doorgifte van omroepuitzendingen

[...]

2. via een gemeenschappelijke antenne-installatie

[...]

b) geldt niet als een nieuwe omroepuitzending, wanneer niet meer dan 500 abonnees op de antenne-installatie zijn aangesloten.

Voor het overige geldt de gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de [nationale omroeporganisatie (ORF)] door middel van kabels op het nationale grondgebied als een integrerend onderdeel van de oorspronkelijke omroepuitzending.”

Hoofdinging en prejudiciële vraag

10 AKM is een erkende collectieve beheersorganisatie voor auteursrechten.

11 Zürs.net exploiteert een kabelnetwerk in Zürs (Oostenrijk), met behulp waarvan zij televisie- en radioprogramma's uitzendt, waarvan sommige oorspronkelijk door de nationale omroeporganisatie (ORF), en andere oorspronkelijk door andere omroeporganisaties zijn uitgezonden. De verwijzende rechter merkt op dat op het tijdstip van de verwijzingsbeslissing ongeveer 130 abonnees zijn aangesloten op het kabelnetwerk van Zürs.net.

12 AKM vordert dat Zürs.net haar informatie verschaft over het aantal abonnees dat op meerdere referentiedata bij het door haar geëxploiteerde kabelnetwerk was aangesloten en over de inhoud van de uitzendingen. AKM vordert tevens dat Zürs.net, na controle van de door laatstgenoemde verstrekte informatie, een passende vergoeding betaalt.

13 Zürs.net stelt dat met toepassing van § 17, lid 3, punt 2, onder b), van de Oostenrijkse wet inzake het auteursrecht, in de versie van het BGBl. I, 99/2015, met betrekking tot kleine netwerkinstallaties met maximaal 500 abonnees, de door haar uitgezonden uitzendingen niet kunnen worden aangemerkt als een nieuwe omroepuitzending en dat zij bijgevolg niet de verplichting heeft om de door AKM verlangde gegevens te verschaffen.

14 AKM betoogt dat deze bepaling in strijd is zowel met het Unierecht als met de Berner Conventie.

15 In die omstandigheden heeft het Handelsgericht Wien (handelsrechter in tweede aanleg Wenen, Oostenrijk), waarbij het geding tussen AKM en Zürs.net aanhangig is gemaakt, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moeten artikel 3, lid 1, en artikel 5 van richtlijn [2001/29], dan wel artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie, aldus worden uitgelegd dat een regeling waarbij de doorgifte van omroepuitzendingen via 'gemeenschappelijke antenne-installaties' zoals die van verweerster in het hoofdinging:

a) niet wordt beschouwd als een nieuwe omroepuitzending wanneer bij de installatie niet meer dan 500 abonnees zijn aangesloten en/of

b) wordt beschouwd als een integrerend onderdeel van de oorspronkelijke omroepuitzending wanneer het de gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de Österreichische Rundfunk door middel van kabels op het nationale grondgebied (Oostenrijk) betreft,

en deze vormen van gebruik evenmin onder een ander uitsluitend recht van mededeling aan het publiek met een element van afstand in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vallen, en derhalve niet afhankelijk zijn van de toestemming van de auteur en hiervoor dus ook geen vergoedingsplicht geldt, strijdig is met het Unierecht dan wel met de Berner Conventie als binnen de rechtsorde van de Unie vallende internationale overeenkomst?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

16 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, en artikel 5 van richtlijn 2001/29, dan wel artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie aldus moeten

worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan

- voor de gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de nationale omroeporganisatie, door middel van kabels op het nationale grondgebied; en
- voor een omroepuitzending via een gemeenschappelijke antenne-installatie, wanneer bij de installatie niet meer dan 500 abonnees zijn aangesloten

geen toestemming van de auteur op grond van het uitsluitende recht van mededeling aan het publiek hoeft te worden verkregen.

17 Deze vraag moet in twee stappen worden onderzocht.

18 In de eerste plaats moet worden vastgesteld of een gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de nationale omroeporganisatie, door middel van kabels op het nationale grondgebied, zoals aan de orde in het hoofdgeding, een „mededeling aan het publiek” kan vormen in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 of van artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie.

19 In dit verband moet worden opgemerkt dat artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie bepaalt dat auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitende recht genieten toestemming te verlenen tot elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het via de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt.

20 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 bepaalt dat de lidstaten ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht voorzien, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

21 Vastgesteld moet worden dat artikel 3, lid 1, in wezen overeenkomt met artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie. Wanneer het Hof bijgevolg tot uitlegging van het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van voornoemd artikel 3, lid 1, overgaat, gebeurt dit volgens vaste rechtspraak in overeenstemming met voornoemde bepaling van die conventie (zie in die zin arrest van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punten 40 en 41).

22 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het begrip „mededeling aan het publiek” als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, namelijk een „handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een „publiek” (arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 37).

23 Meer in het bijzonder volgt uit de rechtspraak van het Hof ten eerste dat de handeling bestaande in een mededeling betrekking heeft op elke doorgifte van beschermde werken, ongeacht het gebruikte technische middel of procedé, en dat elke doorgifte waar-

bij een specifieke technische werkwijze wordt gebruikt, in beginsel individueel door de auteur van het betrokken werk moet worden toegestaan (zie arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 38 en 39).

24 Ten tweede is tevens vereist, wil er sprake zijn van „mededeling aan het publiek” als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, dat de beschermde werken daadwerkelijk worden meegedeeld aan een „publiek”, waarbij het begrip „publiek” op een onbepaald aantal potentiële kijkers of luisteraars ziet en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert (zie arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 40 en 41).

25 Het Hof heeft voorts reeds geoordeeld dat de doorgifte van beschermde werken door een andere organisatie dan de organisatie die de oorspronkelijke toestemming voor de mededeling heeft verkregen, een „mededeling aan het publiek” in de zin van deze bepaling vormt indien dergelijke werken worden vertoond aan een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek waarmee de betrokken rechthebbenden geen rekening hielden toen zij oorspronkelijk toestemming gaven voor het gebruik van hun werken (zie in die zin arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 In casu volgt uit de omstandigheid dat in het hoofdgeding de doorgifte plaatsvindt via de kabel, dat wil zeggen een ander technisch middel dan het bij de oorspronkelijke uitgezonden doorgifte gebruikte middel, dat Zürs.net een mededeling in de zin van artikel 3 van richtlijn 2001/29 doet.

27 Onderzocht moet echter nog worden of deze mededeling bestemd is voor een nieuw publiek, dat verschilt van het publiek tot wie de omroepuitzendingen van ORF waren gericht.

28 Uit de opmerkingen van Zürs.net, die op dit punt niet door AKM zijn betwist, volgt dat wanneer de betrokken rechthebbenden aan ORF toestemming geven voor radio-uitzendingen, zij ervan op de hoogte zijn dat de uitzendingen van die nationale organisatie door eenieder die zich op het nationale grondgebied bevindt, kunnen worden ontvangen.

29 Daar de verspreiding van beschermde werken via kabels, zoals volgt uit de bewoordingen van de prejudiciële vraag, op het nationale grondgebied plaatsvindt, en de rechthebbenden dus rekening hebben gehouden met de betrokkenen toen zij de oorspronkelijke verspreiding door de nationale omroeporganisatie toestonden, kan het publiek aan wie Zürs.net de betrokken werken verspreidt, niet als nieuw publiek worden beschouwd.

30 Hieruit volgt dat de doorgifte van uitzendingen overeenkomstig de in punt 18 van het onderhavige arrest bepaalde voorwaarden geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt. Bijgevolg hoeft voor een dergelijke doorgifte geen toestemming van de rechthebbenden als bedoeld in die bepaling te worden verkregen.

31 In de tweede plaats wenst de verwijzende rechter te vernemen of een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan de doorgifte van omroepuitzendingen via gemeenschappelijke antenne-installaties waarbij niet meer dan 500 abonnees zijn aangesloten, niet als een nieuwe omroepuitzending geldt, onder artikel 5 van richtlijn 2001/29, en meer in het bijzonder lid 3, onder o), daarvan, valt, en of de distributeurs van dergelijke via deze antenne-installaties doorgegeven uitzendingen bijgevolg ontkomen aan het vereiste om toestemming van de rechthebbende te verkrijgen. Uit de door de verwijzende rechter gegeven toelichtingen volgt immers dat Zürs.net geacht kan worden een „antenne-installatie voor kleine gemeenschappen” te exploiteren, in de zin van deze nationale wettelijke regeling.

32 In dat verband moet allereerst in herinnering worden gebracht dat, zoals het Hof in punt 25 van het onderhavige arrest heeft benadrukt, de doorgifte van beschermde werken door een andere organisatie dan de organisatie die de oorspronkelijke toestemming voor de mededeling heeft verkregen, een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt indien de uitgezonden werken worden vertoond aan een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek waarmee de betrokken rechthebbenden geen rekening hielden toen zij oorspronkelijk toestemming gaven voor het gebruik van hun werken.

33 In casu volgt uit de verwijzingsbeslissing dat de „antenne-installatie voor kleine gemeenschappen” van Zürs.net het mogelijk maakt om, naast de uitzendingen van ORF, tevens uitzendingen van andere, in andere lidstaten gevestigde zenders, uit te zenden, waardoor dergelijke uitzendingen als mededelingen aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 kunnen worden beschouwd. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

34 In die omstandigheden rijst de vraag of de exploitanten van deze antenne-installaties voor kleine gemeenschappen op basis van een van de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 bedoelde beperkingen kunnen ontkomen aan het vereiste om toestemming van de rechthebbende te verkrijgen.

35 In dit verband volgt uit artikel 5, lid 3, onder o), van richtlijn 2001/29 dat de lidstaten beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten kunnen stellen ten aanzien van het gebruik in bepaalde minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het nationale recht mits het alleen analoog gebruik betreft en het vrije verkeer van goederen en diensten in de Europese Unie niet wordt belemmerd, onverminderd de in dit artikel vervatte beperkingen en restricties.

36 Door de verwijzing naar met name artikel 3 van richtlijn 2001/29, vormt artikel 5, lid 3, onder o), van deze richtlijn een bepaling op grond waarvan kan worden afgeweken van het in artikel 3 vervatte recht van mededeling aan het publiek.

37 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten de bepalingen van een richtlijn die afwijken van een bij dezelfde richtlijn vastgesteld algemeen beginsel, eng worden uitgelegd (arresten van 16 juli

2009, Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, punt 56, en 10 april 2014, ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, punt 22).

38 Hieruit volgt dat de verschillende beperkingen en restricties waarin artikel 5, lid 3, van richtlijn 2001/29 voorziet, waaronder die bedoeld onder o), van deze bepaling, strikt moeten worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punt 109).

39 In het hoofdgeding blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling toestaat dat marktdeelnemers een activiteit verrichten op het gebied van de verspreiding van beschermde werken via gemeenschappelijke antenne-installaties, zonder dat zij verplicht zijn, met name, om op grond van het recht van mededeling aan het publiek waarover de auteurs van deze werken beschikken, toestemming van deze auteurs te vragen, mits niet meer dan 500 abonnees bij een dergelijke antenne-installatie zijn aangesloten.

40 Deze mogelijkheid, die in de wet is geregeld, kan marktdeelnemers aantrekken die daarvan gebruik wensen te maken, en kan leiden tot het constante en gelijktijdige gebruik van meerdere gemeenschappelijke antenne-installaties. Dit kan er bijgevolg toe leiden dat op het nationale grondgebied een situatie ontstaat waarin een groot aantal abonnees tegelijkertijd toegang heeft tot de op deze wijze verspreide uitzendingen.

41 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat juist het criterium van het gecumuleerde aantal potentiële kijkers dat tegelijkertijd toegang heeft tot hetzelfde werk een belangrijk element vormt voor het begrip „publiek”, en bijgevolg, een wezenlijk element voor de mededeling aan het publiek waarvoor het vereiste geldt om toestemming van de betrokken rechthebbende te verkrijgen (zie in die zin arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 42-44).

42 Gelet op de strikte uitlegging die aan artikel 5, lid 3, onder o), van richtlijn 2001/29 moet worden gegeven, en op de in overweging 9 van deze richtlijn genoemde doelstelling van een hoog beschermingsniveau van auteursrechten, kan een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan een aantal marktdeelnemers via gemeenschappelijke antenne-installaties met een beperkt aantal aangesloten abonnees tegelijkertijd beschermde werken kunnen verspreiden zonder daarvoor toestemming van de auteurs te hebben verkregen, met name gelet op het in punt 40 van het onderhavige arrest gepreciseerde cumulatieve effect ervan, niet als „gebruik in [...] minder belangrijke gevallen” in de zin van voornoemd artikel 5, lid 3, onder o), worden beschouwd.

43 In deze omstandigheden en zonder dat hoeft te worden onderzocht of is voldaan aan de andere voorwaarden van artikel 5, lid 3, onder o), van richtlijn 2001/29, moet worden overwogen dat een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding niet kan zijn vastgesteld op grond van de aan de lidstaten geboden mogelijkheid beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 van deze richtlijn bedoelde rechten te stellen. Een dergelijke wet-

telijke regeling moet bijgevolg het in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 opgenomen beginsel in acht nemen dat auteurs van beschermde werken het uitsluitende recht hebben de mededeling daarvan aan het publiek toe te staan of te verbieden.

44 Gelet op het voorgaande dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat:

- artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 en artikel 11 bis van de Berner Conventie aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan voor een gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de nationale omroeporganisatie, door middel van kabels die op het nationale grondgebied liggen, geen toestemming van de auteur uit hoofde van het uitsluitende recht van mededeling aan het publiek hoeft te worden verkregen, voor zover deze doorgifte een louter technisch communicatiemiddel vormt en daarmee door de auteur van het werk rekening is gehouden bij de oorspronkelijke toestemming tot mededeling ervan, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan;
- artikel 5 van richtlijn 2001/29, en in het bijzonder lid 3, onder o), ervan, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan voor een omroepuitzending via een gemeenschappelijke antenne-installatie geen toestemming van de auteur uit hoofde van het uitsluitende recht van mededeling aan het publiek hoeft te worden verkregen, wanneer bij de installatie niet meer dan 500 abonnees zijn aangesloten, en dat deze wettelijke regeling bijgevolg moet worden toegepast in overeenstemming met artikel 3, lid 1, van deze richtlijn, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

Kosten

45 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 3, lid 1, van 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, en artikel 11 bis van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, in de versie na de Akte van Parijs van 24 juli 1971, als gewijzigd op 28 september 1979, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan voor een gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de nationale omroeporganisatie, door middel van kabels die op het nationale grondgebied liggen, geen toestemming van de auteur uit hoofde van het uitsluitende recht van mede-

ling aan het publiek hoeft te worden verkregen, voor zover deze doorgifte een louter technisch communicatiemiddel vormt en daarmee door de auteur van het werk rekening is gehouden bij de oorspronkelijke toestemming tot mededeling ervan, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan;

Artikel 5 van richtlijn 2001/29, en in het bijzonder lid 3, onder o), ervan, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, op grond waarvan voor een omroepuitzending via een gemeenschappelijke antenne-installatie geen toestemming van de auteur uit hoofde van het uitsluitende recht van mededeling aan het publiek hoeft te worden verkregen, wanneer bij de installatie niet meer dan 500 abonnees zijn aangesloten, en dat deze wettelijke regeling bijgevolg moet worden toegepast in overeenstemming met artikel 3, lid 1, van deze richtlijn, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.



Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam.

Openbaar maken in de sneeuw

Het Hof EU blijft verrassen met zijn toepassing van het 'nieuw publiek'-criterium. Dit keer in een zaak over kabeldoorgifte van het programma van de Oostenrijkse publieke omroep ORF aan ongeveer 130 abonnees in het Oostenrijkse wintersportoord Zürs.¹

In 2006 is het Hof EU begonnen met de toepassing van het 'nieuw publiek'-criterium bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'mededeling aan het publiek'.² Toen bleek de vertoning en de kabeldoorgifte van televisie-uitzendingen in hotels een afzonderlijke mededeling aan het publiek, omdat die 'mededeling' aan het aldaar aanwezige publiek *niet* zou zijn *ingecalculeerd* bij de toestemming tot de televisie-uitzending. Niet-ingecalculeerd is 'nieuw publiek' en daarom is er sprake van een mededeling aan het publiek. Rechthebbenden zouden bij de gegeven toestemming tot televisie-uitzending alleen rekening hebben gehouden met kijkers in woonhuizen en niet met die in hotels.

Afgezien van de feitelijke juistheid van deze veronderstelling is het de vraag of hier niet sprake is van een te subjectief criterium en of hier niet een cirkelredenering dreigt. Een rechthebbende zal immers bij het geven van toestemming voor een televisie-uitzending die kijkers *moeten* incalculeren waarvoor hij *niet* 'downstream', door de uitoefening van een recht ten opzichte van een verdere mededeling aan het publiek, *apart* kan afrekenen. Bijvoorbeeld: als hotelkamerdoorgifte binnen het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending geen afzonderlijke mededeling aan het publiek zou zijn, zou

de rechthebbende die 'hotelkamerkijkers' wel moeten *incalculeren* bij de toestemming voor de uitzending. Idem voor 'cafékijkers',³ 'kuuroordkijkers'⁴ en 'revalidatiecentrumkijkers'.⁵ Met andere woorden: het Hof EU bepaalt met zijn normatief oordeel over wat een aparte mededeling aan het publiek is, wat de rechthebbende wanneer moet *incalculeren* of niet hoeft in te *calculeren*. Als het dat afhankelijk maakt van wat feitelijk wordt *ingecalculeerd* is er sprake van een cirkelredenering.⁶

Later is het Hof het 'nieuw publiek'-criterium ook gaan toepassen op hyperlinken,⁷ maar die toepassing, waarop ook veel kritiek is, blijft hier buiten beschouwing. Verwezen zij daarvoor naar het artikel van Van Velze en de daarin genoemde bronnen.⁸ Naar dat artikel zij ook verwezen voor de systematische bezwaren tegen het nieuw publiek-criterium in het algemeen en de strijdigheid ervan met (de geschiedenis van) artikel I Ibis van de Berner Conventie.

Hier ligt de nadruk op de kabeldoorgifte binnen het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending, met name bij kleine kabelnetten. In casu ging het om een Oostenrijkse wettelijke regeling die inhield dat bij kabelnetten van minder dan 500 aansluitingen *sowieso* geen sprake is van een mededeling aan het publiek,⁹ dus ook niet als het gaat om doorgifte van programma's *buiten* het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending.

Het meest recente oordeel van het Hof EU uit 2013 over een tamelijk vergelijkbare situatie betreft het ITV/TVCatchup I-arrest.¹⁰ In die zaak ging het om doorgifte van televisieprogramma's via internet binnen het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending. De Engelse rechter stelde een groot aantal gedetailleerde vragen, met name over de relevantie van het feit dat hier geen sprake leek van een 'nieuw publiek'. Het Hof verraste toen met het oordeel dat er bij internetdoorgifte sprake was van 'een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling' en dat het daarom helemaal niet relevant was of er sprake was van een nieuw publiek.

'De onderhavige zaak in het hoofdgeding heeft daarentegen betrekking op de doorgifte van de werken die zijn opgenomen in een uitzending via zendmasten en de beschikbaarstelling van deze werken op internet. Zoals blijkt uit de punten 24 tot en met 26 van het onderhavige arrest, moet elk van deze twee doorgiften individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs worden toegestaan aangezien beide doorgiften onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek. *De voorwaarde van het nieuwe publiek*, die enkel relevant is in de situaties waarover het Hof zich heeft moeten uitspreken in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten SGAE, Football Association Premier League e.a., alsook Airfield en Canal Digitaal, *behoeft derhalve niet meer subsidiair te worden onderzocht*' (r.o. 39, curs. toegevoegd).

Het Hof merkt ook nog iets op over het argument dat slechts sprake zou zijn van ontvangstverbetering.

'Dat dit gebeurt binnen het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending doet niet ter zake. Deze doorgifte heeft namelijk geenszins tot doel de kwaliteit van de ontvangst van de doorgifte door deze organisatie te behouden of te verhogen. Bijgevolg kan deze interventie niet als een louter technisch middel [voor ontvangstverbetering] worden beschouwd' (ov. 30).

Deze overweging had een voorbode kunnen zijn van een beslissing in een casus waarin wél slechts sprake is van "een louter technisch middel voor ontvangstverbetering".

Op 1 maart 2017 deed het Hof EU uitspraak in de zaak ITV/TVCatchup II.¹¹ Daar ging het om de vraag of de dienst van TVCatchup misschien toegestaan zou kunnen worden op grond van artikel 9 van de Auteursrechtlijn dat bepaalt: 'Deze richtlijn doet geen afbreuk aan bepalingen betreffende met name [...] toegang tot de kabel van omroepdiensten [...]'. Het antwoord luidde ontkennend en het Hof verwees nadrukkelijk naar zijn arrest ITV/TVCatchup I.

Voor de jongere kijkers is het intussen nuttig erop te wijzen dat de Nederlandse Hoge Raad in 1981¹² en 1984¹³ het vereiste van het bereiken van een 'nieuw publiek' en alle argumenten met betrekking tot 'reeds ingecalculeerd zijn', 'ontvangstverbetering' en 'dubbele betaling' uitdrukkelijk verwierp.¹⁴

'Geen rechtsregel brengt mee dat de auteursrechthebbende bij de toestemming tot uitzending geacht moet worden "rekening gehouden te hebben met en verdisconteerd te hebben het servicegebied"'.¹⁵

In 1993 besliste de Hoge Raad dat ook kleine kabelnetten openbaar maken:

'Bij gebreke van een andere hanteerbare en voldoende met de belangen van "auteursrechthebbenden rekening houdende maatstaf, dient aansluiting te worden gezocht bij" het "familie- en vriendenkring criterium". Er is alleen dan geen sprake van openbaarmaking "indien de door de gemeenschappelijke antenne-inrichting ontvangen uitzendingen uitsluitend worden doorgeleid naar een kring van personen tussen wie familiebanden, banden van vriendschap of andere, nauwelijks minder hechte, banden van persoonlijke aard bestaan"'.¹⁶

Voor alle Nederlandse kijkers is het aardig om te vertellen dat in Duitsland het Bundesgerichtshof in 2015 oordeelde dat bij kabeldoorgifte aan 343 woningen van een *Wohnungseigentümergeinschaft* géén sprake was van een mededeling aan het publiek omdat er geen sprake was van een 'onbepaald publiek' en slechts van 'ontvangstverbetering':

'Es erscheine bereits zweifelhaft, ob die Weiterleitung der Rundfunksignale in die 343 Wohnungseinheiten an eine Öffentlichkeit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfolge. Die die Sendesignale empfangenden Wohnungseigentümer stellten keine unbestimmte Zahl potentieller Adressaten dar. Die die Kabelanlage betreibende Eigentümergemeinschaft beschränke sich auf eine Umlage der mit dem Betrieb anfallenden

Kosten auf die Wohnungseigentümer und erhebe kein darüber hinaus gehendes Entgelt.

Die Weiterleitung des Sendesignals mittels der Kabelanlage sei jedenfalls nicht als öffentliche Wiedergabe einzustufen. Mit der leitungsgebundenen Übertragung der Sendesignale in die einzelnen Wohnungen werde kein neues Publikum im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erreicht. Die Weiterleitung des Sendesignals stelle bei wertender Betrachtung auch kein spezifisches neues technisches Verfahren, sondern lediglich ein technisches Mittel zur Verbesserung des Empfangs dar.¹⁷

Maar wat doet het Hof EU nu? Dat blijkt volledig uit overwegingen 28 tot en met 30:

‘Uit de opmerkingen van Zürs.net, die op dit punt niet door AKM zijn betwist, volgt dat wanneer de betrokken rechthebbenden aan ORF toestemming geven voor radio-uitzendingen, zij ervan op de hoogte zijn dat de uitzendingen van die nationale organisatie door eenieder die zich op het nationale grondgebied bevindt, kunnen worden ontvangen.

Daar de verspreiding van beschermde werken via kabels, zoals volgt uit de bewoordingen van de prejudiciële vraag, op het nationale grondgebied plaatsvindt, en de rechthebbenden dus rekening hebben gehouden met de betrokkenen toen zij de oorspronkelijke verspreiding door de nationale omroeporganisatie toestonden, kan het publiek aan wie Zürs.net de betrokken werken verspreidt, niet als nieuw publiek worden beschouwd.

Hieruit volgt dat de doorgifte van uitzendingen overeenkomstig de in punt 18 van het onderhavige arrest bepaalde voorwaarden geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1 van richtlijn 2001/29 vormt. Bijgevolg hoeft voor een dergelijke doorgifte geen toestemming van de rechthebbenden als bedoeld in die bepaling te worden verkregen.’

Bij kabeldoorgifte binnen het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending is geen sprake van een mededeling aan een ‘nieuw (niet ingecalculiseerd) publiek’, dus is geen sprake van een auteursrechtelijk relevante mededeling aan het publiek.

Met geen woord wordt gerept over ‘een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling’. Ook wordt niet gesproken over ‘een louter technisch middel voor ontvangstverbetering’. Het ITV/TVCatchup I-arrest wordt in het geheel niet genoemd. Verder vond het Hof de zaak zo eenvoudig dat een Conclusie A-G niet nodig was en dat een Kamer van drie deze zaak kon afdoen.

Het is op zichzelf best begrijpelijk wat het Hof hier overweegt, het laat zich alleen moeilijk rijmen met zijn eigen ITV/TVCatchup-arrest(en). En het is een benadering die, zeker als het om ‘grote kabelnetten’ gaat, in Nederland al 35 jaar geleden en vervolgens in de meeste andere landen is verworpen.

En het roept veel vragen op. Met name: Wanneer is er nu sprake van ‘een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling’? En kunnen rechthebbenden ertoe overgaan expliciet overeen te komen met omroepen dat kabeldoorgifte c.q. het publiek dat kijkt via kabeldoorgifte *niet* is ingecalculiseerd bij de gegeven toestemming? Dat wordt waarschijnlijk lastig, al was het maar omdat het onderscheid tussen (primaire) uitzending en (secundaire?) kabeldoorgifte volledig is vervaagd. In de meeste gevallen is kabeldoorgifte zelfs de belangrijkste primaire uitzending. Ziggo en de kleinere kabelaars ‘halen het signaal op’ bij de Mediagateway in Hilversum of signalen worden anderszins ‘direct geïnjecteerd’ in kabelnetwerken. Dan is er slechts sprake van één mededeling aan het publiek, zoals inmiddels zowel de Hoge Raad¹⁸ als het Hof EU¹⁹ hebben beslist.

Als gevolg van deze verschuiving naar primaire kabeldoorgifte dreigde de sinds 1984 bestaande vergoeding voor kabeldoorgifte (goed voor meer dan 40 miljoen euro per jaar) te verdwijnen. Daarom heeft de Nederlandse wetgever in 2015 een ‘reparatie’ doorgevoerd, door de ‘collectieve proportionele billijke vergoeding voor belangrijke makers’ te introduceren in art. 45d lid 2 Auteurswet. De grote kabelaars en omroepen betalen via hun samenwerkingsorgaan RODAP inmiddels weer vergoedingen aan alle Collectieve Beheersorganisaties (CBO’s). In die zin zou de invloed van dit arrest kunnen meevallen. Maar het zou wel van invloed kunnen zijn voor partijen buiten RODAP die aan ‘ouderwetse’ kleinschalige (secundaire) kabeldoorgifte doen. Als die doorgifte plaatsvindt naar woningen, zou deze in het licht van dit arrest, geen mededeling aan het publiek opleveren, als het gaat om de programma’s van NPO, RTL of SBS, die samen goed zijn voor 85% van de kijkdichtheid. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de CBO’s meer willen heffen bij de omroepen zelf, omdat die ‘kleine kabelnetten-kijkers’ *tot nu toe niet* door hen werden ingecalculiseerd bij de toestemming voor de primaire uitzending.

Voor Duitsland en Oostenrijk betekent deze beslissing intussen dat kleine kabelnetten wél moeten gaan betalen voor kabeldoorgifte van televisie-uitzendingen van *buiten* het ontvangstgebied. Want daarover doet het Hof in deze zaak ook uitspraak in r.o. 31 t/m 43: het gaat daarbij immers om niet-ingecalculerde kijkers; dus, hoe klein het kabelnetwerk ook is, voor doorgifte van buitenlandse televisieprogramma’s die niet rechtstreeks te ontvangen zijn, moet altijd worden betaald. Het Hof beslist dit in het kader van art. 5 lid 3 onder o Auteursrecht richtlijn, de rest-bepaling voor beperkingen voor ‘minder belangrijke gevallen’. Het Hof oordeelt dus niet over de ondergrens van de mededeling aan het publiek per kabel als zodanig. Mogelijk is dat nog steeds de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring, ‘bij gebreke van een andere hanteerbare en voldoende met de belangen van auteursrechthebbenden rekening houdende maatstaf’.

Het blijft intussen moeilijk te rijmen met het feit dat bijvoorbeeld ‘de hotelhouder die televisietoestellen installeert in de kamers van zijn hotel en deze toestellen verbindt met de centrale antenne van het hotel, [...] door dit loutere feit een mededeling aan het publiek [verricht]’.²⁰ Waarom zou die hotelhouder wel moeten betalen en de verhuurder van een appartementencomplex niet? En hoe zit het

met de Airbnb-kijkers? Bejaardenhuiskijkers? Zijn die ingecalculerde 'privé-kijkers' of niet-ingecalculerde 'hotelkijkers'? Het zou mij niet verbazen als het Hof EU op termijn weer met 'rechtsverfijning' zou komen waaruit volgt dat het al dan niet hebben van een winst-oogmerk toch weer van belang is. Of dat er sprake kan zijn van 'loutere ontvangstverbetering'. Daardoor zouden de Duitse *Wohnungseigentümergeinschaft* en de coöperatie Serviceflat 'Zandbergen'²¹ mogelijk helemaal niet hoeven te betalen en de verhuurder van een appartementencomplex met kabelvoorzieningen misschien weer wel.

- 1 'Zürs am Arlberg is een dorp in de gemeente Lech in de Oostenrijkse deelstaat Vorarlberg. Het is gelegen aan de Flexenpas, dicht bij de grens met Tirol. Het dorp bestaat bijna alleen uit hotels en pensions. Zürs leeft overwegend van het wintersporttoerisme, omdat vanwege de hoge ligging (1717 meter boven zeeniveau) akkerbouw onmogelijk is. In de zomer zijn er vrijwel geen pensions geopend, en is de plaats vrijwel uitgestorven' (bron: Wikipedia).
- 2 HvJ EG 7 december 2006, C 306/05, ECLI:EU:C:2006:764, AMI 2007, p. 45-50, m.nt. Koelman; *Mf* 2007, p. 56-62, m.nt. Visser (*SGAE/Rafael Hoteles*).
- 3 HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08, ECLI:EU:C:2011:631 AMI 2012/1, nr. 1 (*Premier League*).
- 4 HvJ EU 27 februari 2014, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, AMI 2014/5, nr. 13 (*OSA*).
- 5 HvJ EU 31 mei 2016 (C-117/15) ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training/ GEMA*).
- 6 Vgl. D.L.G. Visser, 'Openbaar maken met ketchup', AMI 2013/2, p. 45.
- 7 HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (*Svensson/ Retriever*).
- 8 S.C. van Velze, 'Het "nieuw publiek" criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht', AMI 2016/3, p. 57-66.
- 9 § 17 lid 3 Urheberrechtsgesetz: 'De doorgifte van omroepuitzendingen [...] via een gemeenschappelijke antenne-installatie [...] b) geldt niet als een nieuwe omroepuitzending, wanneer niet meer dan 500 abonnees op de antenne-installatie zijn aangesloten. Voor het overige geldt de gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de [nationale omroeporganisatie (ORF)] door middel van kabels op het nationale grondgebied als een integrerend onderdeel van de oorspronkelijke omroepuitzending.' (zie r.o. 9).
- 10 HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147 (*ITV/Catchup I*).
- 11 HvJ EU 1 maart 2017, C-275/15, ECLI:EU:C:2017:144 (*ITV/TVCatchup II*).
- 12 HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 (*CAI Amstelveen I*).
- 13 HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 (*CAI Amstelveen II*).
- 14 Zie uitgebreid: G.J.H.M. Mom, *Kabeltelevisie en auteursrecht*, Koninklijke Vermande, 1990.
- 15 HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 (*CAI Amstelveen II*), r.o. 7.4.
- 16 HR 24 december 1993, NJ 1994, 641 m.nt. Spoor; AMI 1994, p. 60, m.nt. Mom (*Kleine kabelnetten*).
- 17 BGH 17 september 2015, I ZR 228/14, GRUR 2016, 71 (*Ramses*).
- 18 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, NJ 2015, 365 m.nt. Hugenholtz (*NORMA/NLKabel*).
- 19 HvJ EU 19 november 2015, C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764 (*SBS Belgium/ Sabam*).
- 20 HvJ EU 18 maart 2010, C-136/09, ECLI:EU:C:2010:151 (*OSDD/Divani Akropolis*).
- 21 www.serviceflatzandbergen.nl, een van de gedaagden in de Nederlandse kleine kabelnetten-zaak in 1993.