

Hof van Justitie van de Europese Unie 27 februari 2014
(Procestaal: Tsjechisch)

Nadere uitleg over begrip 'mededeling aan het publiek'; onderscheid tussen auteursrecht en naburig recht? Rechtvaardiging van een nationaal wettelijk monopolie tot collectief beheer van rechten in het licht van het vrij verkeer van diensten. Is een collectief beheersorganisatie gebonden aan het verbod op het beperken van het vrij verkeer van diensten? Wanneer vormt de hoogte van het tarief van een collectief beheer misbruik van machtspositie?

In zaak C-351/12, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajský soud v Plzni (Tsjechische Republiek) bij beslissing van 10 april 2012, ingekomen bij het Hof op 24 juli 2012, in de procedure

OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s.

tegen

Léčebné lázně Léčebné lázně a.s.,

Wijst HET HOF (Vierde kamer),
[...]

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 3 en 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 L 167, blz. 10), artikel 16 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376, blz. 36) en de artikelen 56 VWEU en 102 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. (hierna: 'OSA'), een collectieve beheersorganisatie voor auteursrechten op muzikale werken, enerzijds, en Léčebné lázně Léčebné lázně a.s. (hierna: 'Léčebné lázně'), een vennootschap die een particuliere gezondheidszorginstelling beheert, anderzijds, over de betaling van vergoedingen uit hoofde van auteursrechten in verband met de beschikbaarstelling van televisie- en radio-uitzendingen in de kamers van de instelling.

Toepasselijke bepalingen

[...]

Tsjechisch recht

9 In § 23 van wet nr. 121/2000 inzake het auteursrecht (hierna: 'auteurswet'), zoals van toepassing in de periode die in het hoofdgeding aan de orde is, wordt de uitzending via radio of televisie van een werk omschreven als de beschikbaarstelling van het via radio of televisie uitgezonden werk door middel van een toestel dat technisch in staat is radio- of televisieuitzendingen te ontvangen. Als een dergelijke uitzending wordt evenwel niet beschouwd de beschikbaarstelling van een werk aan patiënten wanneer aan hen zorg wordt verleend in zorginstellingen.

10 § 98 auteurswet stelt het collectief beheer van auteursrechten afhankelijk van de afgifte van een vergunning. Krachtens § 6, sub c, van dat artikel kan het bevoegde ministerie een dergelijke vergunning enkel verlenen indien er nog geen andere persoon is die reeds over een vergunning beschikt voor de uitoefening van datzelfde recht dat betrekking heeft op hetzelfde beschermde

materiaal en, indien het gaat om een werk, voor de uitoefening van datzelfde recht met betrekking tot hetzelfde soort werk.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11 OSA vordert van Léčebné lázně betaling van een bedrag van 546 995 CZK, vermeerderd met verdragingsrente, aangezien laatstgenoemde in de litigieuze periode – van 1 mei 2008 tot en met 31 december 2009 – zonder een licentieovereenkomst te hebben afgesloten met OSA, in de kamers van haar kuurinrichting televisie- en radiotoestellen had geïnstalleerd waarmee zij door OSA beheerde werken beschikbaar stelde aan haar patiënten. Volgens OSA is § 23 auteurswet, waarin is bepaald dat zorginrichtingen wanneer zij zorg verstrekken geen vergoeding hoeven te betalen voor auteursrechten, in strijd met richtlijn 2001/29.

12 Léčebné lázně betoogt dat zij valt onder de in voornoemd artikel 23 bedoelde uitzondering en betwist de stelling dat deze bepaling in strijd is met richtlijn 2001/29. Zij voegt hieraan toe dat indien mocht worden geoordeeld dat toch van deze strijdigheid sprake is, op deze richtlijn geen beroep kan worden gedaan in een geding tussen particulieren.

13 Bovendien stelt Léčebné lázně dat OSA misbruik maakt van haar monopoliepositie op de markt, aangezien de hoogte van de vergoedingen onevenredig is in verhouding tot de vergoedingen die in naburige staten voor dezelfde vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken worden gevraagd door buitenlandse collectieve beheersorganisaties, zodat verzoeksters marktpositie en vermogen om te concurreren met kuurinrichtingen in naburige staten worden aangetast. Verzoeksters inrichting wordt ook door buitenlandse cliënten bezocht en zij ontvangt ook signalen van buitenlandse radio- en televisieomroepen. Zij werpt tegen dat de vrijheid van dienstverrichting wordt beperkt en dat het in haar belang zou zijn wanneer zij een licentieovereenkomst zou kunnen sluiten met een collectieve beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat, waar een lager auteursrecht wordt verlangd.

14 In deze omstandigheden heeft de Krajský soud v Plzni de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- 1) *Moet richtlijn [2001/29] aldus worden uitgelegd dat een beperking die auteurs een vergoeding ontzegt voor de mededeling van hun werk via radio- of televisie-uitzending door middel van radio- of televisieontvangstapparatuur aan patiënten in de kamers van een kuurinrichting die geldt als onderneming, in strijd is met de artikelen 3 en 5 ervan [en met name met artikel 5, [leden] 2, sub e, [...] 3, sub b, en [...] 5[.] ervan?*
- 2) *Is de inhoud van deze bepalingen van de richtlijn inzake bovenbedoeld gebruik van een werk zo nauwkeurig en onvoorwaardelijk dat collectieve beheersorganisaties voor auteursrechten [...] zich er voor de nationale rechter in een geding tussen particulieren op kunnen beroepen, indien een [lid]staat richtlijn [2001/29] niet correct in nationaal recht heeft omgezet?*
- 3) *Moeten de artikelen 56 [VWEU] en volgende en artikel 102 [VWEU] of, in voorkomend geval, artikel 16 van richtlijn [2006/123.] aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan de toepassing van een nationale regeling die het collectieve beheer van auteursrechten op het grondgebied van de [lid]staat voorbehoudt aan één collectieve beheersorganisatie [...] (monopolist), zodat afnemers van de dienst niet de vrijheid hebben om te kiezen voor een collectieve beheersorganisatie [...] van een andere [lid]staat?*

[...]

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

22 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet

worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die het recht van auteurs uitsluit om de mededeling, door een kuurinrichting die handelt als commerciële onderneming, van hun werken middels het bewust verspreiden van een signaal via radio of -televisieontvangers in de kamers van de patiënten van die inrichting, toe te staan of te verbieden. De verwijzende rechter wenst voorts te vernemen of artikel 5, leden 2, sub e, 3, sub b, en 5, van deze richtlijn kan afdoen aan de uitlegging van eerstgenoemde bepaling binnen een dergelijke context.

23 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat richtlijn 2001/29 als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat deze met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning kunnen ontvangen voor het gebruik van hun werk. Aan het in artikel 3, lid 1, van deze richtlijn bedoelde begrip 'mededeling aan het publiek' moet dus een ruime betekenis worden gegeven, zoals overigens uitdrukkelijk wordt verklaard in punt 23 van de considerans van diezelfde richtlijn (arrest van 7 maart 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, C-607/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 Zoals OSA, de Tsjechische regering en de Europese Commissie, terecht aanvoeren, dient te worden geoordeeld dat er sprake is van een 'mededeling aan het publiek' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, wanneer de exploitant van een kuurinrichting als aan de orde in het hoofdgeding, zijn patiënten toegang verschaft tot werken die via televisie- of radioapparaten worden uitgezonden, doordat deze exploitant het ontvangen signaal – dat de drager is van het beschermde werk – in hun kamers verspreidt.

25 Om te beginnen dient het begrip 'mededeling' immers in die zin te worden opgevat dat elke uitzending van de beschermde werken daaronder valt, ongeacht het gebruikte technische middel of procédé (arrest van 4 oktober 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 en C-429/08, *Jurispr. blz. I-9083*, punt 193).

26 Derhalve verricht de exploitant van een kuurinrichting een mededeling, wanneer hij bewust beschermde werken doorgeeft, door vrijwillig via televisie- of radioontvangers een signaal te verspreiden in de kamers van de patiënten van deze inrichting [zie in die zin reeds aangehaald arrest *Football Association Premier League e.a.*, punt 196, en arrest van 15 maart 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 40].

27 Vervolgens zij eraan herinnerd dat het begrip 'publiek', waarnaar artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 van deze bepaling verwijst, op een onbepaald aantal potentiële kijkers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert (reeds aangehaald arrest *ITV Broadcasting e.a.*, punt 32).

28 Met betrekking tot inzonderheid dit laatste criterium moet rekening worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van de werken aan de potentiële kijkers. Dienaangaande is het met name van belang te weten hoeveel personen tegelijk en achtereenvolgens tot hetzelfde werk toegang hebben (arrest van 7 december 2006, *SGAE*, C-306/05, *Jurispr. blz. I-11519*, punt 39, en reeds aangehaald arrest *ITV Broadcasting e.a.*, punt 33).

29 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 28 van haar conclusie, zal een kuurinrichting veelal, zowel tegelijkertijd als achtereenvolgens, een onbepaald maar vrij groot aantal personen te gast hebben, die uitzendingen in hun kamers kunnen ontvangen.

30 Anders dan *Léčebné lázně* stelt, kan de loutere omstandigheid dat de verblijfsduur van patiënten in een kuurinrichting in het algemeen langer is dan de verblijfsduur van gasten in een hotel aan deze vaststelling geen afbreuk doen, aangezien het, vanwege de cumulatieve effecten die voortvloeien uit het beschikbaar stel-

len van de werken aan dergelijke patiënten, nog altijd zal gaan om een vrij groot aantal personen.

31 Ook zij eraan herinnerd dat van een 'mededeling aan het publiek' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 alleen sprake kan zijn indien het uitgezonden werk wordt vertoond aan een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek waarmee de auteurs van de beschermde werken geen rekening hielden toen zij toestemming gaven voor het gebruik ervan voor de mededeling aan het oorspronkelijke publiek (reeds aangehaald arrest *Football Association Premier League e.a.*, punt 197 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Net als de gasten van een hotel vormen de patiënten van een kuurinrichting een dergelijk nieuw publiek. De kuurinrichting is immers het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, tussenkomen om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Zonder deze tussenkomen zouden de hotelgasten in beginsel niet van het uitgezonden werk kunnen genieten (zie in die zin reeds aangehaald arrest *SGAE*, punten 41 en 42).

33 Hieruit volgt dat de mededeling, door een kuurinrichting als aan de orde in het hoofdgeding, van beschermde werken, middels het bewust verspreiden, via televisie- of radioontvangers, van een signaal in de kamers van de patiënten van die inrichting, een 'mededeling aan het publiek' vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

34 Aan deze uitlegging wordt niet afgedaan door het door *Léčebné lázně* aangevoerde argument dat een mededelingshandeling als aan de orde in het hoofdgeding, dezelfde kenmerken heeft als een mededeling van beschermde werken die wordt verricht door een tandarts in zijn tandartspraktijk en ten aanzien waarvan het Hof – in zijn arrest van 15 maart 2012, *SCF (C-135/10)*, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie – heeft geoordeeld dat deze niet valt onder het begrip 'mededeling aan het publiek', in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

35 In dit verband kan worden volstaan met op te merken dat de aan het reeds aangehaalde arrest *SCF* ontleende beginselen niet relevant zijn in de onderhavige zaak, aangezien deze zaak geen betrekking heeft op het in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 bedoelde auteursrecht, maar op een aan uitvoerend kunstenaars en producenten van fonogrammen toekomend recht van vergoeding, dat is neergelegd in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PB L 346, blz. 61).

36 Aangezien een mededeling van beschermde werken als aan de orde in het hoofdgeding, een 'mededeling aan het publiek' vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, dient de nationale regeling, zoals volgt uit de bewoordingen van deze bepaling, te voorzien in een uitsluitend recht voor de auteurs om die mededeling toe te staan of te verbieden, tenzij deze valt onder een beperking of restrictie als bedoeld in richtlijn 2001/29.

37 In dit verband moet met name worden onderzocht of artikel 5, leden 2, sub e, 3, sub b, en 5, van deze richtlijn, waarnaar de verwijzende rechter uitdrukkelijk verwijst, een grondslag kan bieden voor een dergelijke beperking of restrictie.

38 Wat om te beginnen artikel 5, lid 2, sub e, van richtlijn 2001/29 betreft, dient te worden opgemerkt dat, zoals volgt uit de bewoordingen ervan, deze bepaling enkel grondslag biedt voor een beperking of restrictie van het in artikel 2 van deze richtlijn bedoelde reproductierecht. Zij kan dus geen grondslag bieden voor een beperking of restrictie van het in artikel 3, lid 1, van diezelfde richtlijn neergelegde uitsluitende recht van auteurs om elke mededeling aan het publiek van hun werken toe te staan of te verbieden.

39 Wat vervolgens artikel 5, lid 3, sub b, van richtlijn 2001/29 betreft, deze bepaling staat de lidstaten toe om een beperking of restrictie te stellen op de in artikel 3 ervan voorziene rechten, wanneer het gaat om een gebruik ten behoeve van mensen met een handicap dat direct met de handicap verband houdt en van niet-commerciële aard is, voor zover dit gebruik door de betrokken handicap is vereist. Het aan het Hof overgelegde dossier bevat evenwel geen enkele aanwijzing dat in een zaak als aan de orde in het hoofdgeding, aan alle in eerstgenoemde bepaling genoemde voorwaarden is voldaan.

40 Artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29, ten slotte, legt niet de beperkingen of restricties vast die de lidstaten kunnen stellen ten aanzien van met name de in artikel 3, lid 1, van die richtlijn bedoelde rechten, maar bevat slechts een precisering van de reikwijdte van de beperkingen en restricties die zijn vermeld in de aan die eerstgenoemde bepaling voorafgaande leden.

41 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die het recht van auteurs uitsluit om de mededeling – door een kuurinrichting die handelt als commerciële onderneming – van hun werken middels het bewust verspreiden van een signaal via radio of televisieontvangers in de kamers van de patiënten van die inrichting, toe te staan of te verbieden. Artikel 5, leden 2, sub e, 3, sub b, en 5 van deze richtlijn kan niet afdoen aan deze uitlegging.

Tweede vraag

42 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat een beheersorganisatie zich in een geding tussen particulieren op deze bepaling kan beroepen voor het buiten toepassing laten van een daarmee strijdige regeling van een lidstaat.

43 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak zelfs een duidelijke, nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijke bepaling van een richtlijn die tot doel heeft particulieren rechten te verlenen of hun verplichtingen op te leggen, niet als zodanig kan worden toegepast in gedingen tussen uitsluitend particulieren (arrest van 15 januari 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Het Hof heeft echter geoordeeld dat een nationale rechter die uitspraak moet doen in een geding tussen uitsluitend particulieren, bij de toepassing van nationale bepalingen het gehele nationale recht in beschouwing moet nemen en dit zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en doelstelling van deze richtlijn moet uitleggen om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel (zie in die zin reeds aangehaald arrest *Association de médiation sociale*, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Niettemin heeft het Hof gepreciseerd dat voor dit beginsel van conforme uitlegging van het nationale recht bepaalde beperkingen gelden. Aldus wordt de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te verwijzen naar de inhoud van een richtlijn begrensd door de algemene rechtsbeginselen en kan zij niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (reeds aangehaald arrest *Association de médiation sociale*, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Aangezien de verwijzende rechter zich bovendien, onder verwijzing naar het arrest van 12 juli 1990, *Foster e.a.* (C-188/89, Jurispr. blz. I-3313) en in het kader van de motivering van zijn tweede vraag, afvraagt wat de ware aard is van een beheersorganisatie

als OSA, moet hieraan worden toegevoegd dat ook een dergelijke organisatie zich niet op artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 kan beroepen voor het buiten toepassing laten van de met deze bepaling regeling van een lidstaat, indien deze organisatie moet worden aangemerkt als een organisatie die uitgaat van de staat.

47 Indien dit het geval zou zijn, zou er in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, geen sprake zijn van een situatie waarin een particulier zich tegenover de lidstaat beroept op de rechtstreekse werking van een bepaling van een richtlijn, maar van de omgekeerde situatie. Het is evenwel vaste rechtspraak dat een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen (arrest van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat een beheersorganisatie zich niet in een geding tussen particulieren op deze bepaling kan beroepen voor het buiten toepassing laten van een daarmee strijdige regeling van een lidstaat. De rechter aan wie een dergelijk geschil is voorgelegd, moet deze wettelijke regeling evenwel zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en doelstelling van diezelfde bepaling, om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel.

Derde vraag

Ontvankelijkheid

49 OSA, de Tsjechische regering en de Oostenrijkse regering betwijfelen of de derde vraag ontvankelijk is. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt immers niet dat *Léčebné lázně* een overeenkomst heeft proberen te sluiten met een collectieve beheersorganisatie in een andere lidstaat. Het antwoord op de derde vraag kan dan ook niet van invloed zijn op de afloop van het hoofdgeding. Hoe dit antwoord ook mag luiden, zij kan *Léčebné lázně* niet ontslaan van de verplichting om de litigieuze vergoeding aan OSA te betalen.

50 In dit verband zij eraan herinnerd dat een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter slechts niet-ontvankelijk kan worden verklaard wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (zie met name arrest van 29 maart 2012, *Belvedere Costruzioni*, C-500/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat *Léčebné lázně* zich beroept op de bepalingen die worden genoemd in de derde door de verwijzende rechter gestelde vraag, teneinde zich te verzetten tegen de hoogte van de door OSA gevraagde vergoedingen ten opzichte van de vergoedingen die worden gevraagd door beheersorganisaties in naburige staten.

52 In deze omstandigheden blijkt niet duidelijk dat de derde vraag geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of dat het vraagstuk van hypothetische aard is.

53 Derhalve is de derde vraag ontvankelijk.

Ten gronde

54 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen

te vernemen of artikel 16 van richtlijn 2006/123 en de artikelen 56 VWEU en/of 102 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat als aan de orde in het hoofdgeding, die het collectieve beheer van auteursrechten op bepaalde beschermde werken op het grondgebied van deze lidstaat voorbehoudt aan één collectieve beheersorganisatie, zodat een gebruiker van dergelijke werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting, wordt verhinderd gebruik te maken van de diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat.

55 OSA betwist dat deze regeling een gebruiker van beschermde werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting, verhindert gebruik te maken van diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat.

56 Het staat evenwel niet aan het Hof om zich hierover uit te spreken. Er rust een vermoeden van relevantie op vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste wettelijke en feitelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken (arrest van 22 juni 2010, Melki en Abdeli, C-188/10 en C-189/10, Jurispr. blz. I-5667, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

– Opmerkingen vooraf

57 Aangezien zowel artikel 16 van richtlijn 2006/123 als artikel 56 VWEU en volgende betrekking hebben op het vrij verrichten van diensten, dient te worden onderzocht of een beheersorganisatie als OSA kan worden beschouwd als verrichter van een dienst ten behoeve van een gebruiker van beschermde werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting. OSA en de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, zijn van mening dat dit niet het geval is.

58 Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals volgt uit artikel 4, punt 1, van richtlijn 2006/123, het in die richtlijn bedoelde begrip 'dienst' samenvalt met het begrip dat wordt bedoeld in artikel 57 VWEU.

59 De activiteiten van beheersorganisaties zijn onderworpen aan de bepalingen van de artikelen 56 VWEU en volgende, die betrekking hebben op het vrij verrichten van diensten (zie in die zin arresten van 25 oktober 1979, Greenwich Film Production, 22/79, Jurispr. blz. 3275, punt 12; 2 maart 1983, GVL/Commissie, 7/82, Jurispr. blz. 483, punt 38, en 20 oktober 1993, Phil Collins e.a., C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145, punt 24).

60 Dit is niet alleen het geval met betrekking tot de verhouding tussen een beheersorganisatie en een auteursrechthebbende – zoals volgt uit de in het vorige punt van dit arrest aangehaalde rechtspraak – maar ook met betrekking tot de verhouding tussen een beheersorganisatie als OSA en een gebruiker van beschermde werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting.

61 Een dergelijke beheersorganisatie maakt het immers voor die gebruiker gemakkelijker om toestemming te verkrijgen voor het gebruik van beschermde werken en om betaling te verkrijgen van de vergoedingen die door hem zijn verschuldigd aan de auteursrechthebbenden, zodat zij moet worden beschouwd als een verrichter van een dienst ten behoeve van diezelfde gebruiker.

62 Overigens is het in dit verband nauwelijks van belang, zoals de Commissie terecht opmerkt, of deze beheersorganisatie voor die dienst wordt betaald door de auteursrechthebbenden dan wel door de gebruiker van beschermde werken. Artikel 57 VWEU vereist immers niet dat de verrichte dienst wordt betaald door degene te wiens behoeve zij wordt verricht (arrest van 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a., 352/85, Jurispr. blz. 2085, punt 16).

63 Hieruit volgt dat een beheersorganisatie als OSA moet worden beschouwd als de verrichter van een 'dienst' – zowel in de zin van artikel 4, punt 1, van richtlijn 2006/123 als in de zin van artikel 57 VWEU – ten behoeve van een gebruiker van beschermde werken, in casu een kuurinrichting.

– Uitlegging van artikel 16 van richtlijn 2006/123

64 Wat de vraag betreft of op een dergelijke dienst artikel 16 van richtlijn 2006/123 van toepassing is, dient om te beginnen te worden opgemerkt dat ingevolge artikel 17, punt 11, van die richtlijn, voornoemd artikel 16 niet van toepassing is op auteursrecht en naburige rechten.

65 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 64 van haar conclusie, dient, aangezien enkel diensten kunnen worden uitgezonderd van de werkingssfeer van artikel 16 van richtlijn 2006/123, artikel 17, punt 11, van die richtlijn aldus te worden uitgelegd dat de dienst waarop wordt gedoeld in punt 63 van het onderhavige arrest, welke betrekking heeft op auteursrechten, van de werkingssfeer van eerstgenoemde bepaling is uitgezonderd.

66 Hieruit volgt dat artikel 16 van richtlijn 2006/123, aangezien deze bepaling niet van toepassing is, zich niet verzet tegen een regeling als aan de orde in het hoofdgeding.

– Uitlegging van artikel 56 VWEU

67 Blijkens de verwijzingsbeslissing kan een regeling als aan de orde in het hoofdgeding verhinderen dat een kuurinrichting als aan de orde in het hoofdgeding, die gebruiker is van beschermde werken, gebruik maakt van de diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat.

68 Aangezien een dergelijke dienst een grensoverschrijdend karakter heeft, is artikel 56 VWEU van toepassing (zie in die zin reeds aangehaald arrest Bond van Adverteerders e.a., punt 15).

69 Bovendien vormt een regeling als aan de orde in het hoofdgeding, aangezien zij in de praktijk het verrichten van een dergelijke dienst verbiedt, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting (zie in die zin reeds aangehaald arrest Football Association Premier League e.a., punt 85).

70 Deze beperking kan alleen worden gerechtvaardigd indien er sprake is van dwingende redenen van algemeen belang en die beperking dienstig is ter bereiking van het ermee beoogde doel van algemeen belang en niet verder gaat dan met het oog daarop noodzakelijk is (zie met name reeds aangehaald arrest Football Association Premier League e.a., punt 93).

71 Zoals OSA, de regeringen die opmerkingen hebben ingediend bij het Hof en de Commissie terecht opmerken, vormt de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten een dergelijke dwingende reden van algemeen belang (zie in die zin reeds aangehaald arrest Football Association Premier League e.a., punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

72 Bovendien moet een regeling als aan de orde in het hoofdgeding – die voor het beheer van auteursrechten met betrekking tot een categorie van beschermde werken op het grondgebied van de betrokken lidstaat, een monopolie toekent aan een beheersorganisatie als OSA – geschikt worden geacht om de intellectuele eigendomsrechten te beschermen, aangezien zij een efficiënt beheer van deze rechten alsook een efficiënt toezicht op de eerbiediging ervan op dit grondgebied mogelijk kan maken.

73 Wat de vraag betreft of een dergelijke regeling verder gaat dan met het oog op het doel van bescherming van de intellectuele eigendomsrechten noodzakelijk is, zij opgemerkt dat, zoals blijkt uit de aan het Hof voorgelegde opmerkingen, een regeling als

aan de orde in het hoofdgeding, past binnen de context van een gebiedsgebonden bescherming van auteursrechten, waaronder eveneens de wederkerighedscontracten vallen.

74 Met deze contracten, die de beheersorganisaties onder elkaar afsluiten, machtigen deze organisaties elkaar, wederzijds, op hun respectieve grondgebied de vereiste toestemming te verlenen voor het in het openbaar uitvoeren van door auteursrechten beschermde werken van auteurs die bij het andere bureau zijn aangesloten, en aan die toestemming bepaalde voorwaarden te verbinden, zulks in overeenstemming met de op het betrokken grondgebied geldende wettelijke regeling (zie in die zin arresten van 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jurispr. blz.* 2521, punt 17, en *Lucazeau e.a.*, 110/88, 241/88 en 242/88, *Jurispr. blz.* 2811, punt 11).

75 In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat de wederkerighedscontracten die de beheersorganisaties onder elkaar afsluiten er met name toe strekken hen in staat te stellen voor de bescherming van hun repertoire in een andere staat gebruik maken van de organisatie van het bureau dat aldaar werkzaam is, zonder daarnaast nog een eigen netwerk van contracten met gebruikers te moeten opzetten en zelf ter plaatse toezicht te moeten uitoefenen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Tournier*, punt 19, en *Lucazeau e.a.*, punt 13).

76 Uit de aan het Hof voorgelegde opmerkingen blijkt niet dat, wanneer het gaat om een mededeling als aan de orde in het hoofdgeding, er in de huidige stand van het Unierecht een andere methode bestaat om hetzelfde niveau van bescherming van auteursrechten te bereiken, dan de methode die is gebaseerd op een gebiedsgebonden bescherming van – en derhalve ook gebiedsgebonden toezicht op – die rechten, binnen de context waarvan een regeling als aan de orde in het hoofdgeding, past.

77 Overigens heeft het debat voor het Hof aangetoond dat wanneer, in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, een gebruiker van beschermde werken de vrijheid zou hebben om te kiezen voor om het even welke, op het grondgebied van de Unie gevestigde, beheersorganisatie ter verkrijging van toestemming voor het gebruik van beschermde werken en voor het betalen van de door hem verschuldigde vergoeding, dit, in de huidige stand van het Unierecht, zou leiden tot grote problemen bij het toezicht op het gebruik van deze werken en op de betaling van de verschuldigde vergoedingen.

78 Onder deze omstandigheden kan niet er niet van worden uitgegaan dat een regeling als aan de orde in het hoofdgeding, aangezien deze een gebruiker van beschermde werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting, verhindert gebruik te maken van diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat, verder gaat dan met het oog op het doel van bescherming van de auteursrechten noodzakelijk is.

79 Gelet op het voorgaande, moet artikel 56 VWEU aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een dergelijke regeling.

– Uitlegging van artikel 102 VWEU

80 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat een beheersorganisatie als OSA een onderneming vormt waarop artikel 102 VWEU van toepassing is (zie in die zin arrest van 21 maart 1974, *BRT en Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, 'BRT II'*, 127/73, *Jurispr. blz.* 313, punten 6-7).

81 In de tweede plaats staat artikel 106, lid 2, VWEU, dat specifieke regels bevat voor ondernemingen die met name zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, niet in de weg aan toepassing van artikel 102 VWEU op een beheersorganisatie als OSA. Een dergelijke beheersorganisatie, die geen taak heeft opgelegd gekregen door de staat, en die particuliere belangen beheert (ook al gaat het om intellectuele eigendomsrechten

die door de wet worden beschermd), kan niet binnen de werkingssfeer van eerstgenoemde bepaling vallen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *BRT II*, punt 23, en *GVL/Commissie*, punt 32).

82 Een regeling als aan de orde in het hoofdgeding kan daarentegen onder artikel 106, lid 1, VWEU vallen. Een dergelijke regeling heeft immers tot gevolg dat uitsluitende rechten worden verleend aan een beheersorganisatie als OSA, wat betreft het beheer van auteursrechten met betrekking tot een categorie van beschermde werken op het grondgebied van de betrokken lidstaat, waardoor andere ondernemingen worden verhinderd om op hetzelfde grondgebied aan de betrokken economische activiteit deel te nemen (zie in die zin arrest van 25 oktober 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Jurispr. blz.* I-8089, punt 24).

83 Wat de uitlegging betreft van artikel 102 VWEU in een dergelijke context, is het vaste rechtspraak dat het enkele feit dat door het verlenen van uitsluitende rechten in de zin van artikel 106, lid 1, VWEU een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 102 VWEU. Een lidstaat handelt slechts in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht (arrest van 3 maart 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, *Jurispr. blz.* I-973, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

84 Derhalve is het enkele feit dat een lidstaat aan een beheersorganisatie als OSA voor het beheer van auteursrechten met betrekking tot een categorie van beschermde werken een monopolie verleent, op zichzelf niet in strijd met artikel 102 VWEU.

85 De derde vraag dient er evenwel toe de verwijzende rechter in staat te stellen zich uit te spreken over het door *Léčebné lázně* in het kader van het hoofdgeding aangevoerde argument dat de door OSA gevraagde vergoedingen onevenredig hoog zouden zijn ten opzichte van de vergoedingen die worden gevraagd door beheersorganisaties in naburige staten.

86 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat een beheersorganisatie als OSA, die een monopolie heeft op het beheer, op het grondgebied van een lidstaat, van auteursrechten met betrekking tot een categorie van beschermde werken, een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de interne markt, in de zin van artikel 102 VWEU (zie in die zin arrest van 11 december 2008, *Kanal 5 en TV 4*, C-52/07, *Jurispr. blz.* I-9275, punt 22).

87 Indien mocht blijken dat een dergelijke beheersorganisatie voor de door haar geleverde diensten tarieven oplegt die aanzienlijk hoger zijn dan die welke worden gehanteerd in de andere lidstaten, en op voorwaarde dat de vergelijking van de tariefniveaus op homogene grondslag heeft plaatsgevonden, is dit verschil als een aanwijzing voor een misbruik van een machtspositie te beschouwen, in de zin van artikel 102 VWEU. De betrokken beheersorganisatie dient het verschil dan te rechtvaardigen op basis van objectieve verschillen tussen de situatie in de betrokken lidstaat en die in de andere lidstaten (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Tournier*, punt 38, en *Lucazeau e.a.*, punt 25).

88 Een dergelijk misbruik kan ook bestaan in de toepassing van een te hoge prijs die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie (reeds aangehaald arrest *Kanal 5 en TV 4*, punt 28).

89 Mocht dergelijk misbruik zich voordoen en toe te schrijven zijn aan de op die beheersorganisatie toepasselijke regeling, dan zou deze regeling, zoals volgt uit de in punt 83 van het onderhavige arrest genoemde rechtspraak, in strijd zijn met de artikelen 102 VWEU en 106, lid 1, VWEU.

90 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het hoofdgeding van een dergelijke situatie sprake is.

91 Gelet op het voorgaande, dient op de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 16 van richtlijn 2006/123 en de artikelen 56 VWEU en 102 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan de toepassing van een regeling van een lidstaat als aan de orde in het hoofdgeding, die het collectieve beheer van auteursrechten met betrekking tot bepaalde beschermde werken op het grondgebied van deze lidstaat voorbehoudt aan één collectieve beheersorganisatie en daardoor een gebruiker van beschermde werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting, verhindert gebruik te maken van diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat.

92 Artikel 102 VWEU dient evenwel in die zin te worden uitgelegd dat het feit dat eerstgenoemde beheersorganisatie voor de door haar geleverde diensten tarieven oplegt die – bij een vergelijking van de tariefniveaus op homogene grondslag – aanzienlijk hoger zijn dan die welke worden gehanteerd in de andere lidstaten, dan wel prijzen hanteert die te hoog zijn en niet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie, een aanwijzing voor een misbruik van een machtspositie vormt.

Kosten

93 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. Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

- 1) 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, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die het recht van auteurs uitsluit om de mededeling, door een kuurinrichting die handelt als commerciële onderneming, van hun werken middels het bewust verspreiden van een signaal via radio of televisieontvangers in de kamers van de patiënten van die inrichting, toe te staan of te verbieden. Artikel 5, leden 2, sub e, 3, sub b, en 5, van deze richtlijn kan niet afdoen aan deze uitlegging.
- 2) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 moet aldus worden uitgelegd dat een beheersorganisatie zich niet in een geding tussen particulieren op deze bepaling kan beroepen voor het buiten toepassing laten van een daarmee strijdige regeling van een lidstaat. De rechter aan wie een dergelijk geschil is voorgelegd, moet deze regeling evenwel zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en doelstelling van diezelfde bepaling, om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel.
- 3) Artikel 16 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt en de artikelen 56 VWEU en 102 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan de toepassing van een regeling van een lidstaat als aan de orde in het hoofdgeding, die het collectieve beheer van auteursrechten met betrekking tot bepaalde beschermde werken op het grondgebied van deze lidstaat voorbehoudt aan één collectieve beheersorganisatie en daardoor een gebruiker van beschermde werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting, verhindert gebruik te maken van diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat.

Artikel 102 VWEU dient evenwel in die zin te worden uitgelegd dat het feit dat eerstgenoemde organisatie voor collectief beheer van auteursrechten voor de door haar geleverde diensten tarieven oplegt die – bij een vergelijking van de tariefniveaus op homogene grondslag – aanzienlijk hoger zijn dan die welke worden gehanteerd in de andere lidstaten, dan wel prijzen hanteert die te hoog zijn en niet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie, een aanwijzing voor een misbruik van een machtspositie vormt.

Noot

D.J.G. Visser en P.J. Kreijger
Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. P.J. Kreijger is advocaat te Amsterdam.

Inleiding en achtergrond

De prejudiciële verwijzing in deze feitelijk niet bijzonder ingewikkelde zaak biedt het Hof van Justitie de gelegenheid een aantal interessante overwegingen te wijden aan het begrip ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van art. 3, lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn (Arl.) en de positie van collectief beheersorganisaties (cbo’s) met een wettelijk monopolie. Helaas wordt het arrest ont-sierd door een aantal onduidelijkheden die mogelijk verwarring kunnen stichten en bevat het een aantal bepaald vergaande overwegingen omtrent de rechtvaardiging van wettelijke monopolies voor cbo’s.

Aanleiding vormde een procedure die de Tsjechische evenknie van BUMA, Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním (OSA), had aangespannen tegen het kuuroord Léčebné lázně dat met een beroep op een voor zorginstellingen gegeven exceptie in de Tsjechische auteurswet weigerde om vergoedingen af te dragen voor de doorgifte van beschermde werken via televisie- en radio-toestellen in de kamers van zijn gasten. OSA stelde zich op het standpunt dat de door het kuuroord ingeroepen exceptie niet van toepassing was en bovendien in strijd was met art. 5 Arl. Het kuuroord trok het volledige register van *Eurodefenses* open. Het verweerde zich met het argument dat in een geschil tussen particulieren geen beroep op (strijd van nationale wetgeving met) een richtlijn kan worden gedaan, stelde dat de tarieven van OSA niet in verhouding stonden met vergelijkbare tarieven van buitenlandse cbo’s en daarom met art. 102 VwEU strijdig misbruik van de machtspositie van OSA vormde, terwijl de bron van die machtspositie van OSA, een wettelijk alleenrecht op auteursrechtbemiddeling (enigszins vergelijkbaar met ons art. 30a Aw), een op grond van art. 56 TFEU verboden belemmering van het dienstenverkeer zou opleveren. De Tsjechische rechter legt deze onderwerpen via een drietal prejudiciële vragen (r.o. 14 van het hier besproken arrest) aan het Hof voor.

Is de tandarts voor het auteursrecht achterhaald door het kuuroord?

Om te beginnen dan de vraag naar de ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van art. 3, lid 1, Arl. Zoals opgemerkt zondert de Tsjechische auteurswet de verspreiding van radio- en televisiesignalen in zorginstellingen uit van het auteursrecht. Of het kuuroord ook inderdaad was aan te merken als zorginstelling in de zin van deze nationale uitzondering blijft in deze procedure enigszins in het midden,¹ maar OSA was in elk geval van oordeel

1 Niet blijkt althans dat dit midden-Europese kuuroord bij het Hof onmiddellijk hoogdravende intellectuele associaties met instellingen voor langdurige zorg à la ‘De Toverberg’ opriep en A-G Sharpston ziet in randnr. 31 van haar

conclusie veeleer een parallel met hotelgasten, hetgeen in deze tijd van *wellness*-faciliteiten op iedere straathoek wellicht niet verbazend is.

dat er toch betaald moest worden, omdat deze Tsjechische uitzondering in strijd met de Arl. zou zijn. Is er in een kuuroord sprake van openbaarmaking? Is het toegestaan om zorginstellingen uit te zonderen? Dat zijn de twee materieel auteursrechtelijke vragen die in deze zaak aan de orde zijn.

Om met de tweede vraag te beginnen: art. 5 lid 2 sub e Arl. kent een uitzondering ten behoeve van onder andere ziekenhuizen en gevangenen, maar die ziet alleen op de vastlegging van uitzendingen (in de Nederlandse Auteurswet is deze beperking niet overgenomen). Kennelijk gaat het daar om een soort thuishopie-regeling zonder vergoedingsplicht, waarbij vermoedelijk alleen individuele zieken en gevangenen de vastgelegde uitzending vervolgens individueel mogen bekijken. Interne openbaarmaking binnen de instelling is op basis van dit artikel in de Arl. kennelijk niet toegestaan, aldus het Hof. Er is ook nog een uitzondering in art. 5 lid 3 sub b Arl. ten gunste van gehandicapten. Maar die is volgens het Hof niet van toepassing, omdat de verspreiding in casu niet direct verband houdt met enige handicap. De nationale beperking kan dus in zoverre niet worden gebaseerd op de Arl.

Daarmee komt dan het eerste deel van de eerste prejudiciële vraag centraal te staan: is er wel sprake van openbaarmaking? Als het antwoord bevestigend luidt is de nationale exceptie in strijd met de Arl. omdat deze dan immers een beperking op dit openbaarmakingsrecht formuleert die niet binnen de door de Arl. toegestane excepties valt. Welnu, als er in een hotel sprake is van openbaarmaking, waarom dan niet in een kuuroord? En inderdaad, het Hof constateert onder verwijzing naar naar *Rafael Hoteles* en *Phonographic Performance*² dat er sprake is van openbaarmaking. Op zijn beurt verwees het kuuroord naar het arrest van de Turijnse tandarts Marco del Corso.³ Daar leek het niet hebben van een winst oogmerk bij het ten gehore brengen van muziek een relevante omstandigheid te zijn die er mede toe leidde dat er in dat geval géén sprake was van openbaarmaking. Met dit argument maakt het Hof korte metten in r.o. 35: het arrest over de Turijnse tandarts ging over het *nabuurrechtelijke* openbaarmakingsbegrip van 'vergoedende aard', niet over het *auteursrechtelijke*. Dat is (kennelijk) iets heel anders, want het staat in een andere bepaling in een andere richtlijn.

Deze benadering roept nogal wat vragen op. In het Turijnse tandarts-arrest had het Hof ook al wat gezegd over dit onderscheid tussen het auteursrechtelijke openbaarmakingsrecht dat een exclusief recht is en het naburige openbaarmakingsrecht dat van vergoedende aard was. Maar in hoeverre dat nu verschil maakte werd uit dat arrest niet duidelijk. In haar conclusie relativeert A-G Sharpston het onderscheid dat het Hof op dit punt maakte (ov. 25-26): in het arrest van de Turijnse tandarts was dit onderscheid van belang voor een specifiek punt (het al dan niet bestaan van winst oogmerk) maar leunt het Hof overigens sterk op diens eerdere arresten in *Rafael Hoteles* en *Premier League*⁴ waarin de uitleg van art. 3 lid 1 Arl. aan de orde was. De criteria die het Hof daar ontwikkelde baseerde het mede op basis van uitleg van internationale verdragen die zowel op auteurs- als naburige rechten zien (waaronder zowel de Berner Conventie als het Verdrag van Rome).

Nu blijkt ineens dat het Turijnse tandarts-arrest helemaal geen betekenis zou hebben voor het auteursrecht. Dat is nogal opmerkelijk. Zodanig opmerkelijk dat de Hoge Raad een maand later in zijn arrest *Norma/NLKabel*⁵ overwoog 'In het licht van de samenhang

tussen de [...] richtlijnen en bepalingen, moet het begrip 'publiek' [...], in dezelfde zin worden verstaan'. De Hoge Raad verwees daarin zelfs naar (een andere overweging in) het OSA-arrest (r.o. 27, waarin echter alleen art. 3 lid 1 Arl. aan de orde is). Dat ligt natuurlijk ook wat meer voor de hand, dat het openbaarmakingsbegrip in alle auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke richtlijnen hetzelfde zou moeten worden geïnterpreteerd.

Als de rechten verschillend moeten worden geïnterpreteerd doet de vraag zich voor: op welk punt dan? Alleen op het punt van het al dan niet hebben van een winst oogmerk? Mogelijk wil het Hof ernst maken met het verschil tussen auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke openbaarmakingsrechten. Maar hoe precies is nog niet duidelijk. Of heeft men een beetje spijt van het zwaar bekritiseerde⁶ Turijnse tandarts-arrest en probeert men nu de impact en betekenis ervan te beperken? De arresten zijn wel deels door dezelfde rechters gewezen. De tijd zal het leren.

Horizontale werking: nog steeds een *gigantic conundrum*?

De derde prejudiciële vraag stelt de Europeesrechtelijk interessante materie van de 'horizontale werking' aan de orde. Daarbij gaat het in essentie om de vraag of een bepaling van primair (VwEU) of secundair (verordening, richtlijn) Europees recht niet alleen verplichtingen oplegt aan lidstaten, maar ook tussen particuliere partijen onderling kan worden ingeroepen.

Volgens het Hof (r.o. 54) vraagt de verwijzende rechter of een wettelijk beheersmonopolie voor één cbo (vergelijkbaar met ons art. 30a Aw waaraan Buma haar monopolie ontleent) in strijd is met art. 16 van de Dienstenrichtlijn en de artikelen 56 (verbod op belemmeren vrij verkeer van diensten) en art. 102 (verbod op misbruik van machtspositie). Vervolgens (r.o. 57-63) analyseert het Hof eerst of een beheersorganisatie zoals OSA kan worden beschouwd als dienstverrichter aan gebruikers van beschermde werken, zoals in casu het kuuroord. De bevestigende beantwoording vloeit logisch voort uit de ruime definitie van het begrip 'dienst' in art. 57 VwEU zodat een nationale regeling die cbo's beperkt in hun grensoverschrijdende dienstverlening een uit hoofde van art. 56 VwEU verboden belemmering is. Waar is nu de horizontale werking? Hier wordt toch alleen een wettelijke regeling van een lidstaat aan EU recht getoetst?

Die horizontale werking lijkt op te duiken in r.o. 59, waar het Hof apodictisch formuleert 'de activiteiten van beheersorganisaties zijn onderworpen aan de bepalingen van de artikelen 56 VwEU en volgende, die betrekking hebben op het vrij verrichten van diensten [...]'. Het Hof verwijst daarbij naar de al oudere arresten inzake *Greenwich Film Production* (1979), *GVL* (1983) en *Phil Collins* (1993). Dit is een opvallende passage. Art. 56 VwEU is een verbodsbepaling ten aanzien van beperkingen op het vrij verkeer van diensten binnen de Unie. Waar het Hof stelt dat een cbo is *onderworpen* aan art. 56 VwEU kan dat zo worden uitgelegd dat een cbo niet alleen *door lidstaten* (via wetgeving) niet gehinderd mag worden bij het zelf verrichten van diensten, maar eveneens dat een cbo *zelf* evenmin dergelijke belemmeringen mag opwerpen aan dienstverlening door anderen.

Wanneer art. 56 VwEU zou moeten worden uitgelegd als een verbodsbepaling die is gericht tot lidstaten, zou toepassing daarvan op een private partij niet mogelijk zijn, en zouden particulieren

2 HvJ EG 7 december 2006, C 306/05, AMI 2007/2, nr. 7 m.nt. K.J. Koelman en *Mediaforum* 2007-2, nr. 5 m.nt. D.J.G. Visser (SGAE/Rafael Hoteles) en HvJ EU 15 maart 2012, C-162/10, AMI 2012/3, nr. 9 m.nt. D.J.G. Visser (*Phonographic Performance Ireland*). Zie over het begrip 'mededeling aan het publiek' ook D.J.G. Visser, 'Openbaar maken met Ketchup', AMI 2013/2, p. 41-51.
3 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, AMI 2012/3, nr. 8, p. 102 (SCF *Consorzio Fonografici/Marco del Corso*).
4 HvJ EU 4 oktober 2011, C-429/08 en C-403/08, AMI 2012/1, nr. 1 m.nt. F.W. Grosheide, IER 2013/3, nr. 26, p. 227 m.nt. M. de Cock Buning en S.J. Schaaafsma en

Markt en Mededinging 2011-6, p. 239-244, m.nt. P.J. Kreijger (*Premier League*).
5 HR 28 maart 2014, RvdW 2014, 520. Zie ook J.J.C. Kabel, 'Voorbaat of vermoeden? De rol van artikel 45d Auteurswet - Kanttekeningen bij het arrest NORMA/NLkabel', AMI 2014/3, p. 73-77 en J.H. Spoor, 'Primaire of secundaire openbaarmaking, uitzending of heruitzending? Kanttekeningen bij het arrest NORMA/NLkabel', AMI 2014/3, p. 78-81.
6 Vergelijk de annotatie van Hugenholtz bij NJ 2013, 197 en 198. Zie ook D.J.G. Visser, 'Een tandarts zonder winst oogmerk. Een nadere analyse van HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10 (SCF/Marco Del Corso)', IEF 11090.

in hun onderlinge geschillen elkaar ook geen inbreuk op die bepaling kunnen verwijten (de horizontale werking).

Nu dwingen de bewoordingen van art. 56 VwEU daar niet toe omdat daarin niet specifiek wordt verwezen naar beperkingen die door lidstaten zijn opgeworpen.⁷ Het Hof bevestigde reeds in 1974 in het arrest *Walrave en Koch*⁸ dat ook private partijen aan dit verbod kunnen zijn onderworpen. In dit geval de internationale wielervederij die de internationaal actieve gangmakers⁹ Noppie Koch en Bruno Walrave op zijn weg vond naar aanleiding van de reglementaire bepaling dat gangmakers dezelfde nationaliteit dienden te hebben als de wielervederij die zij assisteerden. Het Hof bepaalde dat het verbod van (thans) art. 56 VwEU niet alleen geldt voor het optreden van het openbaar gezag [...] maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen'. Maar daarmee is het pleit nog niet beslecht; weliswaar was de wielervederij een private organisatie, maar als sportbond wel in staat om collectieve regelingen te treffen die alle leden raken in hun professionele sportbeoefening en die dus in die zin een regulatorisch karakter hebben. Ook in latere arresten was steeds een private organisatie aan de orde die (quasi-)regulerende bevoegdheden uitoefende, zoals het verbod op *no cure no pay* van Nederlandse Orde van Advocaten¹⁰ en het collectief actierecht van vakbonden.¹¹ Zoals ook A-G Sharpston overweegt (ov. 47 conclusie) lijkt dat bij cbo's toch niet aan de orde nu deze veeleer beogen privaatrechtelijke rechten van particulieren uit te oefenen dan een vorm van overheidsgezag uit te oefenen. De stap naar uitbreiding van de reikwijdte van art. 56 VwEU tot alle particulieren is tot op heden voor zover ons bekend in de rechtspraak nog niet echt gemaakt.

En de verwijzing door het Hof naar de *Greenwich*, *GVL* en *Phil Collins* zaken dan? Wij betwijfelen of die doorslaggevend zijn. In de eerste twee zaken ging het niet om de vraag of de cbo in kwestie een inbreuk op art. 56 VwEU had gemaakt, maar om de toepassing van art. 102 VwEU, welke bepaling nu juist op ondernemingen is gericht. En hoewel niet valt te ontkennen dat in *Phil Collins* wordt overwogen dat cbo's onderworpen zijn aan art. 56 VwEU en derhalve geen belemmeringen aan het vrij verkeer van diensten mogen opwerpen, verwijst het Hof ter motivering van dit oordeel terug naar *Greenwich* en *GVL*. Het lijkt ons dan toch gerechtvaardigd te betwijfelen of de zwaluw *Phil Collins* thans zomer heeft gemaakt.

Deze overweging is ook daarom opvallend dat zij in de redenering van het Hof in feite overbodig is. Immers, het gaat in de derde vraag om het verweer van het kuuroord dat het door de Tsjechische wetgever aan OSA verleende monopolie een belemmering opwerpt aan de dienstverlening door andere cbo's. Kortom, de toetsing van een wettelijk monopolie en niet het gedrag van een private partij. Daarbij is niet relevant of OSA wellicht zelf ook aan het verbod van art. 56 VwEU is onderworpen nu niet het handelen van OSA, maar dat van de Tsjechische wetgever wordt getoetst. Kortom, wij zouden toch willen volhouden dat de vraag die in de Europeesrechtelijke literatuur wel als een *gigantic conundrum* is aangeduid, namelijk de vraag of particulieren nu rechtstreeks gebonden zijn door de vrij verkeerbepalingen in het Verdrag,¹² ten aanzien van cbo's nog altijd niet eenduidig te zijn beslecht.

Mededingingsrecht

De toepassing van het mededingingsrecht door het Hof, in dit geval art. 102 VwEU, het verbod op misbruik van machtspositie,

past in de lijn van eerdere rechtspraak. Zoals al eerder is uitgeemaakt is dit verbod dat tot 'ondernemingen' is gericht (zijnde vrijwel elke economische activiteit, ongeacht rechtsvorm of winstoogmerk) ook van toepassing op een cbo als OSA. Ook de conclusie (r.o. 86) dat OSA aan haar wettelijk monopolie ook een economische machtspositie ontleent past in de bestaande rechtspraak.

Dan is dus de vraag of OSA misbruik maakt door, zoals het kuuroord betoogde, excessieve tarieven te rekenen. Nu is de vraag wanneer een tarief 'excessief' is, notoir lastig te beantwoorden. Het risico dat men 'op de stoel van de ondernemer' gaat zitten is levensgroot. In de praktijk komen dit soort zaken dan ook zelden voor, maar juist met betrekking tot cbo's is er wel de nodige rechtspraak waar het Hof ook naar verwijst. Een benadering die daaruit naar voren komt is om de tarieven van een cbo te vergelijken met die van cbo's in andere landen (de door het Hof in r.o. 74 genoemde zaken *Tournier* en *Lucazeau*); zijn de discrepanties erg groot, dan kan dat een indicatie zijn van misbruikelijk hoge tarieven. In latere rechtspraak heeft het Hof nog een andere benadering gegeven, waarin het aankomt op een vergelijking van het tarief met de 'economische waarde' van de geleverde prestatie (de in r.o. 86 genoemde zaak *Kanal 5 en TV 4*); het arrest is op dat punt een nuttige bevestiging van wat we al wisten, maar ook niet meer dan dat.

Nu lag in deze zaak primair het handelen van de Tsjechische wetgever ter toetsing voor (creatie van het wettelijk monopolie), terwijl art. 102 VwEU, nu weer niet tot lidstaten is gericht maar juist tot 'ondernemingen'. Toch kunnen ook lidstaten inbreuk maken op art. 102 VwEU, maar dan 'over de band' van een bepaling die wél tot lidstaten is gericht, namelijk art. 106 lid 1 VwEU. Daarin wordt aan lidstaten verboden om ondernemingen uitsluitende rechten te verlenen, wanneer die verlening leidt tot strijd met de overige bepalingen van het Verdrag, bijvoorbeeld wanneer de verkrijger van het wettelijk monopolie daardoor aangezet of gedwongen wordt van dit monopolie misbruik te maken in strijd met art. 102 VwEU. In lijn met vaste rechtspraak en dus evenmin verrassend oordeelt het Hof dat het enkele toekennen van een uitsluitend recht hiermee nog niet in strijd is; dit is alleen anders wanneer uit onderzoek door de nationale rechter zou blijken dat OSA zou worden gedwongen tot misbruik van haar machtspositie door te hoge tarieven te rekenen.

Horizontale werking (II)

Zoals hiervoor opgemerkt worden in het Europees recht meerdere fenomenen met de term 'horizontale werking' aangeduid. Ging het bij de derde prejudiciële vraag om de horizontale werking van het primaire Europees recht, bij de beantwoording van de tweede vraag is de horizontale werking van richtlijnen aan de orde die niet correct zijn omgezet in de nationale wetgeving. Of meer precies: de vraag of die horizontale werking zich in dit geval wel voordoet. OSA stelde dat de Tsjechische auteursrechtexceptie als strijdig met de Arl. door de rechter buiten toepassing moest worden gelaten; zij beriep zich aldus jegens het kuuroord op de rechtstreekse werking van art. 3 Arl. Het kuuroord stelde hiertegenover dat OSA in feite een overheidsorgaan is nu zij onder toezicht van de overheid zou staan en over verdergaande bevoegdheden zou beschikken dan een particulier. Het Hof laat in het midden of OSA inderdaad een overheidsorgaan is, maar volstaat met verwijzing naar de voor die situatie geldende vaste rechtspraak (onder meer de zaak *Dominquez* waarnaar het Hof in r.o. 47 verwijst) waaruit het verbod van 'omgekeerde verticale werking' voortvloeit: organen van de lid-

7 Art. 56 VwEU eerste volzin luidt: 'In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.'

8 HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Jur.* 1974, p. 1405.

9 Bij het baanwielrennen is de gangmaker degene die de wielervederij met een motorfiets op snelheid brengt. Koch en Walrave genoten een bijzondere faam

in dit vakgebied, die zij (gelukkig) niet, of niet alleen, aan het arrest van het Hof ontleenden.

10 HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577 (*Wouters*).

11 HvJ EG 11 december 2007 zaak C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-10779 (*Viking*); HvJ EG 11 december 2007, zaak C-341/05, *Jur.* 2007, p. I-11767 (*Laval*).

12 Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, 2002, p. 92.

staat mogen rechtstreeks werkende bepalingen niet ten laste van particulieren inroepen (dit vanuit de gedachte dat een lidstaat die een richtlijn niet correct implementeert niet vervolgens diezelfde richtlijn wel tegen een particulier zou moeten kunnen inroepen). Zoals het Hof in r.o. 42-45 uitlegt zou de uitkomst niet anders zijn wanneer OSA een particuliere organisatie is, gelet op de evenzeer vaste rechtspraak op grond waarvan een richtlijnbeeping niet als zodanig in gedingen tussen particulieren kan worden ingeroepen, maar hoogstens kan doorwerken door richtlijnconforme interpretatie (die niet contra legem mag zijn) van de nationale wetgeving. De beantwoording van de tweede prejudiciële vraag is dan ook al met al weinig controversieel te noemen.

Dienstenrichtlijn

Tussen de bedrijven door (r.o. 64-66) worden de diensten van cbo's door het Hof kort en krachtig onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn weggehaald (of uiteraard beter: stelt het Hof vast dat ze nooit onder die reikwijdte vielen). In die richtlijn worden lidstaten verplicht om, kort gesteld, een reeks van maatregelen te nemen om de grensoverschrijdende dienstverlening te vergemakkelijken. De richtlijn bevat ook een reeks van uitzonderingen, en een daarvan is het ietwat cryptische geformuleerde in art. 17 lid 11 van die richtlijn. Dit art. 17 formuleert een reeks van uitzonderingen op de hoofdregel van art. 16 (waarin in feite het verbod van art. 56 VwEU wordt herhaald, zij het dan wel specifiek gericht tot de lidstaten). De aanhef en het elfde lid van art. 17 stellen niet meer dan dat het verbod van art. 16 niet van toepassing is op 'auteursrecht en naburige rechten' hetgeen op zich vreemd is nu dat natuurlijk geen diensten zijn maar rechten. Zo bezien is dus niet onlogisch dat het Hof, in navolging van A-G Sharpston, vaststelt dat de Dienstenrichtlijn geen betrekking heeft op *met die rechten verband houdende diensten*, wat dan natuurlijk wel een potentieel zeer ruime categorie van diensten is. De volledigheid (en eerlijkheid) gebieden uw tweede annotator hieraan nog toe te voegen dat met dit onderdeel van het arrest de Dienstenrichtlijn achteraf toch niet zo relevant blijkt voor het huidige beheersmonopolie van BUMA op grond van art. 30a Aw, zoals hem eerder nog wel het geval leek.¹³ Overigens ging ook de wetgever destijds nog uit van die relevantie, getuige de aanpassing van het op art. 30a Aw gebaseerde Besluit bemiddeling muziekauteursrecht (maar dus niet van art. 30a Aw zelf) in de Aanpassingswet dienstenrichtlijn.

Rechtvaardiging voor een beheersmonopolie (?)

Belangrijker is de vraag of uit het OSA-arrest nu ook een rechtvaardiging kan worden afgeleid voor het op art. 30a Aw gebaseerde beheersmonopolie zoals dit thans door BUMA wordt uitgeoefend. Voor wat betreft het monopolie van OSA is dit is de kern van de beantwoording van de derde prejudiciële vraag, waarin het Tsjechische wettelijk beheersmonopolie rechtstreeks aan art. 56 VwEU wordt getoetst (nu de Dienstenrichtlijn immers niet van toepassing is en dus niet de regel geldt dat toetsing aan de vrij verkeerbepalingen niet langer aan de orde is binnen het door harmonisatie bestreken terrein¹⁴). Het Hof concludeert weinig verrassend dat een dergelijk wettelijk monopolie een belemmering op het vrij dienstenverkeer (van andere cbo's) vormt die behoudens een aan een dwingend algemeen belang ontleende rechtvaardiging is verboden. De bescherming van de intellectuele eigendom is een dergelijk algemeen belang (dat met betrekking tot beperkingen van het vrij verkeer van goederen ook met zoveel woorden in art. 36 VwEU is erkend). Het Hof concludeert vervolgens tamelijk categorisch dat een dergelijk monopolie een efficiënt beheer en

efficiënte handhaving van die rechten mogelijk maakt, binnen de context van een 'gebiedsgebonden bescherming van auteursrechten, waaronder eveneens de wederkerigheidscontracten vallen' (r.o. 73). Onder verwijzing naar de inmiddels meer dan 25 jaar oude *Tournier* en *Lucazeau* arresten stelt het Hof vervolgens vast dat die wederkerigheidscontracten het cbo's mogelijk maken om van elkaars lokale organisatie gebruik te maken zonder zelf ter plaatse toezicht te hoeven opzetten; een op zichzelf opvallende overweging nu het in de OSA-zaak niet om wederkerigheidscontracten ging. Het verband met het wettelijk monopolie waar het in deze zaak wél om gaat, wordt in de daaropvolgende overweging gelegd (r.o. 76). Daar heet het dat 'bij een mededeling als aan de orde in het hoofdgeding' (dus verspreiding via televisie en radio) 'bij de huidige stand van het Unierecht' niet is gebleken dat er een andere methode ter bescherming van auteursrechten bestaat dan gebiedsgebonden bescherming en *derhalve* ook gebiedsgebonden toezicht noodzakelijk is. Een wettelijk monopolie zou vervolgens binnen die context passen omdat (r.o. 77) in het debat voor het Hof zou zijn aangetoond dat keuzevrijheid voor cbo's 'in de huidige stand van het Unierecht' zou leiden tot grote problemen bij het toezicht en de incasso. Dat is nogal wat!

Al dadelijk valt op dat het Hof niet aarzelt allerlei feitelijke overwegingen en vaststellingen te doen, mede op basis van hetgeen in het debat voor het Hof zou zijn gebleken. Met de aard van de prejudiciële procedure is echter niet te verenigen dat het Hof de aan de eigenlijke zaak ten gronde liggende feiten vaststelt of waardeert, of de uitgelegde bepalingen van Unierecht op de zaak toepast.¹⁵ De herhaalde verwijzingen naar 'de huidige stand van het Unierecht' doet daaraan niet af; mogelijk is bedoeld dat het auteursrecht thans nog niet (volledig) is geharmoniseerd en nog geen Europese auteursrechtverordening bestaat. Maar gesteld dat die er wel zou zijn, dan is nog steeds niet duidelijk waarom daarmee dan de kennelijk nu nog wel bestaande noodzaak tot lokaal toezicht niet meer zou bestaan. Andersom is ook niet duidelijk waarom niet denkbaar is dat de huidige techniek nu al lokaal toezicht overbodig zou kunnen maken. Of lokaal toezicht nodig, is toch primair een feitelijk-technische vraag en geen rechtsvraag, zo zouden wij menen.

Maar daar houden de vragen die het Hof met zijn redenering oproept geenszins op. Hoe bijvoorbeeld de woorden 'bij een mededeling als aan de orde in het hoofdgeding' uit te leggen? Het Hof lijkt bedoeld te hebben het oordeel toe te spitsen op de feiten van het geval, maar is dat ook zo en wat bedoelt het Hof dan precies? De technische wijze van verspreiding? Zo ja, dan alleen verspreiding via radio en televisie of ook andere methoden? Dan de koppeling (via het woordje 'derhalve') tussen gebiedsgebonden bescherming en gebiedsgebonden toezicht: *prima facie* is het helemaal niet zo evident dat IE-rechten die territoriaal begrensd zijn ook binnen dat territorium en dus niet op afstand gehandhaafd zouden moeten worden; het *kan* uiteraard in voorkomend geval zo zijn, maar niet is in te zien waarom dat per definitie zo zou zijn, zoals het Hof stelt. Om dicht bij huis te blijven: de door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op 3 juni 2014 gepubliceerde toezegging ex art. 49a Mededingingswet (oud)¹⁶ van BUMA/Stemra om aangeslotenen de mogelijkheid te bieden hun digitaal repertoire van de bemiddeling uit te zonderen, gaat er nu juist vanuit dat het technisch mogelijk is toezicht te houden zonder tussenkomst van BUMA. BUMA zou zelfs misbruik van haar machtspositie in de zin van art. 24 Mw maken wanneer zij dit aan aangeslotenen niet zou toestaan, zo vindt althans de ACM.

13 Vgl. P.J. Kreijger, 'Buma en de Dienstenwet', *AMI* 2011/1, p. 10-13.

14 Vaste rechtspraak sinds HvJ EG 5 oktober 1977, zaak 5/77, *Jur.* 1977, p. 1555 (*Tedeschi*). Zie ook Kapteyn-VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, fourth revised edition (2008), p. 317.

15 R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer 2010, randnr. 716, met verwijzing naar uitvoerige rechtspraak.

16 Deze bepaling die specifiek voor het mededingingsrecht het toezeggingsbesluit regelde is inmiddels vervallen, met de introductie per 1 augustus 2014 van een wettelijke basis voor toezeggingsbesluiten voor alle gebieden waarop de ACM toezicht houdt, art. 12h Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

Maar ook als we met dit alles meegaan, noopt dat nog altijd niet tot een wettelijk beheersmonopolie; waaruit de grote problemen bij keuzevrijheid voor cbo's zouden bestaan, is althans niet duidelijk. Ook hier geldt: dergelijke problemen zouden in voorkomend geval *best kunnen* ontstaan; maar dat lijkt toch moeilijk een reden te kunnen zijn om bij prejudiciële uitspraak ten titel van interpretatie van Unierecht uit te maken *dat* dit zo is.

De conclusie van A-G Sharpston is ook op dit punt informatief. Zij schetst (vanaf ov. 73) de argumenten voor en tegen wettelijke beheersmonopolies die zijn uitgewisseld tussen partijen. Weinig verrassend waren OSA en de interveniërende lidstaten vóór en het kuuroord en de Commissie tegen zo'n monopolie. In de samenvatting van de argumentatie herkennen we veel terug uit de CISAC-saga, die zoals bekend is uitgelopen op een voorlopig Waterloo voor de pogingen van de Commissie om pan-Europese licentiëring met behulp van het mededingingsrecht af te dwingen.¹⁷ A-G Sharpston constateert nog dat een juiste beoordeling van alle argumenten een feitelijk onderzoek vergt dat buiten de bevoegdheid van het Hof valt; '[d]e enige stellige conclusie die ik zou willen trekken uit de vaststellingen van het Gerecht [in de CISAC-zaak] is dat voor een definitieve beslissing over de rechtvaardiging van wettelijke territoriale monopolies voor collectieve beheersorganisaties een diepgaand onderzoek wenselijk is, dat verder gaat dan het Hof in casu kan verrichten'. Uiteindelijk concludeert Sharpston toch dat in dit geval en in afwachting van EU-brede regulering wettelijke monopolies gerechtvaardigd zijn, zij het dat het aan de nationale rechter is hierover definitief te beslissen in het licht van het beschikbare feitenmateriaal. Van die terughoudendheid is bij het Hof geen spoor te vinden.¹⁸ Daarmee lijkt het duidelijk partij te kiezen tegen de Commissie en voor de positie die ook CISAC steeds verdedigd heeft.

Is daarmee nu ook het beheersmonopolie van BUMA Europeesrechtelijk gesauveerd? De uitspraak biedt ontegenzeggelijk wel munitie ter rechtvaardiging van dat monopolie, zij het dat aan de invoering daarvan – zoals genoegzaam bekend – geheel andere motieven ten grondslag lagen. Wanneer de Nederlandse rechter ooit met een debat over de houdbaarheid van art. 30a Aw geconfronteerd worden, dan zou hij naar onze mening in elk geval de feitelijke analyse naar de noodzaak van een beheersmonopolie zelf moeten maken en zich niet gebonden moeten achten aan de feitelijke overwegingen van het Hof. Bovendien is hoe dan ook met de rechtvaardiging van een monopolie nog niet bepaald *wie* dan dat monopolie mag houden; ook wanneer concurrentie op de markt kan worden beperkt is daarmee geen rechtvaardiging gegeven voor uitsluiting van concurrentie *om* de markt (bijvoorbeeld door regelmatige aanbesteding van het beheersmonopolie).¹⁹

17 Vgl. P.J. Kreijger, 'Multiterritoriale licenties na CISAC – veel nieuws onder de zon?', *AMI* 2013/4, p. 130-135.

18 Vergelijkbare kritiek is wel geuit op andere (prejudiciële) uitspraken van het Hof van Justitie; zo bevat de uitspraak in de *Betfair*-zaak (HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08, NJ 2010, 490) tamelijk vergaande feitelijke overwegingen over de gevaren van kansspelen. De uitspraak van het Hof in de zaak *Akzo*, waarin het mededingingsrechtelijk *legal privilege* werd onthouden aan advocaten in dienstbetrekking, bevat tamelijk vergaande feitelijke overwegingen over de volgens het Hof per definitie ontbrekende onafhankelijkheid van dergelijke advocaten (HvJ EU 14 september 2010, zaak C-550/07, *Jur.* 2010, p. I-8301).

19 Vgl. P.J. Kreijger, 'Buma en de Dienstenwet', *AMI* 2011/1, p. 13. Deze discussie speelt bijvoorbeeld in relatie tot het wettelijk monopolie van de Staatsloterij en andere kansspelvergunninghouders, maar ook in verband met de recente wijzigingen van de Mediawet 2008, waarin het aantal omroepverenigingen wordt begrensd en buitenstaanders dus niet meer zomaar tot het bestel kunnen toetreden, vgl. C.J. Wolswinkel, 'Open of gesloten? Modernisering van de landelijke publieke omroep', *Mediaforum* 2014-9, p. 214-223.

Hof Amsterdam 20 mei 2014

zaaknummer 200.111.568/01 KG

(mr. E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell, mr. E.M. Polak en mr. N. van Lingen)

Hoger beroep in kort geding over publicatie van omroepprogrammegevens. Op basis van *Ryanair*-arrest geen auteursrechtelijke bescherming voor omroepgegevens. Het creatieve werk is belichaamd in de programmering en niet in de opsomming ervan die enkel de feitelijke gegevens van de programmering weergeeft. Op basis van *Football Dataco*-arrest evenmin geschriftenbescherming. Rechtszekerheidsbeginsel en de onwenselijkheid van wetsuitleg contra legem doen daaraan niet af. Wijzigingen van de Mediawet 2008 per 1 januari 2013 inzake de beschikbaarheid van programmegevens en wetsvoorstel tot wijziging van de Auteurswet inzake afschaffing van de geschriftenbescherming in overwegingen betrokken. Aanhouding verdere beslissingen. Partijen mogen zich nader bij akte uitlaten over subsidiair aangevoerde maar nog niet besproken grondslagen van de vordering van NPO en daarbij ook de toepassing van de gewijzigde Mediawet betrekken.

Uitspraak inzake de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TMG Landelijke Media BV, voorheen genaamd Telegraaf Media Nederland Landelijke Media BV, gevestigd te Amsterdam, appellante, tevens incidenteel geïntimeerde, advocaat: mr. J.P. van den Brink te Amsterdam,

tegen:

de stichting Stichting Nederlandse Publieke Omroep, gevestigd te Hilversum, geïntimeerde, tevens incidenteel appellante, advocaat: mr. S.J. Cammelbeeck te Rotterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Appellante wordt hierna aangeduid als De Telegraaf, geïntimeerde als NPO.

De Telegraaf is bij dagvaarding van 9 juli 2012 in hoger beroep gekomen van het vonnis met opgemeld zaak/rolnummer van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 13 juni 2012, gewezen in kort geding tussen (onder meer) De Telegraaf als gedaagde en (onder meer) NPO als eiseres (hierna: het vonnis). De zaak tegen de geïntimeerden 2-5 (de in eerste aanleg mede eisende en in hoger beroep aanvankelijk mede gedagvaarde commerciële omroeporganisaties) is later ter rolle ingetrokken.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties;

De Telegraaf heeft in het principale en het incidentele appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover de vorderingen zijn toegewezen en deze alsnog volledig zal afwijzen, met bekrachtiging van het vonnis voor het overige en met beslissing over de proceskosten op de voet van art. 1019h Rv.

NPO heeft in het principale appel geconcludeerd tot verwerping daarvan en in het incidentele appel tot bekrachtiging van het vonnis met verbetering van gronden en met uitzondering van de daarbij gegeven proceskostenveroordeling, met beslissing over de proceskosten op de voet van 1019h Rv.