

## Nr. 5 GEMA/GL

Hof van Justitie van de EU 20 juni 2024

IEF 22120; ECLI:EU:C:2024:526

Het plaatsen van televisietoestellen met antennes in appartementen is een mededingingshandeling door de exploitant van het appartementsgebouw. Of er ook sprake is van een publiek hangt af van de vraag of het gaat om verhuur voor korte periode of om verhuur aan huurders die daar hun verblijfplaats hebben.

In zaak C-135/23,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Amtsgericht Potsdam (rechter in eerste aanleg Potsdam, Duitsland) bij beslissing van 1 februari 2023, ingekomen bij het Hof op 7 maart 2023, in de procedure

**Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)**

tegen

GL,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev, kamerpresident, T. von Danwitz, P.G. Xuereb, A. Kumin en I. Ziemele (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Szpunar,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), vertegenwoordigd door F. Seifert, Rechtsanwältin,
  - de Franse regering, vertegenwoordigd door R. Bénard en E. Timmermans als gemachtigden,
  - de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door G. Kunnert, A. Posch en J. Schmoll als gemachtigden,
  - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Samnadda en G. von Rintelen als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 februari 2024, het navolgende

### Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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 (PB 2001, L 167, blz. 10).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), een organisatie voor het collectieve beheer van auteursrechten, en GL, de exploitant van een appartementsgebouw, over vermeende inbreuken op het auteursrecht door laatstgenoemde als gevolg van de beschikbaarstelling, in de door hem geëxploiteerde appartementen, van televisietoestellen die zijn uitgerust met een kamerantenne waarmee signalen en uitzendingen kunnen worden ontvangen, waaronder muziek.

### Toepasselijke bepalingen

#### Internationaal recht

3 De Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom (WIPO) heeft op 20 december 1996 te Genève het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht (hierna: „WCT”) vastgesteld, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB 2000, L 89, blz. 6) en dat, wat de Europese Unie betreft, in werking is getreden op 14 maart 2010 (PB 2010, L 32, blz. 1).

4 Artikel 8 WCT, „Recht op mededeling aan het publiek”, luidt:

„Onverminderd de bepalingen van artikel 11, lid 1, onder ii), artikel 11 bis, lid 1, onder i) en ii), artikel 11 ter, lid 1, onder ii), artikel 14, lid 1, onder ii), en artikel 14 bis, lid 1, van de [Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, ondertekend te Bern op 9 september 1886 (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979], hebben auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht om toestemming te verlenen voor het per draad of langs draadloze weg mededelen van hun werken aan het publiek, met inbegrip van het op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar stellen van hun werken dat deze voor leden van het publiek beschikbaar zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip.”

5 Op 20 december 1996 zijn bij diplomatieke conferentie van de WIPO gemeenschappelijke verklaringen betreffende het WCT vastgesteld.

6 De gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT bepaalt:

„Het is wel verstaan dat de enkele terbeschikkingstelling van materiële faciliteiten voor het mogelijk maken of verrichten van een mededeling op zich geen mededeling in de zin van dit verdrag of de [Conventie voor de bescherming

van werken van letterkunde en kunst, ondertekend te Bern op 9 september 1886 (Akte van Parijs van 24 juli 1971), zoals gewijzigd op 28 september 1979] uitmaakt. [...]"

### Unierecht

7 De overwegingen 4, 9, 10, 23 en 27 van richtlijn 2001/29 luiden:

„(4) Geharmoniseerde rechtsregels op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten zullen voor meer rechtszekerheid zorgen, een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie [...] bevorderen, hetgeen weer tot groei en vergroting van het concurrentievermogen van de Europese industrie zal leiden, [...].

[...]  
(9) 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. De bescherming van deze rechten draagt bij tot de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit in het belang van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten, consumenten, cultuur, industrie en het publiek in het algemeen. De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend.

(10) Auteurs en uitvoerend kunstenaars moeten, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk ontvangen, evenals de producenten om dat werk te kunnen financieren. De productie van fonogrammen, films en mediaproducten, en van diensten, zoals ‚diensten-op-aanvraag‘, vereist aanzienlijke investeringen. Een adequate rechtsbescherming van de intellectuele eigendomsrechten is noodzakelijk om de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dergelijke beloning en de mogelijkheid van een behoorlijk rendement van dergelijke investeringen te waarborgen.

[...]

(23) Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.

[...]  
(27) De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn."

8 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."

### Duits recht

9 § 15 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten) van 9 september 1965 (BGBl. 1965 I, blz. 1273), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, luidt:

„[...]

(2) De auteur heeft bovendien het uitsluitende recht om zijn werk in immateriële vorm aan het publiek mee te delen (recht van mededeling aan het publiek). Het recht van mededeling aan het publiek omvat met name:

1. het recht tot vertoning, uitvoering en opvoering (§ 19);
2. het recht tot beschikbaarstelling aan het publiek (§ 19a);
3. het recht tot uitzending (§ 20);
4. het recht tot mededeling via beeld- of geluidsdragers (§ 21);
5. het recht om radio-uitzendingen mee te delen en ter beschikking te stellen van het publiek (§ 22).

(3) Een mededeling is openbaar wanneer zij bestemd is voor een pluraliteit van leden van het publiek. Het publiek omvat eenieder die niet door persoonlijke relaties verbonden is met degene die het werk exploiteert of met andere personen voor wie het werk in immateriële vorm waarneembaar of toegankelijk wordt gemaakt."

### Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10 GEMA, een organisatie voor het collectieve beheer van auteursrechten op het gebied van muziek, heeft bij het Amtsgericht Potsdam (rechter in eerste aanleg Potsdam, Duitsland), de verwijzende rechter, een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van het auteursrecht ingesteld tegen GL, de exploitant van een appartementsgebouw met 18 appartementen, op grond dat GL in strijd met § 15 van de wet betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, in de versie ervan die van toepassing is op het hoofdgeding, in die appartementen televisietoestellen ter beschikking stelt die zijn uitgerust met een kamerantenne waarmee signalen en uitzendingen kunnen worden ontvangen, waaronder muziek.

11 Deze rechter vraagt zich af of een dergelijke beschikbaarstelling een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, met name gelet op het feit dat het betrokken gebouw niet is uitgerust met een „centrale antenne” waarmee de signalen naar deze appartementen kunnen worden doorgegeven.

12 Hij merkt in dit verband op dat het Hof in het arrest van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), heeft geoordeeld dat, ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, het doorgeven van een signaal door middel van televisietoestellen door een hotel aan de gasten die in zijn kamers verblijven, ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal, een dergelijke mededeling vormt. In zijn beschikking van 18 maart 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon

Ergon (C-136/09, EU:C:2010:151), heeft het Hof geoordeeld dat een hotel een „mededeling aan het publiek” in de zin van die bepaling verricht wanneer het televisietoestellen installeert in de kamers van zijn hotel en deze toestellen verbindt met een „centrale antenne” van dat hotel, waardoor deze televisietoestellen radio-uitzendingen kunnen ontvangen. Daarentegen blijkt uit het arrest van 2 april 2020, Stim en SAMI (C-753/18, EU:C:2020:268), dat de verhuur van auto’s die zijn uitgerust met een radio, geen dergelijke mededeling aan het publiek vormt.

13 De verwijzende rechter is van mening dat deze rechtspraak geen uitsluitel biedt over de vraag of de beschikbaarstelling door de exploitant van een appartementsgebouw van televisietoestellen die zijn uitgerust met een kamerantenne waarmee signalen en uitzendingen kunnen worden ontvangen in deze appartementen, zonder dat er sprake is van een „centrale antenne”, een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt.

14 In deze omstandigheden heeft het Amtsgericht Potsdam de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag: „Is er sprake van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van [richtlijn 2001/29] wanneer de exploitant van een appartementsgebouw televisietoestellen in het appartementsgebouw ter beschikking stelt die elk door middel van een kamerantenne uitzendingen ontvangen zonder een centrale ontvangst voor de doorgifte van de signalen?”

### Beantwoording van de prejudiciële vraag

15 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in deze bepaling bedoelde begrip „mededeling aan het publiek” ook de beschikbaarstelling omvat, door de exploitant van een appartementsgebouw, van televisietoestellen die zijn uitgerust met een kamerantenne die zonder verdere tussenkomst signalen ontvangen en uitzendingen mogelijk maken.

16 Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voorzien de lidstaten 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 zodat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

17 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beschikken auteurs krachtens deze bepaling over een recht van preventieve aard om te interveniëren tussen eventuele gebruikers van hun werk en de mededeling aan het publiek die deze gebruikers overwegen te doen, teneinde deze mededeling te verbieden (arresten van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 30, en 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Aangezien artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 het begrip „mededeling aan het publiek” niet preciseert, moet voor de betekenis en de draagwijdte van dit begrip rekening worden gehouden met de door die richtlijn nagestreefde doelstellingen en met de context van de uit te leggen bepaling (arrest van 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Wat deze doelstellingen betreft, heeft het Hof voortdurend erop gewezen dat aan het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, zoals wordt benadrukt in overweging 23 van die richtlijn, een ruime betekenis moet worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan een niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan, en dient dit begrip zich derhalve uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Uit de overwegingen 4, 9 en 10 ervan volgt immers dat deze richtlijn als belangrijkste doelstelling heeft een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen (arrest van 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Wat de context van de bepaling in kwestie betreft, blijkt uit overweging 27 van richtlijn 2001/29, die in wezen de gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT overneemt, dat „de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten [...] op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn [is]” (zie in die zin arrest van 2 april 2020, Stim en SAMI, C-753/18, EU:C:2020:268, punt 33).

21 Volgens vaste rechtspraak verbindt het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van dit artikel 3, lid 1, twee cumulatieve elementen met elkaar, te weten een handeling bestaande in de mededeling van een werk en de mededeling van dit werk aan een publiek, en vergt dit begrip een individuele beoordeling (arresten van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 37, en 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 47 en de aangehaalde rechtspraak).

22 Bij een dergelijke beoordeling dienen meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria in aanmerking te worden genomen. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten deze criteria zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast (arresten van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 35, en 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 48 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Daarbij heeft het Hof benadrukt dat de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens inter-

ventie de belangrijkste criteria zijn. De gebruiker verricht namelijk een „mededelingshandeling” wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een beschermd werk, met name wanneer deze klanten zonder een dergelijke interventie in beginsel geen toegang zouden hebben tot het verspreide werk (arresten van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punt 46, en 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat het niet zonder belang is of met een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, winst wordt beoogd, ook al is dit karakter niet noodzakelijkerwijs een onmisbare voorwaarde voor het bestaan van een dergelijke mededeling (zie in die zin arrest van 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 In deze context heeft het Hof geoordeeld dat de „ontvankelijkheid” van het publiek relevant kan zijn, in die zin dat de uitzending van beschermde werken een winsttoegemerk heeft wanneer de gebruiker daaruit een financieel voordeel kan halen in verband met de aantrekkelijkheid en dus het grotere aantal bezoekers van de inrichting waar hij deze uitzending verricht, terwijl een dergelijk winsttoegemerk ontbreekt wanneer de doelgroep geen enkel belang hecht aan een dergelijke uitzending (zie in die zin arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 50-52).

26 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dus dat met name op basis van de centrale rol van de gebruiker om zijn klanten toegang te verlenen tot beschermde werken en van de weloverwogen aard van zijn interventie, in het bijzonder wanneer hij een winsttoegemerk heeft, bij de toepassing van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de „mededeling aan het publiek” in de zin van deze bepaling en anderzijds de „enkele beschikbaarstelling van faciliteiten” in de zin van overweging 27 van deze richtlijn.

27 In het licht van deze beginselen, die voortvloeien uit vaste rechtspraak, heeft het Hof geoordeeld dat noch de beschikbaarstelling van een radio, die geïntegreerd is in een huurauto en die het mogelijk maakt om zonder verdere tussenkomst van de verhuurmaatschappij de terrestrische omroep te ontvangen die toegankelijk is in het gebied waarin de auto zich bevindt, noch de beschikbaarstelling van een geluidsinstallatie en in voorkomend geval van software waarmee achtergrondmuziek kan worden uitgezonden, een „mededelingshandeling” vormen. Volgens de rechtspraak van het Hof vormen dergelijke handelingen namelijk een „beschikbaarstelling van faciliteiten” in de zin van overweging 27 van richtlijn 2001/29 (zie in die zin arresten van 2 april 2020, Stim en SAMI, C-753/18, EU:C:2020:268, punt 34, en 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 69).

28 Daartoe heeft het Hof met name opgemerkt dat indien de enkele omstandigheid dat het gebruik van een installatie noodzakelijk is om het publiek daadwerkelijk toegang te verlenen tot het werk, er automatisch toe zou leiden dat de interventie van de auteur van die beschikbaarstelling wordt aangemerkt als een handeling bestaande in een „mededeling aan het publiek”, elke „beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten”, een dergelijke handeling zou vormen, hetgeen overweging 27 van richtlijn 2001/29 – die in wezen de gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT overneemt – evenwel uitdrukkelijk uitsluit (zie in die zin arrest van 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 Wat exploitanten van een horecagelegenheid, een hotel, een kuurinrichting en een revalidatiecentrum betreft, heeft het Hof daarentegen geoordeeld dat zij een mededeling verrichten wanneer zij beschermde werken bewust doorgeven aan hun klanten door via televisie- of radio-ontvangers die zij in hun inrichting hebben geplaatst, willens en wetens een signaal te verspreiden (zie met name arresten van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 46; 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 196; 27 februari 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, punt 26, en 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 55 en 56).

30 In deze rechtspraak heeft het Hof namelijk in wezen geoordeeld dat wanneer de exploitant van een inrichting zijn klanten vrijwillig televisie- of radiosignalen en toestellen ter beschikking stelt waarmee in deze signalen gecodeerde uitzendingen kunnen worden uitgezonden en die op verschillende plaatsen in deze inrichting zijn geïnstalleerd, er sprake is van een handeling bestaande in een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal.

31 In de onderhavige zaak blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de exploitant van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde appartementsgebouw de huurders van deze appartementen televisietoestellen ter beschikking stelt die zijn uitgerust met een kamerantenne en waarvan is vastgesteld dat zij in deze appartementen signalen ontvangen en uitzendingen mogelijk maken, waaronder muziek.

32 Zo het aan de nationale rechter staat om in het licht van de overwegingen in de punten 19 tot en met 30 van dit arrest te beoordelen of een exploitant van een gebouw als die in het hoofdgeding een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht [zie in die zin arrest van 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 39], dient het Hof hem daartoe nuttige aanwijzingen te geven om hem in staat te stellen het bij hem aanhangige geding af te

doen (zie in die zin arrest van 5 mei 2022, BV, C-570/20, EU:C:2022:348, punt 44).

33 In dit verband moet ten eerste, in navolging van de advocaat-generaal in de punten 40 en 50 van zijn conclusie en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, worden geoordeeld dat de exploitant van een appartementsgebouw, door deze appartementen uit te rusten met televisietoestellen en kamerantennes die zonder verdere tussenkomst in deze appartementen signalen ontvangen en uitzendingen mogelijk maken, waaronder muziek, een weloverwogen interventie verricht om zijn klanten toegang te verschaffen tot dergelijke uitzendingen, binnenin het gehuurde appartement en tijdens de huurperiode, zonder dat van beslissend belang is of zij al dan niet gebruikmaken van deze mogelijkheid (zie in die zin arrest van 14 juni 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 Bovendien moet de handeling van deze exploitant waarbij aan zijn klanten toegang tot het uitgezonden werk wordt verschaft, worden beschouwd als een extra dienstverrichting die wordt verricht om er een bepaald profijt uit te trekken.

35 Het aanbod van deze dienst heeft immers een invloed op de status van de in het hoofdingang aan de orde zijnde appartementen en dus op de huurprijs van deze appartementen (zie in die zin arrest van 15 maart 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak) of, zoals in punt 25 van dit arrest is opgemerkt, op de aantrekkelijkheid ervan en, bijgevolg, op het aantal kandidaat-huurders. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat uit het aanbieden van een dergelijke dienst kan worden afgeleid dat de mededeling een winstoogmerk heeft in de zin van de in de punten 24 en 25 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.

36 Voor het door de verwijzende rechter te verrichten onderzoek is de door deze rechter benadrukte omstandigheid dat de in het hoofdingang aan de orde zijnde televisietoestellen zijn aangesloten op een „kamerantenne” en niet op een „centrale antenne”, zoals die welke aan de orde was in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot de beschikking van 18 maart 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon (C-136/09, EU:C:2010:151), irrelevant.

37 Een dergelijk onderscheid tussen centrale antennes en kamerantennes strookt immers niet met het beginsel van technologische neutraliteit, op grond waarvan de wet de rechten en verplichtingen van personen op algemene wijze moet vaststellen, teneinde het gebruik van een bepaalde technologie niet te bevoordelen ten nadele van een andere (zie in die zin arrest van 24 maart 2022, Austro-Mechana, C-433/20, EU:C:2022:217, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 Ten tweede kunnen beschermde werken slechts onder het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vallen wanneer zij daadwer-

kelijk aan een publiek zijn medegedeeld. In dit verband heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip „publiek” ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert (arrest van 20 april 2023, Blue Air Aviation, C-775/21 en C-826/21, EU:C:2023:307, punten 51 en 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Het begrip „publiek” houdt dus een bepaalde de-minimisdrempel in, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal betrokkenen niet onder dit begrip valt. Bij het bepalen van dit aantal moet met name rekening worden gehouden met het aantal personen dat tegelijkertijd toegang kan hebben tot hetzelfde werk, maar ook met het aantal personen dat daar achtereenvolgens toegang toe kan hebben (zie in die zin arresten van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 43 en 44, en 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond en Groep Algemene Uitgevers, C-263/18, EU:C:2019:1111, punt 68 en de aangehaalde rechtspraak).

40 In casu heeft de verwijzende rechter geen enkele aanwijzing verstrekt over het aantal personen dat mogelijk gelijktijdig of achtereenvolgens toegang kan hebben tot de werken, behalve dan dat het in het hoofdingang aan de orde zijnde gebouw uit 18 appartementen bestaat. De rechtbank geeft in het bijzonder niet aan of deze appartementen worden gebruikt voor kortetermijnverhuur, bijvoorbeeld als toeristische accommodatie, wat mogelijk anderszins een impact heeft op het aantal personen dat achtereenvolgens toegang heeft tot de betrokken werken.

41 Overeenkomstig de in punt 31 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak staat het aan de nationale rechter om na te gaan of beschermde werken daadwerkelijk worden meegedeeld aan een „publiek” in de zin van de in de punten 38 en 39 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, en staat het aan het Hof om hem dienaangaande nuttige aanwijzingen te verstrekken.

42 Indien de verwijzende rechter vaststelt dat de appartementen in het in het hoofdingang aan de orde zijnde gebouw voor korte duur worden verhuurd, bijvoorbeeld als toeristische accommodatie, moeten de huurders ervan, zoals de advocaat-generaal in punt 36 van zijn conclusie heeft opgemerkt, als „publiek” worden aangemerkt, aangezien zij tezamen, net als gasten in een hotel, een onbepaald aantal potentiële ontvangers vormen [zie in die zin arrest van 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punten 41 en 42].

43 Ten derde is het vaste rechtspraak dat, om te kunnen spreken van een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, een beschermd werk moet worden meegedeeld volgens een specifieke technische werkwijze, die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, wanneer dat niet het geval is, gericht moet zijn tot een „nieuw publiek”, dat wil zeggen een publiek dat door de auteursrechthebbenden nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming ver-

leenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek (arrest van 22 juni 2021, YouTube en Cyando, C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Zoals de advocaat-generaal in punt 59 van zijn conclusie heeft benadrukt, kunnen de huurders van appartementen in een gebouw dat voor korte perioden wordt verhuurd, bijvoorbeeld als toeristische accommodatie, als een dergelijk „nieuw” publiek worden aangemerkt, aangezien deze personen, hoewel zij zich binnen het ontvangstgebied van de uitzending bevinden, niet van het uitgezonden werk zouden kunnen profiteren zonder tussenkomst van de exploitant van het appartementsgebouw, die hun toegang verleent door in deze appartementen televisietoestellen te installeren die zijn uitgerust met een kamerantenne (zie in die zin arrest van 31 mei 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punten 46 en 47).

45 Indien de verwijzende rechter evenwel vaststelt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde appartementen worden verhuurd aan huurders die er hun verblijfplaats hebben, kunnen deze laatsten, zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie heeft opgemerkt, daarentegen niet worden beschouwd als een „nieuw publiek” in de zin van de in punt 43 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.

46 Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het in deze bepaling gebruikte begrip „mededeling aan het publiek”

ook betrekking heeft op de weloverwogen beschikbaarstelling, door de exploitant van een verhuurd appartementsgebouw, van televisietoestellen die zijn uitgerust met een kamerantenne en die zonder verdere tussenkomst signalen opvangen en uitzendingen mogelijk maken, voor zover de huurders van die appartementen als een „nieuw publiek” kunnen worden beschouwd.

### Kosten

47 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter 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 (Eerste 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 moet aldus worden uitgelegd dat het in deze bepaling gebruikte begrip „mededeling aan het publiek” ook betrekking heeft op de weloverwogen beschikbaarstelling, door de exploitant van een verhuurd appartementsgebouw, van televisietoestellen die zijn uitgerust met een kamerantenne en die zonder verdere tussenkomst signalen opvangen en uitzendingen mogelijk maken, voor zover de huurders van die appartementen als een „nieuw publiek” kunnen worden beschouwd.**

## Noot

### Marijn Kingma

Mr. M.E. Kingma is advocaat te Amsterdam (Höcker) en redacteur van dit blad.

In deze zaak ligt een op het eerste oog simpele vraag voor: “verricht de exploitant van een appartementencomplex (met 18 appartementen) een mededeling aan het publiek door op kamers een televisietoestel met antenne neer te zetten”. Maar schijn bedriegt. Als we gaan kijken naar het wankale kaartenhuis dat het Europese Hof van Justitie heeft opgebouwd rondom de uitleg van het begrip “mededeling aan het publiek”, blijkt dat toepassing daarvan op deze casus nog niet zo makkelijk is. Zowel bij beantwoording van de vraag of er sprake is van een “mededeling” als de vraag of er sprake is van een “publiek”, kun je namelijk twee kanten op redeneren.

### Mededeling

Om de vraag te beantwoorden of er sprake is van een mededeling aan het publiek, moet eerst worden gekeken of het neerzetten van televisietoestellen met antennes in appartementen kwalificeert als een “handeling bestaande in een mededeling”. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU is daarvan sprake als de betreffende persoon “met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een beschermd werk, met name wanneer deze klanten zonder een dergelijke interventie geen toegang of slechts moeilijk toegang zouden hebben tot het verspreide werk”.<sup>1</sup> Van een mede-

<sup>1</sup> Sinds het arrest *SGAE/Rafael Hoteles* is dit een standaardoverweging die altijd terugkomt in arresten van het Hof van Justitie over mededeling aan het publiek. Zie HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE/Rafael Hoteles*), r.o. 42, en verder bijv. HvJ EU

31 mei 2016, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training*), r.o. 46 en HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (*The Pirate Bay*), r.o. 25.

deling is géén sprake als de handeling moet worden aangemerkt als de “enkele beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten”. Het hof lijkt ervan uit te gaan dat als er sprake is van een enkele beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten, er daarmee geen sprake kan zijn van een welbewuste interventie (en andersom).<sup>2</sup>

In verreweg de meeste arresten van het Hof van Justitie, is de uitkomst dat er wél sprake is van een mededeling, en dus van een welbewuste interventie. Het Hof van Justitie begint zijn arresten ook steevast met de opmerking dat het begrip “mededeling aan het publiek” ruim moet worden uitgelegd vanwege het hoge beschermingsniveau van het auteursrecht en naburige rechten dat het hoofddoel is van de Auteursrechtlijn. In het eerste arrest van het Hof van Justitie over de mededeling aan het publiek, *SGAE/Rafael Hoteles*,<sup>3</sup> oordeelde het hof dat een hotel dat signalen uit de ether of van een satelliet opvangt en via een kabelsysteem naar televisietoestellen op hotelkamers doorgeeft, met volledige kennis van de gevolgen daarvan tussenkomt om aan zijn hotelgasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Dit is volgens het hof niet te kwalificeren als een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending mogelijk te maken of te verbeteren. Ook overweegt het hof dat niet van beslissend belang is of de hotelgasten de televisies daadwerkelijk aanzetten. Tenslotte constateert het hof dat het relevant is dat de hotelexploitant de televisietoestellen in de hotelkamers installeert met een winstookmerk. Al met al verricht de hotelexploitant dus een mededelingshandeling. Het hof herhaalde dit oordeel in 2010 in de zaak *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*<sup>4</sup> en in 2014 in de zaak *OSA*,<sup>5</sup> die ging over televisietoestellen op kamers in een kuurinrichting. In 2012 werd in het arrest *PPI/Ireland* ook het op hotelkamers neerzetten van “afspeelapparatuur voor fonogrammen” met bijbehorende fonogrammen door het Hof van Justitie gezien als een mededelingshandeling, omdat de hotelexploitant een “centrale rol” heeft.<sup>6</sup>

Op grond van deze rechtspraak lijkt het antwoord op de vraag of het neerzetten van televisietoestellen met antennes in appartementen een mededelingshandeling is, inderdaad simpel: de exploitant van het appartementencomplex verschaft daarmee toegang tot televisieprogramma's en verricht een weloverwogen interventie, en dus is er sprake van een mededeling. Bovendien is het gevolg van de handeling dat

de personen die zich in de appartementen bevinden, televisie kunnen kijken. Dit is hetzelfde gevolg als in het geval van de hotelkamers, dus lijkt er weinig reden om de ene handeling wél en de andere handeling niet als een mededelingshandeling te kwalificeren.

Maar een redenering de andere kant op kan net zo goed, zeker als wordt gekeken naar een aantal meer recente arresten, waarin het HvJ EU oordeelde dat er géén sprake was van een mededeling omdat het ging om de enkele beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten. Zo oordeelde het hof in 2020 dat de autoverhuurder die auto's verhuurt waarin radio's zijn geïnstalleerd, niet meer doet dan fysieke faciliteiten verschaffen.<sup>7</sup> In april 2023 oordeelde het hof dat ook het feit dat in vliegtuigen en treinen geluidsinstallaties aan boord zijn met software voor het uitzenden van achtergrondmuziek, moet kwalificeren als het enkele ter beschikking stellen van faciliteiten.<sup>8</sup> En een paar maanden later, in juli 2023, kwam het hof tot dezelfde conclusie voor een aanbieder die IPTV-diensten levert aan commerciële klanten zoals telefonie- en elektriciteitsbedrijven, hotels en stadions, die op hun beurt eindgebruikers toegang verschaffen tot de audiovisuele content.<sup>9</sup>

Als we enkel naar deze rechtspraak kijken, lijkt de conclusie nu juist te moeten zijn dat een exploitant van een appartementencomplex die televisies met antennes op kamers neerzet, géén mededelingshandeling verricht maar, net als bijvoorbeeld de autoverhuurder, niet meer doet dan faciliteiten ter beschikking stellen. Een extra argument hiervoor is te vinden in overweging 46 van *SGAE/Rafael Hotels*, waarin het Hof van Justitie lijkt te concluderen dat het enkel op de hotelkamers plaatsen van televisietoestellen inderdaad een “loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties” vormt, en dat juist het feit dat de hotelexploitant het signaal doorgeeft aan de toestellen ertoe leidt dat er sprake is van een mededelingshandeling.

Het Hof van Justitie kan dus beide kanten op in *Gema/GL*, en beide kanten zijn goed verdedigbaar. Dit constateert ook AG Szpunar in zijn – zoals gebruikelijk lezenswaardige – conclusie bij het arrest.<sup>10</sup> Szpunar noemt dit zelfs “een dilemma” tussen enerzijds de coherentie van de redenering (waaruit zou volgen dat er géén mededelingshandeling is, want geen doorgifte van het signaal) en de coherentie van het resultaat (waaruit zou volgen dat er wel een mededelingshandeling is, want hetzelfde resultaat als bijvoor-

2 Zie bijv. de noot van Torenbosch bij HvJ EU 20 april 2023, gevoegde zaken C-775/21 en C-826/21, ECLI:EU:C:2023:307, *Auteursrecht* 2023-4, nr. 8 (*Blue Air Aviation*), p. 193.

3 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (*SGAE/Rafael Hoteles*).

4 HvJ EU 18 maart 2020, C-136/09, ECLI:EU:C:2010:151 (*Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*).

5 HvJ EU 27 februari 2014, C-351/12 (*OSA*), r.o. 32.

6 HvJ EU 15 maart 2012, C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141, *AMI* 2012-3, nr. 9, p. 107-113, m.nt. D.J.G. Visser (*PPI/Ireland*).

7 HvJ EU 2 april 2020, C-753/18, *AMI* 2020-5, nr. 8, m.nt. K. Koelman (*Stim en SAMI*).

8 HvJ EU 20 april 2023, gevoegde zaken C-775/21 en C-826/21, ECLI:EU:C:2023:307, *Auteursrecht* 2023-4, nr. 8, m. nt. J.R. Torenbosch (*Blue Air Aviation*).

9 HvJ EU 13 juli 2023, C-426/21, ECLI:EU:C:2023:564, *Auteursrecht* 2024-3, nr. 4, m.nt. S. van Loon en L. Power. Van Loon en Power vragen zich in hun noot bij dit arrest af hoe deze beoordeling zich verhoudt met het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Brein/Filmspeler*, waar het leveren van illegale IPTV-diensten wél als mededeling aan het publiek werd gezien.

10 Concl. M. Szpunar van 22 februari 2024, C-135/23, ECLI:EU:C:2024:151.

beeld als in SGAE/Rafael Hoteles). Szpunar kiest uiteindelijk voor de coherentie van het resultaat, dat volgens hem “het best de werkelijke grondslagen en doelstellingen van de uit te leggen regel weergeeft.” Vervolgens besteedt hij 15 paragrafen aan het uitleggen waarom dit resultaat in overeenstemming is met eerdere rechtspraak.<sup>11</sup> Hij begint met benadrukken dat het Hof het begrip “mededeling aan het publiek” altijd ruim uitlegt, en daaronder soms handelingen schaarft die strikt genomen niet bestaan uit de doorgifte van beschermde werken. Hij verwijst daarvoor naar het eerder genoemde arrest PPI/Ireland, maar ook naar Airfield en AKM/Zürs.net.<sup>12</sup> Vervolgens bespreekt hij de overeenkomsten tussen de onderhavige casus en de casus die voorlag in het arrest Stim en SAMI,<sup>13</sup> over verhuur van auto's met radio's. Hoewel Szpunar toegeeft dat de zaken op elkaar lijken, is volgens hem het doorslaggevende verschil dat autoverhuurmaatschappijen geen invloed hebben op de installatie van radio's in de auto's die zij verhuren, omdat auto's nu eenmaal vrijwel altijd geleverd worden met radio. Hij moet daarbij wel toegeven dat het Hof van Justitie deze omstandigheid niet noemt in zijn arrest, en dat hij in zijn conclusie bij Stim en SAMI deze omstandigheid nu juist niet doorslaggevend achtte.<sup>14</sup> In deze zaak vindt Szpunar deze omstandigheid toch wel relevant, mede omdat daaruit blijkt dat autoverhuurmaatschappijen niet met een winstoogmerk werken. Szpunar bespreekt vervolgens ook het verschil tussen deze zaak en het arrest Blue Air Aviation. Volgens hem ligt het verschil met die zaak erin dat de geluidsinstallatie niet ter beschikking van de passagiers werd gesteld, maar dat de vervoerder de controle daarover hield, en daarmee ook over de eventuele doorgifte van beschermde werken.<sup>15</sup> Ten slotte benadrukt Szpunar dat het ook vanuit het beginsel van technologische neutraliteit logisch is om te oordelen dat het irrelevant is of gebruikers toegang krijgen tot televisiesignalen via kamerantennes of via een centrale antenne en kabeldoorgifte.

Hoewel Szpunar zijn uiterste best doet om uit het bouwwerk van mededeling aan het publiek rechtspraak van het Hof van Justitie op coherente en logische wijze deze oplossing te distilleren, en hij daarvoor best overtuigende argumenten heeft verzonnen, overtuigt zijn betoog toch niet helemaal (en had een redenering de andere kant op waarschijnlijk ook niet overtuigd). Het betoog van Szpunar maakt vooral duidelijk hoe de door het Hof van Justitie aangelegde criteria in de praktijk tot alle gewenste uitkomsten kunnen leiden,

en dat de zaak uiteindelijk wordt beslist door de vraag of het hof het wel of niet redelijk vindt dat er sprake is van een mededeling aan het publiek, waarna er een redenering naar die uitkomst toe wordt bedacht.

Het hof volgt Szpunar in zijn conclusie dat er hier sprake moet zijn van een mededelingshandeling, maar ziet in deze vraag kennelijk een minder groot dilemma dan Szpunar (althans: ziet minder aanleiding om zijn oordeel uitgebreid te motiveren). Het hof volstaat met één overweging (37) om de knoop door te hakken: een onderscheid tussen centrale antennes en kamerantennes strookt niet met het beginsel van technologische neutraliteit, en dus moet worden geoordeeld dat er, net als in de jurisprudentie over hotels, sprake is van een mededelingshandeling.

### ...aan het publiek

De tweede vraag die beantwoord moet worden, en waar het antwoord opnieuw twee kanten op kan vallen, is de vraag of er ook sprake is van een mededeling aan het publiek.

Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak bepaald dat er aan twee eisen moet zijn voldaan voordat er sprake is van een “publiek”: (1) er moet sprake zijn van een onbepaald aantal potentiële ontvangers en een vrij groot aantal personen<sup>16</sup> en (2) er moet óf sprake zijn van doorgifte via een ander technisch middel dan de oorspronkelijke mededeling<sup>17</sup> óf er moet sprake zijn van een “nieuw publiek”.<sup>18</sup>

Het eerste criterium is dat er sprake moet zijn van een onbepaald aantal potentiële ontvangers en een vrij groot aantal personen. Het hof heeft in verschillende arresten uiteengezet dat met een onbepaald aantal potentiële ontvangers wordt bedoeld “personen in het algemeen, met andere woorden, niet beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren.”<sup>19</sup> Met “een vrij groot aantal personen” wordt duidelijk gemaakt “dat het begrip publiek een zekere de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt”. Om te bepalen of het gaat om een vrij groot aantal personen of niet, moet rekening worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van werken. Dus: als potentiële kijkers of luisteraars elkaar opvolgen, tellen al die mensen mee. Toepassing van deze criteria leidde tot het oordeel dat hotelgasten,<sup>20</sup> gasten van een kuuroord<sup>21</sup> en

11 Ibid par. 43 t/m 57.

12 HvJ EU 15 maart 2012, C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141 (PPI/Ireland), HvJ EU 2 juni 2016, C-205/14, ECLI:EU:C:2016:393, IER 2012/27, p. 247, m.nt. J.M.B. Seignette (Airfield), HvJ EU 16 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:218, AMI 2017-2, nr. 12, p. 94-101, m.nt. D.J.G. Visser; IER 2017/48, p. 360-367, m.nt. M.E. Kingma (AKM v Zürs.net).

13 HvJ EU 2 april 2020, C-753/18, AMI 2020-5, nr. 8, m.nt. K. Koelman (Stim en SAMI).

14 Concl. M. Szpunar par. 52.

15 Dit verschil werd ook al benoemd door Torenbosch in zijn noot bij Blue Air Aviation in Auteursrecht 2023-4, nr. 8.

16 Zie o.a. HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 (Marco del Corso), r.o. 84.

17 Zie o.a. HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, IER 2013/26, m.nt. J.M.B. Seignette, NJ 2013/444, m.nt. P.B. Hugenholtz (ITV/TVCatchup), r.o. 39.

18 Zie bijv. HvJ EU 22 juni 2021, C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, Auteursrecht 2022-1, nr. 1, m.nt. J.P. Quintais en C. Angelopoulos (YouTube en Cyando), r.o. 70.

19 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 (Marco del Corso), r.o. 85.

20 HvJ EG 7 december 2006, C-306/05 (SGAE/Rafael Hoteles) en HvJ EU 18 maart 2020, C-136/09, ECLI:EU:C:2010:151 (Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon).

21 HvJ EU 27 februari 2014, C-351/12 (OSA), r.o. 32.



patiënten in een revalidatiecentrum<sup>22</sup> wél kwalificeren als een publiek, maar het hof oordeelde in het veel bekritiseerde arrest *Marco del Corso* dat patiënten van een tandarts niet kwalificeren als een “publiek”.<sup>23</sup> De samenstelling van deze laatste groep is volgens het hof grotendeels stabiel, en het gaat dus niet om “personen in het algemeen”. Verder is het aantal patiënten dat tegelijkertijd in de wachtruimte aanwezig is volgens het hof vrij beperkt en zelfs onbeduidend. Dat de patiënten elkaar opvolgen is niet doorslaggevend, want de patiënten die beurtelings aanwezig zijn horen niet steeds dezelfde muzieknummers.<sup>24</sup> Vooral op die laatste overweging van het hof is op veel kritiek gestuit, omdat dat net zo goed geldt voor de televisieprogramma’s die opeenvolgende hotelgasten of patiënten in een revalidatiecentrum kunnen bekijken.

Het *Marco del Corso*-arrest heeft tot onzekerheid geleid over wanneer een groep personen nu wel of niet als “publiek” kwalificeert. Dit leidt tot uiteenlopende oordelen van nationale rechters. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft in 2015 geoordeeld dat de doorgifte van televisiesignalen aan 343 woningen in een flatgebouw géén mededeling aan het publiek was omdat geen sprake was van een onbepaald aantal potentiële ontvangers.<sup>25</sup> De Nederlandse Hoge Raad bekrachtigde in 2022 het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden dat ongeveer twintig bewoners van zorglocatie *Dagelijks Leven*, inclusief hun visite en het personeel, wél kwalificeren als een onbepaald aantal potentiële ontvangers en een vrij groot aantal personen.<sup>26</sup>

Dan het tweede criterium: nu er hier geen sprake lijkt te zijn van een ander technisch middel, is het voor de casus in GEMA/GL enkel de vraag of sprake is van een nieuw publiek. In de arresten *Premier League*<sup>27</sup> en *Airfield*<sup>28</sup> heeft het hof bepaald dat van een nieuw publiek sprake is als het gaat om “een publiek dat de auteurs van deze werken niet voor ogen hadden toen zij toestemming verleenden voor het gebruik van hun werken door de omroeporganisatie”. Het gaat dus niet om de vraag of leden van dit publiek eerder al toegang hadden tot het werk, maar om de vraag welk publiek de auteurs voor ogen hadden toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling. In *AKM/Zürs.net* gaat het hof nog een stapje verder: als de rechthebbenden bij het

verlenen van toestemming op de hoogte waren van het feit dat de uitzendingen kunnen worden ontvangen door iedereen die zich op het nationale grondgebied bevindt, is er géén sprake van een nieuw publiek bij kabeldoorgifte van televisiesignalen aan de inwoners van een Oostenrijks dorp door een lokale kabelexploitant.<sup>29</sup>

Terug naar GEMA/GL. Ook de vraag of er in die zaak sprake is van een publiek, kan op grond van de rechtspraak van het hof verschillend worden beantwoord. Het is te beargumenteren dat met doorgifte aan 18 appartementen een publiek wordt bereikt dat grotendeels stabiel is, en het dus niet gaat om “personen in het algemeen”, met name als het zou gaan om permanente bewoners. Zo redeneerde ook het Duitse Bundesgerichtshof in de eerder genoemde zaak over 343 bewoners van een flatgebouw. Aan de andere kant kan net zo goed geconcludeerd worden dat de bewoners van 18 appartementen en al hun gasten die mogelijk ook televisie kijken als zij op bezoek zijn, wél kwalificeren als een publiek, langs de lijnen van de *Dagelijks Leven*-uitspraak. Daarbij kan ook de vraag of de rechthebbenden rekening hebben gehouden met de ontvangst van hun televisieprogramma’s in appartementencomplexen, op twee manieren worden bekeken. Aan de ene kant kan hier de redenering gevolgd worden van het Hof van Justitie in *AKM/Zürs.net*, en kan worden gesteld dat de rechthebbenden al toestemming hebben gegeven voor de uitzending in Duitsland, en dus ook in een Duits appartementencomplex. Daarbij is ook nog relevant dat het in dit geval kennelijk gaat om *free to air* signalen die met een antenne kunnen worden opgevangen, waarvan kan worden gezegd dat de rechthebbenden er in ieder geval rekening mee hebben gehouden dat hun programma’s kunnen worden bekeken door iedereen met een televisie met antenne. De andere kant op kan weer worden gewezen op de rechtspraak inzake hotels, een kuuroord en een trainingscentrum, waarin het hof oordeelde dat er wél sprake was van een nieuw publiek, ondanks het feit dat het publiek zich binnen het ontvangstgebied van de oorspronkelijke uitzending bevond, omdat de betreffende personen zonder tussenkomst van de exploitant op die plek geen toegang zouden hebben tot de betreffende werken.

22 HvJ EU 31 mei 2016, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (*Reha Training*).

23 HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 (*Marco del Corso*), r.o. 85.

24 Ibid, r.o. 96.

25 BGH 17 september 2015, I ZR 228/14, ECLI:DE:BGH:2015:170915UI ZR228.14.0 (*GEMA/Wohnungseigentümergeinschaft Ramses*), r.o. 63.

26 HR 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1938, *Auteursrecht* 2023-1, nr. 2, m.nt R. Leuyerink, *IER* 2023/10, m. nt. J.R. Torenbosch (*Sena en Buma/Dagelijks Leven*).

27 HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, NJ 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz; *AMI* 2012-1, nr. 1, p. 13-24, m.nt. F.W. Grosheide (*Football Association Premier League*).

28 HvJ EU 13 oktober 2011, gevoegde zaken C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648, *IER* 2012/27, p. 247, m.nt. J.M.B. Seignette (*Airfield*).

29 Ik heb in mijn noot bij *AKM/Zürs.net* in *IER* 2017/48 al opgemerkt dat dit criterium enigszins problematisch is. Het ligt veel meer voor de hand om eerst vast te stellen of er sprake is van een auteursrechtelijk relevante handeling, zoals een mededeling aan het publiek, en daarna pas te kijken of met die handeling inbreuk wordt gemaakt. Als er (impliciet) toestemming is gegeven voor de mededeling aan het publiek is van inbreuk geen sprake. In de door het hof toegepaste systematiek komt men aan de inbreukvraag echter niet eens toe. Het hof haalt die vraag als het ware naar voren door de uitleg van de toestemming die aan de oorspronkelijke mededeling ten grondslag ligt al bij de vraag of er sprake is van een mededeling aan het publiek te bespreken.

Szpunar en het Hof van Justitie oordelen dat het antwoord op de vraag of er in dit geval sprake is van een publiek afhangt van de omstandigheden van het geval. Uit de verwijzingsbeslissing is niet duidelijk geworden of de appartementen worden gebruikt voor kortetermijnverhuur (bijvoorbeeld aan toeristen) of voor permanente bewoning. Het antwoord op de vraag of er in deze zaak sprake is van een mededeling aan het publiek, hangt daarvan af. Het hof oordeelt dat in het geval van verhuur voor korte duur, er sprake is van een onbepaald aantal potentiële ontvangers, én van een nieuw publiek, net als bij gasten in een hotel. In dat geval is het hof van oordeel dat de huurders, hoewel zij zich binnen het ontvangstgebied van de uitzending bevinden, niet van het uitgezonden werk zouden kunnen profiteren zonder tussenkomst van de exploitant van het apparte-

mentsgebouw. Indien er sprake is van verhuur voor langere tijd is dat volgens het hof anders. In dat geval kunnen de bewoners van het appartementencomplex niet worden aangemerkt als een nieuw publiek. Waarom in dat geval niet relevant is dat de huurders de televisieprogramma's enkel kunnen bekijken omdat de verhuurder televisietoestellen met antennes heeft neergezet in de appartementen, wordt niet geheel duidelijk. Ook hier lijkt de uitkomst erop neer te komen dat het Hof van Justitie het in het geval van permanente bewoning niet redelijk vindt dat er door de exploitant wordt betaald voor de beschikbaarstelling van de tv-toestellen, en in het geval van verhuur voor kortere termijn wel. Over waar de grens precies ligt, zal ongetwijfeld weer geprocedeerd worden.