

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

E. SHARPSTON

van 13 juli 2006¹

1. In de onderhavige zaak verzoekt de Spaanse Audiencia Provincial de Barcelona (provinciale beroepsinstantie) om uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij² (hierna: „auteursrechtrichtlijn” of „richtlijn”).

De auteursrechtrichtlijn

2. Zoals de titel aangeeft, wordt met de auteursrechtrichtlijn de harmonisatie beoogd van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten³, met inbegrip van het recht om werken aan het publiek mee te delen.

3. In de considerans van de richtlijn wordt eerst beklemtoond dat bij een harmonisatie van het auteursrecht en de naburige rechten steeds van een hoog beschermingsniveau moet worden uitgegaan van onder meer auteurs en uitvoerend kunstenaars, die, willen zij hun scheppende en artistieke arbeid kunnen voortzetten, een passende beloning voor het gebruik van hun werk moeten ontvangen. In de considerans wordt vervolgens verklaard dat een strikt, doelmatig systeem tot bescherming van de auteursrechten en naburige rechten een van de voornaamste instrumenten is om ervoor te zorgen dat de Europese culturele creativiteit en productie over de nodige middelen beschikken en om de scheppend en uitvoerend kunstenaars in staat te stellen hun autonomie en waardigheid te bewaren.⁴

4. Volgende punten van de considerans zijn in casu eveneens van belang:

„15. [...] het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht [...] zorg[t] voor een belangrijke actualisering van de internationale bescherming van het auteurs-

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 (PB L 167, blz. 10).

3 — In het EG-recht omvat het auteursrecht („droit d’auteur”) de aan auteurs, componisten, kunstenaars, enz. verleende uitsluitende rechten, terwijl de naburige rechten („droits voisins”) de analoge aan uitvoerend kunstenaars (musici, acteurs, enz.) en ondernemers (uitgevers, filmproducenten, enz.) verleende rechten omvatten.

4 — Punten 9 tot en met 11 van de considerans.

recht en de naburige rechten, niet in de laatste plaats wat de zogenoemde 'digitale agenda' betreft [...]. Met deze richtlijn wordt onder meer ook beoogd een aantal van de nieuwe internationale verplichtingen na te komen.

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".

[...]

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."

6. De richtlijn is op 22 juni 2001 in werking getreden en diende uiterlijk op 22 december 2002 te zijn uitgevoerd.⁵

Internationaal wettelijk kader

7. Artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn komt overeen met artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst⁶ (hierna: „Berner Conventie” of „Conventie”) en is nagenoeg gelijk aan artikel 8 van het Verdrag van de WIPO inzake het auteursrecht⁷ (hierna: „WCT”).⁸ Zoals de Commissie opmerkt, is het vaste rechtspraak dat de bepalingen van afgeleid gemeenschapsrecht zo veel mogelijk in overeenstemming met de door de Gemeenschap gesloten internationale verdragen worden uitgelegd.⁹

5 — Artikelen 13 en 14.

6 — Van 9 september 1886; laatstelijk herzien op 24 juli 1971 en gewijzigd op 28 september 1979.

7 — World Intellectual Property Organisation (Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom).

8 — Vastgesteld te Genève op 20 december 1996.

9 — Zaak C-61/94, Commissie/Duitsland (Jurispr. blz. I-3989, punt 52).

5. Naar luid van artikel 3, lid 1, van de richtlijn „voorzien de lidstaten ten behoeve

De Berner Conventie

8. Hoewel de Gemeenschap geen partij is bij de Berner Conventie (en dat ook niet kan zijn, aangezien het lidmaatschap van de Berner Unie aan staten is voorbehouden), moet zij toch artikel 9 van de overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIP's-Overeenkomst”) naleven. Deze overeenkomst is als bijlage 1C gehecht aan de Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie¹⁰, waarbij de Gemeenschap is aangesloten. Bijgevolg kan worden aangenomen dat artikel 3, lid 1, van de richtlijn beoogt aan te sluiten bij de Berner Conventie.

9. Artikel 11 van de Berner Conventie bepaalt:

„1. Auteurs van toneelwerken, dramatisch-muzikale werken en muziekwerken genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

- 1) de openbare opvoering en uitvoering van hun werk, met inbegrip van openbare opvoering en uitvoering met alle middelen of werkwijzen;

- 2) de openbare overbrenging met alle middelen van de opvoering en uitvoering van hun werken.

2. Dezelfde rechten worden toegekend aan auteurs van toneelwerken of dramatisch-muzikale werken gedurende de hele duur van hun rechten op hun oorspronkelijke werk, ten aanzien van de vertaling van hun werken.”

10. Artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie luidt:

„Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

- 1) de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel, dienende tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden;

¹⁰ — Namens de Europese Gemeenschap, wat de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden betreft, goedgekeurd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 (PB L 336, blz. 1). De TRIP's-Overeenkomst is gepubliceerd in PB L 336, blz. 214.

- 2) elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt [¹¹];

de Europese Gemeenschap kon toetreden (evenals landen die geen leden waren van de Berner Unie).

Het WCT

- 3) de openbare mededeling van het door de radio uitgezonden werk door een luidspreker of door ieder ander dergelijk instrument dat tekens, geluiden of beelden overbrengt.”

11. De Berner Conventie is voor het laatst herzien in 1971.¹² Voor een herziening van de Conventie is eenparigheid van stemmen vereist van de verdragsluitende partijen die vertegenwoordigd zijn en aan de stemming deelnemen. Zelfs in 1971, toen er aanzienlijk minder verdragsluitende partijen waren¹³, bleek het moeilijk eenparigheid van stemmen te bereiken. Blijkbaar vond men het onrealistisch om de Conventie nogmaals te herzien rekening houdend met de technologische ontwikkelingen vanaf 1971. Bijgevolg besloot het WIPO om een nieuw verdrag voor te bereiden dat als een „bijzondere schikking” in de zin van artikel 20 van de Conventie was te beschouwen, zodat geen eenparigheid van stemmen van de leden van de Berner Unie vereist was. Een bijkomend voordeel was dat

12. Het WCT is op 6 december 2001 in werking getreden. De Gemeenschap, die nochtans een van de ondertekenaars is, heeft dit verdrag nog niet bekrachtigd.¹⁴ Het is niettemin van belang voor de uitlegging van de auteursrechtlijn, aangezien in punt 15 van de considerans van de richtlijn wordt verklaard dat met de richtlijn ook wordt „beoogd een aantal van de nieuwe internationale verplichtingen [die uit het WCT voortvloeien] na te komen”.

13. Artikel 8, met het opschrift „Recht op mededeling aan het publiek”, luidt als volgt:

„Onverminderd de bepalingen van de artikelen 11, lid 1, onder ii, 11 bis, lid 1, onder i

11 — Artikel 11 bis, lid 1, sub ii, is niet zo duidelijk in het Engels. De Franse versie is duidelijker: „toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine”.

12 — De amendementen van 1979 betroffen kleine redactionele details en niet de essentie.

13 — Op dit ogenblik zijn het er 162.

14 — Blijkbaar moet de Gemeenschap het verdrag pas bekrachtigen wanneer na de uitvoering van de auteursrechtlijn, alle lidstaten het WCT hebben goedgekeurd. De Gemeenschap en de lidstaten (15, voor de uitbreiding in 2004) hebben aan het einde van de diplomatieke conferentie inzake bepaalde punten inzake auteursrecht en naburige rechten (Genève, 2-20 december 1996) het voornemen te kennen gegeven om hun akten van bekrachtiging gelijktijdig neer te leggen. Zie M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (2002), Oxford University Press, Oxford, 2002, blz. 68, punt 2.41.

en ii, [...] van de Berner Conventie, 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.”

rechterlijke instantie) zich tot voor kort op het standpunt dat hotelkamers geen huiskamers waren, zodat het gebruik van televisie in deze hotelkamers een mededeling van werken aan het publiek opleverde in de zin van artikel 20 van de wet inzake intellectuele eigendom.¹⁶ Daaruit volgde dat de hotel-eigenaar aan de onderneming die instaat voor het beheer van het repertoire waarvan werken werden meegedeeld, de rechten voor toegelaten gebruik moest betalen.

Toepasselijke Spaanse wetgeving

14. Volgens de verwijzingsbeslissing komt ingevolge de Spaanse wet inzake intellectuele eigendom¹⁵ het exclusieve recht van exploitatie van een werk in elke vorm aan de auteur toe. Mededeling aan het publiek is één van deze rechten. Artikel 20 preciseert eerst wat wordt bedoeld met mededeling aan het publiek: „iedere handeling waardoor een werk toegankelijk wordt gemaakt voor een groot aantal personen, zonder voorafgaande verspreiding van exemplaren aan elk van die personen”. Verder bepaalt het dat een mededeling die „plaatsvindt in een strikt huiselijke omgeving die geen deel uitmaakt van of verbonden is met een omroepnetwerk van welke aard ook”, niet als een mededeling aan het publiek wordt beschouwd.

16. In 2003 kwam het Tribunal Supremo echter terug van deze vaste rechtspraak, met een beslissing¹⁷ waarbij een hotelkamer als een strikt huiselijke omgeving werd aangemerkt, zodat het gebruik van televisietoestellen in deze kamers geen mededeling van werken aan het publiek opleverde en de toestemming van de houders van de intellectuele eigendomsrechten op de meege-deelde werken niet vereist was.

Hoofdgeding en verzoek om een prejudiciële beslissing

15. Volgens de verwijzende rechter stelde het Spaanse Tribunal Supremo (hoogste

17. Sociedad General de Autores y Editores de España (hierna: „SGAE”) is een onderne-

15 — Real Decreto Legislativo 1/96 van 12 april 1996, gepubliceerd in het BOE nr. 97 van 22 april 1996, blz. 14369; zie in het bijzonder artikel 17.

16 — Arresten van het Tribunal Supremo van 19 juli 1993 (RJ 1993/6164) en 11 maart 1996 (RJ 1996/2413).

17 — Arrest van 10 mei 2003 (RJ 2003/3036).

ming die belast is met het beheer van intellectuele eigendomsrechten. SGAE heeft een vordering ingesteld tegen Rafael Hoteles SL (hierna: „Rafael”), de eigenaar van Hotel Rafael, wegens schending van de door SGAE beheerde intellectuele eigendomsrechten. Concreet stelde SGAE dat tussen juni 2002 en maart 2003 werken van het door SGAE beheerde repertoire aan het publiek zijn meegedeeld. Deze mededeling gebeurde via in de kamers geplaatste televisietoestellen waarop de gasten programma’s konden bekijken van zenders waarvan het hotel het signaal via zijn hoofdantenne ontving en doorgaf naar de televisietoestellen in de verschillende kamers. SGAE vorderde schadevergoeding van Rafael.

op het standpunt stelde dat het Spaanse recht en de rechtspraak in strijd kunnen zijn met de auteursrechtlijn. Concreet vraagt de verwijzende rechter zich af of, wanneer het hotel een televisiesignaal per satelliet of via de ether ontvangt en via kabel naar de verschillende hotelkamers doorgeeft, sprake is van mededeling aan het publiek in de zin van de richtlijn. De rechter oordeelt dat de essentie van mededeling aan het publiek hierin bestaat dat het, in dit geval via de televisie, verspreide werk toegankelijk wordt gemaakt voor een groot aantal personen. Dit is duidelijk het geval wanneer het publiek tegelijkertijd aanwezig is, bijvoorbeeld wanneer er een televisie staat in een hotellounge. Twijfelachtiger is evenwel het geval waarin het publiek bestaat uit een reeks personen die „successief” aanwezig zijn, zoals het geval is in een hotelkamer.

18. De rechter in eerste aanleg heeft de vordering van SGAE afgewezen. Hij oordeelde dat, gelet op deze recente rechtspraak van het Spaanse Tribunal Supremo, het gebruik van televisietoestellen in de kamers van Hotel Rafael geen mededeling aan het publiek opleverde van door SGAE beheerde werken, dat de hoteleigenaar bijgevolg geen voorafgaande toestemming moest vragen, en dat daarvoor ook geen vergoeding moest worden betaald.

20. Bijgevolg heeft de Audiencia Provincial de Barcelona de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

19. SGAE stelde hoger beroep in bij de Audiencia Provincial de Barcelona die zich

„1. Is bij de installatie, in hotelkamers, van televisietoestellen waarnaar het per satelliet of via de ether uitgezonden televisiesignaal via de kabel wordt doorgegeven, sprake van mededeling aan het publiek waarvoor de harmonisatie van

de nationale wetgevingen inzake bescherming van het auteursrecht in de zin van artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 geldt?

2. Is de kwalificatie van een hotelkamer als een strikt huiselijke omgeving, zodat de mededeling via televisietoestellen waarnaar het eerder door het hotel ontvangen signaal wordt doorgegeven, niet langer als mededeling aan het publiek wordt aangemerkt, in strijd met de door richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 voorgestane bescherming van het auteursrecht?

3. Kan, wat de bescherming van het auteursrecht tegen mededeling aan het publiek in de zin van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreft, de mededeling via een televisietoestel in een hotelkamer als een mededeling aan het publiek worden beschouwd omdat een „successief publiek” toegang tot het werk heeft?”

21. SGAE, de Oostenrijkse, de Franse en de Ierse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. SGAE, Rafael, de Ierse en de Poolse regering en de Commissie waren ter terechtzitting vertegenwoordigd.

De zaak EGEDA

22. De Spaanse wettelijke regeling die tot de onderhavige procedure heeft geleid, was reeds aan de orde in een prejudiciële zaak, vóór de vaststelling van de auteursrecht-richtlijn. In de zaak EGEDA¹⁸ werd het Hof de vraag gesteld of, wanneer een hotelbedrijf televisiesignalen per satelliet of via de ether opvangt en naar de hotelkamers doorgeeft, daarbij sprake is van mededeling aan het publiek of ontvangst door het publiek in de zin van richtlijn 93/83.¹⁹ Het Hof oordeelde dat deze vraag niet door richtlijn 93/83 wordt beheerst en derhalve naar nationaal recht moet worden beoordeeld.

18 — Arrest van 3 februari 2000 (C-293/98, Jurispr. blz. I-629).

19 — Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (PB L 248, blz. 15).

23. Ook advocaat-generaal La Pergola stelde zich op het standpunt dat de vraag niet door richtlijn 93/83 wordt beheerst.²⁰ Niettemin onderzocht hij artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie, dat volgens hem een antwoord kon bieden op de vraag van de nationale rechter.²¹ In zijn conclusie gaf hij het Hof in overweging te oordelen dat, in de eerste plaats, richtlijn 93/83 niet van toepassing was, en in de tweede plaats, dat de ontvangst door een hotel van door een uitzender in een andere lidstaat uitgezonden beschermde werken en de daaropvolgende doorgifte via de kabel van de programma's naar de hotelkamers, een mededeling aan het publiek vormt in de zin van artikel 11 bis van de Berner Conventie. In deze conclusie zal ik vaak naar de nuttige analyse van advocaat-generaal La Pergola verwijzen.

25. SGAE en de Franse regering zijn van mening dat dit begrip de beschreven handelingen omvat, zodat elk van de drie gestelde vragen bevestigend moet worden beantwoord. Rafael en de Oostenrijkse en de Ierse regering nemen het tegenovergestelde standpunt in. De Poolse regering gaat vooral in op de tweede en de derde vraag, die volgens haar bevestigend moeten worden beantwoord. De Commissie stelt dat, hoewel de installatie van televisietoestellen in hotelkamers op zich geen „mededeling aan het publiek” vormt, er wel sprake is van een dergelijke handeling als de via satelliet of via de ether ontvangen televisiesignalen naar de hotelkamers worden doorgegeven via de kabel.

Eerste vraag

Beoordeling

24. De prejudiciële vragen betreffen de uitlegging van het begrip „mededeling aan het publiek” in artikel 3, lid 1, van de richtlijn.

26. Ik ben het met Rafael, de Oostenrijkse en de Ierse regering en de Commissie eens dat de installatie van televisietoestellen in hotelkamers op zich geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn vormt.²²

20 — Punt 14 van zijn conclusie.

21 — Punten 20-27.

22 — Hoewel de nationale rechter verwijst naar artikel 3 van de richtlijn, is kennelijk een uitlegging nodig van artikel 3, lid 1, aangezien dit de bepaling is die uitdrukkelijk het recht verleent om „mededeling aan het publiek” toe te staan, wat het onderwerp is van de drie prejudiciële vragen. (Artikel 3, lid 2, breidt het ingevolge de tweede volzin van artikel 3, lid 1, aan auteurs verleende recht om „de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek” toe te staan, uit tot uitvoerend kunstenaars, producenten van fonogrammen, filmproducenten en omroeporganisaties).

27. Deze vaststelling volgt duidelijk uit punt 27 van de richtlijn waarin het heet dat „[d]e beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten [...] op zich geen mededeling [is] in de zin van deze richtlijn.” Deze beperking, die ondubbelzinnig is, bevestigt de vaststelling in punt 23, dat het „recht [van mededeling aan het publiek zich] dient [...] uit te strekken tot elke [...] doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek [dat niet aanwezig is op de plaats van oorsprong van de mededeling] per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling”.

28. Deze benadering strookt bovendien met de uitlegging van het begrip „mededeling” in het WCT. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn is kennelijk bedoeld als omzetting op communautair niveau van bepaalde nieuwe, door dit verdrag opgelegde internationale verplichtingen.²³ Het recht waarin lidstaten ingevolge artikel 3, lid 1, van de richtlijn dienen te voorzien, is inderdaad in nagenoeg dezelfde bewoordingen gesteld als artikel 8 van het WCT. Dat is geen toeval: artikel 8 is

door de Gemeenschap en de lidstaten voorgesteld.²⁴ De diplomatieke conferentie die dit verdrag heeft aangenomen²⁵, heeft eveneens de volgende „overeengekomen verklaring” met betrekking tot artikel 8 aangenomen:

„Het is wel verstaan dat de enkele beschikbaarstelling van materiële faciliteiten voor het mogelijk maken of verrichten van een mededeling op zich geen mededeling in de zin van dit verdrag of van de Berner Conventie uitmaakt. Het is voorts wel verstaan dat niets in artikel 8 van dit verdrag eraan in de weg staat dat een verdragsluitende partij artikel 11 bis, lid 2, van de Berner Conventie toepast.”

29. Bijgevolg ben ik van mening dat de eerste prejudiciële vraag aldus moet worden beantwoord, dat bij de installatie in hotelkamers van televisietoestellen waarnaar het per satelliet of via de ether uitgezonden televisiesignaal via de kabel wordt doorgegeven, geen sprake is van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtrichtlijn.

23 — Vijftiende overweging van de considerans, aangehaald in punt 4.

24 — „Basisvoorstel voor de materieelrechtelijke bepalingen van het Verdrag inzake bepaalde door de diplomatieke conferentie te behandelen vragen inzake de bescherming van werken van letterkunde en kunst” (hierna: „basisvoorstel”; voor de volledige tekst, zie de WIPO-website: www.wipo.int), toelichtingen 10.07 en 10.08. De door de voorzitter van de deskundigencomités voorbereide nota, die als inleiding is gevoegd bij het basisvoorstel, verduidelijkt in punt 19: „[h]et doel van de toelichtingen is: i) bondig de inhoud en de ratio van de voorstellen uitleggen en richtsnoeren aanbieden hoe sommige bepalingen moeten worden begrepen en uitgelegd; ii) aangeven wat de motieven zijn die ten grondslag liggen aan de voorstellen, en iii) verwijzingen geven naar de voorstellen en opmerkingen die tijdens de zittingen van de deskundigencomités zijn gemaakt, en verwijzingen naar modellen en vergelijkingspunten die in de bestaande verdragen kunnen worden gevonden.”

25 — Zie voetnoot 14. De overeengekomen verklaringen met betrekking tot het WCT (CRNR/DC/96) kunnen worden gelezen op de WIPO website.

Tweede en derde vraag

30. De tweede en de derde vraag van de verwijzende rechter worden het best samen onderzocht. In hun onderlinge samenhang gelezen, wordt daarin namelijk de vraag aan de orde gesteld of mededeling van uitzendingen in hotelkamers via televisietoestellen waarnaar het door het hotel eerder opgevangen signaal wordt doorgegeven, moet worden aangemerkt als „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn.

31. Vaststaat dat, indien blijkt dat de ontvangers „het publiek” uitmaken, artikel 3, lid 1, van toepassing zal zijn: de partijen die opmerkingen hebben ingediend zijn het oneens over de betekenis van het begrip „het publiek”, dat de verwijzende rechter ertoe heeft genoopt om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

32. Mijns inziens moeten de tweede en de derde vraag bevestigend worden beantwoord.

33. In de richtlijn wordt het begrip „het publiek” niet omschreven, hoewel (zoals SGAE, de Franse en de Poolse regering hebben gesteld) er aanwijzingen zijn dat voor de toepassing van de richtlijn het begrip

ruim moet worden uitgelegd. Dit volgt zowel uit het hoofddoel van de richtlijn, dat uitgaat van „een hoog beschermingsniveau” van het auteursrecht en de naburige rechten²⁶, als uit wat in de considerans van de richtlijn is gepreciseerd, namelijk dat aan het recht op mededeling aan het publiek „een ruime betekenis [moet] worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan [en] zich [dient] uit te strekken tot elke doorgifte of wederdoorgifte aan het publiek [...], per draad of draadloos”.²⁷

34. Aangezien de richtlijn geen omschrijving of duidelijkere aanwijzingen verschaft, dient mijns inziens te rade worden gegaan met de relevante internationale instrumenten.

35. Zoals gezegd²⁸, is artikel 3, lid 1, van de richtlijn bedoeld om op communautair niveau de uit artikel 8 van het WCT voortvloeiende verplichtingen om te zetten.

36. Het doel van artikel 8 bestaat erin de bepalingen van de Berner Conventie te verduidelijken wat het uitsluitend recht op

26 — Punt 9 van de considerans. Zie punt 3, hierboven.

27 — Punt 23.

28 — Punt 28, *supra*.

mededeling van een werk aan het publiek betreft, in het bijzonder van artikel 11 bis, lid 1, en om de aan deze conventie ontleende rechten te vervullen „door het recht op mededeling aan het publiek uit te breiden tot alle soorten werk”.²⁹

artikel 3, lid 1³², van de richtlijn en in artikel 8 van het WCT³³, wordt specifiek de interactieve (op aanvraag) online-doorgifte bedoeld. Daarom ben ik niet van mening dat, zoals Rafael stelt, er in casu geen sprake is van „mededeling aan het publiek” omdat de hotelgasten de televisieprogramma’s niet op een door hen individueel gekozen tijdstip kunnen bekijken, maar gebonden zijn aan vooraf vastgestelde uren. In ruimere zin betreft deze zaak eerder de algemene regel die in artikel 3, lid 1, van de richtlijn en in artikel 8 van het WCT is vervat, dan de specifieke materie die daarin met name is genoemd.

37. De tweede doelstelling betreft in het bijzonder werken van letterkunde, fotografie, beeldende kunst en grafisch werk, waarvoor vroeger geen uitsluitend recht op mededeling gold. Volgens het basisvoorstel hebben technologische ontwikkelingen „het mogelijk gemaakt om op verschillende, van de traditionele wijzen afwijkende, manieren toegang te verlenen tot beschermde werken”.³⁰ De belangrijkste ontwikkeling is uiteraard het internet³¹; en met de zinsnede „de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen tijd en plaats toegankelijk zijn”, in

38. Artikel 8 van het WCT beoogt de Berner Conventie inzake mededeling aan het publiek aan te vullen door een uitsluitend recht op mededeling aan het publiek toe te kennen aan auteurs van alle soorten werken, voor zover dit recht niet reeds is toegekend bij de Conventie.³⁴ Het verleent aldus een ruimer recht om toestemming te verlenen „voor het per draad of langs draadloze weg mededelen van hun werken aan het publiek”. Er wordt geen omschrijving gegeven van „het publiek”.

29 — Basisvoorstel, toelichting 10.05. Deze doelstellingen komen bovendien terug in de overwegingen van de considerans van het WCT, waarin wordt verwezen naar „de noodzaak tot invoering van nieuwe internationale regels en tot verduidelijking van de interpretatie van bepaalde bestaande regels teneinde adequate oplossingen te vinden voor de vraagstukken die zijn ontstaan als gevolg van nieuwe economische, maatschappelijke, culturele en technologische ontwikkelingen”.

30 — Ibid.

31 — Zie ook punt 5 van de considerans van de auteursrechtlijn.

32 — En ook artikel 3, lid 2.

33 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, COM(97) 628 def., punten 1.I.B.6 en 3.II.A.1 in de toelichting; basisvoorstel, punt 10.11. Dit wordt ook in de vijftienvingste overweging van de considerans van de richtlijn duidelijk gemaakt.

34 — Voor een diepgaande analyse van de strekking van de door de Berner Conventie geboden bescherming in vergelijking met die geboden door het WCT, zie Reinbothe en von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworth Lexis Nexis, Verenigd Koninkrijk, 2002, blz. 105-107, punt 11, en Fisor, aangehaald in voetnoot 14, blz. 494 en 495, punt C8.03.

39. Volgens de Oostenrijkse regering staat het aan het nationale recht om een omschrijving te geven van „het publiek”. Zij verwijst naar toelichting 10.17 van het basisvoorstel waarin het heet: „het begrip ‚publiek’ wordt in artikel 10 op dezelfde wijze gebruikt als in de huidige bepalingen van de Berner Conventie. Het komt toe aan het nationale recht en aan de nationale rechtspraak om te bepalen wat het ‚publiek’ is.” De Oostenrijkse regering verwijst eveneens naar academische bronnen³⁵ tot staving van haar zienswijze dat naar nationaal recht moet worden bepaald wat het begrip „publiek” inhoudt, en naar het werkdocument van de Commissie met het oog op de herziening van het wettelijke kader van de EG op het vlak van auteursrecht en naburige rechten³⁶, waarin wordt verklaard: „thans lijkt het niet noodzakelijk om de tot dusverre gevolgde koers opnieuw te beoordelen, en de invulling van het begrip ‚publiek’ moet een aangelegenheid blijven van nationaal recht en rechtspraak”.

40. Ongeveer in dezelfde zin betoogt Rafael dat richtlijn 93/83³⁷, en niet de richtlijn auteursrecht in casu van toepassing is. Overeenkomstig het arrest EGEDA³⁸ moet (het begrip) „mededeling aan het publiek” dus naar nationaal recht worden beoordeeld.

41. Ik ben het niet eens met deze argumenten.

42. Zoals de Commissie opmerkt, heeft het Hof reeds geoordeeld dat, „met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling, als algemene regel dient te gelden dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling”.³⁹

43. De auteursrechtrichtlijn is duidelijk bedoeld als een harmonisatierichtlijn die er vooral toe strekt „[bij te dragen] tot de uitoefening van de vier vrijheden van de interne markt” en „een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom [te] waarborgen”.⁴⁰ Het recht om de mededeling aan het publiek toe te staan is één van de vier punten die volgens de Commissie, ten tijde van haar voorstel voor de richtlijn, onmiddellijk wetgevend initiatief op communautair niveau vereisten gelet op het

35 — Waaronder Reinbothe en von Lewinski, reeds aangehaald, blz. 107, punten 12 en 13.

36 — 19 juli 2004, SEC(2004) 995, blz. 15.

37 — Aangehaald in voetnoot 19.

38 — Zie punt 22 supra.

39 — Arrest van 6 februari 2003, C-245/00 (Jurispr. blz. I-1251, punt 23).

40 — Punten 3 en 4 van de considerans.

belang ervan voor de interne markt.⁴¹ In punt 23 van de considerans wordt uitdrukkelijk verklaard dat de richtlijn „het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder [moet] harmoniseren”. Het ligt voor de hand dat, als de lidstaten één van de twee essentiële bestanddelen die de kern van dit recht uitmaken zelf zouden mogen definiëren, deze harmonisatie een dode letter zou blijven.⁴² Bovendien gaat het Hof in het arrest EGEDA⁴³ ervan uit dat artikel 3, lid 1, berust op een eenvormig begrip van „mededeling aan het publiek”.

44. Mijs inziens is deze opvatting niet in strijd met de toelichting waar Oostenrijk naar verwijst. In het kader van het WCT, dat door de Gemeenschap is ondertekend, is de nationale wetgeving de auteursrechtlijn (en niet de nationale wetgevingen van de verschillende lidstaten) en is de rechtspraak die van dit Hof.

45. Wat het werkdokument van de Commissie betreft, heeft de gemachtigde van de

Commissie ter terechtzitting opgemerkt dat dit enkel een ontwerp was dat door de Commissie nooit is goedgekeurd. Hoe dan ook is de opvatting van de Commissie over de draagwijdte van de gemeenschapswetgeving weliswaar interessant en niet zonder belang, maar duidelijk niet bindend voor het Hof.

46. Aangezien het WCT evenmin als de richtlijn een definitie geeft van (het begrip) „het publiek”, moet de betekenis van dat begrip aan de hand van het doel van artikel 8 worden bepaald. Zoals gezegd⁴⁴, is deze bepaling bedoeld om artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie te verduidelijken en aan te vullen.

47. De voorgeschiedenis van artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie is te zien als een reeks pogingen om de rechten van auteurs beter te beschermen tegen de achtergrond van de technologische vooruitgang. Van bij de aanvang in 1886 had de auteur het recht om uitvoering van zijn drama- of muzikaal werk toe te staan.⁴⁵ In 1928 is artikel 11 bis toegevoegd dat in zijn oorspronkelijke vorm auteurs van werken van letterkunde en kunst eenvoudigweg „het

41 — Zie punt 2.II.4 van de toelichting bij het voorstel, aangehaald in voetnoot 33. De overige drie punten waren het reproductierecht (artikel 2 van de richtlijn), technische voorzieningen en informatie over het beheer van rechten (artikelen 6 en 7), en het distributierecht van fysieke kopieën, uitputting ervan inbegrepen (artikel 4).

42 — Zoals de Commissie opmerkte in haar groenboek over het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij [COM(95) 382 def., 19 juli 1995], dat de weg heeft geëffend voor de richtlijn: „Het feit dat sommige activiteiten in bepaalde lidstaten wettig zijn en in andere niet kan problemen geven voor het functioneren van de interne markt” (afdeling IV, punt 3).

43 — Aangehaald in voetnoot 18, punten 26-28 van het arrest.

44 — Zie punt 36 supra.

45 — Oorspronkelijk in artikel 9, en aanvankelijk enkel bij wege van de verplichting om de in het nationale recht voorziene bescherming uit te breiden tot niet-ingezetenen. Dit werd gewijzigd door de herziening te Brussel in 1948, waar uitdrukkelijk werd gesteld dat het recht op zich door de Conventie beschermd was. Na de herziening te Berlijn van 1908 was artikel 9 ondertussen artikel 11 geworden.

uitsluitend recht [toekende] toestemming te verlenen tot openbare mededeling van hun werken door radio-uitzending”.⁴⁶ Deze bepaling was er duidelijk op gericht naar aanleiding van de technologische ontwikkeling inzake de radio-uitzendingen het bestaande recht om een uitvoering toe te staan uit te breiden.⁴⁷ De verspreiding van signalen via draad was niet opgenomen.

48. Bij de wijziging in 1948 werd van artikel 11 bis, lid 1, een tekst vastgesteld die in wezen overeenkomt met de huidige versie ervan. Het recht om openbare opvoering en uitvoering (artikel 11, lid 1) en mededeling aan het publiek via radio-uitzending toe te staan (het bestaande artikel 11 bis, lid 1, dat in wezen artikel 11 bis, lid 1, punt 1, werd), werd aangevuld met het recht om openbare mededeling van een radio-uitzending toe te staan, hetzij met of zonder draad, wanneer deze mededeling geschiedt door een andere organisatie dan de oorspronkelijke (artikel 11 bis, lid 1, punt 2), en openbare mededeling van het door de radio uitgezonden werk door een luidspreker of ieder ander dergelijk instrument⁴⁸ (artikel 11 bis,

lid 1, punt 3). De WIPO-woordenlijst⁴⁹ definieert „heruitzending” als „gelijktijdige uitzending van een uitzending die afkomstig is van een andere bron, of een nieuwe uitzending op een later tijdstip van een vroegere uitzending die eerder is doorgestuurd of ontvangen en opgenomen”. Daarnaast blijkt uit deze woordenlijst eveneens dat de „toestemming tot uitzending van een werk niet noodzakelijk ook geldt voor de heruitzending ervan”.

49. De herziening heeft dus de bescherming opnieuw uitgebreid naar aanleiding van de technologische vooruitgang.⁵⁰ Het doel was steeds om duidelijk te waarborgen dat de toestemming die voor één niveau was gegeven (bijvoorbeeld de uitvoering of de eerste uitzending) niet automatisch moest worden geacht ook te gelden voor de daaropvolgende niveaus (bijvoorbeeld de eerste uitzending van een uitvoering, de mededeling van die uitzending door een andere organisatie of door een luidspreker enz.).

46 — Artikel 11 bis, lid 1. Artikel 11 bis, lid 2, betrof de voorwaarden die door het nationale recht aan de uitoefening van dat recht konden worden verbonden.

47 — In de notulen van de herzieningsconferentie te Brussel in 1948 wordt over het oorspronkelijke artikel 11 bis, lid 1 opgemerkt: „Door het beginsel elliptisch te stellen, heeft de Conventie de geschikte bewoordingen gebruikt voor een concept dat toen nog in zijn kinderschoenen stond” (blz. 263). Het in de vastgestelde versie van de tekst gebruikte begrip „radio-uitzending” werd in het algemeen aldus geïnterpreteerd dat ook televisie-uitzendingen er onder vallen: zie S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, Londen, blz. 439. Ricketson beschrijft „radio-uitzending” in 1928 als „een nieuwe technologische ontwikkeling die vergaande gevolgen had voor de rechten van auteurs” (blz. 103).

48 — De verschillende formuleringen in het Engels „communication to the public” en „public communication” schijnen niet relevant te zijn. De Franse tekst, die krachtens artikel 37, lid 1, sub c, gezaghebbend is in geval van meningsverschillen over de uitlegging van de verschillende teksten heeft het in beide gevallen over „communication publique”.

49 — De woordenlijst van het auteursrecht en de naburige rechten (1980). In de inleiding tot de woordenlijst wordt opgemerkt dat de woordenlijst hoofdzakelijk bedoeld is als „een toelichting van de meest frequent gebruikte rechtstermen met betrekking tot auteursrechten en naburige rechten”.

50 — De rapporteur van de Conferentie van Brussel betoogde: „De buitengewone ontwikkeling van de radio in aanmerking genomen, heeft het programma [een herziening van artikel 11 bis] voorgesteld, die het recht van radio-uitzending opsplijt volgens de meest recente exploitatievormen [...] en tegelijkertijd poogt de verbeteringen of uitbreidingen die nog kunnen worden gemaakt, ook te laten gelden voor [televisie].” (notulen, aangehaald in voetnoot 48, blz. 263). Evenzo stelt Ricketson dat ten tijde van de herziening te Brussel de auteursrechten „gevaar liepen om hun relevantie te verliezen vanwege de snelle en revolutionaire technologische veranderingen die zich voordeden” (reeds aangehaald, blz. 113, punt 3.48). Zie ook Ricketson, blz. 424, punt 8.63.

50. Het criterium „mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke”, dat in artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Conventie is gebruikt, maakt blijkbaar een „puur functioneel” onderscheid: de mogelijkheid om een nieuwe toestemming te eisen telkens wanneer een wederdoorgifte „een nieuwe kring van luisteraars bereikt”⁵¹, is opzettelijk terzijde geschoven. Dit lijkt niettemin het wezenlijke gevolg te zijn van deze bepaling. De WIPO-gids⁵² bevestigt deze interpretatie bovendien. Daarin wordt over artikel 11 bis, lid 1, punt 3, verklaard:

station heeft gegeven, daarenboven ook elk gebruik dat van de uitzending wordt gemaakt, al dan niet voor commerciële doeleinden, dekt.

„Tenslotte gaat het derde geval waarover [artikel 11 bis, lid 1] spreekt, over de openbare mededeling van het reeds uitgezonden werk door een luidspreker of door een dergelijk instrument. Dit geval komt meer en meer voor. Op plaatsen waar mensen samenkomen (café's, restaurants, tea-rooms, hotels, grote winkels, treinen, vliegtuigen enz.) zijn steeds vaker uitzendingen te beluisteren. Ook het gebruik, op openbare plaatsen, van auteursrechtelijk beschermde werken voor advertentiedoel-einden is steeds couranter. De vraag is of de toestemming die de auteur aan het uitzend-

Het antwoord van de Conventie is ontken-nend. *Net zoals in het geval van een heruit-zending via de kabel, een bijkomend publiek wordt gecreëerd (lid 1, punt 2)*, zo bereikt het werk ook in dit geval luisteraars (en mis-schien ook kijkers) die niet diegene zijn waaraan de auteur dacht had toen hij zijn toestemming gaf. Hoewel per definitie het aantal mensen dat een uitzending ontvangt niet met zekerheid kan worden nagegaan, gaat de auteur er vanuit dat zijn toestem-ming tot uitzending enkel geldt voor het directe publiek dat het signaal in de gezins-sfeer ontvangt. Zodra de ontvangst gebeurt ten behoeve van het vermaak van een ruimere kring, vaak met winstgevend doel,

51 — Ricketson, reeds aangehaald, blz. 449.

52 — Gids bij de Berner Conventie (1978). Luidens de inleiding streeft de gids ernaar — „hoewel het niet de bedoeling is om een authentieke uitlegging van de bepalingen van de Conventie te geven” — om „de inhoud van de Berner Conventie zo eenvoudig en duidelijk mogelijk weer te geven en de aard, de doelstellingen en de werkingssfeer ervan op sommige punten toe te lichten”.

kan een bijkomend deel van het publiek van het werk genieten en gaat het niet louter om een uitzending. De auteur heeft zeggenschap over deze nieuwe openbare uitvoering van zijn werk.”⁵³

lijkheid het beschermde werk te bekijken. Zonder dit tweede gebruik [...] zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek binnen het ontvangstgebied van de satelliet bevinden, immers niet op andere wijze van het uitgezonden werk hebben kunnen genieten. In zoverre zijn zij dus een ‚nieuw’ publiek ten opzichte van dat van de eerste uitzending.”

51. In het licht van het voorgaande is het duidelijk dat het doel van artikel 8 van het WCT erin bestaat om artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie aan te vullen door het recht van auteurs om toestemming te verlenen voor de mededeling van hun werk te versterken wanneer de technologische vooruitgang het mogelijk heeft gemaakt dat een mededeling waarvan de verspreiding was toegestaan, wordt heruitgezonden voor een kring van personen die ruimer is dan de personen voor wie de oorspronkelijke mededeling was bestemd.

52. De doorgifte van uitzendingen naar hotelkamers via televisietoestellen waarnaar het eerder door het hotel ontvangen signaal wordt doorgegeven, valt volledig binnen dit concept. Zoals advocaat-generaal La Pergola stelde in zijn conclusie in de zaak EGEDA⁵⁴, „lijkt het maar al te duidelijk — omdat die doorgifte niet een eenvoudig technisch middel is om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren, bijvoorbeeld door het plaatsen en gebruiken van signaalversterkers —, dat het in dit geval [de hoteleigenaar] is die verantwoordelijk is voor de aan de hotelgasten geboden moge-

53. Er zij op gewezen dat aan het „louter functionele” criterium dat in feite in artikel 11, bis, lid 1, punt 2, is opgenomen, dat de mededeling moet „geschieden door een andere organisatie dan de oorspronkelijke”, in casu hoe dan ook is voldaan. Zoals de Franse regering opmerkt, bevindt de hoteleigenaar zich in dezelfde situatie als een derde die de originele programma’s die zijn uitgezonden of via de kabel doorgegeven, heruitzendt.

54. De Commissie betoogt dat voor de beoordeling of een mededeling „aan het publiek” is gedaan, de omvang van de kring van mogelijke ontvangers van de mededeling en de economische waarde ervan voor de auteur beslissend zijn. Ik ben het ermee eens dat met beide factoren rekening moet worden gehouden. Een uitlegging waarin

53 — Punten 11 bis 11 en 11 bis 12; cursivering van mij.

54 — Aangehaald in voetnoot 18; punt 22.

deze factoren worden betrokken, strookt met het doel van de bepaling, namelijk de auteur het recht te verlenen om de exploitatie van zijn werk door mededeling aan het publiek toe te staan.⁵⁵

gasten [...] het 'publiek' in de zin van het auteursrecht vormt. Met andere woorden, 'ruimtelijke discontinuïteit' tussen de diverse rechtssubjecten waaruit de doelgroep bestaat waarvoor het werk door de mededeling door de tweede gebruiker toegankelijk wordt gemaakt, volstaat niet om het economische belang van het bereikte nieuwe publiek te ontkennen."⁵⁶

55. Weliswaar zijn in geval van mededeling van televisiesignalen door het hotel aan verschillende hotelkamers, de personen die elke aparte mededeling op een bepaald tijdstip ontvangen, de hotelgasten die in de hotelkamer verblijven, gewoonlijk slechts één of twee personen. Rekening moet echter worden gehouden met het cumulatieve effect van alle mededelingen van gelijke aard gelet op het doel van de richtlijn, dat volgens punt 9 van de considerans erin bestaat „een hoog beschermingsniveau” van de houders van het recht te verzekeren, en de precisering in punt 23 dat aan het recht van mededeling aan het publiek „een ruime betekenis [moet] worden gegeven”. Advocaat-generaal La Pergola heeft in zijn conclusie in de zaak EGEDA een passend antwoord gegeven op het argument „dat het door de hotelgasten vertegenwoordigde economisch belang zo bescheiden is, dat zij geen 'nieuw' publiek ten opzichte van dat van de eerste uitzending kunnen zijn. De doorgifte van het uitgezonden werk via het televisietoestel zou als zelfstandige mededeling dus geen economisch belang hebben.” Hij stelde mijns inziens terecht dat „het totaal van de op een gegeven moment in een hotel aanwezige

56. Volgens de Commissie is niet beslissend of de mededeling al dan niet met winstoogmerk geschiedt. De Commissie geeft het voorbeeld van de uitzending van muziek via luidsprekers of het vertonen van beelden op groot scherm tijdens liefdadige of politieke evenementen. Volgens haar is er in dergelijke gevallen sprake van „mededeling aan het publiek”, al is er geen winstoogmerk. Hoewel advocaat-generaal La Pergola ook overtuigd is van de relevantie van het „economische belang van het nieuwe publiek”, was hij in zijn conclusie in EGEDA toch de mening toegedaan dat de Berner Conventie „uitgaat van het beginsel, dat toestemming van de auteur noodzakelijk is voor ieder tweede gebruik van het uitgezonden werk, waarbij sprake is van zelfstandige handelingen van economische exploitatie, wegens het winstoogmerk dat de verantwoordelijke persoon ermee heeft”.⁵⁷ Voorts sluit ik mij aan bij

55 — Reinbothe en von Lewinski, reeds aangehaald, blz. 107, punt 12.

56 — Punt 26.

57 — Ibid., punt 24.

zijn zienswijze dat de dienst van televisie-doorgifte naar de hotelkamers ongetwijfeld „het hotel een economisch waardeerbaar voordeel oplevert”.⁵⁸

57. In casu is in de eerste plaats duidelijk dat de kring van mogelijke ontvangers van de mededeling zowel uitgebreid als economisch belangrijk is voor de auteur, en in de tweede plaats dat de organisatie door wier toedoen de mededeling geschiedt, zich door haar eigen economisch belang laat leiden. In dergelijke omstandigheden moet de mededeling worden geacht „aan het publiek” te zijn gedaan. Mijns inziens is het niet nodig of opportuun om in de context van de onderhavige zaak te beoordelen of economisch voordeel voor de persoon die verantwoordelijk is voor de mededeling, altijd vereist is om te kunnen stellen dat een mededeling is gedaan „aan het publiek” in de zin van artikel 3 van de richtlijn.

58. Ten slotte dien ik nog in te gaan op vier andere gedetailleerde argumenten van Rafael en de Oostenrijkse en de Ierse regering.

59. In de eerste plaats stelt Rafael — als ik haar raadsman ter terechtzitting goed heb begrepen — dat punt 35 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn en artikel 5 van

deze richtlijn uitzonderingen behelzen op de daarbij beschermde auteursrechten en dat in elk geval punt 35 van de considerans slechts bepaalt dat in die gevallen „rightholders *should* receive fair compensation”⁵⁹ voor het gebruik van hun werken. Aangezien het werkwoord in de voorwaardelijke wijs is gebruikt, is een compensatie volgens Rafael niet verplicht. Ook de Ierse regering wijst erop dat de lidstaten het recht hebben om in uitzonderingen te voorzien.

60. Het is inderdaad zo dat artikel 5 van de richtlijn „een *uitputtende* opsomming [bevat] van de beperkingen en restricties op [...] het recht van mededeling aan het publiek”.⁶⁰ Evenwel is niet gepreciseerd⁶¹ welk van deze uitzonderingen in casu van toepassing zou zijn. Het argument dat in de Spaanse versie de voorwaardelijke wijs is gebruikt (wat hoe dan ook gebruikelijk is in de overwegingen van de considerans) doorstaat noch een teleologische toets, noch een vergelijking met andere taalversies.

61. In de tweede plaats betogen Rafael en de Oostenrijkse regering dat de wederdoorgifte door het hotel naar de hotelkamers niet

59 — Cursivering van mij. In de Spaanse versie staat er het voorwaardelijke „deberían”, wat vermoedelijk tot deze opmerking heeft geleid. [In het Nederlands staat er „dienen” („rechthebbenden *dienen* [...] een billijke compensatie te ontvangen”)] In het Frans staat er „doivent”.

60 — Punt 32 van de considerans; cursivering van mij.

61 — Zelfs niet in het antwoord op een vraag ter terechtzitting.

onder artikel 3, lid 1, valt aangezien in deze bepaling de zinsnede „per draad of draadloos” wordt gebruikt, waarmee wordt bedoeld op mededelingen op afstand. Deze uitlegging vindt volgens hen steun in punt 23, waarin wordt gesteld dat het recht *enkel* geldt voor een „mededeling [...] die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan”. Daaruit volgt dat de harmonisatie van de bepalingen met betrekking tot mededeling aan het publiek niet volledig is en dat enkel de mededeling op afstand — zoals radio-uitzending („draadloos”) of kabeluitzending („per draad”) — geharmoniseerd is. Rafael en de Oostenrijkse regering besluiten dat indien elke mededeling, zelfs indien zij enkel „successief” is, openbaar is en bijgevolg een mededeling aan het publiek oplevert, het (vermoedelijk onbedoelde) gevolg daarvan zou zijn dat ook de privéontvangst van televisie-uitzendingen een mededeling aan het publiek zou uitmaken.

zijde gelaten — waar trekt men de grens? — is in de voorgeschiedenis van artikel 11 bis, lid 1, van de Berner Conventie voor dit standpunt geen steun te vinden. Integendeel, zoals hierboven reeds uiteengezet, volgt daaruit dat het relevante criterium de verruiming is van de kring van ontvangers van de oorspronkelijke doorgifte door een andere dan de oorspronkelijke organisatie. Natuurlijk is daarvoor een transmissietechniek vereist die op afstand kan functioneren⁶², maar het feit dat in een bepaald geval de afstand gering is doet niet af aan dit criterium. Omgekeerd is het in punt 23 van de considerans van de richtlijn gehanteerde criterium, dat mededeling aan het publiek „iedere mededeling omvat die aan *niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig* publiek wordt gedaan”⁶³, een geschikt criterium, waarbij de afstand buiten beschouwing blijft.

62. Ik heb reeds uiteengezet waarom het argument dat de richtlijn het begrip „mededeling aan het publiek” niet volledig harmoniseert, mijns inziens niet kan slagen.

64. Wat het laatste argument van Rafael en Oostenrijk betreft, dat indien „successieve” mededelingen toch „openbaar” zijn, de privéontvangst van televisie-uitzendingen onder dit begrip valt, blijkt duidelijk uit de WIPO-gids en -woordenlijst dat een dergelijke conclusie (die overigens zou ingaan tegen het gezond verstand) niet kan worden getrokken. Zo wordt in de gids verklaard: „de auteur gaat ervan uit dat de toestemming die hij verleent voor uitzending, enkel geldt

63. Met het argument dat voor „mededeling aan het publiek” een fysieke afstand vereist is, ben ik het evenmin eens. De voor de hand liggende moeilijkheden bij de toepassing van een dergelijke willekeurige voorwaarde ter-

62 — De WIPO woordenlijst geeft voor „verspreiding van tekens, geluiden en beelden” in de zin van artikel 11 bis, lid 1, punt 1, de definitie: „om het even welke techniek voor de doorgifte van werken of andere geluiden en/of beelden en informatie voor publieke ontvangst hetzij met of zonder draad”.

63 — Cursivering van mij.

voor het directe publiek dat het signaal in familiekring ontvangt.”⁶⁴ De definitie van „mededeling aan het publiek” in de WIPO-woordenlijst als „een werk [...] op elke passende wijze waarneembaar maken voor personen in het algemeen, met andere woorden, niet beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren”⁶⁵, bevestigt deze uitlegging. Aan gezien bovendien het economische voordeel van belang is voor de organisatie die de mededeling verschaft, verklaart dit, zoals advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie in de zaak EGEDA heeft verwoord, „afdoende, waarom men niet van mededeling aan het publiek kan spreken wanneer het beschermde werk door de directe gebruiker van het televisietoestel toegankelijk wordt gemaakt voor de kring van zijn gezinsleden of vrienden: in die gevallen gaat het niet om een tweede gebruik van het uitgezonden werk door een derde, maar om een eenvoudig gezamenlijk gebruik van toestellen voor ontvangst van de eerste uitzending, zonder dat de betrokkene daarmee een winstoogmerk heeft.”⁶⁶ Ten slotte strekken zowel de Berner Conventie, als het WCT en de richtlijn tot bescherming van de economische rechten van auteurs. Ik zie niet in hoe mededeling in privékring afbreuk kan doen aan deze rechten.

hotelkamer meebrengt, dat de wederdoorgifte of het toegankelijk maken van beschermde werken via televisietoestellen in deze kamers, waar zij worden gezien door een of meerdere gasten (en misschien ook door familie en vrienden die bij de gasten in de kamer op bezoek komen) een niet-publieke mededeling is. Zij merkt op dat het Hof van Justitie, in de eerste plaats met betrekking tot artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens⁶⁷, heeft erkend dat het vereiste van bescherming tegen ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van een persoon die willekeurig of onredelijk zouden zijn, of het nu gaat om een natuurlijke of rechtspersoon, een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt.⁶⁸ De gemeenschapswetgever moet worden geacht rekening te houden met dat beginsel bij de vaststelling van afgeleid gemeenschapsrecht, zoals de auteursrechtlijn. Daarom is dit beginsel van belang voor de uitlegging van artikel 3, lid 1, van de richtlijn.

65. In de derde plaats, betoogt de Ierse regering dat het private karakter van een

66. Ik zie echter niet in hoe artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat strekt tot bescherming van individuen tegen inmenging van openbaar gezag bij de uitoefening van hun recht op eerbiediging van privéleven en gezinsleven, relevant kan zijn — zelfs naar

64 — Punt 11 bis 12.

65 — Zie in dezelfde zin Ricketson, aangehaald in voetnoot 47, blz. 432 en 433 (punt 8.71) en 453 (punt 8.88), en Reinbothe en von Lewinski, aangehaald in voetnoot 34, blz. 107, punt 12.

67 — Artikel 8 erkent het recht op eerbiediging van privéleven en gezinsleven, en verbiedt (behoudens uitzonderingen van algemeen belang) inmenging van enig openbaar gezag in de uitoefening van dit recht.

68 — De Ierse regering verwijst naar de arresten van 21 september 1989, Hoechst (46/87 en 227/88, Jurispr. blz. I-2859, punt 19), en 22 oktober 2002, Roquette Frères (C-94/00, Jurispr. blz. I-9011, punten 27-29).

analogie — bij de uitlegging van een bepaling die ertoe strekt de aan het auteursrecht gerelateerde rechten te harmoniseren. Meer in het algemeen sluit ik mij aan bij de zienswijze van advocaat-generaal La Pergola, die in zijn conclusie in de zaak EGEDA op een gelijkaardig argument heeft geantwoord.⁶⁹ De advocaat-generaal erkende dat, met het oog op de bescherming van grondrechten, „een hotelkamer een plaats is die strikt genomen tot de privésfeer of huiselijke sfeer van een persoon of zijn gezin behoort”, maar zette vervolgens uiteen: „de juridische grenslijn tussen openbaar en privé is niet per se dezelfde wanneer het om de bescherming van het auteursrecht gaat. Het is niet toevallig, dat het privé- of openbare karakter van de woning naar de letter noch naar de geest van artikel 11 bis Berner Conventie een criterium lijkt te zijn: de toestemming van de auteur is vereist niet voor doorgifte in een openbare of voor het publiek toegankelijke plaats, maar voor mededelingshandelingen waardoor het publiek kennis kan nemen van het werk. Zo gezien kan men voor de kwalificatie van een mededelingshandeling als openbare mededeling ook geen beslissend gewicht toekennen aan het materiële element van het begrip openbaar, dat traditioneel gevonden wordt in het ontbreken van bijzondere persoonlijke betrekkingen tussen de tot een groep behorende personen of tussen die personen en de organisator.”

67. Ten slotte betogen Rafael en de Ierse regering dat er in casu geen sprake is van „mededeling aan het publiek” omdat de daadwerkelijke ontvangst van een heruit-

gezonden televisieprogramma afhankelijk is van de handeling van de hotelgast die de televisie in zijn hotelkamer aanzet en een bepaalde zender kiest. Ook hier verwijs ik naar advocaat-generaal La Pergola die op deze vraag reeds een antwoord heeft gegeven. In zijn conclusie in de zaak EGEDA⁷⁰ preciseerde hij dat dit argument „niet [valt] te rijmen met een van de grondbeginselen van het auteursrecht, te weten dat de recht-hebbende niet wordt beloond voor het daadwerkelijke genot van het werk, maar uitsluitend voor de juridische mogelijkheid van dat genot. Denk bijvoorbeeld aan de uitgever die de auteur de overeengekomen royalty's voor de verkochte exemplaren van een roman moet betalen, ongeacht of de kopers het boek daadwerkelijk gelezen hebben of niet. Op precies dezelfde manier kan een hotel dat een via de satelliet ontvangen eerste uitzending gelijktijdig, integraal en ongewijzigd binnenshuis via de kabel door-geeft, niet weigeren de auteur de hem toekomende beloning te betalen met het argument, dat het uitgezonden werk door de potentiële kijkers die over de in de kamers geplaatste televisietoestellen beschikken, niet daadwerkelijk is ontvangen”.

68. Mijns inziens dient het antwoord op de tweede en de derde vraag dus te luiden dat mededeling via televisietoestellen waarnaar het eerder door het hotel ontvangen signaal wordt doorgegeven, „mededeling aan het publiek” is in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtrichtlijn.

69 — Aangehaald in voetnoot 18, punt 23.

70 — Aangehaald in voetnoot 18, punt 22.

Conclusie

69. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de vragen van de Audiencia Provincial de Barcelona (Spanje) te beantwoorden als volgt:

„Eerste vraag

- Wanneer in hotelkamers televisietoestellen worden geplaatst waarnaar het per satelliet of via de ether uitgezonden televisiesignaal via de kabel wordt doorgegeven, is er geen sprake van ‚mededeling aan het publiek’ in de zin 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.

Tweede en derde vraag

- Mededeling via televisietoestellen waarnaar het eerder door het hotel opgevangen signaal wordt doorgegeven is ‚mededeling aan het publiek’ in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG.”