

trokken website wil mededelen – om dit werk te verwijderen van de website waarop het oorspronkelijk is meegedeeld, waarbij iedere ernaar verwijzende hyperlink zou komen te vervallen. Daarentegen brengt, in omstandigheden als die van het hoofdgeding, het plaatsen van een werk op een andere website een nieuwe mededeling met zich mee, die losstaat van de aanvankelijk toegestane mededeling. Ten gevolge van deze plaatsing blijft een dergelijk werk mogelijk beschikbaar op deze andere website, onafhankelijk van voorafgaande toestemming van de auteur en niettegenstaande enige handeling waarbij de rechthebbende als die van het werk niet langer mee te delen op de website waarop het oorspronkelijk met zijn toestemming werd meegedeeld.

45 Ten derde en tot slot heeft het Hof in zijn arrest van 13 februari 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 27 en 28 (NJ 2018/111, m.nt. P.B. Hugenholtz onder NJ 2018/114; red.)) de overweging dat de in die zaak aan de orde zijnde mededeling geen mededeling aan een nieuw publiek vormde, gebaseerd op het ontbreken van interventie van de beheerder van de website waarop een aanklikbare link was geplaatst, die toegang verleende tot de betrokken werken op de website waarop deze oorspronkelijk met toestemming van de houder van het auteursrecht waren meegedeeld.

46 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de gebruiker van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde werk, dit werk heeft gekopieerd naar een privéserver, waarna deze werd geplaatst op een andere website dan die waarop de oorspronkelijke mededeling heeft plaatsgevonden. Zodoende heeft deze gebruiker een doorslaggevende rol gespeeld bij de mededeling van dat werk aan een publiek dat door de auteur van het werk niet in aanmerking is genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling.

47 Gelet op al het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat het begrip 'mededeling aan het publiek' in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat dit het plaatsen op een website omvat van een foto die eerder zonder beperkingen om het downloaden ervan te beletten en met de toestemming van de houder van het auteursrecht op een andere website is gepubliceerd.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht: [zie *cursieve* tekst].

Noot

Over het recht van mededeling aan het publiek heeft het Hof van Justitie EU inmiddels ruim twintig uitspraken gedaan, veel meer dan over enig ander onderdeel van het geharmoniseerde auteursrecht. Dat is niet zo verwonderlijk; het mededelingsrecht, dat in 2001 vorm kreeg in de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29) en naar Nederlands auteursrecht deel uitmaakt van het recht van openbaarmaking,

was bij uitstek bedoeld om auteursrechthebbenden in de – destijds nieuwe – digitale omgeving van het internet adequate bescherming te bieden. De dynamische ontwikkeling van het internet vanaf het begin van deze eeuw wordt weerspiegeld in de jurisprudentie van het Hof.

De meeste mededelingszaken van het Hof hebben betrekking op communicatiediensten die bestaan in de doorgifte, heruitzending of herhaalde beschikbaarstelling – in allerlei technische varianten – van auteursrechtelijk beschermde werken. Ook dat wekt geen verbazing. Reeds ver voor de harmonisatie van het auteursrecht was het doorgeven van omroepprogramma's via de kabel een controversiële kwestie, die in Nederland aanleiding heeft gegeven tot diverse uitspraken van de Hoge Raad [zie o.m. HR 30 oktober 1981, nr. 11.739, NJ 1982/435 en HR 25 mei 1984, NJ 1984/697]. In de afgelopen jaren heeft het Europese Hof zijn eigen doorgifte-jurisprudentie ontwikkeld, die ten dele aansluit bij het oude nationale auteursrecht, maar daarvan ook op belangrijke punten afwijkt.

In zijn jurisprudentie over het mededelingsrecht onderscheidt het Hof twee verschillende elementen van het begrip mededeling aan het publiek. In de eerste plaats moet het gaan om een handeling bestaande in een 'mededeling'. Dit houdt in dat er sprake is van een actieve en welbewuste 'interventie' waardoor een werk aan derden langs elektronische weg (via een netwerk of draadloos) beschikbaar wordt gesteld. In de tweede plaats moet het gaan om een mededeling aan een 'publiek'. Het Hof verstaat hieronder een 'algemeen publiek': een in beginsel onbepaald aantal potentiële kijkers/ontvangers dat in elk geval uit 'een vrij groot aantal personen' bestaat. Over het begrip 'publiek' hieronder meer.

Indien een communicatiehandeling aan deze twee eisen voldoet, is zij als 'mededeling aan het publiek' te kwalificeren. Ten aanzien van doorgiftehandelingen geldt in beginsel hetzelfde, ervan uitgaande dat de doorgifte geschiedt door middel van 'een specifieke technische werkwijze' die verschilt van de techniek van de oorspronkelijke (eerste) mededeling. Zo is de doorgifte via het internet van omroepprogramma's die eerst via de ether worden uitgezonden, een mededeling aan het publiek [HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-607/11, NJ 2013/444, m.nt. P.B. Hugenholtz (*ITV Broadcasting e.a.*)]. Dit is anders als voor de doorgifte van dezelfde 'werkwijze' (het zelfde technische medium) gebruik wordt gemaakt. In dat geval is enkel sprake van mededeling aan het publiek als door de doorgifte een *nieuw* publiek wordt bereikt, waarmee door de rechthebbende(n) bij de initiële openbaarmaking geen rekening is gehouden [HvJ EU 7 december 2006, zaak C-306/05 (SGAE)].

In recente arresten heeft het Hof dit 'nieuw publiek' criterium onder meer toegepast ten aanzien van het plaatsen van hyperlinks naar op het web beschikbaar gestelde werken. Volgens het Hof geldt het linken naar werken die met toestemming van de

rechthebbenden op een website zijn geplaatst niet als mededeling aan het publiek, omdat het werk door de publicatie op de site reeds voor alle internetgebruikers toegankelijk is gemaakt, zodat door de hyperlink geen 'nieuw publiek' bereikt wordt [HvJ EU 13 februari 2014, zaak C-466/12, NJ 2018/111, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Svensson e.a.*) onder NJ 2018/114]. Dat is anders als het gaat om het hyperlinken naar illegaal beschikbaar gestelde werken [HvJ EU 8 september 2016, zaak C-160/15, NJ 2018/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (*GS Media*) onder NJ 2018/114]. In dat geval is wel degelijk sprake van (inbreukmakende) mededeling aan een nieuw publiek, tenzij de hyperlink afkomstig is van een persoon die van de illegale status van het 'gelinkte' werk geen weet had of kon hebben; daarbij geldt voor professionele media een bewijsvermoeden van wetenschap [GS Media]. In lijn met deze rechtspraak is volgens het Hof ook het verhandelen van mediaspelers voorzien van hyperlinks naar illegale streaming-sites [HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15, NJ 2018/113, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Filmspeler*) onder NJ 2018/114], alsook het aanbieden van een platform voor illegale 'peer-to-peer' uitwisseling van werken [HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-610/15, NJ 2018/114, m.nt. P.B. Hugenholtz (*The Pirate Bay*)] aan te merken als (onrechtmatige) mededeling aan het publiek.

Het door het Hof ontwikkelde 'nieuw publiek' criterium, dat door de Hoge Raad in zijn oude kabeldoorgiftejurisprudentie uitdrukkelijk verworpen was, is in de auteursrechtelijke literatuur stevig bekritiseerd [zie o.a. Hugenholtz/Van Velze, IIC 2016, p. 797; Quaedvlieg, IER 2018, nr. 52, p. 485-486]. Het criterium staat op gespannen voet met het internationale auteursrecht, vermengt de inhoud van het auteursrecht (een absoluut recht) met voor derden niet-kenbare contractuele aspecten, en is in de praktijk moeilijk hanteerbaar. Daar komt bij dat lang niet altijd duidelijk is of er sprake is van een gelijk(soor-tige) of juist verschillende 'technische werkwijze'. Volgens het Hof is in geval van gelijktijdige doorgifte via een hoteltelevisienetwerk [SGAE] of een kabelnetwerk [HvJ EU 16 maart 2017, zaak C-138/16 (AKM)] van televisieprogramma's die in eerste instantie via de ether werden uitgezonden sprake van dezelfde 'technische werkwijze', zodat de doorgifte pas als mededeling aan het publiek kwalificeert als een 'nieuw publiek' bereikt wordt. Maar wie ook maar enigszins thuis is in de telecommunicatietechniek weet dat etheromroep en kabeldistributie volgens geheel verschillende technische werkwijzen verlopen.

Ook om andere redenen is een vaste lijn in de mededelingsjurisprudentie soms moeilijk te ontwaren. In diverse arresten heeft het Hof benadrukt dat "bij de beoordeling of sprake is van een mededeling aan het publiek, het van belang is rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze factoren in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij zowel individueel als in hun on-

derling verband worden toegepast" [*Reha*, hierboven afgedrukt, r.o. 35]. Quaedvlieg noemt dit 'het monstrem van de geïndividualiseerde beoordeling per geval' [IER 2018/52, p. 476]. Een van deze steeds wisselende factoren is de aanwezigheid van een commercieel doel van de mededeling.

Een algemene lijn in de jurisprudentie is wel dat het Hof doorgaans geneigd is het mededelingsrecht ruim uit te leggen. Daartoe verwijst het Hof regelmatig naar de overwegingen bij de Auteursrecht-richtlijn waarin de wens van de Europese wetgever om aan auteurs een 'hoog beschermingsniveau' te waarborgen tot uitdrukking is gebracht [zie bijv. Renckhoff, hierboven afgedrukt, r.o. 18]. Hier komt de nauwelijks verholen wens van het Hof nog bij om het auteursrechtelijke *acquis* zo ruim mogelijk te trekken. Dit harmonisatiestreven ligt, bijvoorbeeld, mede ten grondslag aan de hyperlinking-zaken, waarin het Hof het begrip mededeling aan het publiek zodanig ruim interpreteerde dat daaronder ook handelingen werden verstaan die naar nationaal recht voorheen hooguit werden aangemerkt als – niet door het unierecht bestreken – handelen in strijd met zorgvuldigheidsnormen (het bevorderen of uitlokken van auteursinbreuk).

De hierboven afgedrukte drie arresten zijn grotendeels in lijn met de door het Hof eerder gevormde jurisprudentie, maar geven tevens antwoord op enkele overgebleven vragen.

Reha Training

In *Reha Training* (zaak C-117/15, NJ 2019/369) beantwoordt het Hof de vraag of de vertoning van televisieprogramma's aan de patiënten in wacht- en trainingsruimten van een commercieel revalidatiecentrum als 'mededeling aan het publiek' is te kwalificeren. Eerder had het Hof al uitgemaakt dat het doorgeven van televisieprogramma's naar de gastenkamers van een hotel [SGAE] of naar de patiëntenkamers in een kuuuroord [HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-351/12 (OSA)] als zodanig heeft te gelden. Ook het vertonen van omroepuitzendingen op televisieschermen in Britse pubs is volgens het Hof een mededeling aan het publiek [HvJ EU 4 oktober 2011, zaak C-403/08, NJ 2012/164, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Football Association Premier League e.a.*)]. Daarentegen is het via de radio ten gehore brengen van muziek in de wachtkamer van een tandartsenpraktijk dat niet [HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-135/10, NJ 2013/197, m.nt. P.B. Hugenholtz onder nr. 198 (SCF)]. Volgens het Hof ging het in dat geval om een 'vrij beperkt en zelfs onbeduidend' aantal patiënten die een besloten groep vormden, waardoor geen 'publiek' bereikt werd. Bovendien diende het ten gehore brengen van muziek in de wachtkamer van de tandarts geen commercieel doel, zo meende het Hof.

Omdat de uitkomst van het SCF-arrest moeilijk te rijmen was met die van deze andere zaken, werd aangenomen dat het verschil was terug te voeren op het onderliggende recht (zie noot Hugenholtz). SGAE, OSA en *Premier League* betroffen auteursrech-

telijke aanspraken, terwijl het in *SCF* ging om de naburige rechten van fonogrammenproducenten. Inderdaad had het Hof in *SCF* overwogen dat de onderliggende doelstellingen van beide regimes niet identiek zijn (*SCF*, r.o. 74). In *Reha Training*, waarin de oorspronkelijke eisers zich op auteursrechten én naburige rechten beroepen, overweegt het Hof echter dat uit deze verschillende ratio's geen verschil in betekenis van het rechtsbegrip 'mededeling aan het publiek' voortvloeit (*Reha Training*, r.o. 30-33).

Onder aanhaling van deze drie arresten komt het Hof uiteindelijk tot het oordeel dat ook de exploitant van een commercieel revalidatiecentrum die televisieprogramma's aan zijn patiënten vertoont, deze programma's meedeelt aan het publiek. Daarbij onderstreept het Hof het commerciële oogmerk van de exploitant. Door het aanbieden van televisieprogramma's 'wordt beoogd om tijdens de verzorging of de wachttijd die daaraan voorafgaat wat verstrooiing te bieden aan de patiënten van een revalidatiecentrum', hetgeen 'een extra dienst vormt die weliswaar geen enkel medisch nut heeft, maar een gunstige invloed heeft op de standing en aantrekkelijkheid van de inrichting, en haar zo een concurrentievoordeel verschaft' (*Reha Training*, r.o. 63). Dit alles is ongetwijfeld juist, maar de vraag blijft knagen waarom dat bij een tandartsenpraktijk anders zou zijn.

Overigens laat het Hof in *Reha Training* zijn eerdere oordeel in *SCF* intact. Het verschil tussen beide casussen blijkt hoofdzakelijk kwantitatief van aard. Terwijl het bij de tandartspraktijk ging om een besloten patiëntengroep die te 'klein of zelfs onbeduidend' was om als 'personen in het algemeen' te worden aangemerkt, vormt de patiëntenpopulatie bij een revalidatiecentrum volgens het Hof wel degelijk een 'publiek'.

VCAST

In *VCAST* (zaak C-265/16, *NJ* 2019/370) gaat het om een internetdienst die gebruikers in de gelegenheid stelt om televisieprogramma's van de (Italiaanse) televisie op te nemen, in 'de cloud' op te slaan en later terug te kijken (zie www.vcast.it). *VCAST*, de aanbieder van deze 'virtuele videorecorder', meent dat haar activiteiten zijn toegestaan op grond van de in de Italiaanse auteurswet opgenomen wettelijke beperking voor het maken van privékopieën. De Turijnse rechter vraagt aan het Hof van Justitie of het unierecht, met name art. 5 lid 2(b) van de Auteursrechttrictlijn inzake het reproduceren voor privégebruik, een zodanige uitleg toestaat.

Deze vraag wordt in het arrest echter niet beantwoord. Het Hof overweegt (r.o. 38) dat de door *VCAST* aangeboden dienst een dubbele functie vervult: niet enkel het reproduceren van auteursrechtelijk beschermde werken, maar ook het beschikbaar stellen daarvan. De privékopiebeperking strekt zich slechts uit tot reproductiehandelingen en laat onverlet dat het beschikbaar stellen van werken een aan de auteursrechthebbenden voorbehouden han-

deling is, voor zover dit als 'mededeling aan het publiek' is aan te merken. Dat is naar het oordeel van het Hof hier het geval. De *VCAST*-dienst wordt aangeboden aan een 'publiek' (r.o. 47) en de doorgifte van de programma's geschiedt 'onder specifieke technische omstandigheden' die afwijken van de oorspronkelijke uitzendtechniek (r.o. 48). Of door de *VCAST*-dienst een *nieuw* publiek wordt bereikt, behoeft derhalve niet te worden onderzocht (r.o. 50). Ergo, *VCAST* verricht (in beginsel ongeoorloofde) mededelingen aan het publiek. De vragen van de verwijzingsrechter over de reikwijdte van het privékopieën behoeven geen beantwoording.

Het oordeel van het Hof is niet verrassend in het licht van de hierboven aangehaalde jurisprudentie. Het arrest bevestigt dat de doorgifte aan het publiek door middel van een andere doorgiftechniek ipso facto een mededeling aan het publiek oplevert. De door het Hof van Justitie ontwikkelde nieuw publiekdoctrine geldt enkel voor gevallen waarin de doorgifte via een technisch vergelijkbaar medium geschiedt.

Hoewel op de argumentatie van het Hof weinig valt af te dingen, valt wel op dat in het arrest niet wordt ingegaan op de vraag of het auteursrecht wellicht toch ruimte zou moeten laten voor de door *VCAST* aangeboden, innovatieve dienst. In enkele eerdere arresten had het Hof ruim baan gegeven aan nieuwe digitale diensten die naar de letter van het auteursrechtelijke unierecht mogelijk niet zouden zijn toegestaan, maar in economisch opzicht equivalent waren met wel toegestane 'analoge' gebruiksvormen. Zo paste het Hof de voor de doorverkoop van fysieke goederen geschreven uitputtingsregel toe op de elektronische distributie van computer-software [HvJ EU 3 juli 2012, zaak C-128/11, *NJ* 2013/118, m.nt. P.B. Hugenholtz (*UsedSoft*)]. In lijn hiermee rekte het Hof de — voor het uitlenen van fysieke boeken geschreven — leenrechtregels zodanig uit dat daaronder ook het 'uitlenen' van e-books kon worden begrepen [HvJ EU 10 november 2016, zaak C-174/15, *NJ* 2018/266, m.nt. J.H. Spoor (*Vereniging Openbare Bibliotheken*)]. Overigens bieden steeds meer omroepen en kabelbedrijven tegenwoordig hun eigen digitale opslagdiensten aan, zodat de behoefte bij de consument aan een 'virtuele videorecorder' wellicht niet meer zo groot is.

Renckhoff

Renckhoff (*NJ* 2019/371) handelt over de ogenschijnlijk triviale vraag of het op een website plaatsen van een werk dat elders met toestemming van de auteursrechthebbende, maar zonder technische beperkingen op het web was gepubliceerd, een 'mededeling aan het publiek' inhoudt. De aanleiding van de zaak is onbenullig. Een leerlinge van een Duitse middelbare school had in een werkstuk een foto van de Spaanse stad Cordoba opgenomen, die zij op een reiswebsite had gevonden. Het werkstuk was vervolgens inclusief foto op de (openbare) website van de school terecht gekomen. Fotograaf *Renckhoff* had voor dit hergebruik echter geen toestemming ver-

leend en zag aanleiding de deelstaat Nordrhein-Westfalen, die voor de school verantwoordelijk was, wegens auteursrechtinbreuk in rechte aan te spreken.

Het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag bevestigend. De foto was op de schoolwebsite 'beschikbaar gesteld' en derhalve 'medegeedeeld'. Omdat de site voor een in beginsel onbepaald publiek toegankelijk was, was de foto megedeeld aan een 'publiek'. Aangezien voor deze mededeling dezelfde 'technische werkwijze' was gevolgd als voor de eerste mededeling van de foto (op de reis-website) moest vervolgens worden onderzocht of door de herpublicatie op de schoolwebsite een 'nieuw publiek' bereikt werd. Volgens A-G Campos Sánchez-Bordona was dat hier niet het geval. Immers, de foto was op de reiswebsite met toestemming van Renckhoff zonder enige technische beperking beschikbaar gesteld. Omdat hierdoor in beginsel alle internetgebruikers toegang tot de foto hadden gekregen, kon door de herpublicatie op de schoolwebsite geen 'nieuw publiek' worden bereikt.

Het Hof volgt deze, kennelijk door het *Svensson*-arrest ingegeven, gedachtegang echter niet. De redenering van de A-G zou erop neerkomen dat het mededelingsrecht door de eerste geautoriseerde publicatie op een website zou zijn uitgeput [r.o. 33], dat terwijl art. 3 lid 3 van de Auteursrecht-richtlijn uitputting van het mededelingsrecht uitdrukkelijk verbiedt. Bovendien zou de auteursrechtelijke bescherming op het internet onaanvaardbaar worden verzwakt (r.o. 30-34). Voorts overweegt het Hof dat de leer van het *Svensson*-arrest slechts geldt in de specifieke context van het hyperlinken (r.o. 37 e.v.). Het Hof schrikt er echter voor terug om te concluderen dat het 'nieuw publiek'-criterium in zaken als deze helemaal niet aan de orde is. In plaats daarvan overweegt het Hof dat de auteursrechthebbende toen hij toestemming gaf tot plaatsing van de foto op de reiswebsite slechts de gebruikers van die site voor ogen had, en niet (ook) de gebruikers van de schoolwebsite. Zo blijft het Hof, nogal gekunsteld en krampachtig, toch vast houden aan het 'nieuw publiek' criterium.

Uiteindelijk biedt de zaak-*Renckhoff* dus geen auteursrechtelijke verrassingen. Wat het arrest wel duidelijk maakt is dat het 'nieuw publiek'-criterium nauwelijks normatieve houvast biedt en tot rechts-onzekerheid leidt. Naar oud nationaal auteursrecht gold simpelweg de regel dat het opnieuw openbaar van een werk een nieuwe openbaarmaking opleverde. In specifieke, in de wet geregelde gevallen – bijvoorbeeld als heruitzending of kabeldoorgifte plaats vindt door 'hetzelfde organisme' (art. 12 lid 6 Auteurswet) of als goederen die met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht worden doorverkocht (art. 12b Auteurswet) – was nieuwe openbaarmaking zonder toestemming van de rechthebbende toegestaan. De aan- of afwezig-

heid van een 'nieuw publiek' speelde daarbij geen rol.

P.B. Hugenholtz

NJ 2019/372

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

7 mei 2019, nr. C-431/17

(K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, J.-C. Bonichot, A. Arabadjev, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, J. Malenovský, E. Levits, U. Bay Larsen, M. Safjan, C. Vajda, S. Rodin; A-G E. Sharpston)
met redactionele aantekening

Artikel 3 lid 2 Richtlijn 98/5/EG

RvdW 2019/901

ECLI:EU:C:2018:1028

ECLI:EU:C:2019:368

Verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de Symvoulio tis Epikrateias (hoogste bestuursrechter, Griekenland) bij beslissing van 29 juni 2017.

Toegang tot het beroep van advocaat. Monnik die de beroepskwalificatie van advocaat in een andere lidstaat dan de lidstaat van ontvangst heeft verworven. Voorwaarde voor inschrijving bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst. Verklaring van inschrijving bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst. Weigering van inschrijving. Beroeps- en gedragsregels. Onverenigbaarheid van de hoedanigheid van monnik met de uitoefening van het beroep van advocaat.

Artikel 3, lid 2, van Richtlijn 98/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 ter vergemakkelijking van de permanente uitoefening van het beroep van advocaat in een andere lidstaat dan die waar de beroepskwalificatie is verworven, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die op grond van de in deze regeling vervatte onverenigbaarheid van de hoedanigheid van monnik met de uitoefening van het beroep van advocaat verbiedt dat een bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst ingeschreven advocaat die de hoedanigheid van monnik heeft, bij de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst wordt ingeschreven om aldaar zijn beroep onder zijn oorspronkelijke beroepstitel uit te oefenen.

Monachos Eirinaios, kata kosmon Antonios Giakoumakis tou Emmanouil tegen
Dikigorikos Syllogos Athinon