



Datum van
inontvangstneming

:

11/04/2024

Zaak C-127/24

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

15 februari 2024

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

8 februari 2024

Verzoekster en verzoekster tot Revision:

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

Verweerster en verweerster in Revision:

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim GmbH

BUNDESGERICHTSHOF

BESLISSING

[omissis]

Uitgesproken op:
8 februari 2024
[omissis]

In de zaak

GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV, [omissis]

[omissis] Berlijn,

verzoekster en eiseres tot Revision,

[omissis]

tegen

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim GmbH, [omissis]

[omissis] Unterschleißheim,

verweerster en verweerster in Revision,

[omissis]

De I. Zivilsenat (eerste civiele Senat) van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft

als volgt beslist:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen inzake 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):
 1. Vormen de bewoners van een commercieel geëxploiteerd bejaardenhuis die in hun kamers over een radio- en televisieaansluiting beschikken waaraan de exploitant van het bejaardenhuis via zijn kabelnet gelijktijdig, onveranderd en volledig omroepprogramma's doorgeeft die hij via een eigen satellietontvangststelsel heeft ontvangen, een „onbepaald aantal potentiële ontvangers” in de zin van de definitie van „mededeling aan het publiek” als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG?
 2. Is de tot dusver door het Hof gehanteerde definitie, volgens welke voor de kwalificatie als „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG vereist is dat „de mededeling van een beschermd werk [plaatsvindt] volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht [is] tot een ‚nieuw publiek’, dat wil zeggen een publiek dat door de houder van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling van zijn werk aan het publiek”, nog steeds algemeen geldig, of is de gebruikte technische werkwijze alleen nog van belang bij wederdoorgifte op het open

internet van inhoud die voorheen via de ether, satelliet of kabel is ontvangen?

3. Is er sprake van een „nieuw publiek” in de zin van de definitie van „mededeling aan het publiek” als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG, wanneer een persoon die een bejaardenhuis met winstoogmerk exploiteert, via zijn kabelnet omroepprogramma’s die hij via een eigen satellietontvangststelsel heeft ontvangen, gelijktijdig, onveranderd en volledig doorgeeft aan de aanwezige radio- en televisieaansluitingen in de kamers van de bewoners? Is het voor deze beoordeling van belang of de bewoners de radio- en televisieprogramma’s ook zonder kabeldoorgifte via de ether in hun kamers kunnen ontvangen? Is het voor deze beoordeling verder van belang of de rechthebbenden reeds een vergoeding ontvangen voor de toestemming die is gegeven voor de oorspronkelijke uitzending?

Motivering

- 1 A. Verzoekster is de Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA) Zij beheert de door componisten, tekstdichters en muzikuitgevers aan haar verleende auteursrechtelijke gebruiksrechten.
- 2 Verweerster exploiteert in Dahn een bejaarden- en verpleegcentrum met een verpleegafdeling van 88 een- en 3 tweepersoonskamers die over 4 wooneenheden zijn verdeeld. Daar verblijven langdurig 89 hulpbehoevende ouderen die daarnaast ook uitgebreide verpleegkundige zorg en begeleiding ontvangen. Naast de verpleegafdeling zijn in het tehuis van verweerster verschillende collectieve voorzieningen aanwezig, zoals restaurants en verblijfsruimten.
- 3 Verweerster ontvangt in haar tehuis via een eigen satellietontvangststelsel omroepprogramma’s (radio en televisie) en geeft deze gelijktijdig, onveranderd en volledig via haar kabelnet door aan de aanwezige aansluitingen voor radio en televisie in de kamers van de bewoners. Zo worden alle bewoners- en verpleegkamers van het tehuis voorzien van radio- en televisiesignalen.
- 4 Verzoekster is van mening dat verweerster voor het doorgeven van de omroepprogramma’s een licentie moet hebben en heeft verweerster tevergeefs verzocht een licentieovereenkomst te sluiten.
- 5 Op vordering van verzoekster veroordeelde het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) verweerster, op straffe van nader aangeduide dwangmiddelen, om zich ervan te onthouden uitgezonden muziekwerken met of zonder tekst uit verzoeksters repertoire in het kader van een gelijktijdig, onveranderd en volledig verder doorgegeven programma zonder toestemming van verzoekster via het

kabelnetwerk dat zich in het door verweerster geëxploiteerde tehuis [...] bevindt, in het bijzonder vanaf het satellietontvangststelsel naar de aansluitingen in de bewoners- en verpleegkamers, door te geven.

- 6 In hoger beroep van verweerster heeft de appelrechter de vordering afgewezen (OLG Zweibrücken, GRUR 2023, 722). Met haar door de appelrechter toegelaten beroep tot Revision verzoekt verzoekster om toewijzing van de vordering, gelijk verweerster verzoekt om afwijzing.
- 7 B. Of het beroep in Revision slaagt, hangt af van de uitlegging van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG. Voordat de zaak in Revision kan worden afgedaan, moet derhalve de behandeling ervan worden geschorst en moet het Hof overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, VWEU worden verzocht om een prejudiciële beslissing.
- 8 I. De appelrechter oordeelde dat de door verzoekster ingestelde verbodsactie ongegrond was, omdat er geen sprake was van een mededeling aan het publiek.
- 9 Er was weliswaar sprake van een handeling bestaande uit een mededeling, maar niet aan het publiek, omdat de mededeling in casu beperkt bleef tot de beperkte kring van bewoners van het tehuis, die – net als de leden van een vereniging van woningeigenaren – een structureel zeer homogene en op langdurige bewoning gerichte stabiele kring van personen met vrij weinig fluctuatie vormde.
- 10 II. Verzoeksters beroep in Revision tegen deze beoordeling moet worden toegewezen indien de appelrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de doorgifte via de kabel in casu geen mededeling aan het publiek is in de zin van § 15, lid 2, eerste en tweede volzin, punt 3, § 20 en § 20b, lid 1, eerste volzin, UrhG. Verzoekster is bevoegd om een verbodsactie in te stellen (zie hierna B II 1). De vraag of de doorgifte via de kabel in casu voldoet aan de voorwaarden die aan een mededeling aan het publiek moeten worden gesteld, moet in het licht van het Unierecht in meerderlei opzichten worden gezien. Om te beginnen moet worden nagegaan of de bewoners van het bejaardenhuis van verweerster een onbepaald aantal potentiële ontvangers vormen in de zin van de definitie van „mededeling aan het publiek” zoals bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG (zie hierna B II 2). Voorts moet worden nagegaan of de door het Hof gehanteerde definitie van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG gelet op de aard van de gebruikte technische werkwijze verder in het algemeen of alleen nog in bepaalde gevallen van doorgifte van toepassing is (zie hierna B II 3). Ten slotte moet worden nagegaan of de bewoners van het bejaardenhuis in het onderhavige geval een „nieuw publiek” vormen in de zin van de definitie van „mededeling aan het publiek” overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG (zie hierna B II 4).
- 11 1. Verzoekster is krachtens § 97, lid 1, eerste volzin, UrhG bevoegd om een verbodsactie in te stellen. Auteurs, uitvoerende kunstenaars, omroeporganisaties en filmproducenten hebben het uitsluitende recht van kabeldoorgifte. Zij kunnen

in geval van een onrechtmatige schending van hun recht overeenkomstig § 97, lid 1, eerste volzin, UrhG een stakingsvordering instellen [wat betreft § 97, lid 2, UrhG zie BGH, arrest van 18 juni 2020 – I ZR 171/19, GRUR 2020, 1297 (juris punt 9) = WRP 2020, 1573 – Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen, met aldaar aangehaalde rechtspraak]. Verzoekster oefent dit recht uit voor componisten en tekstdichters als auteurs.

- 12 2. Ten eerste moet worden vastgesteld of de bewoners van een commercieel geëxploiteerd bejaardenhuis die in hun kamers over een radio- en televisieaansluiting beschikken waaraan de exploitant van het bejaardenhuis via zijn kabelnet gelijktijdig, onveranderd en volledig omroepprogramma's doorgeeft die hij via een eigen satellietontvangststelsel heeft ontvangen, een „onbepaald aantal potentiële ontvangers” vormen in de zin van de definitie van „mededeling aan het publiek” als bedoeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG. Daarvan hangt af of het Hof terecht heeft aangenomen dat de relevante exploitatiehandeling in het geschil geen mededeling aan het publiek is in de zin van § 15, lid 2, eerste en tweede volzin, punt 3, § 20 en § 20b, lid 1, eerste volzin, UrhG.
- 13 a) Het uitsluitende recht van de auteur om zijn werk aan het publiek mee te delen (§ 15, lid 2, eerste volzin, UrhG) houdt het recht in om het werk uit te zenden (§ 15, lid 2, tweede volzin, punt 3, UrhG), dat wil zeggen het recht om het werk door middel van omroep – zoals radio- en televisie-, satelliet- en kabelomroep of soortgelijke technische middelen (§ 20 UrhG) – voor het publiek beschikbaar te stellen. Het uitzendrecht omvat het recht op doorgifte via de kabel overeenkomstig § 20b, lid 1, eerste volzin, UrhG, derhalve het recht om een uitgezonden werk in het kader van een gelijktijdig, onveranderd en volledig doorgegeven programma via kabel- of microgolfsystemen door te geven [vergelijk BGH, GRUR 2020, 1297 (juris, punt 11) – Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen, met verdere verwijzingen]. Het recht op kabeldoorgifte houdt een bijzonder geval van het uitzendrecht in en daarmee een bijzonder geval van mededeling aan het publiek. Volgens § 15, lid 3, eerste volzin, UrhG is de mededeling publiek wanneer zij is bestemd voor een meerderheid van leden van het publiek. Krachtens § 15, lid 3, tweede volzin, behoort tot het publiek eenieder die geen persoonlijke banden heeft met degene die het werk exploiteert of met andere personen voor wie het werk in een immateriële vorm waarneembaar of toegankelijk wordt gemaakt. Hetzelfde geldt voor uitvoerende kunstenaars, omroeporganisaties en filmproducenten, voor zover aan hen het uitsluitende recht op kabeldoorgifte toekomt (vergelijk § 78, lid 1, punt 2, § 87, lid 1, punt 1, eerste geval, § 94, lid 4, § 95 UrhG).
- 14 b) De in casu aan de orde zijnde uitsluitende rechten van de auteurs en houders van naburige rechten wegens een mededeling aan het publiek van hun werken en prestaties via kabeldoorgifte berusten op richtlijnen van de Europese Unie. Het begrip mededeling aan het publiek moet dus worden uitgelegd overeenkomstig de bepaling van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de

naburige rechten in de informatiemaatschappij, die van toepassing is op auteurs, en overeenkomstig de bepaling van artikel 8, lid 1, van richtlijn 2006/115/EG betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (gecodificeerde versie), die van toepassing is op houders van naburige rechten, en overeenkomstig de rechtspraak van het Hof te dier zake [vgl. BGH, arrest van 17 september 2015 – I ZR 228/14, BGHZ 206, 365 (juris punten 30-41) – Ramses; arrest van 11 januari 2018 – I ZR 85/17, GRUR 2018, 608 (juris punt 22) – Krankenhausradio; BGH, GRUR 2020, 1297 (juris punt 11) – Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen, in beide gevallen met verdere verwijzingen).

- 15 c) Het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG en artikel 8, lid 1, van richtlijn 2006/115/EG bevat twee elementen, namelijk een handeling bestaande in een mededeling en een publiek waaraan deze is gericht. Verder vereist dit begrip een individuele beoordeling. 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 [vaste rechtspraak; vgl. arrest van het Hof van 20 april 2023, C-775/21 en C-826/21, GRUR 2023, 717 (juris punten 47 en 48) = WRP 2023, 681, Blue Air Aviation/UCMR – ADA e.a., met verdere verwijzingen].
- 16 aa) De appelrechter heeft terecht geoordeeld dat de doorgifte van radio- en televisieprogramma’s door een verdeelinrichting aan de kamers van de bewoners van een bejaarden- en verpleegcentrum een handeling bestaande in een mededeling vormt.
- 17 (1) Het begrip mededeling moet in het licht van het hoofddoel van richtlijn 2001/29/EG, namelijk het waarborgen van een hoog beschermingsniveau voor auteurs, ruim worden opgevat, en wel in die zin dat het betrekking heeft op elke doorgifte van beschermde werken, ongeacht het gebruikte technische middel of procedé. Voorwaarde voor een „mededeling” is dat de gebruiker met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag – dat wil zeggen opzettelijk en doelgericht – tussenkomt om aan derden een toegang tot het beschermde werk te verlenen die zij zonder zijn tussenkomst niet zouden hebben. Daarbij volstaat dat derden toegang hebben tot het beschermde werk, ongeacht of zij er gebruik van maken [BGH, GRUR 2020, 1297 (juris, punt 17) – Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen, met verdere verwijzingen].
- 18 (2) Dientengevolge moet de doorgifte van omroepuitzendingen aan de kamers van de bewoners van een bejaarden- en verpleegcentrum, zoals in casu aan de orde, met een technisch middel zoals een verdeelinrichting, worden aangemerkt als een „handeling bestaande in een mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG en artikel 8, lid 1, van richtlijn 2006/115/EG. Verweerster is bij de doorgifte door de verdeelinrichting met volledige kennis van de gevolgen

van haar gedrag – dat wil zeggen opzettelijk en doelgericht – tussengekomen om de bewoners van haar tehuis een mogelijke toegang tot omroepuitzendingen te bieden die zij zonder haar tussenkomst niet in die vorm zouden hebben gehad.

- 19 bb) De vraag of de appelrechter terecht heeft geoordeeld dat er in casu geen sprake is van een mededeling „aan het publiek”, moet in het licht van het Unierecht worden verduidelijkt.
- 20 (1) De appelrechter was van oordeel dat de kabeldoorgifte aan de kamers van de bewoners van het bejaarden- en verpleegcentrum geen mededeling aan het publiek vormde. Gezien de 88 eenpersoons- en 3 tweepersoonskamers was weliswaar voldaan aan het in de rechtspraak van het Hof geformuleerde criterium van „een vrij groot aantal personen”, maar de bewoners van het tehuis waren geen „personen in het algemeen”, zoals verder vereist. In casu beperkte de mededeling zich tot „specifieke individuen”, aangezien zij betrekking had op een beperkte kring van personen. De bewoners van het tehuis vormden, net als de leden van een vereniging van woningeigenaren, een structureel zeer homogene en op langdurig verblijf gerichte stabiele kring van personen met vrij weinig fluctuatie. De gemeenschappelijke ruimten boden de bewoners de mogelijkheid van samen eten, persoonlijke contacten en sociaal samenzijn. Anders dan in een hotel of revalidatiecentrum bestond tussen de bewoners, door hun keuze om de laatste fase van hun leven in het tehuis door te brengen, een nauwe band. Dat verweerster in haar tehuis ook vormen van kortdurend verblijf aanbood, gaf aan het tehuis geen wezenlijk ander karakter. Het feit dat verweerster de doorgifte via de kabel met winst oogmerk verrichtte, rechtvaardigde niet een andere beoordeling.
- 21 (2) Volgens de rechtspraak van het Hof wordt aan het begrip publiek slechts voldaan bij een onbepaald aantal potentiële ontvangers en een vrij groot aantal personen.
- 22 Van een „onbepaald aantal potentiële ontvangers” is er sprake wanneer de mededeling personen in het algemeen betreft, zich dus niet beperkt tot specifieke individuen die tot een private groep behoren [wat betreft artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG vgl. arrest van het Hof van 31 mei 2016, Reha Training/GEMA, C-117/15, GRUR 2016, 684 (juris punt 42); wat betreft artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG (thans richtlijn 2006/115/EG) vgl. arrest van het Hof van 15 maart 2012, SCF/Del Corso, C-135/10, GRUR 2012, 593 (juris punt 85) = WRP 2012, 689; arrest van het Hof van 15 maart 2012, PPL/ Irland, C-162/10, GRUR 2012, 597 (juris punt 34)].
- 23 Met het criterium „een vrij groot aantal personen” wordt bedoeld dat het begrip publiek slechts is vervuld wanneer een zekere de-minimisdrempel wordt overschreden en dit een te klein of zelfs onbeduidend aantal betrokken personen uitsluit. Om dit aantal personen te beoordelen dient rekening te worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van het beschikbaar stellen van de werken aan de potentiële ontvangers. Daarbij is het van belang te weten hoeveel personen gelijktijdig en achtereenvolgens toegang hebben tot hetzelfde werk [vgl. EuGH,

GRUR 2016, 684 (juris punten 40-44) – Reha Training/GEMA; EuGH, GRUR 2023, 717 (juris punt 54) – Blue Air Aviation/UCMR – ADA e.a., in beide gevallen met verdere verwijzingen).

- 24 (3) De appelrechter heeft terecht geoordeeld dat het aantal bewoners van de door verweerster ter beschikking gestelde 88 eenpersoons- en 3 tweepersoonskamers voldoet aan het criterium van „een vrij groot aantal personen”. Deze beoordeling wordt in het beroep tot Revision aanvaard; op dit punt is er geen sprake van een onjuiste rechtsopvatting.
- 25 (4) De vraag of de appelrechter terecht heeft geoordeeld dat de mededeling in casu niet een onbepaald aantal potentiële ontvangers in de zin van de rechtspraak van het Hof betreft, maar beperkt is tot specifieke individuen die tot een private groep behoren, moet worden beantwoord in het licht van het Unierecht.
- 26 (a) Het Hof heeft geoordeeld dat gasten van een hotel waarvan de exploitant de hotelkamers uitrust met een radio- en/of televisietoestel waaraan hij een uitzendesignaal doorgeeft, een onbepaald aantal potentiële ontvangers vormen, aangezien de toegang van de hotelgasten tot de hoteldiensten in beginsel voortvloeit uit hun persoonlijke keuze en slechts wordt beperkt door de opvangcapaciteit van het hotel, zodat het in een dergelijk voorbeeld gaat om „personen in het algemeen” [EuGH, GRUR 2012, 597 (juris, punt 41) – PPL/Ierland]. In dezelfde zin heeft het Hof geoordeeld ten aanzien van patiënten van een revalidatiecentrum [EuGH, GRUR 2016, 684 (juris, punt 57) – Reha Training/GEMA; ten aanzien van ziekenhuispatiënten ook BGH, GRUR 2018, 608 (juris, punten 34 en 35) – radio in een ziekenhuis]. In al deze gevallen vloeit de toegang tot de respectievelijk aangeboden diensten in beginsel voort uit een persoonlijke keuze van elke gast afzonderlijk en wordt zij slechts beperkt door de opvangcapaciteit van de instelling in kwestie.
- 27 Anderzijds heeft het Hof de patiënten van een tandarts voor wie in de wachtkamer achtergrondmuziek wordt afgespeeld, niet als „personen in het algemeen” aangemerkt, daar ze een geheel van personen vormen waarvan de samenstelling grotendeels stabiel is en dus een bepaald geheel van potentiële luisteraars uitmaken, aangezien andere personen in beginsel geen toegang hebben tot de zorgverlening van deze tandarts [HvJEU, GRUR 2012, 593 (juris, punt 95) – SCF/Del Corso]. Ook de mededeling aan een duidelijk afgebakende en besloten groep personen die bij een rechterlijke instantie openbardienstfuncties uitoefenen, is niet gericht tot een onbepaald aantal potentiële ontvangers, maar tot welbepaalde individuele beroepsbeoefenaren [wat betreft artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG vgl. arrest van het Hof van 28 oktober 2020, By (fotografisch bewijsstuk), C-637/19, GRUR 2020, 1295 (juris punten 28 en 29) = WRP 2021, 27].
- 28 (b) Gepreciseerd moet worden of op grond van het enkele feit dat volgens de vaststellingen van de appelrechter de kring van bewoners van het tehuis structureel zeer homogeen is en vrij weinig fluctuatie vertoont, kan worden

aangenomen dat de mededeling slechts aan „specifieke individuen” en niet aan „personen in het algemeen” wordt gedaan. De verwijzende Senat is van mening dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, aangezien de aangeboden diensten van het bejaardenhuis in beginsel toegankelijk zijn voor alle personen die hiervoor in aanmerking komen en deze toegang enkel wordt beperkt door de opvangcapaciteit van het tehuis.

- 29 Anders dan de appelrechter meent, rechtvaardigt de enkele mogelijkheid van samen eten, persoonlijke contacten en sociaal samenzijn niet bij voorbaat de veronderstelling dat tussen de bewoners een nauwe band bestaat. In ieder geval zou bij noodzakelijke nadere beschouwing kunnen blijken dat een persoonlijke band tussen individuele bewoners die als gevolg van de gebruikmaking van deze mogelijkheid ontstaat, slechts een (welkom) neveneffect is van het gebruik van verweersters verpleeg- en verzorgingsfaciliteiten, zonder dat daardoor – zoals vereist [vgl. EuGH, GRUR 2016, 684 (juris punt 57) – Reha Training/GEMA] – het geheel van bewoners een „private groep” zou worden [vgl. KG, beschikking van 10 juni 2020 – 24 U 164/19, (juris punt 26); OLG Dresden, GRUR-RR 2023, 149 (juris punt 26)].
- 30 Naar het oordeel van de Senat hebben ook de in de memorie van antwoord in Revision aangevoerde publiekrechtelijke bepalingen die rekening houden met het feit dat de bewoners van een verpleeginstelling bijzondere bescherming en hulp behoeven, geen gevolgen voor de kwalificatie van de kabeldoorgifte die ertoe dient de bewoners te voorzien van de ontvangst van radio en televisie, in het licht van de vaststelling van een mogelijke auteursrechtelijke vergoeding. De memorie van antwoord verwijst in dit verband naar de federale regeling van het Heimgesetz (Duitse wet inzake bejaarden- en verpleegtehuizen), dat volgens § 2, lid 1, punt 1, ertoe dient de waardigheid, belangen en behoeften van de bewoners van tehuizen te beschermen en in § 10 voorziet in de instelling van een raad van bewoners ter behartiging van hun belangen. Bovendien verwijst de memorie van antwoord naar het Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (wet inzake woonvormen en participatie) van de deelstaat Rijnland-Palts (LWTG RP), dat volgens § 1, lid 1, ervan ertoe dient om gehandicapte volwassenen en verpleegbehoevende volwassenen te beschermen, te achten en te ondersteunen, en in § 1, lid 1, punt 4, bepaalt dat de participatie van deze doelgroepen in de maatschappij en in de instelling waarin ze leven moet worden versterkt.
- 31 3. Wat de overige door het Hof gestelde voorwaarden aan een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG betreft, moet worden nagegaan of de tot dusver gehanteerde definitie van het Hof, waarin wordt bepaald dat, om te kunnen worden gekwalificeerd als „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG, „de mededeling van een beschermd werk moet plaatsvinden volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht moet zijn tot een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek dat door de houder van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling van

zijn werk aan het publiek”, verder algemeen van toepassing is, dan wel of de gebruikte technische werkwijze enkel nog van belang is in gevallen waarin de doorgifte van oorspronkelijk via de ether, satelliet of kabel ontvangen content plaatsvindt aan het open internet (tweede prejudiciële vraag).

- 32 a) Het Hof heeft geëist dat, om te kunnen spreken van een „mededeling aan het publiek”, de mededeling van een beschermd werk plaatsvindt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht is tot een „nieuw publiek”, dat wil zeggen een publiek dat door de houder van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling van zijn werk aan het publiek [arrest van het Hof van 7 augustus 2018, Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, C-161/17, GRUR 2018, 911 (juris 4) = WRP 2018, 1052, met verdere verwijzingen]. Indien de latere mededeling plaatsvindt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de oorspronkelijke, hoeft niet te worden nagegaan of het werk wordt medegedeeld aan een nieuw publiek; in een dergelijk geval is voor de mededeling zonder meer de toestemming van de auteur nodig [arrest van het Hof van 7 maart 2013, ITV Broadcasting/TVC, C-607/11, GRUR 2013, 500 (juris punten 24-26) = WRP 2013 18; beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, GRUR 2014, 1196 (juris punt 14) = WRP 2014, 1441 – BestWater International].
- 33 Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat voor een gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de nationale omroeporganisatie, door middel van kabels die op het nationale grondgebied liggen, geen toestemming van de auteur hoeft te worden verkregen, omdat het niet gaat om een „nieuw publiek” [arrest van het Hof van 16 maart 2017, AKM, C-138/16, GRUR 2017, 510 (juris punten 26-30) = WRP 2017, 682]. Volgens een verklaring van de rapporteur in de zaak „AKM” dient het zogenoemde „technische” aspect daarin niet van toepassing te zijn (Malenovský, *medien und recht* 3/18 – Bijlage, blz. 14, 17 en 18).
- 34 Ook bij de beoordeling van een mededeling aan het publiek ten aanzien van hotelgasten [arrest van het Hof van 7 december 2006, SGAE/Rafael, C-306/05, *Jurispr.* 2006, I-11519 = GRUR 2007, 225 (juris punten 37-47)], cafébezoekers [arrest van het Hof van 4 oktober 2011, Football Association Premier League en Murphy, C-403/08 en C-29/08, *Jurispr.* 2011, I-09083 = GRUR 2012,156 (juris punten 197-199)] patiënten in een kuurcentrum [arrest van het Hof van 27 februari 2014, OSA/Léčebné lázně, C-351/12, GRUR 2014, 473 (juris punten 27-33) =WRP 2014, 418] en patiënten in een revalidatiecentrum [EuGH, GRUR 2016, 684 (juris punten 57-62) – Reha Training/GEMA] heeft het Hof enkel het element „nieuw publiek” onderzocht, zonder te kijken naar de technische werkwijze.
- 35 b) In het onderhavige geval gaat het om een specifiek technische werkwijze in de zin van de rechtspraak van het Hof, aangezien verweerster volgens de vaststellingen van de appelrechter de omroepprogramma’s via een

satellietontvangststelsysteem ontvangt en deze doorgeeft aan haar kabelnetwerk [vgl. EuGH, GRUR 2013, 500 (juris punt 26) – ITV Broadcasting/TVC; GRUR 2017, 510 (juris punt 26) – AKM]. Het technische aspect kan echter niet doorslaggevend zijn in de zin van de „AKM”-beslissing, indien de rol van de doorgever zich beperkt tot een eenvoudige gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van het zendmastsignaal met behulp van kabels (vgl. Malenovský, medien und recht 3/18 – Bijlage, blz. 14, 17 en 18.) Een uitlegging in de rechtsleer is dat een mededeling aan het publiek op basis van een specifiek technische werkwijze enkel nog kan worden verondersteld, wanneer oorspronkelijk via de ether, satelliet of kabel ontvangen content wordt doorgegeven aan het open internet, aangezien het alleen bij onlinegebruik gaat om soorten mededelingen waarvoor steeds afzonderlijke toestemming moet worden verkregen [zie Peukert, ZUM 2017, 881, 887 t/m 890 (onder e)].

- 36 4. Gelet op de andere door het Hof gestelde voorwaarden aan een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG, moet ten slotte worden vastgesteld of het gaat om een „nieuw publiek” in de zin van de definitie van „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG, wanneer de exploitant van een bejaardenhuis met winstoogmerk via een eigen satellietontvangststelsysteem ontvangen omroepprogramma’s tegelijkertijd, onveranderd en volledig via zijn kabelnetwerk doorgeeft aan de aanwezige aansluitingen voor radio en televisie in de kamers van de bewoners. In deze context rijst verder de vraag of het voor deze beoordeling relevant is of de bewoners de radio- en televisieprogramma’s ook, zonder kabeldoorgifte, via de ether op hun kamers kunnen ontvangen, en of de rechthebbenden reeds een vergoeding ontvangen voor de toestemming voor de oorspronkelijke uitzending (derde prejudiciële vraag).
- 37 a) Volgens de rechtspraak van het Hof moet onder een „nieuw publiek” in de zin van de definitie van mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29/EG worden verstaan een publiek dat door de houder van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen hij toestemming verleende voor de oorspronkelijke mededeling van zijn werk aan het publiek [EuGH, GRUR 2018, 911 (juris punt 24) – Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, met verdere verwijzingen]. Volgens het Hof heeft de auteur, wanneer hij in de radio-uitzending van zijn werk toestemt, als publiek slechts het oog op de bezitters van ontvangsttoestellen die, individueel of in hun privé- of gezinssfeer, de uitzending ontvangen. De bezitter van een ontvangsttoestel, die – net als de uitbater van het hotel of de houder van de horecagelegenheid in de aan het Hof voorgelegde procedures – een nieuw gedeelte van het publiek in staat stelt om het werk te horen of te zien, deelt dus het werk aan een nieuw publiek mee [vgl. EuGH, GRUR 2007, 225 (juris punten 41 en 42) SGAE/Rafael; GRUR 2012, 156 punten 197-199 – Football Association Premier League en Murphy; vgl. ook BGH, beschikking van 16 augustus 2012 I ZR 44/10, GRUR 2012, 1136 (juris punt 18) = WRP 2012,1402 – Breedbandkabel].

- 38 Het Hof heeft voorts geoordeeld dat, om de doorgifte van een beschermd werk te kwalificeren als „mededeling aan het publiek”, het winst oogmerk van een dergelijke doorgifte weliswaar niet bepalend [zie EuGH, GRUR 2013, 500 (juris punt 43) – ITV Broadcasting/TVC], maar hiervoor – onder andere met het oog op de vaststelling van de mogelijke vergoeding voor deze doorgifte ook niet irrelevant is [zie EuGH, GRUR 2012, 156 (juris punt 204) – Football Association Premier League en Murphy; GRUR 2016, 684 (juris punt 49) – Reha Training/GEMA].
- 39 b) In casu moet derhalve worden vastgesteld of de bewoners van verweersters bejaardenhuis een „nieuw publiek” vormen omdat zij de radio- en televisieprogramma’s ontvangen in hun kamers, dat wil zeggen individueel of in hun privé- of gezins sfeer, en verweerster, die niet de oorspronkelijke omroeporganisatie is, de omroepsignalen in het kader van de commerciële exploitatie van het bejaardenhuis aan de bewoners ter beschikking stelt.
- 40 Volgens de Senat rijst de vraag, of de bewoners van het bejaardenhuis de programma’s in hun kamers in de zin van de rechtspraak van het Hof individueel of in hun privé- of gezins sfeer ontvangen, ook wanneer de bewoners geen deel uitmaken van een private groep in de zin van de rechtspraak van het Hof (zie punten 19 e.v. hierboven).
- 41 Aangezien verweerster heeft aangevoerd dat de bewoners de radio- en televisieprogramma’s ook zonder kabeldoorgifte via de ether in hun kamers kunnen ontvangen, moet voorts worden nagegaan of deze omstandigheid gevolgen heeft voor de juridische beoordeling, aangezien in voorkomend geval nog vaststellingen dienaangaande moeten worden gedaan.
- 42 Ook moet worden verduidelijkt of het voor deze beoordeling van belang is of de rechthebbenden reeds een vergoeding ontvangen voor de toestemming voor de oorspronkelijke uitzending. Dit geldt voor rechthebbenden die voor de uitzendlicentie een vergoeding ontvangen van de oorspronkelijke omroepen (vgl. Loewenheim/Flehsig, Handbuch des Urheberrechts, derde oplage § 47, punt 31), maar niet voor de omroeporganisaties die de oorspronkelijke uitzending verzorgen zelf, voor de naburige rechten waarvan de lidstaten overeenkomstig overweging 16 van richtlijn 2006/115/EG kunnen voorzien in een verderreikende bescherming met betrekking tot publieke uitzending en mededeling. In dit verband zou de analyse in het kader van de beoordeling van het „nieuwe publiek” in het geval van de rechthebbenden die reeds een vergoeding voor de oorspronkelijke uitzending ontvangen, eerder in die richting kunnen gaan dat de bewoners van het bejaardenhuis deel uitmaken van het publiek dat door de rechthebbenden bij de toestemming voor publicatie in aanmerking is genomen, dan in het geval van de omroeporganisaties die voor de oorspronkelijke uitzending nog geen vergoeding hebben ontvangen en waarbij in geval van een doorgifte met winst oogmerk door een andere onderneming in zoverre een „nieuw publiek” betrokken zou kunnen zijn.

[omissis]