



Datum van inontvangstneming : 18/04/2016

**Zaak C-138/16****Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

7 maart 2016

**Verwijzende rechter:**

Handelsgericht Wien (Oostenrijk)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

16 februari 2016

**Verzoekende partij:**

Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger Reg. Gen. mbH (AKM)

**Verwerende partij:**

Zürs.net Betriebs GmbH

---

**UITSPRAAK**

Het Handelsgericht Wien doet [OMISSIS] in de zaak tussen verzoekster Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger (AKM) Reg.Genossenschaft mbH, 1031 Wenen, [OMISSIS] en verweerster Zürs.net Betriebs GmbH, 6763 Zürs, [OMISSIS] betreffende een vordering tot het afleggen van verantwoording en betaling (beloop van de vordering: 44 000 EUR) de volgende

**UITSPRAAK:**

1. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Moeten artikel 3, lid 1, respectievelijk artikel 5 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, respectievelijk artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst in de versie van Stockholm/Parijs 1967/1971 aldus worden uitgelegd dat een regeling,

waarbij de doorgifte van omroepuitzendingen via „gemeenschappelijke antenne-installaties” zoals die van verweerster in het hoofdgeding

- a) niet wordt beschouwd als een nieuwe omroepuitzending wanneer bij de installatie niet meer dan 500 abonnees zijn aangesloten en/of
- b) wordt beschouwd als een onderdeel van de oorspronkelijke omroepuitzending wanneer het de gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van omroepuitzendingen van de Oostenrijkse omroeporganisatie door middel van binnenlandse leidingen betreft,

en deze vormen van gebruik evenmin onder een ander uitsluitend recht van mededeling aan het publiek met een element van afstand in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn [Or. 2] 2001/29/EG vallen, en derhalve niet afhankelijk zijn van de toestemming van de auteur en hiervoor dus ook geen vergoedingsplicht geldt,

strijdig is met het Unierecht respectievelijk met het recht van de Berner Conventie als binnen de rechtsorde van de Unie vallende internationale overeenkomst?

2. [OMISSIS] [Schorsing van de procedure]

**MOTIVERING:**

I. Feiten

I.1. Verzoekster

Verzoekster is een rechtenbeheerder zonder winstoogmerk en staat krachtens de Verwertungsgesellschaftengesetz (wet op de rechtenbeheerders; hierna: „VerwGesG 2006”) onder toezicht van de toezichthouder voor rechtenbeheerders, een orgaan dat onder het Oostenrijkse ministerie van Justitie valt. Zij treedt in eigen naam, maar wel in het belang en voor rekening van haar begunstigen op als belangenbehartiger ten aanzien van de haar toegekende exploitatie- en vergoedingsrechten op muziekwerken met en zonder tekst, sluit de bijbehorende overeenkomsten, kent de noodzakelijke gebruiksrechten toe, int de overeengekomen dan wel passende alsook de wettelijke vergoedingen, en verdedigt de bijbehorende rechten en vergoedingsrechten in voorkomend geval in en buiten rechte ten opzichte van gebruikers en betalingsplichtigen.

Tot de rechten die door verzoekster worden behartigd behoren hoofdzakelijk de zogeheten „kleine uitvoerings- en uitzendingsrechten”, en meer bepaald ook het recht van „heruitzending van omroepuitzendingen, met inbegrip van satellietomroepdiensten door middel van leidingen overeenkomstig § 59a van het österreichische Urheberrechtsgesetz (Oostenrijkse auteurswet; hierna: „öUrhG”)

de zogeheten „kabeltelevisie”, dat echter ook de doorgifte van radioprogramma’s omvat.

Bij meerdere beschikkingen en aanpassingen respectievelijk consolidatie ervan van de op dat moment bevoegde bondsminister of het kabinet van de bondskanselier alsook – na de inwerkingtreding van de VerwGesG 2006 – van de toezichthouder voor rechtenbeheerders, zijn haar de nodige exploitatievergunningen verstrekt, die meer bepaald ook betrekking hebben op de (integrale) heruitzending van omroepuitzendingen in de zin van § 59a öUrhG.

Verzoekster behartigt op grond van de met haar begunstigden gesloten **[Or. 3]** waarnemingsovereenkomsten respectievelijk de overeenkomsten voor (wederzijdse) vertegenwoordiging die met buitenlandse vennootschappen met hetzelfde doel zijn gesloten, een omvangrijk nationaal en internationaal repertoire van muziekwerken met of zonder tekst.

## I.2. Verweerster:

Verweerster exploiteert in 6763 Zürs een kabelnetwerk, met behulp waarvan televisie- en radio-uitzendingen gelijktijdig, volledig en onveranderd, dus integraal in de zin van § 59a UrhG, worden doorgegeven aan de aangesloten abonnees. Tot de in de zin van de genoemde bepaling doorgegeven televisieprogramma’s behoren meer bepaald de (lokale) programma’s „Sky-TV HD” / „Sky-Info” (SD) en „Info-Lech-Zuers HD”/ „Lech-Zürs Infokanal” (SD). Daarnaast geeft verweerster met behulp van haar kabelnetwerk echter ook tal van professionele televisieprogramma’s door, zoals de programma’s van de ORF (ORF 1, ORF 2 en ORF III), de Oostenrijkse programma’s ATV en „Servus-TV”, de programma’s van de Duitse publieke omroepen ARD en ZDF, alsook tal van Duits- en anderstalige buitenlandse programma’s, zoals „RTL” en „Pro7”.

Op 26 november 2014 bood verweerster 28 analoge en 137 digitale televisieprogramma’s aan, ongeveer 120 SKY-zenders, waarvan ongeveer 50 in HD, alsook 24 analoge en 80 digitale radioprogramma’s.

Sinds het seizoen 2010/2011 biedt verweerster via haar glasvezelnetwerk in heel Zürs verschillende diensten aan, zoals Internet, TV en telefonie. In 2014 werd het glasvezelnetwerk uitgebreid naar Lech, zodat verweerster haar aanbod sinds 1 december 2014 ook in Lech via dit netwerk exploiteert. Laatstelijk waren ongeveer 130 abonnees aangesloten op verweersters kabelnetwerk.

Verweerster exploiteert dus een zogenoemde „antenne-installatie voor kleine gemeenschappen” in de zin van § 17, lid 3, punt 2, onder b), öUrhG met minder dan 500 abonnees (klanten).

Alle programma’s die door verweerster worden doorgegeven, bevatten ook muziekwerken (werken uit de toonkunst) met of zonder tekst, die tot het repertoire (werkenbestand) van verzoekster behoren. Dit geldt inzonderheid voor het

programma van „Servus-TV”. „Servus-TV” zendt in het geheel genomen programma’s uit op het gebied van natuur, entertainment, nieuws, kennis, volkscultuur en sport. Bij de regionale programma’s „Sky-TV” en „Lech-Zürs InfoKanal” betreft het regionale berichtgeving uit Vorarlberg, meer bepaald de streek rond de Arlberg, over gebeurtenissen op het gebied van sport, familie, toerisme en vrijetijd. **[Or. 4]**

## II. Vorderingen en argumenten van partijen:

### II.1. Verzoekster:

Verzoekster vordert verweerster ertoe te veroordelen,

- 1 verzoekster binnen 14 dagen een juist en volledig overzicht te geven respectievelijk informatie te verstrekken over het aantal abonnees dat op de peildata 1 maart 2012, 1 september 2012, 1 maart 2013, 1 september 2013, 1 maart 2014, 1 september 2014 en 1 maart 2015 was aangesloten bij het door haar geëxploiteerde kabelnetwerk; dit onder vermelding van de door haar met behulp van haar kabelnetwerk doorgegeven (regionale en interregionale) televisie- en/of radioprogramma’s (omroepuitzendingen) met inbegrip van programma’s van de Oostenrijkse omroep (ORF) en met inbegrip van via satelliet uitgezonden en/of via andere kabelnetwerken of internet doorgegeven omroepuitzendingen; de hoogte van de door verweerster gevraagde vergoedingen, zoals aansluitkosten, lopende kosten (bijv. maandelijkse of jaarlijkse abonnementskosten) alsook de differentiatie ervan op grond van verschillende criteria en/of andere vergoedingen moeten, telkens voor de aangevoerde peildata, in het overzicht en de informatie zijn vermeld;

Bij het vervullen van haar verplichting tot verstrekking van een overzicht en informatie, moet verweerster verzoekster – onder voorbehoud van een toetsing door een deskundige – tevens alle documenten die noodzakelijk zijn ter toetsing van het verstrekte overzicht respectievelijk van de verstrekte informatie overleggen of in kopie bijsluiten;

- 2 verzoekster [*subsidiair* voor al die werken, waarvan Oostenrijk niet het land van oorsprong is in de zin van artikel 5, lid 4, van de herziene Berner Conventie (hierna: „herziene BC”) 1968/71] binnen 14 dagen nadat de zaak aanhangig is geworden een passende vergoeding te betalen, vermeerderd met 20 % btw en een geleidelijk oplopende ondernemersheffing (thans 9,2 % bovenop de basisrentevoet, waarbij voor de basisrentevoet voor het betreffende halfjaar wordt uitgegaan van de voet die op de eerste kalenderdag van ieder kalenderhalfjaar werd/wordt bekendgemaakt), telkens lopend vanaf de vervaldata van alle contracten (dat wil zeggen de tiende dag van de eerste kalendermaand van ieder kalenderkwartaal) plus 4 % samengestelde rente;

De berekening van deze vordering tot betaling wordt voorbehouden totdat de verplichting tot het verstrekken van een overzicht en informatie van punt 1 van het petitum is vervuld;

3 verweerster te verwijzen in de kosten [OMISSIS].

Verzoekster stelt dat de in § 17, lid 3, punt 2, onder b), öUrhG bepaalde beperking van het uitsluitende uitzendrecht van de auteur, **[Or. 5]** ongeacht of de zending met behulp van radiogolven of met behulp van leidingen (§ 17, leden 1 en 2, öUrhG) plaatsvindt, [OMISSIS] in strijd is met verdragen en het Unierecht. Zij voert in dat verband aan dat het uitzendrecht voor alle categorieën werken is neergelegd in artikel 11 bis, lid 1, punt 1, van de herziene BC in de versie van Stockholm/Parijs 1967/1971, volgens welk auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitende recht genieten toestemming te verlenen tot „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” (of deze te verbieden). Volgens punt 2 van deze bepaling omvat het uitzendrecht echter ook de doorgifte „met of zonder draad”, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt. Iedere doorgifte van (via hertzfrequenties) uitgezonden programma’s door een andere onderneming dan de onderneming die het programma oorspronkelijk heeft uitgezonden, valt derhalve onder het auteursrechtelijke uitsluitende recht. Daarbij is uitsluitend van belang of de doorgevendende onderneming (kabelexploitant) een andere onderneming is dan degene die het programma oorspronkelijk heeft uitgezonden, wat het geval is bij doorgifte in de zin van § 59a öUrhG en derhalve ook bij verweerster, die een zelfstandige onderneming exploiteert en noch op het gebied van personeel, noch organisatorisch met de organisator (uitzendorganisatie) is verbonden.

De strijdigheid met dit verdrag van de door de Oostenrijkse wetgever bepaalde uitzondering ten gunste van antenne-installaties voor kleine gemeenschappen, waaronder dus verweerster, is echter ook vanuit Unierechtelijk oogpunt relevant. Ofschoon de Europese Unie niet als staat is aangesloten bij de herziene BC, is dit wel het geval voor het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht (WCT), dat bij besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 (PB L 89, blz. 6) door de Gemeenschap is goedgekeurd. Volgens artikel 1, lid 4, daarvan moeten alle verdragsstaten, waartoe zowel de EU als Oostenrijk behoren, de materieelrechtelijke voorschriften van de artikelen 1 tot en met 21 van de herziene BC als minimale bescherming waarborgen. Dit geldt overigens ook voor het TRIPs-verdrag (bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 goedgekeurd door de EU in het kader van haar bevoegdheid) [OMISSIS], dat in artikel 9, lid 1, eveneens bepaalt dat de minimumvoorschriften van artikel 1 tot en met 21 van de herziene BC moeten worden nageleefd.

Verzoekster wijst er in het kader van de door haar aangevoerde strijdigheid met het Unierecht van de uitzondering voor antenne-installaties voor kleine

gemeenschappen op, dat de toegestane beperkingen van de auteursrechtelijke bescherming uitputtend zijn geregeld in artikel 5 van richtlijn 2001/29/EG, dat niet voorziet in een beperking ten behoeve van antenne-installaties voor kleine gemeenschappen, zoals wel het geval is voor de in artikel 11 bis, lid 3, van de herziene BC bepaalde uitzondering ten behoeve van kortstondige opnamen door een radiozendorganisatie, die uitdrukkelijk haar tegenhanger vindt in artikel 5, lid 2, onder d, van richtlijn 2001/29. **[Or. 6]**

Daarenboven zou de algemene uitzondering ten behoeve van kabelexploitanten met niet meer dan 500 aansluitingen ook niet voldoen aan de vereisten van de „tweestapstoets”, op basis waarvan beperkingen en restricties slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. Deze vereisten zijn als verplichting opgenomen in zowel de TRIPs-overeenkomst (artikel 13) alsook in het Unierecht zelf (artikel 5, lid 5, van richtlijn 2001/29), en het lijkt geen twijfel dat de beperking van de antenne-installaties voor kleine gemeenschappen aanzienlijk afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk, temeer deze beperking het uitzendrecht aan iedere controle van de auteur onttrekt en derhalve ook zwaar afbreuk doet aan zijn legitieme belangen. Dit vloeit ook voort uit artikel 8 van de satelliet- en kabelrichtlijn. Ofschoon het recht van doorgifte via de kabel niet door deze richtlijn wordt geharmoniseerd, is de doorgifte hierin ongeacht de omvang van een installatie vanuit auteursrechtelijk oogpunt echter wel relevant.

Verzoekster beroept zich ter staving van haar standpunt tevens op het oordeel van het Hof van Justitie in de arresten in de zaken „SGAE-Rafael Hoteles/Hotel-TV” (arrest van het Hof van 7 december 2006, C-306/05) en „OSDD/Diwarni Akropolis Anonimi” (beschikking van het Hof van 18 maart 2010, C-136/09) in het kader van de doorgifte van omroepuitzendingen in de horeca en vooral in hotelkamers. Het Hof heeft daar in het algemeen met betrekking tot het begrip „mededeling aan het publiek” en meer bepaald over het begrip „publiek” kort gezegd geoordeeld als volgt:

- a) Aan het begrip „mededeling aan het publiek” moet een ruime betekenis worden gegeven.
- b) Daarbij moet de hoofddoelstelling van de auteursrechtlijn in aanmerking worden genomen die erin bestaat een hoog beschermingsniveau te verwezenlijken, zodat wordt verzekerd dat auteurs een passende beloning ontvangen.
- c) Voorts is een volkenrechtconforme uitlegging in de zin van de Berner Conventie en het WCT verplicht.

- d) In de zin van een ruime uitlegging van het begrip mededeling aan het publiek valt iedere doorgifte van beschermde werken ongeacht het gebruikte technische middel of procedé onder de publieke omroepuitzending. Dit geldt ook voor de doorgifte van omroepuitzendingen in een horecagelegenheid, die is gericht op een nieuw publiek en bovendien wordt gekenmerkt door een winstoogmerk.
- e) In het geval van de openbare doorgifte van een omroepuitzending is niet van belang of de ontvangst plaatsvindt binnen het ontvangstbereik van de betreffende omroepuitzending: bepalend is een bepalende interactie van een derde (hotelexploitant, artspraktijk). **[Or. 7]**
- f) De doorgifte van televisie-uitzendingen in de afzonderlijke kamers van een hotel vormt een mededeling aan het publiek. Het betreft (ook) een nieuw publiek in de zin van artikel 11 bis, artikel 1, punt 2, van de herziene BC, omdat de doorgifte niet plaatsvindt via de oorspronkelijke onderneming, en de auteur met de zendmachtiging enkel het onmiddellijke gehoor beoogde, maar niet een nieuw gehoor dat het resultaat was van de activiteiten van een hotelexploitant.
- g) Daarbij betreft het niet louter een middel ter verbetering van de ontvangst. Het is niet relevant of het apparaten in het ontvangstgebied van de onderneming van de oorspronkelijke uitzending betreft. Evenmin is doorslaggevend of de gasten de ontvangstapparaten daadwerkelijk gebruiken: het volstaat dat de mogelijkheid van toegang wordt geboden. De omstandigheid dat de doorgifte in de afzonderlijke hotelkamers in het privéleven plaatsvindt, is niet van belang. Hierbij wordt het recht op eerbiediging van het privéleven evenmin beperkt.

Wanneer deze standpunten worden toegepast op het onderhavige geval, waarin omroepuitzendingen worden doorgegeven aan tal van abonnees, die in aantal het aantal kamers in een gemiddeld hotel aanzienlijk overschrijden, en de doorgifte daarenboven met winstoogmerk en op grote schaal plaatsvindt, kan er naar mening van verweerster überhaupt niet aan worden getwijfeld dat in het geval van de door verweerster geëxploiteerde „gemeenschappelijke antenne-installatie” aan de feitelijke voorwaarden voor de mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn respectievelijk § 18 öUrhG is voldaan.

De door verweerster geëxploiteerde installatie moet derhalve worden beschouwd als een handeling van mededeling aan het publiek waarvoor toestemming en vergoeding zijn vereist. Dit geldt temeer daar de installatie van verweerster op veel abonnees is gericht, een (ofschoon regionaal begrensd) groter territoriaal gebied dekt, geen sprake kan zijn van particuliere verhoudingen tussen de abonnees die bij het systeem van verweerster zijn aangesloten onderling of met verweerster, en de installatie van verweerster met een winstoogmerk wordt geëxploiteerd. Daarbij gaat het om de tussenkomst van een derde die materiaal dat



onder het auteursrecht en/of naburige rechten valt in de zin van artikel 3 van de auteursrechtlijn respectievelijk van § 18 öUrhG, aan het publiek beschikbaar stelt. De omstandigheden en voorwaarden waaronder dit plaatsvindt, strekken veel verder dan die welke gelden voor een gemiddelde „hotelinstallatie voor doorgifte” beter gezegd een installatie die omroepuitzendingen in de kamers van een hotel doorgeeft.

Met betrekking tot het in § 17, lid 3, laatste volzin, öUrhG neergelegde „ORF privilege” voor de Oostenrijkse omroep, wijst verzoekster erop dat het ook daarbij gaat om de interventie van een derde, met wiens hulp niet alleen het normale uitzendgebied van de Oostenrijkse omroep wordt vergroot, maar ook een nieuw publiek wordt bereikt. Daarbij staat buiten kijf dat de kring van nieuwe kijkers **[Or. 8]** en luisteraars openbaar is. Het betreft in casu doorgifte door een andere dan de oorspronkelijke uitzendorganisatie, wat volgens [OMISSIS] artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de herziene BC 1967/1971 een doorgiftehandeling is waarvoor toestemming is vereist. Door deze vrijstelling voor de doorgifte van uitzendingen van de ORF, die is opgesteld als een toerekeningsregel, worden dergelijke doorgiften fictief aangemerkt als „onderdeel van de oorspronkelijke radio-uitzending”. Deze toerekeningsregel is niet verenigbaar met de voorschriften van artikel 11 bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie 1967/1971, omdat daarmee de verdragsvrijheid van partijen bij de oorspronkelijke overeenkomst inzake het uitzendrecht wettelijk wordt beperkt, hetgeen strijdig is met het beginsel van het auteursrechtelijke uitsluitende recht en het beginsel van contractvrijheid. Deze wettelijke fictie leidt ertoe dat de Oostenrijkse omroep rechten moet verwerven dan wel vergoeden waarbij hij in de huidige situatie geen belang heeft, terwijl de rechthebbende er derhalve in de praktijk ook niet in zal slagen hiervoor een passende extra vergoeding te ontvangen. De toerekeningsregel van § 17, lid 3, laatste volzin, öUrhG is dan ook strijdig met het recht van de Berner Conventie.

Verzoekster beroept zich tot staving van haar standpunt meer bepaald op de motivering van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak „Airfield en Canal Digitaal” (HvJEU, 13 oktober 2013, gevoegde zaken C-431/09 en C-432/09), dat niet alleen de onderneming van de oorspronkelijke uitzending toestemming moet hebben van de houder van het auteursrecht, maar ook eenieder die tijdens een dergelijke doorgifte een interventie uitvoert waardoor het beschermde materiaal toegankelijk wordt voor een nieuw publiek dat de rechthebbenden (bij de verlening van het recht op uitzending via satelliet) niet voor ogen hadden, om welke reden de aanbieders van satellietpakketten meewerken aan de mededeling aan het publiek (via satelliet) en toestemming moeten hebben van de rechthebbenden. De verlening van de zendmachtiging aan de onderneming van de oorspronkelijke uitzending veronderstelt echter dat sprake is van een keuzemogelijkheid, terwijl die mogelijkheid in het geval van de wettelijke fictie die is voorzien in het Oostenrijkse recht ontbreekt, hetgeen als strijdig met de Conventie en het Unierecht moet worden beschouwd.

De vrijstelling voor de integrale doorgifte van uitzendingen van de ORF is ook problematisch vanuit het oogpunt van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn in het licht van de beslissing van het HvJEU in de zaken „Airfield en Canal Digitaal” (HvJEU, 13 oktober 2013, gevoegde zaken C 431/09 en C-432/09) en „SGAE-Rafael Hoteles/Hotel-TV” (HvJEU 7 december 2006, zaak C-306/05) en resulteert in tegenstrijdigheden. In ieder geval is artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn ook van toepassing op de heruitzending (per draad of draadloos), aangezien een bijzondere regeling op dit punt in de satelliet- en kabelrechtlijn ontbreekt. Volgens deze bepaling heeft de auteur echter ook het uitsluitende recht op heruitzending als een vorm van mededeling aan het publiek, zonder dat artikel 5, lid 3, van de auteursrechtlijn op dat punt in de mogelijkheid van uitzonderingen voorziet. Ook in dat opzicht vormt de wettelijke fictie, dat het geen handeling van heruitzending, maar **[Or. 9]** een „deel van de oorspronkelijke radio-uitzending” betreft, een met het Unierecht strijdige beperking van het uitsluitende auteursrecht, alsook van de contractvrijheid van de partij bij de oorspronkelijke overeenkomst inzake het uitzendrecht.

In het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat de heruitzending van (satelliet)uitzendingen in de kamers van een hotel als – zelfstandige – mededeling aan het publiek moet worden beschouwd, moet dit des te meer opgaan voor de groot opgezette integrale doorgifte van uitzendingen van de ORF met behulp van gemeenschappelijke antenne-installaties, zoals door verweerster worden geëxploiteerd.

## II.2. Verweerster:

Verweerster betwist dat §17, lid 3, onder b), en lid 3, laatste volzin, öUrhG strijdig is met het Unierecht en de Conventie en beschouwt beide regelingen niet als beperking van het uitzendrecht, maar als onderdeel van de eerste uitzending, waarbij sprake is van een compensatie in de vorm van de uitzendvergoeding. Aangezien de bepaling van § 17, lid 3, laatste volzin, öUrhG het uitzendrecht van de rechthebbende niet beperkt en de auteur evenmin inkomsten misloopt, is de bijzondere regeling in overeenstemming met de herziene BC en het Unierecht.

Eenzijds moet het de Oostenrijkse omroep eenvoudiger worden gemaakt zijn openbardienstverplichting na te komen, waarbij derden zijn uitzendingen in het binnenland (ook in geïsoleerde gebieden) mogen doorgeven, anderzijds moet daarmee echter ook worden voorkomen dat consumenten een bijzondere dubbele belasting moeten betalen, respectievelijk de auteur mogelijk een dubbele vergoeding ontvangt. Tot slot gaan de auteurs wanneer zij het uitzendrecht aan de ORF toekennen er vanuit, dat deze programma's potentieel door iedereen die zich in Oostenrijk ophoudt kunnen worden ontvangen (ook in de wetenschap dat de uitzendingen van de ORF door derden kunnen worden doorgegeven). Zij zullen derhalve een passende vergoeding voor deze uitzending vragen. Anderzijds betalen de consumenten ook een vergoeding voor de mogelijkheid van ontvangst, voor zover zij enig ontvangstapparaat bezitten.

In dit licht zou het echter niet mogen uitmaken of de programma's door de Oostenrijkse omroep zelf worden uitgezonden dan wel door een derde opnieuw worden uitgezonden – het uitzendprocedé om het gehele Oostenrijkse grondgebied te dekken is vergoed en door de consumenten betaald, ongeacht de technische uitvoering. In dat opzicht is het ook consequent dat de wetgever enkel de „gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte” aan de ORF toeschrijft.

### II.3. Voor de uitspraak relevante rechtsvraag

Verzoekster staat op het standpunt dat verweerster gelijktijdig, volledig en onveranderd (integraal) in de zin van § 59a, lid 1, öUrhG omroepuitzendingen doorgeeft via **[Or. 10]** door haar geëxploiteerde kabelnetwerken met behulp van leidingen en ondanks – wegens strijdigheid met het Unierecht en de Berner Conventie – toepasselijkheid van de in § 17, lid 3, punt 2, onder b), öUrhG bepaalde uitzondering voor antenne-installaties voor kleine gemeenschappen alsook de in § 17, lid 3, punt 2, öUrhG bepaalde uitzondering van het „ORF-privilege”, inbreuk pleegt op de exploitatierechten op werken die verzoekster als belangenbehartiger zijn toegekend (waarnemingsrechten). Daarvan uitgaande kan verzoekster van verweerster staking vorderen alsook een billijke compensatie krachtens de Oostenrijkse UrhG.

Verweerster beroept zich daarentegen op de afwijkende en bijzondere regelingen van § 17, lid 3, punt 2, onder b), en § 17, lid 3, tweede volzin, van de Oostenrijkse UrhG. Volgens haar zijn de bepalingen van § 17, lid 3, punt 2, onder d), öUrhG en § 17, lid 3, laatste volzin öUrhG, niet strijdig met internationale overeenkomsten, meer bepaald de herziene BC, noch met het Unierecht. Zij betwist derhalve de door verzoekster ingestelde vorderingen.

### II.3. Voorafgaande procedure:

[OMISSIS]

### III. Rechtsgronden:

III.1. De artikelen 3 en 5 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij luiden als volgt:

#### **Artikel 3**

##### **Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek**

1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, **[Or. 11]** 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.

2. De lidstaten voorzien ten behoeve van:

- (a) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- (b) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
- (c) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en
- (d) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen,

in het uitsluitende recht, de beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.

## **Artikel 5**

### **Beperkingen en restricties**

1. Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel:

- a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon, of
- b) een geoorloofd gebruik

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

2) De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van: **[Or. 12]**

[...]

3) De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

4) De lidstaten kunnen op grond van de leden 2 en 3 niet alleen een beperking of restrictie op het reproductierecht vaststellen, maar ook op het in artikel 4 bedoelde distributierecht, voor zover dit gezien het doel van de toegestane reproductie gerechtvaardigd is.

5) De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

### III.2. De Oostenrijkse auteurswet:

#### **Uitzendrecht**

§ 17. (1) De auteur heeft het uitsluitende recht het werk door middel van radio of op een soortgelijke wijze uit te zenden.

(2) Het ontvangbaar maken van een werk aan het publiek in het binnenland vanuit een in het binnenland of in het buitenland gelegen plaats op gelijkaardige wijze als via de omroep, maar met behulp van leidingen, wordt gelijkgesteld met een omroepuitzending.

(3) De verzending van omroepuitzendingen

1. door een omroepuitzendinstallatie

2. door een gemeenschappelijke antenne-installatie

a) [OMISSIS]

b) wanneer niet meer dan 500 abonnees op de installatie zijn aangesloten,

geldt niet als een nieuwe omroepuitzending. Voor het overige geldt de gelijktijdige, volledige en onveranderde doorgifte van radio-uitzendingen van de Oostenrijkse omroeporganisatie door middel van leidingen in Oostenrijk als een onderdeel van de oorspronkelijke omroepuitzending. **[Or. 13]**

#### **Voordracht-, vertonings- en tentoonstellingsrecht**

§ 18. (1) De auteur heeft het uitsluitende recht een werk van letterkunde in het openbaar voor te dragen of te vertonen, een werk zoals beschreven in § 2, lid 2, een toonkunstwerk of een filmwerk in het openbaar op te voeren en een

werk van beeldende kunst door een visuele installatie voor een publiek tentoon te stellen.

(2) Daarbij maakt het geen verschil of de voordracht of de uitvoering rechtstreeks of met behulp van beeld- of geluidsdragers plaatsvindt.

(3) De voordrachten, vertoningen en tentoonstellingen in het openbaar omvatten ook het gebruik van een omroepuitzending of van een openbare terbeschikkingstelling van een werk voor de mededeling aan het publiek van het uitgezonden werk, of de terbeschikkingstelling van het werk aan het publiek via een luidspreker of een andere technische voorziening [...]

### 3. Gebruik van omroepuitzendingen

§ 59.

[...]

§ 59a. (1) Enkel rechtenbeheerders kunnen het recht doen gelden, omroepuitzendingen van werken met inbegrip van uitzendingen via satelliet voor de gelijktijdige, volledige en onveranderde heruitzending door middel van leidingen te exploiteren; dit geldt echter niet voor het recht in rechte op te komen tegen inbreuken op het auteursrecht.

(2) Omroepuitzendingen mogen voor een heruitzending in de zin van lid 1 worden gebruikt, wanneer de omroeporganisatie die de heruitzending verzorgt hiertoe toestemming heeft ontvangen van de daartoe bevoegde rechtenbeheerder [OMISSIS]. [OMISSIS]

(3) De leden 1 en 2 zijn echter niet van toepassing voor zover de omroeporganisatie wier uitzending wordt heruitgezonden, het recht tot heruitzending in de zin van lid 1 heeft. **[Or. 14]**

III.3. Artikel 11bis, lid 1, punt 2, van de Berner Conventie in de versie Stockholm/Paris 1967/71 luidt:

(1) Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

[...]

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, [...]

Handelsgericht Wien, [OMISSIS]

Wenen, 16 februari 2016

[OMISSIS]