CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 17 januari 2012 [1]

Zaak C-510/10

DR,
TV2 Danmark A/S
tegen
NCB — Nordisk Copyright Bureau

[verzoek van het Østre Landsret (Denemarken) om een prejudiciële beslissing]

„Auteursrecht en naburige rechten — Richtlijn 2001/29/EG — Artikel 5, lid 2, sub d — Voorwaarden voor een uitzondering op het reproductierecht — Tijdelijke opnamen van werken, gemaakt door omroeporganisaties met hun eigen middelen ten behoeve van hun eigen uitzendingen — Omroeporganisatie die bij externe en onafhankelijke televisieproducenten opnamen heeft laten maken ten behoeve van haar eigen uitzendingen”

I – Inleiding

1. Het onderhavige prejudiciële verzoek van het Deense Østre Landsret heeft betrekking op de uitlegging van artikel 5, lid 2, sub d, 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 [2] (hierna: „auteursrechtrichtlijn”).

2. Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid het in artikel 2 van die richtlijn vastgelegde reproductierecht verbonden aan door intellectuele eigendomsrechten beschermde werken, te beperken in het geval van zogenoemde tijdelijke opnamen van werken [3] die door omroeporganisaties met eigen middelen en ten behoeve van hun eigen uitzendingen zijn gemaakt.

3. Ook na de omzetting van de auteursrechtrichtlijn in Deens recht vermeldt de Deense auteurswet evenwel niet aan de hand van welke voorwaarden kan worden vastgesteld of een opname is gemaakt „met [de] eigen middelen ten behoeve van [de] eigen uitzendingen” van de omroeporganisatie. [4] Dit probleem staat centraal in het hoofdgeding, waarin de verwijzende rechter zich dient uit te spreken over de toepassing van artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn op televisieprogramma’s die omroeporganisaties door externe producenten hebben laten maken.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 167, blz. 10.

3 — Dit begrip vindt zijn oorsprong in het begrip „kortstondige opnamen” van de Berner Conventie voor de bescherming van de werken van letterkunde en kunst, waarin het in 1948 is opgenomen. Het beschrijft een verschijnsel dat typisch is voor radio- en televisie-uitzendingen: ter voorbereiding van een op een later tijdstip uit te zenden programma is het noodzakelijk de bijdragen van de door de omroeporganisaties gecontracteerde auteurs en artiesten vooraf mechanisch vast te leggen. De aldus gemaakte opnamen worden aangeduid als kortstondige of tijdelijke opnamen, waarbij de Berner Conventie in het midden laat hoe lang deze mogen worden bewaard. De opnamen zijn in zekere zin accessoir, omdat ze uitsluitend worden geproduceerd ter uitoefening van het aan de opgenomen werken verbonden uitzendrecht en niet op andere wijze mogen worden gebruikt (Ruijsenaars, H., „Zur Vergänglichkeit von ‚ephemeren Aufnahmen’”, ZUM 1999, blz. 707, 708).

4 — Zie blz. 6 van de verwijzingsbeschikking.

4. Tegen deze achtergrond wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, en zo ja, onder welke voorwaarden de opname van een televisieprogramma door een producent volgens artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn juncto punt 41 van de considerans ervan kan worden beschouwd als een opname die is gemaakt „met [de] eigen middelen en ten behoeve van [de] eigen uitzendingen" van de omroeporganisatie, indien de omroeporganisatie dit programma ten behoeve van haar eigen uitzendingen heeft laten produceren bij die producent.

II – Toepasselijke regelgeving

A – *Unierecht*

5. Artikel 2 van de auteursrechtrichtlijn („reproductierecht") bepaalt:

„De lidstaten voorzien ten behoeve van:

a) auteurs, met betrekking tot hun werken,

[...]

in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden."

6. Artikel 3 („recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van andere zaken voor het publiek") bepaalt:

„1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

[...]"

7. Artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn bepaalt:

„De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:

[...]

d) tijdelijke opnamen van werken, gemaakt door omroeporganisaties met hun eigen middelen ten behoeve van hun eigen uitzendingen; [...]".

8. Over het begrip „eigen middelen" wordt in punt 41 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn het volgende gezegd:

„Wanneer de beperking of restrictie wordt toegepast op tijdelijke opnamen, gemaakt door omroeporganisaties, omvatten de eigen middelen van een omroeporganisatie ook de middelen van een persoon die optreedt namens en [5] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie."

5 — De verschillende taalversies wijken op dit punt van elkaar af, hetgeen door de verwijzende rechter in zijn tweede prejudiciële vraag onder de aandacht wordt gebracht. Terwijl onder andere in de Duitse taalversie het een alternatief implicerende voegwoord „oder" (of) wordt gebruikt, wordt in het merendeel van de taalversies het cumulatieve „en" gebezigd.

9. In het gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 48/2000 van de Raad[6] wordt te dien aanzien in punt 27 het volgende uiteengezet:

„Op voorstel van het Europees Parlement (amendement 39) was in het gewijzigde Commissievoorstel aan de lijst van uitzonderingen in artikel 5, lid 2, een punt d toegevoegd. De Raad heeft [...] een tweede zin aan de bepaling toegevoegd, teneinde de redactie op één lijn te brengen met artikel 11 bis van de Berner Conventie. Tevens heeft de Raad in de nieuwe overweging 41 de woorden ‚met hun eigen middelen' verduidelijkt, teneinde de lidstaten voldoende flexibiliteit te bieden om hun wetgeving aan te passen aan veranderingen op de markt."

B – *Internationaal recht*

10. Artikel 11 bis van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (Akte van Parijs, 1971) in de versie van 28 september 1979 (hierna: „Berner Conventie") luidt als volgt:

„1. 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 dienend tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden,

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,

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.

[...]

3. Tenzij anders is overeengekomen, is in een overeenkomstig het eerste lid van dit artikel verleende toestemming niet begrepen de toestemming om het door de radio uitgezonden werk op te nemen door middel van instrumenten die geluiden of beelden vastleggen. Nochtans is het aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden een regeling vast te stellen voor kortstondige opnamen, die door een radiozendorganisatie met haar eigen middelen en voor haar eigen uitzendingen tot stand worden gebracht. Die wetgeving kan toestaan dat zulke opnamen uit hoofde van hun uitzonderlijk documentair karakter in officiële archieven worden bewaard."

C – *Nationaal recht*

11. § 31 van de Deense auteurswet[7] bepaalt:

„1. Omroeporganisaties mogen met het oog op hun uitzendingen werken opnemen op band, film of elke andere drager die geschikt is voor de weergave van deze opnamen, voor zover zij het recht hebben de betrokken werken uit te zenden. Het ter beschikking stellen van dergelijke opgenomen werken aan het publiek is onderworpen aan de normaal geldende bepalingen.

2. De minister van Cultuur kan regels vaststellen inzake de voorwaarden voor het maken van dergelijke opnamen, en inzake hun gebruik en bewaring."

6 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 48/2000 van 28 september 2000, vastgesteld door de Raad, volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met het oog op de aanneming van 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 (PB C 344, blz. 1).

7 — Geconsolideerde wet nr. 202 van 27 februari 2010.

12. Bij de omzetting van de auteursrechtrichtlijn in Deens recht ging de nationale wetgever blijkens de verwijzingsbeschikking [8] ervan uit dat § 31 van de auteurswet voorzag in een met artikel 5, lid 2, sub d, van die richtlijn overeenkomende uitzondering. Bij de omzetting van de betrokken bepaling heeft derhalve geen wijziging van § 31 van de auteurswet plaatsgevonden en is evenmin besproken wat de relevantie van punt 41 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn zou zijn.

III – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13. In het onderhavige geding wordt getwist over de uitlegging van de in § 31 van de Deense auteurswet geregelde uitzondering betreffende opnamen gemaakt ten behoeve van uitzending, wanneer de opname is gemaakt in verband met televisieprogramma's die een omroeporganisatie bij een derde heeft laten produceren, maar zelf uitzendt.

14. Het gaat vooral om de vraag of en in hoeverre de auteursrechtrichtlijn bij een richtlijnconforme uitlegging van invloed is op de toepassing van de betrokken § 31 en hoe de bepalingen van de richtlijn inzake omroeporganisaties precies moeten worden begrepen.

15. De partijen in het hoofdgeding zijn enerzijds het Nordisk Copyright Bureau en anderzijds twee omroeporganisaties, DR en TV2 Danmark.

16. Het Nordisk Copyright Bureau (hierna: „NCB") is een Noords-Baltische onderneming die wereldwijd in samenwerking met vergelijkbare auteursrechtorganisaties het beheer verzorgt van de rechten op het opnemen en reproduceren van muziek op CD, DVD, film, video, het internet, etc. — de zogenoemde mechanische rechten — voor componisten, tekstschrijvers en muziekuitgeverijen.

17. DR is een Deense omroeporganisatie die landelijke radio- en televisieprogramma's verzorgt en wordt gefinancierd uit kijk- en luistergelden. TV2 Danmark (hierna: „TV2") is een commerciële televisieomroep die landelijke uitzendingen verzorgt en haar financiële middelen ontvangt uit reclame-inkomsten.

18. Tot de door DR en TV2 uitgezonden radio- en televisieprogramma's behoren ook programma's die door derden op basis van een overeenkomst met DR of TV2 worden geproduceerd voor eerste uitzending door deze omroepen. Alhoewel DR haar uitzendingen van oudsher zelf produceert, is zij op basis van een met de minister van Cultuur gesloten openbaredienstcontract verplicht, televisieprogramma's in toenemende mate van derden te betrekken teneinde de particuliere productie te bevorderen. TV2 werkt daarentegen volgens een „opdrachtmodel", waarbij in wezen alle televisieprogramma's, behalve de nieuws- en actualiteitenprogramma's en speelfilms — die onder licentieovereenkomsten vallen — bij derden worden ingekocht.

19. Het feit dat DR en TV2 steeds vaker een beroep doen op onafhankelijke externe televisieproducenten, heeft een reeds lang lopend geschil tussen de partijen aangewakkerd over de vraag of de wettelijke uitzondering ook van toepassing is op opnamen die door onafhankelijke externe televisieproducenten in opdracht van DR of TV2 worden gemaakt en bestemd zijn voor eerste uitzending door die omroepen.

20. Concreet gaat het daarbij om muziek die in televisieproducties wordt gebruikt als hoofdthema van de uitzending of als bijkomstig element, zoals achtergrondmuziek, en de daarmee verband houdende financiële rechten van bepaalde beheersmaatschappijen. [9]

8 — Zie aldaar, blz. 6.

9 — Zie de punten 5 en 6 van de schriftelijke opmerkingen van NCB, de punten 2-10 van de schriftelijke opmerkingen van DR en TV2 en de punten 4-7 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

21. In die omstandigheden heeft de verwijzende rechter besloten het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

„1) Moeten de uitdrukkingen ‚met hun eigen middelen' in artikel 5, lid 2, sub d, van richtlijn 2001/29/EG en ‚namens en[10] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' in punt 41 van de considerans van die richtlijn worden uitgelegd volgens het nationale recht dan wel volgens het gemeenschapsrecht?

2) Moet de formulering van artikel 5, lid 2, sub d, van richtlijn 2001/29/EG worden begrepen als ‚namens en onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' zoals onder meer in de Deense, de Engelse en de Franse taalversie van deze bepaling, of als ‚namens of onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' zoals bijvoorbeeld in de Duitse versie?

3) Indien de in de eerste vraag genoemde uitdrukkingen moeten worden uitgelegd volgens het gemeenschapsrecht, welke criteria moeten de nationale rechterlijke instanties dan hanteren om in een concreet geval te beoordelen of de opnamen die een derde (hierna: ‚producent') heeft gemaakt ten behoeve van de uitzendingen van de omroeporganisatie, zijn gemaakt ‚met [de] eigen middelen' en ook ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie', zodat die opnamen onder de uitzondering van artikel 5, lid 2, sub d, vallen?

   Het Hof wordt verzocht bij de beantwoording van deze derde vraag in het bijzonder aandacht te besteden aan de volgende vragen:

   a) Moet het begrip ‚eigen middelen' in artikel 5, lid 2, sub d, van richtlijn 2001/29/EG aldus worden uitgelegd dat een door een producent gemaakte opname ten behoeve van uitzending door de omroeporganisatie enkel onder de in artikel 5, lid 2, sub d, opgenomen uitzondering valt indien de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor het handelen en nalaten van de producent inzake die opname alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof?

   b) Is voldaan aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' wanneer een omroeporganisatie de producent heeft gevraagd een opname te maken voor uitzending door haarzelf, en vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden?

      Het Hof wordt verzocht aan te geven of de volgende omstandigheden kunnen of moeten worden betrokken bij de beantwoording van de derde vraag, sub b, en zo ja, welk belang eraan moet worden gehecht:

      i) Of het volgens de tussen partijen gesloten overeenkomst de omroeporganisatie dan wel de producent is die de artistiek-redactionele eindbeslissing neemt inzake de inhoud van het te leveren programma;

      ii) of de omroeporganisatie aansprakelijk is jegens derden voor de verplichtingen van de producent met betrekking tot de opname, alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof;

      iii) of de producent volgens de overeenkomst met de omroeporganisatie verplicht is om het betrokken programma aan de omroeporganisatie te leveren tegen een bepaalde prijs, en alle aan de opname verbonden kosten moet dekken met dit bedrag;

10 — Inderdaad behoort de Deense versie van de richtlijn tot de taalversies die in punt 41 van de considerans een cumulatieve formulering met het voegwoord „en" bevatten („Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- *og* fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar." [cursivering van mij]).

iv) of de omroeporganisatie dan wel de producent jegens derden aansprakelijk is voor de opname.

c) Is aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' voldaan wanneer een omroeporganisatie de producent heeft verzocht een opname te maken voor uitzending door haarzelf, en vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden, indien deze producent volgens de overeenkomst die hij met de omroeporganisatie heeft gesloten inzake de opname, juridisch en financieel aansprakelijk is voor (i) alle aan de opname verbonden kosten tegen betaling van een vooraf vastgelegd bedrag; (ii) de aankoop van rechten, en (iii) onvoorziene omstandigheden, waaronder vertraging bij het maken van de opname en wanprestatie, maar zonder dat de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor de verplichtingen van de producent inzake de opname alsof het handelen of nalaten van haarzelf betrof?"

IV – Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

22. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die het nodig heeft om een nuttig antwoord te kunnen geven op de gestelde vragen. [11]

23. In het hoofdgeding hebben partijen uiteenlopende standpunten ingenomen ten aanzien van de vraag of de auteursrechtrichtlijn, waarvan de uitlegging in de prejudiciële vragen aan de orde is, überhaupt relevant is voor het bij de verwijzende rechter aanhangige geding.

24. De omroeporganisaties zijn van mening dat de in de auteursrechtrichtlijn gebezigde uitdrukking „met hun eigen middelen en ten behoeve van hun eigen uitzendingen" helemaal niet voorkomt in § 31 van de Deense auteurswet en dus in het hoofdgeding niet aan de orde is. Overigens is artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn in hun ogen niet rechtstreeks toepasselijk en kan § 31 van de Deense auteurswet niet zo worden geïnterpreteerd als zou hierin de voorwaarde van productie „met hun eigen middelen" voorkomen, als dit niet in de bedoeling van de Deense wetgever lag.

25. Het NCB betoogt daarentegen dat artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn de productie „met hun eigen middelen" als voorwaarde stelt en dat die voorwaarde ook geldt in het Deense recht, aangezien § 31 van de auteurswet conform die richtlijn moet worden uitgelegd.

26. Indien de Deense rechter om juridische redenen in het hoofdgeding definitief geen rekening zou kunnen houden met de betrokken bepaling van de richtlijn, met andere woorden, indien met de nationale rechtsinstrumenten geen richtlijnconforme uitlegging mogelijk zou zijn, rijst de vraag of het prejudiciële verzoek wel ontvankelijk is, aangezien de gestelde vragen in dat geval niet relevant zouden zijn voor de beslechting van het hoofdgeding. [12]

11 — Arrest van het Hof van 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Aangaande een vergelijkbaar ontvankelijkheidsprobleem — zij het in verband met de uitlegging van een kaderbesluit —, zie recentelijk arrest van het Hof van 15 september 2011, Gueye en Salmerón Sánchez (C-483/09 en C-1/10, Jurispr. blz. I-8263, punten 34-45), en de conclusie van advocaat-generaal Kokott in die zaak, punten 21-32, waarin zij ingaat op het vraagstuk van een mogelijke uitlegging van nationaal recht contra legem.

27. Volgens vaste rechtspraak is het in het kader van de door artikel 267 VWEU ingestelde samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid voor de te geven rechterlijke beslissing draagt, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de door hem aan het Hof voorlegde vragen te beoordelen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden. [13]

28. In casu hebben de gestelde vragen betrekking op de uitlegging van het Unierecht, en er zijn geen dwingende redenen waarom althans een met de richtlijn strokende uitlegging van het nationale recht niet mogelijk zou zijn. De opmerkingen in punt 12 van deze conclusie duiden veeleer erop dat het door de omroeporganisaties bepleite standpunt dat de richtlijnbepaling in het hoofdgeding niet in aanmerking kan worden genomen, niet juist is. Want indien de nationale wetgever bij de omzetting van de richtlijn afzag van wijziging van § 31 van de Deense auteurswet omdat hij van mening was dat de bestaande bepaling verenigbaar was met het Unierecht, ligt het voor de hand om met die wil van de wetgever, die wellicht niet naar behoren uit de verf is gekomen, bij de uitlegging rekening te houden. De verwijzende rechter stelt zich in elk geval niet uitdrukkelijk op het standpunt dat zulks niet mogelijk zou zijn. Derhalve moet zijn beoordelingsprerogatief betreffende de relevantie van de prejudiciële vragen voor het hoofdgeding worden gerespecteerd en moet ervan worden uitgegaan dat de prejudiciële vragen verband houden met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, en dat het niet om een vraagstuk van hypothetische aard gaat. [14]

V – Inhoudelijke beoordeling van de prejudiciële vragen

29. De door de verwijzende rechter gestelde vragen hebben in wezen betrekking op het begrip „eigen middelen” en de uitlegging ervan in de context van de auteursrechtrichtlijn.

A – *De eerste prejudiciële vraag*

30. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de uitdrukkingen „met hun eigen middelen” en „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie” moeten worden uitgelegd volgens het nationale dan wel het Unierecht.

1. Argumenten van partijen

31. Ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag verschillen partijen met elkaar van mening: terwijl de omroeporganisaties van mening zijn dat voor de uitlegging uitsluitend het nationale recht relevant is aangezien de betrokken richtlijn ter zake geen begripsbepaling bevat en geen harmonisatie beoogt [15], stellen de Spaanse regering, de Commissie en het NCB dat een autonome uitlegging volgens het Unierecht vereist is.

13 — Arrest Gueye (aangehaald in voetnoot 12, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 — In dit verband kan in het midden blijven of het op basis van de in het Deense nationale recht beschikbare uitleggingsinstrumenten mogelijk is, het bestaande nationale recht door middel van een richtlijnconforme rechtsvorming los van de formulering verder te ontwikkelen, zoals het Duitse Bundesgerichtshof dit naar aanleiding van het arrest van 17 april 2008, Quelle (C-404/06, Jurispr. blz. I-2685) heeft gedaan (zie BGH, arrest van 26 november 2008, VIII ZR 200/05, onder meer gepubliceerd in ZGS 2009, 85).

15 — Punten 46-51 en punt 127 van hun schriftelijke opmerkingen.

2. Beoordeling van de prejudiciële vraag

32. Mijns inziens heeft het geen zin de uitdrukkingen „met hun eigen middelen" in artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn en „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" in punt 41 van de considerans van die richtlijn uit te leggen volgens het nationale recht, en kan een noodzaak daartoe in het bijzonder niet al worden afgeleid uit het feit dat de richtlijn niet voorziet in een specifieke begripsbepaling, bijvoorbeeld in de vorm van een lijst van definities.

33. Bovendien vereisen de eenvormige toepassing van het recht van de Unie en het gelijkheidsbeginsel volgens vaste rechtspraak dat de begrippen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd. [16]

34. Ten aanzien van het begrip „eigen middelen" ontbreekt ten eerste iedere verwijzing naar het nationale recht, en ten tweede verduidelijkt de auteursrechtrichtlijn dit begrip, zij het summier, in punt 41 van haar considerans. Hieruit volgt dat de Uniewetgever het begrip in de richtlijn zelf wilde verduidelijken en in punt 41 van de considerans aanwijzingen geeft voor de uitlegging ervan.

35. Dat gezien het voor de gehele Unie relevante, grensoverschrijdende karakter van de economische interacties ook thematisch een autonome Unierechtelijke interpretatie van het begrip „eigen middelen" vereist is, volgt ten derde uit het doel en de strekking van de auteursrechtrichtlijn. In dit verband verwijs ik naar de vaststellingen in het recente arrest Brüstle en het eerdere arrest Padawan. [17]

36. Aangezien er dus geen reden lijkt te zijn om af te wijken van het beginsel van een autonome en uniforme uitlegging, moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord dat de uitdrukkingen „met hun eigen middelen" in artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn en „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" in punt 41 van de considerans van die richtlijn dienen te worden uitgelegd volgens het Unierecht.

37. Of en in hoeverre in het kader van een autonome en uniforme Unierechtelijke begripsbepaling rekening moet worden gehouden met parameters, materiële regels of zelfs een voorafgaande interpretatie van bronnen van internationaal recht [18], bijvoorbeeld de Berner Conventie, kan in het kader van de beantwoording van deze eerste vraag in het midden blijven en zal in de loop van de beantwoording van de tweede vraag aan de orde komen.

B – *De tweede prejudiciële vraag*

38. In de tweede vraag wordt een divergentie tussen de verschillende taalversies aan de orde gesteld. De verwijzende rechter wenst namelijk te vernemen of artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn moet worden begrepen als „namens *en* onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" of als „namens *of* onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie". Deze vraag is onduidelijk geformuleerd, aangezien zij aan artikel 5 van de auteursrechtrichtlijn refereert, maar klaarblijkelijk betrekking heeft op punt 41 van de considerans, in het licht waarvan artikel 5 moet worden uitgelegd. De vermelde taalkundige divergenties komen namelijk niet voor in artikel 5 van die richtlijn, maar in de considerans ervan.

16 — Zo onlangs arrest van 18 oktober 2011, Brüstle (C-34/10, Jurispr. blz. I-9821, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak); aangaande de autonome en uniforme uitlegging van het begrip „billijke compensatie" in artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn, zie arrest van 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, Jurispr. blz. I-10055, punten 32-37 en punt 1 van het dictum); aangaande de autonome en uniforme uitlegging van het begrip „mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, zie arrest van 7 december 2006, SGAE (C-306/05, Jurispr. blz. I-11519).

17 — Aangaande het begrip „embryo" en de uitlegging van richtlijn 98/44/EG betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, zie arrest Brüstle (aangehaald in voetnoot 16, punten 26 e.v.); aangaande de autonome en uniforme uitlegging van het begrip „billijke compensatie" in artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn, zie arrest Padawan (aangehaald in voetnoot 16, punten 32-37).

18 — Zie recentelijk arrest van het Hof van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 189 en aldaar aangehaalde rechtspraak)

1. Argumenten van partijen

39. Terwijl de Commissie benadrukt dat de officiële talen principieel ieder dezelfde rang hebben en voorstander is van een niet-vooringenomen teleologische benadering, stelt het NCB, en in wezen ook de Spaanse regering, zich op het uiterst restrictieve standpunt dat de Duitse taalversie een geval apart is en dat ook om logische redenen van een cumulatieve lezing moet worden uitgegaan.[19] DR en TV2 volgen dezelfde logica, maar trekken hieruit precies de tegenovergestelde conclusie.[20]

2. Beoordeling van de prejudiciële vraag

40. Ik ben van mening dat de getalsverhouding tussen de taalversies[21] waarin de betrokken voegwoorden („en"[22] of „of"[23]) worden gebruikt, net zo min een rol speelt als kleine taalkundige verschillen. Doorslaggevend is enkel de strekking en het doel van de regeling waarvan de uit te leggen bepaling deel uitmaakt.[24]

a) Beginsel: geen primaat van een bepaalde taalversie met betrekking tot de uitlegging

41. Volgens vaste rechtspraak brengt het vereiste van uniforme toepassing van het Unierecht mee dat de tekst van een bepaling in geval van twijfel principieel niet op zichzelf in een van zijn taalversies mag worden beschouwd, maar integendeel moet worden uitgelegd en toegepast in het licht van de versies in de andere officiële talen.[25] Bovendien is de betekenis van een afzonderlijk woord in Unierechtelijke bepalingen vanwege de meertaligheid minder scherp omlijnd dan in een ééntalige context.[26]

b) Heeft het verband met de Berner Conventie en de WIPO-verdragen bijzondere implicaties voor de uitlegging?

42. Artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn, waarop punt 41 van de considerans ervan betrekking heeft, sluit qua formulering[27] aan bij artikel 11 bis, lid 3, van de Berner Conventie.

43. Volgens de website van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (hierna: „WIPO")[28] zijn inmiddels 165 landen partij bij de Berner Conventie, waaronder alle lidstaten van de Europese Unie. In tegenstelling tot de WIPO-verdragen[29] kan aan de Berner Conventie alleen worden deelgenomen door staten.

19 — Punt 25 van de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering.

20 — Punt 131 van hun schriftelijke opmerkingen.

21 — Aangaande het uiterst extreme geval van een afwijking in een enkele taalversie, zie arrest van het Hof van 19 april 2007, Profisa (C-63/06, Jurispr. blz. I-3239, punten 13 en 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 — Zie bijvoorbeeld de Bulgaarse, de Deense, de Engelse, de Estse, de Finse, de Franse, de Griekse, de Letse, de Litouwse, de Nederlandse, de Poolse, de Roemeense, de Zweedse, de Slowaakse, de Sloveense, de Spaanse en de Hongaarse versie.

23 — Zie bijvoorbeeld de Duitse, de Italiaanse, de Maltese, de Portugese en de Tsjechische versie.

24 — Zie arresten van 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, Jurispr. blz. 1999, punt 14), en 7 december 1995, Rockfon (C-449/93, Jurispr. blz. I-4291, punt 28), en mijn conclusie van 8 maart 2003 in de zaak Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft (C-466/03, Jurispr. 2007, blz. I-5357, punt 62 en voetnoot 32); met betrekking tot problemen in verband met de uitlegging van Unierecht, zie Stotz, R., „Die Rechtsprechung des EuGH" in Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, 2e ed., Walter de Gruyter, 2010, § 22, punten 13 e.v.

25 — Arrest Profisa (aangehaald in voetnoot 21, punt 13), en onlangs arrest van 7 juli 2011, IMC Securities (C-445/09, Jurispr. blz. I-5917, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — Zie Colneric, N., „Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung", ZEuP, 2005, blz. 225, 227.

27 — Zie het in punt 9 van deze conclusie aangehaald gemeenschappelijk standpunt nr. 48/2000 van 28 september 2000 en punt 10 van deze conclusie.

28 — Te raadplegen onder http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/.

29 — Hiermee worden bedoeld het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht (WCT) en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT). Beide verdragen zijn door de Gemeenschap op 14 december 2009 geratificeerd. Zie in dit verband besluit 2000/278/EG van de Raad van 16 maart 2000 houdende goedkeuring namens de Europese Gemeenschap van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (PB L 89, blz. 6).

44. Volgens artikel 37, lid 1, sub c, van de Berner Conventie is in geval van twijfel omtrent de uitlegging de Franse versie doorslaggevend.

45. In de onderhavige Unierechtelijke context geniet de Franse taalversie echter niet naar analogie van voornoemde bepaling voorrang ten opzichte van de tekst in de overige officiële talen.

46. Nu dient de auteursrechtrichtlijn voor zover mogelijk te worden uitgelegd in het licht van het volkenrecht[30], in het bijzonder de Berner Conventie en het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht. De richtlijn strekt namelijk onder meer tot uitvoering van dat verdrag[31], dat de verdragsluitende partijen in artikel 1, lid 4, verplicht de artikelen *1 tot en met 21* van de Berner Conventie te eerbiedigen.[32] De bepaling van de Berner Conventie die de Franse taalversie bij twijfels omtrent de uitlegging doorslaggevend verklaart, staat echter in *artikel 37, lid 1, sub c*, daarvan en behoort dus niet tot de bepalingen waarnaar wordt verwezen in het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, aan de verplichtingen waarvan de auteursrechtrichtlijn beoogt te voldoen.

47. Ook zou het te ver gaan en zelfs onlogisch zijn om louter op grond van het feit dat de auteursrechtrichtlijn naar het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht verwijst, de taalcanon van artikel 24 ervan als het ware over te hevelen naar de auteursrechtrichtlijn en de verdragstalen bij twijfel omtrent de uitlegging ook in het kader van de richtlijn als doorslaggevend te beschouwen. Ik wijs er slechts op dat artikel 24 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht aan zes talen dezelfde rang toekent, waartoe echter, hetgeen bij een WIPO-verdrag niet verrassend is, naast het Frans, het Engels en het Spaans — dus drie officiële talen van de Unie — ook het Russisch, het Arabisch en het Chinees behoren, die met het oog op de uitlegging van de richtlijn vanzelfsprekend de lege lata niet in aanmerking komen.

48. Dit betekent dat, ondanks de volkenrechtelijke context van de auteursrechtrichtlijn, geen van de officiële talen doorslaggevend is bij twijfels omtrent de uitlegging.

c) Uitlegging met inaanmerkingneming van de ontstaansgeschiedenis, de algemene opzet en het doel van artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn juncto punt 41 van de considerans ervan

49. Rest dus het algemene beginsel dat, wanneer er verschillen zijn tussen de taalversies van een Unierechtelijke handeling, bij de uitlegging van de betrokken bepaling moet worden gelet op de algemene opzet en het doel van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt.[33] In het onderhavige geval is het in dit verband ook zinvol een blik op de ontstaansgeschiedenis te werpen.

i) Geen duidelijk afgebakende begrippen

50. Een aparte analyse van de met „en” of „of” met elkaar te verbinden termen van punt 41 van de considerans ter voorbereiding van deze systematisch-teleologische beoordeling levert niets op. Op het eerste gezicht hebben de uitdrukkingen „namens” respectievelijk „onder de verantwoordelijkheid van” namelijk geen duidelijk omlijnde inhoud die als basis zou kunnen dienen voor een cumulatieve dan wel alternatieve uitlegging en die in een bepaalde context zou kunnen worden ingedeeld. Integendeel, de termen overlappen elkaar en zijn niet duidelijk van elkaar afgebakend.

30 — In die zin ook punt 44 van de considerans ervan.

31 — Aldus uitdrukkelijk punt 15 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn.

32 — Arrest Football Association Premier League e.a. (aangehaald in voetnoot 18, punt 189).

33 — Arresten Profisa (aangehaald in voetnoot 21, punt 14) en Bouchereau (aangehaald in voetnoot 24, punt 14) en arresten van 7 december 2000, Italië/Commissie (C-482/98, Jurispr. blz. I-10861, punt 49), en 1 april 2004, Borgmann (C-1/02, Jurispr. blz. I-3219, punt 25).

51. Wel doen de twee uitdrukkingen vaag denken aan het bijvoorbeeld in het Duitse recht bekende onderscheid tussen „echte" en „onechte" productie in opdracht. Onder onechte productie in opdracht wordt verstaan, dat de producent van het te leveren werk „vanaf het begin namens *en*[34] voor rekening van de omroeporganisatie handelt, die derhalve alle naburige rechten en gebruiksrechten rechtstreeks verwerft. In dat geval is de producent van het te leveren werk geen zelfstandige filmproducent, [...] maar slechts een hulppersoon die organisatorisch indirect voor de omroeporganisatie werkzaam is[35]." Indien punt 41 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn dit onderscheid had willen overnemen voor tijdelijke opnamen, waaronder overigens moeilijk een in beginsel voor de lange termijn bedoelde registratie van een filmisch werk kan worden begrepen, en van de „eigen middelen" slechts producties had willen uitsluiten waarbij de producent het programma in eigen naam (en mogelijk voor eigen risico) produceert en de door hem verworven naburige rechten en gebruiksrechten later aan de omroeporganisatie moet overdragen, dan zou het voor de hand hebben gelegen dat hij die bedoeling in de considerans duidelijker tot uitdrukking had gebracht.

52. Aangezien de in artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn gebruikte termen als zodanig geen duidelijke conclusies over de wil van de wetgever toelaten, zal ik thans de ontstaansgeschiedenis van die bepaling onderzoeken en nagaan of op die basis meer helderheid kan worden verkregen over de strekking van de betrokken bepaling.

ii) Ontstaansgeschiedenis van artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn als uitzonderingsbepaling

53. Artikel 5, lid 2, van de auteursrechtrichtlijn vindt zijn oorsprong in wezen in de Berner Conventie, waaruit het begrip „eigen middelen" is overgenomen.

54. De ontstaansgeschiedenis van punt 41 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn, dat een toelichting op het betrokken artikel 5, lid 2, sub d, moet zijn, kan uit een zeer gedetailleerd wetgevingsdossier[36] worden gereconstrueerd. Er blijkt uit dat de bij de wetgevingsprocedure betrokken partijen uiteenlopende opvattingen hadden over de draagwijdte van het begrip „eigen middelen".

55. Uit de ontstaansgeschiedenis van de bepaling en het bijbehorende punt van de considerans volgt namelijk om te beginnen dat het Europees Parlement primair reproductiehandelingen wilde privilegiëren die louter en alleen tot doel hebben een rechtmatige uitzending mogelijk te maken.[37] Afgezien daarvan wilde men enerzijds de tekst laten aansluiten bij de Berner Conventie, maar anderzijds juist het in die conventie in soortgelijke vorm opgenomen, enge (en als achterhaald beschouwde) begrip „eigen middelen" verruimen en uitbreiden. Het streven was rekening te houden met de technische en praktische vooruitgang. In die richting gaat ook het reeds in het kort weergegeven gemeenschappelijk standpunt.

56. Beoogd werd derhalve de in beginsel eng uit te leggen uitzonderingsbepaling in punt 41 van de considerans voorzichtig te openen zonder dat dit tot gevolg had dat zij haar contouren geheel zou verliezen. Derhalve pleit een historisch-teleologische uitlegging, ondanks het feit dat uitzonderingsbepalingen met name in de auteursrechtrichtlijn principieel eng moeten worden uitgelegd[38], voor een flexibele en open interpretatie van punt 41 van de considerans, met dien verstande dat hierin inhoudelijk een voorbeeldsituatie en geen bindende en uitputtende definitie wordt gegeven.

34 — Cursivering van mij.

35 — Schack, H., *Urheber- en Urhebervertragsrecht*, 5e editie, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, punt 1225.

36 — Overzicht in de schriftelijke opmerkingen van DR en TV2, punten 30 e.v.; zie ook Mayer, H.-P., „Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft", EuZW, 2002, 325.

37 — Aldus — met betrekking tot artikel 5, lid 2, van de richtlijn — amendement 39 van de wetgevingsresolutie van het Europees Parlement betreffende het 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)0628 — C4-0079/98 — 97/0359(COD) (PB 1999, C 150, blz. 171, 179)].

38 — Zie bijvoorbeeld arresten van 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, Jurispr. blz. I-6569, punten 56-59), en 1 december 2011, Painer (C-145/10, Jurispr. blz. I-12533, punten 109 en 110).

iii) Teleologisch-systematische conclusies

57. Nu rijst de vraag of uit het bovenstaande wezenlijke aanwijzingen voortvloeien voor de oplossing van het in de tweede prejudiciële vraag aan de orde gestelde probleem, dat in wezen van syntactische aard is.

58. In de tweeledige uitdrukking „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van", die ruimer is dan de uitdrukking „namens", waaraan eveneens impliciet een toerekening van verantwoordelijkheid ten grondslag ligt, ligt mijns inziens de nadruk op het begrip verantwoordelijkheid. Dit begrip kan eng of ruim worden uitgelegd, en kan in de onderscheiden taalversies ook op uiteenlopende wijze tot uitdrukking komen.

59. In de onderhavige zaak gaat het in concreto om de beoordeling van aan derden uitbestede producties. Voor de betrokken constellaties is derhalve doorslaggevend of de omroeporganisatie voor een in haar opdracht gemaakte productie of de tijdelijke opname ervan door de derde onderneming al dan niet een verantwoordelijkheid van welke aard ook draagt.

60. Ik zal thans trachten de betekenis van het verantwoordelijkheidsbegrip door systematisch-teleologische overwegingen af te bakenen.

61. Bij de uitlegging moet in systematisch opzicht in aanmerking worden genomen dat een ruime opvatting van het criterium „verantwoordelijkheid" rechtstreekse gevolgen heeft voor artikel 5, lid 2, sub d, van de richtlijn: hoe meer ondernemingen als „onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" handelend worden beschouwd, hoe meer opnamen volgens artikel 5, lid 2, sub d, van de richtlijn (juncto punt 41 van de considerans ervan) geprivilegieerd zijn, want gemaakt „met eigen middelen"[39], en in het genot van de uitzonderingsbepaling voor tijdelijke opnamen kunnen komen.

62. Dit betekent dat bij de uitlegging van artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn en van de uitdrukking „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van", meer dan op eventuele taalkundige nuances in de considerans, de nadruk moet liggen op het feit dat het begrip „eigen middelen", dat op basis van de verantwoordelijkheidsgedachte verder moet worden ontwikkeld zonder evenwel te worden verdraaid, is ontleend aan een van de artikelen van de Berner Conventie die ook door de Unie moeten worden nageleefd.[40]

63. Het begrip eigen middelen wordt in de literatuur betreffende de Berner Conventie, in lijn met het uitzonderingskarakter ervan, strikt uitgelegd[41], hetgeen wederom, ter voorkoming van een verwatering van het concept, ervoor pleit hoge eisen te stellen aan de verantwoordelijkheidsgedachte. Hiermee ben ik het in beginsel eens, te meer daar anders het risico bestaat dat een principieel strikt te interpreteren uitzonderingsbepaling haar contouren verliest.

64. Gezien mijn opmerkingen in punt 61 van deze conclusie vereist de auteursrechtrichtlijn in casu interpretatief en juridisch een evenwichtsoefening[42]: enerzijds zijn er in de ontstaansgeschiedenis van de auteursrechtrichtlijn aanwijzingen te vinden voor een streven naar een ruime interpretatie, anderzijds volgt de Berner Conventie, waarvan de beoordelingen principieel bindend zijn, een uitgesproken strikte benadering.

39 — Voor zover ook is voldaan aan de voorwaarde dat de opnamen zijn gemaakt „ten behoeve van hun eigen uitzendingen".

40 — Zie punt 44 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn.

41 — Aangaande de Berner Conventie en het Engelse begrip „by means of its own facilities", zie von Lewinski, S., *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, blz. 165.

42 — Over de „aanzienlijke verdragsrechtelijke bezwaren" tegen een „verruimende uitlegging van de wettelijke formulering" van het begrip eigen middelen in het licht van punt 41 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn, zie Melichar, F., in Schricker, G., Loewenheim, U., *Urheberrecht, Kommentar*, 4e editie, Verlag C. H. Beck, München 2011, § 55, punt 5 met verdere verwijzingen.

65. Ondanks het feit dat terminologisch wordt aangehaakt bij de Berner Conventie, lijkt mij echter de opvatting te beperkt, dat alleen personen die deel uitmaken van het bedrijf en die dus als het ware als hulppersoon — zoals medewerkers of uitzendkrachten — optreden, of hooguit nog volledig gecontroleerde groepsmaatschappijen onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie handelen, en dat elke uitbesteding van een productie door de omroeporganisatie buiten de werkingssfeer van artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn valt.[43] Dit is ook tegen de achtergrond van het in de Berner Conventie gebruikte begrip niet dwingend vereist en slechts moeilijk verenigbaar met de ontwikkelingen op praktisch vlak, waarmee de betrokken richtlijn door een flexibele begripsopvatting uitdrukkelijk rekening wenst te houden.

66. Met name mediagroepen waarin bijvoorbeeld de ene dochtermaatschappij de uitzendingen verzorgt, terwijl een andere de opnamen maakt, als het ware als dienstverrichter, zouden, wanneer het criterium „met de eigen middelen van de omroeporganisatie" in hun geval niet vervuld werd geacht, in een nadeliger positie kunnen komen vergeleken met breed opgezette publieke omroepen die twee afzonderlijke, zelfstandig opererende, maar juridisch met elkaar verbonden afdelingen met die taken belasten. Dit zou vanuit economisch oogpunt niet begrijpelijk zijn.

67. Ik stel derhalve voor, het syntactische probleem van de tweede prejudiciële vraag teleologisch open te breken en punt 41 van de considerans, in het licht waarvan artikel 5, lid 2, sub d, van de richtlijn moet worden uitgelegd, aldus te lezen dat met de daarin genoemde middelen de middelen worden bedoeld die door derden worden gebruikt met het enige doel een bepaalde omroeporganisatie vervolgens in staat te stellen met behulp van de tijdelijke opname een rechtmatige uitzending te verzorgen, voor zover de opname onder de verantwoordelijkheid van die omroeporganisatie plaatsvindt.

68. Het praktische belang van het verantwoordelijkheidsbegrip speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van de laatste prejudiciële vraag.

C – *De derde prejudiciële vraag*

69. Met deze vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof in wezen om bepaalde praktische voorbeeldsituaties te beoordelen en aan de hand daarvan de criteria uit te werken die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de vraag of gebruik is gemaakt van „eigen middelen" respectievelijk of „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" is gehandeld.

70. Per saldo gaat het om de vraag of principieel elke productie van een derde die is gemaakt op grond van een — mogelijk een ruime artistieke vrijheid biedende — overeenkomst tussen deze derde en de omroeporganisatie, onder artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn kan vallen dan wel of in het bijzonder het criterium „onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" een striktere zienswijze impliceert, waarbij een rol speelt of en in hoeverre de omroeporganisatie aansprakelijk is voor eventuele fouten van de derde onderneming.

1. Argumenten van partijen

71. De Commissie is van mening dat vooral het doel van de opname relevant is en benadrukt dat de betrokken uitzondering alleen van toepassing is op tijdelijke opnamen. Dit kan in wezen niet gelden voor grotere filmproducties, maar het staat aan de nationale rechter om dit per geval concreet te beoordelen. DR en TV2 pleiten voor een, de omroeporganisaties tegemoetkomende, ruime benadering,

43 — Walter, M. M, en von Lewinski, S., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford 2010, blz. 1039, zijn echter in het licht van de bepalingen van de Berner Conventie fel gekant tegen iedere vorm van uitbesteding van een „recording activity to another company". Aangaande de Berner Conventie en het Engelse begrip „by means of its own facilities", zie von Lewinski, S., (aangehaald in voetnoot 41), blz. 165, punt 5.191: „[...] this excludes the possibility of the organization putting someone else in charge of this task".

terwijl de Spaanse regering en het NCB voorstander zijn van een restrictieve aanpak. Het NCB is bovendien van mening dat contractuele betrekkingen met de derden niet volstaan indien de omroeporganisatie niet extern aansprakelijk is. Hoe die aansprakelijkheid er concreet uit zou moeten zien, blijft in het midden.

2. Beoordeling van de prejudiciële vraag

72. Het antwoord op de tweede vraag betekent voor de derde vraag dat bij de concrete beoordeling of een opname door een derde voor uitzending door een radio- of televisiezender is gemaakt „met [de] eigen middelen" en ook „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie", zodat de opname onder de uitzonderingsbepaling van artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn valt, doorslaggevend is, dat de middelen worden gebruikt met het enige doel de omroeporganisatie vervolgens in staat te stellen met behulp van de tijdelijke opname een rechtmatige uitzending te verzorgen, voor zover de opname onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie plaatsvindt.

73. Ik zal thans in het kader van de volgende subvragen onderzoeken onder welke voorwaarden sprake is van een dergelijke verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie.

a) Derde prejudiciële vraag, sub a

74. Met deze subvraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip „eigen middelen" aldus moet worden begrepen dat een opname enkel onder de uitzonderingsbepaling valt indien de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor het handelen en nalaten van de producent inzake die opname, alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof.

75. Aan deze subvraag ligt de idee van een toerekening van aansprakelijkheid aan de omroeporganisatie ten grondslag. Die idee is verenigbaar met de verantwoordelijkheidsgedachte van de auteursrechtrichtlijn en zelfs absoluut noodzakelijk, wil men voorkomen dat het begrip „eigen middelen" zijn contouren verliest.

76. Dit betekent dat het begrip „eigen middelen" in artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn overeenkomstig de verantwoordelijkheidsgedachte aldus moet worden uitgelegd dat een door een producent gemaakte opname ten behoeve van de uitzendingen van een omroeporganisatie enkel onder de uitzondering van die bepaling valt indien de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor het handelen en nalaten van de producent inzake die opname, alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof.

77. De verantwoordelijkheidsgedachte van punt 41 van de considerans zou namelijk inhoudelijk niets om het lijf hebben indien aansprakelijkheid van de omroeporganisatie hieraan niet als dwingende voorwaarde was verbonden. Alhoewel punt 41 van de considerans met de verantwoordelijkheidsbenadering het begrip eigen middelen flexibel wil invullen en een aanpassing aan zich wijzigende randvoorwaarden mogelijk wil maken, moet tegelijkertijd gewaarborgd zijn dat de met eigen middelen verrichte handelingen uiteindelijk ook naar buiten toe een aansprakelijkheid met zich brengen van degene aan wie die middelen als „eigen" middelen worden toegerekend. De verruiming van het begrip middelen door middel van de verantwoordelijkheidsgedachte impliceert dus een — niet gedetailleerd uitgewerkte, maar wel gepostuleerde — verhaalsaansprakelijkheid van de omroeporganisatie.

78. Bij deze benadering blijft in het midden welke concrete vorm die aansprakelijkheid moet hebben, in het bijzonder of hieronder een aansprakelijkheidsverruiming of een hoofdelijke aansprakelijkheid wordt begrepen en of het een buitencontractuele of contractuele aansprakelijkheid betreft, bijvoorbeeld in de vorm van schuldtoetreding of bevrijdende schuldoverneming.

79. De principiële aansprakelijkheid van de omroeporganisatie moet bij deze lezing als consequentie van de verruiming van het begrip „eigen middelen" worden begrepen en heeft, voor zover de ingeschakelde derde rechtmatig handelt, in de praktijk over het algemeen geen gevolgen.

b) Derde prejudiciële vraag, sub b

80. Met deze subvraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of is voldaan aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" wanneer een omroeporganisatie de producent heeft gevraagd een opname te maken voor uitzending door haarzelf, vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden.

81. Hier gaat de verwijzende rechter dus uit van een diametraal tegenovergestelde situatie en vraagt in wezen of ook bij ontbreken van een aansprakelijkheid van de omroeporganisatie het verantwoordelijkheidsbegrip nog aanwezig is.

82. Zoals ik in punt 75 van deze conclusie reeds heb uiteengezet, is aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" niet reeds voldaan wanneer een omroeporganisatie de producent heeft gevraagd een opname te maken voor uitzending door haarzelf, vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden.

83. In deze zijn van belang de concrete vorm van de contractsverhouding, de externe gevolgen ervan en uiteindelijk of er sprake is van een verhaalsaansprakelijkheid van de omroeporganisatie, zoals ik in punt 75 heb toegelicht.

84. De resterende subvragen hebben betrekking op andere details van mogelijke contractuele regelingen tussen omroeporganisatie en producent tegen de achtergrond van artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn en dienen op basis van de voornoemde parameters te worden beantwoord.

i) Derde prejudiciële vraag, sub b, punt i

85. Met deze subvraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de artistiek-redactionele beslissingsbevoegdheid een criterium kan zijn om te bepalen of de opname is gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie".

86. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

87. Wie de laatste en doorslaggevende artistiek-redactionele beslissing neemt over de *inhoud* van het te leveren programma, speelt geen rol, aangezien het in de uitzonderingsbepaling van de auteursrechtrichtlijn enerzijds alleen gaat om de *opname*, met andere woorden, de *technische reproductie*, en anderzijds de artistieke leiding wat de externe aansprakelijkheid betreft irrelevant zou kunnen zijn. Doorslaggevend is enkel en alleen de uit de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie voortvloeiende aansprakelijkheid.

ii) Derde prejudiciële vraag, sub b, punt ii

88. Met deze subvraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of van belang is, of de omroeporganisatie aansprakelijk is jegens derden voor de verplichtingen van de producent met betrekking tot de opname alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof.

89. Overeenkomstig mijn opmerkingen over het begrip „eigen middelen" in punt 75 van deze conclusie stel ik vast dat deze aansprakelijkheid relevant en doorslaggevend is voor de voorwaarde dat de opname is gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie".

iii) Derde prejudiciële vraag, sub b, punt iii

90. Met deze subvraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het voor de voorwaarde dat de opname is gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" van belang is, of de producent volgens de overeenkomst met de omroeporganisatie het volledige economische risico voor het te leveren programma draagt.

91. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord.

92. Of de producent contractueel verplicht is om het betrokken programma aan de omroeporganisatie te leveren tegen een bepaalde prijs en alle aan de opname verbonden kosten moet dekken met dit bedrag, speelt geen rol. Dit laatste is namelijk voor de externe aansprakelijkheid niet relevant.

iv) Derde prejudiciële vraag, sub b, punt iv

93. Met deze subvraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het voor de voorwaarde dat de opname is gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" een rol speelt dat de omroeporganisatie dan wel de producent jegens derden aansprakelijk is voor de opname.

94. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord.

95. Volgens mijn eerdere opmerkingen maakt het namelijk verschil of de omroeporganisatie dan wel de producent jegens derden aansprakelijk is voor de opname, al kunnen beide partijen ook hoofdelijk aansprakelijk zijn. Rust op de omroeporganisatie een verhaalsaansprakelijkheid, dan dient in elk geval ervan te worden uitgegaan dat de producent „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" handelt. Of er daarnaast nog een hoofdelijke aansprakelijkheid van de producent is, doet niet ter zake.

c) Derde prejudiciële vraag, sub c

96. Ten slotte is aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt „namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" blijkens het bovenstaande niet reeds voldaan wanneer een omroeporganisatie de producent heeft verzocht een opname te maken voor uitzending door de omroeporganisatie zelf, vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden, indien deze producent volgens de overeenkomst die hij met de omroeporganisatie heeft gesloten inzake de opname, juridisch en financieel aansprakelijk is voor (i) alle aan de opname verbonden kosten tegen betaling van een vooraf vastgelegd bedrag, (ii) de aankoop van rechten, en (iii) onvoorziene omstandigheden, waaronder vertraging bij het maken van de opname en wanprestatie, maar zonder dat de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor de verplichtingen van de producent inzake de opname alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof.

97. Die zojuist genoemde externe aansprakelijkheid is namelijk van doorslaggevend belang en mag niet ontbreken.

VI – Conclusie

98. Gezien de bovenstaande overwegingen stel ik voor de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) De uitdrukkingen ‚met hun eigen middelen' in artikel 5, lid 2, sub d, 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, en ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' in punt 41 van de considerans van die richtlijn moeten worden uitgelegd volgens het Unierecht.

2) Punt 41 van de considerans van de auteursrechtrichtlijn, in het licht waarvan artikel 5, lid 2, sub d, van die richtlijn moet worden uitgelegd, moet aldus worden gelezen dat met de daarin genoemde middelen de middelen worden bedoeld die door derden worden gebruikt met het enige doel een bepaalde omroeporganisatie vervolgens in staat te stellen met behulp van de tijdelijke opname een rechtmatige uitzending te verzorgen, voor zover de opname onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie plaatsvindt.

3) Bij de concrete beoordeling van de vraag of een opname door een derde (hierna: ‚producent') voor uitzending door een radio- of televisiezender is gemaakt ‚met [de] eigen middelen' en ook ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie', zodat de opname onder de uitzonderingsbepaling van artikel 5, lid 2, sub d, van de auteursrechtrichtlijn valt, is doorslaggevend dat de middelen worden gebruikt met het enige doel een bepaalde omroeporganisatie vervolgens in staat te stellen met behulp van de tijdelijke opname een rechtmatige uitzending te verzorgen, voor zover de opname onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie plaatsvindt.

   a) Het begrip ‚eigen middelen' in artikel 5, lid 2, sub d, van richtlijn 2001/29/EG moet aldus worden uitgelegd dat een door een producent gemaakte opname ten behoeve van de uitzendingen van een omroeporganisatie enkel onder de in artikel 5, lid 2, sub d, opgenomen uitzondering valt indien de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor het handelen en nalaten van de producent inzake die opname alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof.

   b) Aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' is echter niet reeds voldaan wanneer een omroeporganisatie de producent heeft gevraagd een opname te maken voor uitzending door haarzelf, vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden.

      Voor de beantwoording van de derde vraag, sub b:

      i) is het niet van belang of de omroeporganisatie of de producent volgens de tussen hen gesloten overeenkomst de artistiek-redactionele eindbeslissing neemt inzake de inhoud van het te leveren programma;

      ii) is het van belang of de omroeporganisatie aansprakelijk is jegens derden voor de verplichtingen van de producent met betrekking tot de opname, alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof;

      iii) is het niet van belang of de producent volgens de overeenkomst met de omroeporganisatie verplicht is om het betrokken programma aan de omroeporganisatie te leveren tegen een bepaalde prijs, en alle aan de opname verbonden kosten moet dekken met dit bedrag;

iv) is het van belang of de omroeporganisatie dan wel de producent jegens derden aansprakelijk is voor de opname, doch kunnen beide ook tegelijk aansprakelijk zijn.

c) Aan de voorwaarde dat de opname moet zijn gemaakt ‚namens [en/of] onder de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie' is niet reeds voldaan wanneer een omroeporganisatie de producent heeft verzocht een opname te maken voor uitzending door de omroeporganisatie zelf, vooropgesteld dat de betrokken omroeporganisatie het recht heeft om de betrokken opname uit te zenden, indien deze producent volgens de overeenkomst die hij met de omroeporganisatie heeft gesloten inzake de opname, juridisch en financieel aansprakelijk is voor (i) alle aan de opname verbonden kosten tegen betaling van een vooraf vastgelegd bedrag, (ii) de aankoop van rechten, en (iii) onvoorziene omstandigheden, waaronder vertraging bij het maken van de opname en wanprestatie, maar zonder dat de omroeporganisatie jegens derden aansprakelijk is voor de verplichtingen van de producent inzake de opname alsof het haar eigen handelen of nalaten betrof."