



Noot onder Hof van Justitie EU 7 maart 2013, zaak C-607/11 (ITV Broadcasting Ltd e.a./TVCatchup Ltd)

Gepubliceerd in *NJ* 2013, afl. 42, nr. 444.
P.B. Hugenholtz

TVCatchup (verder: 'TVC') produceert geen ketchup, maar geeft via het internet de uitzendingen van een groot aantal Britse televisiezenders door, waaronder die van eisers ITV et al. Deze doorgifte gebeurt *live* (dus gelijktijdig met de oorspronkelijke omroepuitzendingen van eisers), gratis (voor de internetgebruikers), maar zonder toestemming van ITV en andere (auteurs)rechthebbenden. Gebruikers van TVC hebben vrije toegang tot de internetdienst, mits zij zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden en verklaren over een geldige kijkvergunning te beschikken; in het VK geldt nog het stelsel van de verplichte omroepbijdrage. De diensten van TVC worden uit reclame rondom de videostreams gefinancierd.

Technisch gezien gaat het er ongeveer als volgt aan toe. TVC ontvangt met antennes de omroepuitzendingen, converteert deze tot digitale videobestanden en slaat de bestanden op in haar servers. De videobestanden worden vervolgens (vrijwel) gelijktijdig met de oorspronkelijke uitzending op verzoek van de gebruikers *gestreamd*. De dienst van TVC voorziet niet in een digitaal archief met oude uitzendingen. Van 'catchup' in eigenlijke zin (wat wij 'uitzendinggemist' plegen te noemen) is dus geen sprake.

Is deze vorm van doorgifte van televisie-uitzendingen een 'mededeling aan het publiek' in de zin van art. 3 van de Auteursrechtlijn (in het Nederlandse auteursrecht: 'openbaarmaking')? Dat is in de kern de vraag die het Britse High Court in deze zaak aan het Hof voorlegt. Het antwoord van het Hof verbaast niet: *ja*. Wel verrassend zijn enkele overwegingen die daartoe mede hebben geleid.

Het arrest is er een in een reeks van recente uitspraken van het Hof over het doorgeven van omroepuitzendingen. In de zaak SGAE/Rafael Hoteles (HvJEG 7 december 2006, zaak C-306/05) verklaarde het Hof dat de doorgifte van televisieprogramma's naar de kamers van hotelgasten is aan te merken als een zelfstandige mededeling aan het publiek, waarvoor de hoteleigenaar aan de rechthebbenden toestemming moet vragen. In de zaak Murphy (HvJEU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, FA Premier League et al./QC Leisure et al. en Karen Murphy/Media Protection Services) oordeelde het Hof dat de vertoning van voetbalwedstrijden op de beeldschermen van een Britse pub eveneens als mededeling aan het publiek is te beschouwen. Daarentegen besliste het Hof in de zaak Del Corso (HvJEU 15 maart 2012, zaak C-135/10, Società Consortile Fonografici/Marco del Corso, *NJ* 2013, 197) dat het in de wachtkamer van een tandarts laten horen van radiomuziek geen mededeling aan het publiek oplevert.

Een terugkerend element in deze jurisprudentie is de eis van een (actief) interveniërende partij, die meer doet dan enkel het verbeteren van de ontvangst van een signaal. In het geval van TVC is volgens het Hof aan deze eis evident voldaan. Volgens het Hof "[...] bestaat de interventie van TVC [...] in een doorgifte van de betrokken beschermde werken die verschilt van de doorgifte door de betrokken omroeporganisatie. De interventie van TVC heeft

geenszins tot doel de kwaliteit van de ontvangst van de doorgifte door deze organisatie te behouden of te verhogen. Bijgevolg kan deze interventie niet als een louter technisch middel [...] worden beschouwd” (O. 30).

Er is dus sprake van een ‘mededeling’ (door TVC), maar wordt deze ‘mededeling’ gedaan aan een ‘publiek’? Het begrip ‘publiek’ heeft in de jurisprudentie van het Hof nogal grillige contouren gekregen. In de zaak SGAE/Rafael Hoteles overwoog het Hof dat het begrip ‘publiek’ een “onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers” inhoudt, hetgeen “een vrij groot aantal personen” impliceert. Daarbij maakte het volgens het Hof niet uit dat de hotelgasten die op een bepaald moment de doorgegeven televisiesignalen ontvingen dat deden in de beslotenheid van hun hotelkamers en op zichzelf geen (grote) groep vormden. Door de opeenvolgende bezetting van de hotelkamers vormden de gasten cumulatief toch een (potentieel) groot en onbepaald publiek. Daarentegen zag het Hof in de zaak Del Corso de patiënten die in de wachtkamer van de tandarts naar de radio konden luisteren niet als een publiek, omdat het daar om een “vrij beperkt en zelfs onbeduidend aantal personen” zou gaan.

Onder verwijzing naar SGAE/Rafael Hoteles oordeelt het Hof in de TVC-zaak dat in casu wel aan de publiekseis is voldaan, ook al is bij internet-streaming in technische zin sprake van (een veelheid van) één-op-één verbindingen. “Deze techniek belet immers niet dat een groot aantal personen tegelijk tot hetzelfde werk toegang heeft” (O. 34). Het feit dat de streams van TVC enkel toegankelijk zijn voor inwoners van het Verenigd Koninkrijk die in het bezit (beweren te) zijn van een kijkvergunning, doet hier evenmin aan af. “Deze personen kunnen bij de ‘live streaming’ van de televisie-uitzendingen op internet tegelijk toegang tot de beschermde werken hebben” (O. 35). Derhalve ziet deze doorgifte op een “onbepaald aantal potentiële kijkers en impliceert deze een groot aantal personen” (O. 36).

Uit de arresten SGAE/Rafael Hoteles en FA Premier League kon worden opgemaakt dat daarnaast vereist zou zijn dat met de doorgifte een *nieuw* publiek wordt bereikt, dat wil zeggen: een publiek waarmee de rechthebbenden bij de verlening van toestemming tot de oorspronkelijke uitzending geen rekening hebben gehouden. Volgens TVC was aan deze voorwaarde in casu niet voldaan, omdat de door haar dienst bereikte kijkers hetzelfde publiek vormden als dat waarvoor de uitzendingen van de Britse ITV oorspronkelijk bedoeld waren. Immers, de TVC-gebruikers bevinden zich binnen het ontvangstgebied van de ITV-uitzendingen en beschikken over een ‘kijkvergunning’. Volgens het Hof geldt de eis van een nieuw publiek in deze omstandigheden echter niet. Waarom niet, wordt echter, ook na herhaalde lezing van de overwegingen 37-39, niet geheel duidelijk. Daarbij wreekt zich het ontbreken van een conclusie van de advocaat-generaal. Waarschijnlijk is het Hof tot de (mijns inziens juiste) conclusie gekomen dat het vereiste van een ‘nieuw’ publiek eigenlijk niet deugt. De inhoud of beschermingsomvang van een uitsluitend recht zou inderdaad niet afhankelijk moeten worden gesteld van de mate waarin rechthebbenden met nieuwe technische ontwikkelingen mogelijk (geen) rekening hebben gehouden. Goed beschouwd is het criterium van een ‘nieuw publiek’ circulair, en dus onbruikbaar; zie D.J.G. Visser, ‘Openbaar maken met ketchup’, *AMI* 2013/2, p. 41-51.

Wat in gevallen als deze bepalend zou moeten zijn is of de doorgifte is te kwalificeren als een dienst waarmee een afzonderlijk publiek – dat wil zeggen: een afzonderlijke (deel)markt – wordt bereikt. Dat de personen die dat publiek vormen tevens deel uitmaken van het publiek waarvoor de oorspronkelijke uitzending bedoeld was, maakt hierbij niet uit, ook niet als het gaat om personen die zich bevinden binnen het verzorgingsgebied (ontvangstzone) van de oorspronkelijke uitzendingen. Deze opvatting sluit aan bij die van onze Hoge Raad die in de

roemruchte Kabelarresten van 1981 en 1984 het criterium van een nieuw publiek en het daarmee samenhangende criterium van de directe ontvangstzone uitdrukkelijk heeft verworpen (HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982, 435, r.o. 8 en HR 25 mei 1984, *NJ* 1984, 697, r.o. 3.8; zie hierover G.J.H.M. Mom, *Kabeltelevisie en auteursrecht*, Lelystad: Vermande 1990).

Een ander criterium dat in enkele arresten van het Hof een rol leek te spelen, het eventuele *winstoogmerk* van de 'doorgever', wordt door het Hof in deze TVC-zaak eveneens gerelativeerd. Volgens het Hof kan dit winstoogmerk weliswaar een relevante factor zijn, maar het is "niet absoluut een noodzakelijke voorwaarde [...] voor het bestaan zelf van een mededeling aan het publiek" (O. 42). (Terzijde: de dienst van TVC wordt wel degelijk met winstoogmerk verricht.) Evenmin vereist is dat de doorgevende instantie rechtstreeks concurreert met de oorspronkelijke omroeporganisatie (O. 45-47). Ook deze overwegingen kunnen worden onderschreven. Hoewel het bij de uitleg van het recht van mededeling aan het publiek gaat om in wezen economische rechten, dat betekent niet dat deze rechten enkel kunnen worden ingeroepen tegen commerciële exploitanten en/of concurrenten.