

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie 4 oktober 2011 (Football Association Premier League / QC Leisure), NJ, 2012-13, nr. 164, p. 1737-1762.

P.B. Hugenholtz.

De FA Premier League organiseert de hoogste Engelse voetbalcompetitie, waarvan de televisie-uitzendingen in heel Europa populair zijn. De beeldregistraties van de wedstrijden worden door de Premier League zelf geproduceerd en overal in Europa aan aanbieders van betaaltelevisiediensten in licentie gegeven. Deze licenties worden doorgaans op exclusieve territoriale basis – per lidstaat – verleend, waarbij aan de licentienemers die gebruik maken van satellietplatforms de verplichting wordt opgelegd om de uitzendingen te coderen. Tevens wordt het de licentiehouders verboden om abonnementen te verkopen aan personen die niet in het licentiegebied woonachtig zijn. De Premier League beoogt hiermee de exploitatie van de voetbaluitzendrechten door prijsdiscriminatie te optimaliseren. De geografische segmentering maakt het namelijk mogelijk om in de ene nationale markt (bijv. het Verenigd Koninkrijk) hogere licentievergoedingen te vragen dan in de andere (bijv. de Griekse) markt.

Omdat een abonnement op de Premier League-uitzendingen in Griekenland hierdoor aanzienlijk goedkoper is dan een abonnement op BSkyB, dat de licentierechten voor het Verenigd Koninkrijk bezit, is in Engeland een levendige tussenhandel ontstaan in onder valse naam verkregen Griekse decodeerkaarten, vooral ten behoeve van voetbalpubs. Volgens de Premier League handelen deze tussenhandelaars in strijd met het in het Verenigd Koninkrijk geldende verbod op verhandeling en ongeautoriseerd gebruik van buitenlandse decodeerapparatuur. Tevens zouden de pubeigenaars die de kaarten gebruiken inbreuk maken op het auteursrecht op de voetbaluitzendingen.

Naar aanleiding van de door de kaartenhandelaars en kroegbazen gevoerde verweren hebben de Britse rechters een groot aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voorgelegd. Deze vragen betreffen in de eerste plaats het Britse wettelijke verbod op de invoer, verhandeling en het gebruik van buitenlandse decodeerkaarten. Is dit wel in overeenstemming met het vrije verkeer van goederen en diensten binnen de EU? En in verband daarmee: zijn de exclusieve territoriale licenties die door de Premier League aan de omroepen worden opgelegd niet in strijd met het Europese mededingingsrecht? In de tweede plaats wordt een aantal auteursrechtelijke vragen gesteld. Is het ontvangen van de satellietuitzendingen met behulp van ongeautoriseerde decodeerkaarten inbreukmakend? En hoe zit het met het vertonen van de televisie-uitzendingen in de pubs?

Verbod op gebruik en verhandeling van decodeerkaarten: strijd met dienstenvrijheid?

Het Britse verbod op de invoer en verhandeling van buitenlandse decodeerkaarten is ten dele gebaseerd op de Richtlijn voorwaardelijke toegang (Richtlijn 98/84/EG), die in Nederland – uiterst summier – is geïmplementeerd in art. 326c Wetboek van Strafrecht ('listig gebruik maken van telecommunicatiediensten'). De richtlijn verplicht de lidstaten om het produceren, verhandelen en gebruik van 'illegale uitrusting' (dat wil zeggen: 'elke uitrusting of programmatuur die is ontworpen of aangepast om zonder toestemming van de dienstverrichter in een begrijpelijke vorm toegang te verschaffen tot een beschermde dienst') te verbieden. Zijn de onder valse namen verkregen Griekse decodeerkaarten die in Engeland worden verhandeld 'illegale uitrusting'? Het Hof oordeelt van niet. Immers, blijkens de considerans heeft de richtlijn ten doel om aanbieders van betaaltelevisiediensten te beschermen tegen het omzeilen van technische maatregelen waardoor gratis toegang tot betaaltelevisiediensten kan worden verkregen. De Griekse kaarten zijn echter niet illegaal, en voor de Griekse televisie-uitzendingen is door de kopers van de kaarten gewoon betaald. Bijgevolg valt de Britse wettelijke regeling die de invoer, verhandeling en het gebruik van dergelijke kaarten verbiedt buiten het door de richtlijn gecoördineerde gebied.

Naar het oordeel van het Hof zijn de Britse regels echter in strijd met het vrije verkeer van diensten (art. 56 VwEU). Het Hof stelt hierbij voorop dat nu het bij de invoer en verhandeling van decodeerkaarten primair gaat om de toegang tot een televisiedienst, getoetst moet worden aan de dienstenvrijheid en niet aan het vrije verkeer van goederen (ro. 77-84). Volgens vaste jurisprudentie van het Hof kan een beperking van de dienstenvrijheid worden gerechtvaardigd met een beroep op bescherming van intellectuele-eigendomsrechten, mits deze beperking proportioneel is, dat wil zeggen: voor zover het betreft de bescherming van rechten die de essentie (het 'specifieke voorwerp') van het IE-recht uitmaken. Maar heeft de Premier League wel een auteursrecht op de door haar geproduceerde beeldregistraties? Op dit punt vertoont het arrest een merkwaardige redeneerkronkel. Volgens het Hof kan een sportwedstrijd 'niet worden beschouwd als een intellectuele schepping die kan worden aangemerkt als een werk in de zin van de richtlijn auteursrecht. Dat is in het bijzonder het geval voor voetbalwedstrijden, waarbij spelregels gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid in auteursrechtelijke zin' (ro. 98). Inderdaad wordt algemeen aangenomen dat op sportwedstrijden geen auteursrecht rust. Maar het gaat in deze zaken om de bescherming van *beeldverslagen van voetbalwedstrijden*, niet om de wedstrijden als zodanig. Het Hof redt zich uit deze impasse door te overwegen dat er desalniettemin reden kan bestaan om op nationaal niveau aan sportwedstrijden een 'vergelijkbare' bescherming te bieden (ro. 100). Maar is het Britse verbod op de invoer en verhandeling van decodeerkaarten dan proportioneel? Het 'specifieke' voorwerp van IE-rechten betreft met name het recht om door licentieverlening een passende vergoeding voor de exploitatie van het IE-recht te bedingen. Dit houdt echter niet in, aldus het Hof, het recht 'om de hoogst mogelijke

vergoeding te vragen' (ro. 108). Anders gezegd, de door de Premier League nagestreefde winstmaximalisatie door middel van geografische prijsdiscriminatie behoort niet tot het 'specifieke voorwerp' van het IE-recht. Het Hof merkt hierbij op dat het business model van betaaltelevisie met decodeerkaarten op zichzelf geschikt is om rechthebbenden aan een passende vergoeding te helpen; immers, het aantal daadwerkelijke kijkers kan zeer nauwkeurig worden bepaald en als basis dienen voor een vergoedingsmodel (ro. 113). In zoverre wijkt deze casus wezenlijk af van de welbekende Coditel-zaak (HvJEG 18 maart 1980, zaak 62/79). In die zaak riep een Duitse filmproducent zijn auteursrecht in jegens een Belgische kabelmaatschappij die zijn film zonder toestemming en zonder vergoeding had doorgegeven. Het specifieke voorwerp van het IE-recht (het recht om een passende vergoeding te verlangen) was in die zaak dus wél in het geding.

Het Hof concludeert met dat al dat de beperking van de dienstenvrijheid in casu niet met een beroep op een IE-recht kan worden gerechtvaardigd. Gezien deze conclusie komt het oordeel van het Hof over de mededingingsaspecten van de licentieovereenkomsten die door de Premier League met de omroepen zijn afgesloten nauwelijks als een verrassing. De overeenkomsten voorzien door de combinatie van exclusieve licentie, coderingsplicht en bijkomende contractuele verplichtingen in absolute territoriale gebiedsbescherming, hetgeen volgens het Hof een verboden beperking van de mededinging (art. 101 VWEU) oplevert. Immers, hierdoor wordt alle concurrentie tussen de omroepen (bijv. tussen de Griekse satellietdienst en BSKyB) uitgeschakeld (ro. 142). Hoewel distributielicenties met absolute gebiedsbescherming al sinds jaar en dag verboden zijn (zie het oerarrest van het HvJEG d.d. 13 juli 1966 inzake Grundig/Consten, gevoegde zaken 56/64 en 58/64), heeft dit onderdeel van het arrest in de Europese televisiewereld voor grote commotie gezorgd. Licenties van het door het Hof verboden soort zijn immers schering en inslag, niet alleen met betrekking tot sportuitzendingen maar ook ten aanzien van films. Ook op het Internet is absolute territoriale gebiedsbescherming geen onbekend verschijnsel. Allerlei websites zijn enkel voor inwoners van een lidstaat toegankelijk; buitenlanders worden door middel van 'geoblocking' (technische maatregelen die buitenlandse IP-adressen herkennen) buitengesloten. Zie de noot onder het arrest van P.J. Kreijger, *Markt en Mededinging* 2011-6, p. 243.

Gebruik van decodeerkaarten: strijd met auteursrecht?

Het tweede deel van het arrest betreft vragen van uitleg van het geharmoniseerde auteursrecht. Volgens de Premier League gaat het – met gebruikmaking van de decodeerkaarten – ontvangen en vertonen van de voetbaluitzendingen in de pubs gepaard met inbreuk op haar auteursrechten. Het Hof stelt dienaangaande voorop dat op de uitzendingen verschillende soorten rechten kunnen rusten, met name auteursrechten op de openingsleader, op de 'hymne' van de Premier League, op compilaties van hoogtepunten en op de grafische vormgeving van de uitzendingen

(ro. 149). Daarnaast komen aan de uitzendende omroepen naburige rechten op de uitzendingen toe, welke echter niet door de Premier League worden ingeroepen. Wat opvalt is dat het Hof hier (opnieuw) zwijgt over de mogelijkheid dat de beeldregistraties van de wedstrijden als zodanig als filmwerk zijn beschermd. Deze omissie houdt waarschijnlijk verband met een eigenaardigheid van het Britse copyright. Anders dan in Nederland is in het Verenigd Koninkrijk voor auteursrechtelijke bescherming vereist dat een werk eerst fysiek is vastgelegd. Dit vereiste van *fixation* staat in het Britse recht in de weg aan auteursrechtelijke bescherming van ‘live’ registraties van sportwedstrijden, reden waarom de Premier League zich ten overstaan van de Britse rechter hierop niet kon beroepen.

Hoe dan ook, het Hof gaat er van uit dat de Premier League in elk geval enig auteursrecht ten aanzien van de uitzendingen kan invoeren. Leveren de ongeautoriseerde ontvangst en vertoning hiervan door de pubhouders auteursrechtinbreuk op? Ten aanzien van de ontvangst oordeelt het Hof van niet. Weliswaar vinden er in de satellietdecoders en op de televisieschermen tijdelijke (gedeeltelijke) reproductiehandelingen plaats, maar deze louter technische kopieën zijn naar het oordeel van het Hof op grond van art. 5 lid 1 van de Auteursrechtrichtlijn (in Nederland geïmplementeerd in art. 13a Auteurswet) toegestaan. Van belang voor de rechtspraak is de wijze waarop het Hof hier uitleg geeft aan de wettelijke beperkingen van het auteursrecht, die in de richtlijn zijn opgesomd. Volgens inmiddels vaste rechtspraak van het Hof moet een wettelijke beperking, zijnde een uitzondering op de in een richtlijn opgenomen hoofdregel(s), in beginsel eng worden uitgelegd (zie Infopaq, zaak C-5/08, ro. 56-57). Daar staat volgens het Hof echter tegenover dat ‘de nuttige werking van de vastgestelde uitzondering wordt beschermd en het doel ervan wordt geëerbiedigd’ (ro. 163). Met andere woorden: een enge uitleg mag het ‘effet utile’ van de beperking niet ondermijnen en de ratio van de beperking – in casu het faciliteren van overwegend technische communicatieprocessen, alsmede het waarborgen van een ‘rechtvaardig evenwicht’ tussen de belangen van rechthebbenden en gebruikers (ro. 164) – niet doorkruisen. Ergo: het ontvangen van de uitzendingen levert geen auteursrechtinbreuk op.

Ten aanzien van het in de pubs vertonen van de voetbaluitzendingen valt het oordeel van het Hof anders uit. Hier is wel degelijk sprake van ‘mededeling aan het publiek’, waarvoor de toestemming van de Premier League vereist is. Het Hof verwijst in dit verband naar de zaak SGAE/Rafael Hoteles (zaak C-306/05), waarin geoordeeld werd dat een hotelexploitant, door zijn gasten op hun kamers te voorzien van televisietoestellen, daarmee auteursrechtelijk beschermde werken meedeelt aan het publiek. Dat het in een openbare gelegenheid via beeldschermen vertonen van beschermde uitzendingen als een auteursrechtelijk relevante handeling wordt beschouwd, verbaast dan ook niet. Wat wel verrast is dat het Hof zich tot dit oordeel geroepen voelt. Op grond van art. 3 lid 1 van de Auteursrechtrichtlijn is het recht van ‘mededeling aan het publiek’ geharmoniseerd. Dit recht wordt in O. 23 van de preambule als volgt toegelicht: ‘Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of

wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.’ Op grond van deze bewoordingen werd algemeen aangenomen dat het mededelingsrecht zich enkel uitstrekte tot vormen van communicatie op afstand (‘per draad of draadloos’) en niet tot typen openbaarmaking waarbij de mededeler en zijn publiek zich fysiek in dezelfde ruimte bevinden, zoals bij een concert of openbare voordracht. Het Hof merkt terecht op dat het geharmoniseerde mededelingsrecht op de openbare op- en uitvoering van werken geen betrekking heeft (ro. 201-202). Deze conclusie is recent door het Hof bevestigd in de zaak *Circus Globus* (zaak C-283/10). Hiervan uitgaande had het voor de hand gelegen als het Hof het in een openbare gelegenheid via beeldschermen vertonen van televisie-uitzendingen ook buiten de werkingssfeer van het mededelingsrecht had gelaten. Het Hof trekt deze conclusie echter niet, maar komt door een nogal gekunstelde redenering (de vertoonde uitzendingen vinden hun oorsprong buiten de lokaliteit waar ze worden vertoond) tot het oordeel dat de vertoning wel degelijk een mededeling aan het publiek is die onder art. 3 lid 1 van de richtlijn valt, en dus door het Hof mag worden uitgelegd. Ergo: de pubeigenaars mogen de uit Griekenland afkomstige betaaltelevisie-uitzendingen weliswaar vrijelijk ontvangen, maar voor de vertoning ervan in hun kroegen is toch de toestemming van de Premier League vereist. Daarmee hebben de pubbazen een Pyrrusoverwinning op de Premier League behaald. Maar het Europese auteursrecht is opnieuw een belangrijk arrest rijker.