

Noot Jacqueline Seignette bij [HvJEU 29 november 2017, zaak C 265/16 \(VCAST Limited/RTI SpA\)](#)

Gepubliceerd in IER 2018/24

Het Engelse bedrijf VCAST neemt in opdracht van klanten tv programma's op. De klant kan kiezen uit een lijst met zenders die VCAST met haar eigen antennes opvangt. De klant kiest een programma of een tijdvak. VCAST uploadt het programma of het tijdvak naar de privé-cloud van de gebruiker (bijvoorbeeld Dropbox of GoogleDrive). VCAST dagvaardt omroep RTI voor het Tribunaal van Turijn en vordert een verklaring voor recht dat haar dienst wettig is. Het Tribunaal stelt het Hof van Justitie twee vragen: (1) is een nationale regeling die een dienst verbiedt waarbij de dienstverlener actief bijdraagt aan de opname en cloudopslag van een beschermd werk verenigbaar met het Unierecht? En (2) is een nationale regeling die zo een dienst toestaat mits een billijke vergoeding wordt betaald, verenigbaar met het Unierecht? Het Tribunaal denkt daarbij met name aan de exceptie voor privégebruik zoals geregeld in artikel 5 lid 2 sub b Arl.

Het Hof draait het om en beoordeelt of het Unierecht eraan in de weg staat dat een nationale regeling een dergelijke dienst zonder toestemming van de rechthebbende toestaat. Het Hof concludeert dat dit zo is. De dienst bestaat niet alleen in het maken van reproducties, maar vormt ook een mededeling aan het publiek. De personen die de dienst kunnen afnemen vormen een publiek. De originele doorgifte door RTI en de terbeschikkingstelling door VCAST zijn verschillende mededelingen aan het publiek, omdat zij gebeuren onder specifieke technische omstandigheden en op een andere manier en elk op een eigen publiek gericht. Beide mededelingen vereisen dan toestemming. Of er sprake is van een nieuw publiek hoeft niet te worden onderzocht (r.o. 47-50).

Het Hof overweegt vervolgens dat artikel 5 lid 2 sub b Arl. niet van toepassing is als de mededeling aan het publiek zonder toestemming plaatsvindt, omdat het maken van kopieën in dat geval de rechten van de rechthebbende in het gedrang kan brengen. De exceptie kan de zeggenschap van de rechthebbende over de mededeling aan het publiek dus niet teniet doen.

VCAST moet dus hoe dan ook toestemming vragen. De vraag is of VCAST de discussie zou kunnen verleggen naar de hoogte van de licentievergoeding. Zou VCAST de licentievergoeding beperkt kunnen houden met het argument dat de reproducties onder de exceptie voor privé gebruik vallen zodat daarvoor al een billijke vergoeding wordt betaald? Of andersom: zou men kunnen stellen dat bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding rekening moet worden gehouden met het feit dat de privé-kopieën voor een deel worden gemaakt met gebruikmaking van diensten die al een licentievergoeding aan de rechthebbenden hebben betaald? Het Hof spreekt zich in dit arrest niet uit over de vraag of de exceptie van toepassing is op reproducties die VCAST ten behoeve van klanten maakt nadat zij een licentie voor de mededeling aan het publiek heeft verkregen. Wel formuleert het Hof onder verwijzing naar *Padawan*¹ als uitgangspunt dat natuurlijke personen een reproductiedienstverlening van derden kunnen ontvangen die de noodzakelijke feitelijke premisse vormt die deze natuurlijke personen toestaat privékopieën te verkrijgen.

Het Hof oordeelde voorts dat toestemming van de rechthebbende niet betekent dat de exceptie niet van toepassing is: als de exceptie van toepassing is, is toestemming niet vereist en kan het feit dat de rechthebbende individuele toestemming heeft gegeven geen afbreuk doen aan de aanspraak van de rechthebbende op een billijke vergoeding (*Copydan*).² Toestemming door de rechthebbende terwijl de exceptie van toepassing is kan ook geen verplichting scheppen om de rechthebbende een vergoeding te betalen (*Copydan*).³ Dit duidt erop dat als een lidstaat de exceptie toepast, de billijke vergoeding niet kan worden beïnvloed door wat er op individueel niveau eventueel wordt betaald. En andersom kan de rechthebbende de kopieën waarop de exceptie van toepassing is niet betrekken in de licentievergoeding die hij aan de dienst vraagt.

¹ HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, punt 48

² HvJ EU 5 maart 2015, C-463/12, antwoord 5.

³ Id.

Het Hof zet met zijn overwegingen over de mededeling aan het publiek de *ITV/TVCatchup*⁴ lijn door. TVCatchup biedt gebruikers de mogelijkheid om via internet streams gratis televisie-uitzendingen te ontvangen. Het Hof oordeelde dat dit een afzonderlijke mededeling aan het publiek vormt ten opzichte van de oorspronkelijke uitzending omdat beide doorgiften "*onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek*". De voorwaarde van het nieuwe publiek behoeft in dat geval niet te worden onderzocht.⁵ In *AKM/Zürsnet*⁶ leek het Hof dit spoor weer te verlaten toen het overwoog dat de gelijktijdige doorgifte door Zürsnet plaatsvond via een technisch andere werkwijze, maar vervolgens toch beoordeelde of er sprake was van een nieuw publiek. A-G Szpunar zet deze uitspraak weg als de "AKM-uitzondering", omdat niets erop duidt dat het Hof een kentering ten opzichte van *ITV/TVCatchup* beoogd heeft.⁷ Het Hof laat AKM inderdaad voor wat het is en grijpt terug op *ITV/TVCatchup*. Dat het Hof de casus toetst aan de criteria uit dit arrest lijkt mij overigens wat overdreven. TVCatchup en Zürsnet geven omroepuitzendingen gelijktijdig door. Het ligt voor de hand om dan te onderzoeken of er sprake is van afzonderlijke mededelingen aan het publiek. VCAST stelt de gebruikers daarentegen in staat om zelf te bepalen wanneer en naar welk programma ze kijken. Het zou voor zich moeten spreken dat dit een afzonderlijke mededeling aan het publiek is. Dat het Hof hier toch aan de *ITV/TVCatchup* criteria toetst is vermoedelijk omdat het Hof een casus nu eenmaal altijd benadert vanuit de bestaande rechtspraak.

Men neemt na *ITV/TVCatchup* vrij algemeen aan dat het nieuw publiek criterium niet aan de orde komt als de doorgifte plaatsvindt met een andere technische werkwijze. Quaedvlieg⁸ en Sprauwen⁹ vragen zich in dat verband af wat het betekent dat het Hof overweegt dat de doorgiften behalve onder specifieke technische omstandigheden ook ieder op een eigen publiek gericht zijn. Deze nevenschikking van een technische en functionele eigenschap kwam ook al voor in *ITV/TVCatchup* waar het Hof sprak over: "*onder specifieke technische omstandigheden, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek*".¹⁰ Wat verschilt is dat in *ITV/TVCatchup* werd gesproken over "bestemd voor een publiek (Engels: intended for a public) en in het onderhavige arrest over "op een eigen publiek gericht" (Engels: "intended for its public"). Het is speculeren of het Hof daar een bedoeling mee heeft gehad.

J.M.B. Seignette

⁴ HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, IER 2013/26, m.nt. J.M.B. Seignette.

⁵ Id., punt 39.

⁶ HvJ EU 16 maart 2017, IER 2017/48, m.nt. M.E. Kingma.

⁷ Conclusie A-G M. Szpunar van 7 september 2017, C-265/16, punt 52.

⁸ A.A. Quaedvlieg, HvJ EU VCAST: Toegang verschaffen is geen privékopieën, IEF 17130.

⁹ J. Sprauwen, noot bij het arrest in AMI 2018/2 p. 78.

¹⁰ HvJ EU 7 maart 2013, C-607/11, IER 2013/26, m.nt. J.M.B. Seignette, punt 39.