

Satellietuitzending, doorgifte, directe injectie en het nieuw publiek criterium. Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Conclusie van A-G Szpunar in *AKM v. Canal+*

AG Szpunar concludeert dat de aanbieder van satellietpakketten op grond van de Kabel- en Satellietrichtlijn geen toestemming nodig heeft van de auteursrechthebbende. Daarmee roept hij het Europese Hof van Justitie op om terug te komen op het *Airfield* arrest waarin het Hof oordeelde dat de omroeporganisatie en de aanbieder van satellietpakketten beide toestemming nodig hebben.

Jacqueline Seignette¹

Mededeling aan het publiek per satelliet

De Oostenrijkse collectieve beheersorganisatie voor muziekauteursrechten AKM dagvaardt Canal+ Luxembourg omdat deze geen toestemming van AKM heeft verkregen voor uitzending aan Oostenrijkse abonnees. Canal+ betoogt dat dit niet nodig is omdat de omroeporganisaties al toestemming hebben verkregen. De hoogste Oostenrijkse rechter vraagt zich af hoe de casus moet worden beoordeeld in het licht van artikel 1 lid 2 sub b van de Kabel- en Satellietrichtlijn (93/83/EEG):

b) De mededeling aan het publiek per satelliet, vindt slechts plaats in de Lid-Staat waar de programmadragende signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt.

De mededeling aan het publiek per satelliet vindt dus niet plaats in alle landen waar het signaal kan worden ontvangen, maar alleen in het land waar het signaal onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie in de mededelingenketen wordt ingevoerd. Met dit "land van oorsprong beginsel" beoogde de Uniewetgever een oplossing te vinden voor de bestaande rechtsonzekerheid en de verschillen in de nationale wetgeving van de lidstaten, waardoor het vrij verkeer van programma's wordt belemmerd en rechthebbenden het gevaar lopen dat hun werk wordt geëxploiteerd zonder dat zij daardoor een vergoeding ontvangen (Considerans 5, 14).

Deze gedachte dateert uit een tijd waarin er nog geen satelliet pakketten waren. Kabelpakketten waren er al wel en de toestemming daarvoor werd verleend door collectieve beheersorganisaties. Dit systeem van collectief beheer voor kabeldoorgifte is in de Kabel- en Satellietrichtlijn verplicht gesteld voor alle bij de doorgifte betrokken auteursrechten en naburige rechten behalve die van de omroeporganisatie wiens zender wordt doorgegeven (artikel 9 en 10). Sindsdien wordt dit systeem van collectief beheer ook vrijwillig toegepast op andere uitzendplatforms zoals IPTV en satelliet. Door toestemming te verlenen aan de omroeporganisaties en de pakketaanbieders (Ziggo, KPN, CanalDigitaal, etc.) kan het publiek via kabel, satelliet en IPTV kijken naar honderden binnen- en buitenlandse zenders en de rechthebbenden ontvangen daarvoor een vergoeding.

Richtlijn Online Omroepdiensten

In de Richtlijn Online Omroepdiensten ((EU) 2019/789) is dit systeem van collectief beheer verder bestendigd door te bepalen dat de toestemming voor doorgifte via andere weg dan kabel (zoals IPTV en satelliet) ook alleen via een collectieve beheerorganisatie kan worden verleend. Van "doorgifte" is sprake als de uitzending plaatsvindt gelijktijdig met een eerste uitzending door de omroeporganisatie zelf. Hieronder valt niet de uitzending van een signaal dat rechtstreeks door de omroeporganisatie aan de distributeur wordt aangeleverd zonder dat dit signaal door het publiek kan worden ontvangen (directe injectie). De richtlijn beschouwt deze situatie als één enkele handeling van mededeling aan het publiek waarvoor de omroeporganisatie en distributeur beide toestemming moeten verkrijgen, ieder voor hun specifieke bijdrage (artikel 8 lid 1). Lidstaten zijn vrij om voor deze situatie ook collectief beheer verplicht te stellen (artikel 8 lid 2). Nederland heeft

¹ Höcker Advocaten. Tekst afgesloten op 6.10.2022.

daar overigens niet voor gekozen. De vergoedingsaanspraak voor filmmakers strekt zich wel mede uit tot uitzending door middel van directe injectie (artikel 45d lid 2 Aw).

Airfield

Deze regel voor directe injectie lijkt op de benadering die het HvJEU in 2011 koos om te bepalen wie verantwoordelijk is voor satellietuitzendingen.² *Airfield* bood in België een satellietpakket aan en maakte daarvoor gebruik van de technische diensten van CanalDigitaal. Een deel van de zenders werd door de omroeporganisaties gecodeerd via satelliet of vaste verbinding aan CanalDigitaal aangeleverd en door Canal Digitaal opgestraald naar de Astra satelliet. Andere werden door de omroeporganisatie via satelliet uitgezonden, waarbij *Airfield* de codeersleutel aan de omroeporganisatie leverde zodat deze de juiste codering kon toepassen waarmee de abonnees het signaal met behulp van de door *Airfield* verstrekte codeerkaart konden decoderen. *Airfield* betoogde dat er in beide gevallen sprake is van één enkelvoudige en ondeelbare handeling van mededeling aan het publiek waarvoor alleen de omroeporganisatie verantwoordelijk is. Het HvJEU oordeelt dat er inderdaad sprake is van één enkelvoudige en ondeelbare mededeling aan het publiek, maar dat de omroeporganisatie en aanbieder van satellietpakketten daarvoor beide toestemming nodig hebben. De aanbieder van satellietpakketten bepaalt welke zenders in het pakket zitten en groepeerde daarmee de mededelingen van de verschillende omroeporganisaties in een nieuw audiovisueel product. Door toegang te geven tot het pakket trekt hij de kring van personen die toegang tot de televisieprogramma's hebben, open en maakt hij het mogelijk dat een nieuw publiek toegang krijgt. Toestemming van alleen de omroeporganisatie volstaat als de rechthebbenden met de omroeporganisatie afspreken dat het signaal ook via de aanbieder van satellietpakketten aan het publiek wordt medegedeeld, op voorwaarde dat deze de werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk maakt.³

Prejudiciële vragen in AKM v. Canal+

Het Oostenrijkse Oberster Gerichtshof wil van het HvJEU weten of de aanbieder van satellietpakketten voor zijn gebruikshandeling alleen toestemming nodig heeft in het land van invoer. Als het antwoord daarop nee is, wil het Oberster Gerichtshof weten of het recht van mededeling aan het publiek zo moet worden uitgelegd dat de aanbieder van satellietpakketten die gecodeerde HD signalen van zowel gratis als betaalde zenders naar eigen inzicht bundelt tot een pakket en het aldus ontstane zelfstandige audiovisuele product tegen betaling aan zijn klanten aanbiedt, mede toestemming nodig heeft voor de zenders die de klanten ook gratis in lagere (SD) kwaliteit kunnen ontvangen (Conclusie punt 16).⁴

De eerste prejudiciële vraag is gezien het *Airfield* arrest begrijpelijk. Het HvJEU oordeelt daar immers dat de aanbieder van satellietpakketten naast de omroeporganisatie toestemming nodig heeft voor zijn betrokkenheid bij de mededeling aan het publiek per satelliet en daarvoor geldt het land van oorsprongbeginsel. Vanuit de ratio van dit beginsel is er echter niet echt noodzaak om de gebruikshandeling – en daarmee de noodzaak tot het verkrijgen van toestemming – in één land te concentreren. De aanbieder van satellietpakketten kan toestemming krijgen van de cbo's in de landen waar hij abonnementen verkoopt, op dezelfde voet als exploitanten van kabel- en IPTV netwerken dat doen.

A-G Szpunar ziet dit echter niet als een wenselijke situatie. Dat rechthebbenden het territorialiteitsbeginsel "uit alle macht verdedigen", zit de Europese eenwording in de weg. Het HvJEU kan aan de eenwording bijdragen door in deze zaak een ruime toepassing te geven aan het land van oorsprong beginsel in artikel 1 lid 2 sub a van de Kabel- en Satellietrichtlijn (punt 2). Daarbij moet het HvJEU wel terugkomen op de uitleg die het in *Airfield* aan dat artikel gaf.

Onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie

De kritiek van Szpunar richt zich met name op de uitleg die het HvJEU geeft aan het element "onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie" in artikel 1 lid 2 sub a van de richtlijn. Het HvJEU overwoog (1) dat met "controle" wordt bedoeld controle over de invoering van

² HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09.

³ *Airfield*, ov. 71-84.

⁴ Conclusie AG Szpunar 22 september 2022, C-290/21.

het signaal in de mededelingenketen en dus niet de satellietuitzending als geheel en (2) dat de controle en verantwoordelijkheid kunnen worden gedeeld door de omroeporganisatie en de aanbieder van satellietpakketten.⁵ Aldus kon het HvJEU tot de conclusie komen dat de omroeporganisatie en aanbieder van satellietpakketten beide toestemming nodig hebben.

Szpunar ziet dit anders. De controle van de omroeporganisatie moet zien op de gehele mededelingenketen omdat er geen "ononderbroken mededelingenketen" is als de aanbieder van satellietpakketten de controle na invoering van het signaal overneemt, bijvoorbeeld door de uitzending uit te stellen (punt 33). De controle door de omroeporganisatie moet verder totaal zijn en zien op de handeling van de mededeling, de precieze inhoud en het doelpubliek (punt 38). Je zou denken dat dit de toepasselijkheid van het begrip "mededeling aan het publiek per satelliet" tot een minimum terugbrengt. In de meeste gevallen zal er immers een aanbieder van satellietpakketten betrokken zijn die zijn eigen pakket samenstelt en verkoopt aan abonnees. Szpunar stelt echter dat controle ook de vorm kan nemen van contractuele afspraken met de aanbieder van satellietpakketten, die daarmee "dus" optreedt als gemachtigde van de omroeporganisatie (punt 37).

Dit lijkt mij een wat gekunstelde redenering. De aanbieder van satellietpakketten neemt de zender op in zijn pakket. Als zodanig verricht hij niet alleen feitelijk de mededeling, maar bepaalt hij ook de inhoud en het doelpubliek. Als men dat allemaal wil zien als handelen van een gemachtigde van de omroeporganisatie, ligt het voor de hand dat de licentievergoeding die de omroeporganisatie betaalt mede ziet op de abonneeomzet die de aanbieder van het satellietpakket in de ontvangstlanden genereert. Dat is immers wat de richtlijn beoogt: bij het bepalen van de vergoeding dienen betrokkenen rekening te houden met alle voor de uitzending kenmerkende aspecten, waaronder het daadwerkelijke en potentiële aantal kijkers (Considerans 17). Als alleen de omroeporganisatie toestemming nodig heeft, is echter niet gewaarborgd dat een vergoeding tot stand komt die mede ziet op de abonneeomzet van de aanbieder van satellietpakketten. Het HvJEU onderkende dit in het *Airfield* arrest door te oordelen dat de omroeporganisatie en de aanbieder van satellietpakketten beide toestemming moeten verkrijgen. Deze oplossing stelt de rechthebbende in staat om van de omroeporganisatie een vergoeding te bedingen over diens (advertentie-)omzet en van de aanbieder van satellietpakketten over diens abonneeomzet. En het creëert een level playing field met andere pakketaanbieders zoals kabelexploitanten, die ook toestemming nodig hebben.

Szpunar vraagt zich niet af wat zijn uitleg feitelijk doet met het vermogen van de rechthebbende om een passende vergoeding te bedingen. Of wat het betekent voor de bestaande licentiepraktijk in de lidstaten. Er is wat hem betreft maar één uitleg mogelijk. De Kabel- en Satellietrichtlijn beoogt een exploitant aan te wijzen die verantwoordelijk is voor de gehele handeling en dat is de omroeporganisatie die het initiatief tot de mededeling neemt (punt 39). Szpunar verwijst in een voetnoot naar Considerans 5. In deze Considerans wordt gewezen op de verschillen in de nationale wetgeving van de lidstaten en op rechtsonzekerheid, waardoor het vrij verkeer van programma's wordt belemmerd en rechthebbenden het gevaar lopen dat hun werk wordt geëxploiteerd zonder dat zij daardoor een vergoeding ontvangen. Er staat niet dat de beoogde oplossing voor dit probleem is om de omroeporganisatie als enige verantwoordelijke aan te wijzen.

Nieuw publiek

Szpunar uit ook kritiek op de overweging in *Airfield* dat de aanbieder van satellietpakketten de kring van personen die toegang tot de televisieprogramma's hebben, opentrekt en het mogelijk maakt dat een nieuw publiek toegang krijgt tot de beschermde werken en ander beschermd materiaal. Het nieuw publiek criterium is alleen relevant als er meerdere mededelingen zijn (punt 52). Dit lijkt mij op zich juist. Als er maar één mededeling is, is ieder publiek relevant en niet alleen een "nieuw" publiek. De onderliggende motivering is echter wel relevant voor de vraag of de aanbieder van satellietpakketten (mede-)verantwoordelijk moet worden geacht voor de mededeling aan het publiek. Het HvJEU overweegt dat de aanbieder van satellietpakketten een interventie pleegt omdat hij (1) het signaal codeert en decodeerapparatuur ter beschikking stelt aan de abonnees, zonder welke zij geen toegang zouden hebben; (2) dat doet met winstoogmerk; (3) niet alleen die ene zender doorgeeft, maar deze zender groepeerd in een nieuw audiovisueel product,

⁵ *Airfield*, ov. 56.

waarvan hij de samenstelling bepaalt.⁶ Szpunar acht dit allemaal niet relevant. De aanbieder van satellietpakketten trekt de kring van personen niet open, want de omroeporganisaties hebben rekening gehouden met de abonnees op het satellietpakket toen zij toestemming regelden. Mocht dat voor de rechthebbenden niet duidelijk zijn geweest, dan is de uitzending onrechtmatig en moet de omroeporganisatie alsnog toestemming voor deze abonnees krijgen in het land van oorsprong. Dat geeft de rechthebbenden echter niet het recht om zich in het land van ontvangst te verzetten tegen de activiteiten van de aanbieder van satellietpakketten (punt 56).

De rechthebbenden kunnen dus wat Szpunar betreft alleen terecht bij de omroeporganisatie. Medeverantwoordelijkheid van de aanbieder van satellietpakketten ziet Szpunar niet als een mogelijkheid, maar als daar toch sprake van zou zijn dan volgt uit artikel 1 lid 2 sub b van de richtlijn dat rechthebbenden hun rechten eventueel jegens de aanbieder van satellietpakketten kunnen uitoefenen in het land van uitzending (punt 69). Szpunar bedoelt daarmee vermoedelijk het land waar de omroeporganisatie het signaal in de mededelingenketen invoert.

Aansprakelijkheid aanbieder van satellietpakketten op andere gronden?

Szpunar vraagt zich vervolgens nog wel af of de aanbieder van satellietpakketten op andere gronden aansprakelijk zou kunnen zijn. De activiteit van de aanbieder van satellietpakketten kan wat hem betreft geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn zijn naast de mededeling aan het publiek per satelliet door de omroeporganisatie. Dit zou strijdig zijn met de vaststelling door het HvJEU dat de satellietuitzending een enkelvoudige en ondeelbare mededeling aan het publiek per satelliet betreft (punt 63). Szpunar merkt op dat de situatie onder de Richtlijn Online Omroep anders kan zijn en dat de activiteit van de aanbieder van satellietpakketten wellicht als een uitzending van programma's via directe injectie in de zin van artikel 8 lid 1 of als doorgifte in de zin van artikel 2 lid 2 van de richtlijn moet worden beschouwd. Szpunar acht dit echter niet van belang omdat de richtlijn *ratione temporis* niet op de onderhavige casus van toepassing is (punt 46). Het is de vraag of dat helemaal juist is. De richtlijn merkt bepaalde handelingen aan als een mededeling aan het publiek. In artikel 8 staat bijvoorbeeld dat de uitzending door middel van directe injectie één enkele mededeling aan het publiek door de omroeporganisatie en distributeur samen is. Dat lijkt mij uitleg van het begrip mededeling aan het publiek in artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) en als zodanig ook relevant voor de onderhavige casus.

Szpunar bespreekt vervolgens de situatie dat in het satellietpakket een zender wordt uitgezonden die ook free-to-air wordt uitgezonden, al dan niet in mindere kwaliteit. De satellietuitzending is in dat geval niet te beschouwen als doorgifte van een eerste uitzending door de omroeporganisatie omdat de aanbieder van satellietpakketten geen gebruik maakt van de vrij te ontvangen uitzending en de gecodeerde satellietuitzending heel goed kan bestaan zonder die vrij te ontvangen uitzending. Het zijn twee afzonderlijke en onafhankelijke vormen van uitzending die elk als eerste uitzending moeten worden gekwalificeerd en bestemd zijn voor een verschillend publiek. Als die uitzendingen voldoen aan de eisen van artikel 1 lid 2 sub a Kabel- en Satellietrichtlijn is alleen de omroeporganisatie daarvoor verantwoordelijk (punt 65).

Bij deze redenering kan men vraagtekens plaatsen. Uit de Richtlijn Online Omroepdiensten blijkt dat de tweede uitzending in deze situatie moet worden beschouwd als een afzonderlijke mededeling aan het publiek door de distributeur. Considerans 21:⁷

Wanneer omroeporganisaties hun programmadragende signalen rechtstreeks aan het publiek uitzenden, en daarmee een eerste uitzending verrichten, en tegelijkertijd die signalen doorgeven aan andere organisaties via het technische proces van directe injectie, bijvoorbeeld om de kwaliteit van de signalen voor doorgiftdoeleinden te waarborgen, vormt de doorgifte door deze andere organisaties een afzonderlijke handeling van mededeling aan het publiek die zich onderscheidt van die door de omroeporganisatie. In die

⁶ *Airfield*, ov. 78-81.

⁷ Zie voorts de definitie van "doorgifte" in artikel 2 lid 1 van de Richtlijn en de definitie van "doorgifte via de kabel" in artikel 1 lid 3 van de Kabel- en Satellietrichtlijn (zoals gewijzigd door artikel 9 van de Richtlijn Online Omroepdiensten).

situaties moeten de voorschriften inzake doorgifte in deze richtlijn en in Richtlijn 93/83/EEG, zoals gewijzigd bij deze richtlijn, van toepassing zijn.

Deze Considerans lijkt mij evenzeer relevant als het signaal dat wordt gebruikt voor de free-to-air uitzending en de satellietuitzending tot één bundel wordt gecomprimeerd en gemultiplext voor de verzending naar de satelliet (door de verwijzende rechter aangeduid als "gegroepeerde verzending"). Szpunar ziet echter in deze situatie evenmin een afzonderlijke mededeling aan het publiek door de aanbieder van satellietpakketten. De opname van de free-to-air zenders in het pakket dienen in zo een geval enkel om deze groter te doen lijken. De aanbieder van satellietpakketten handelt ten opzichte van die zenders echter slechts als leverancier van technische diensten (punt 67). Dit overtuigt niet. Als de aanbieder van satellietpakketten de free-to-air zender in zijn pakket opneemt om het pakket aantrekkelijker te maken, is zijn rol niet louter van technische, ondersteunende aard. Het miskent ook dat de abonnees er juist voor kiezen om de zenders als onderdeel van het pakket te ontvangen. Daarmee kunnen zij deze zenders ontvangen zonder dat zij daarvoor zelf nog zaken moeten regelen, zoals een aparte ontvanger of smartcard.

Szpunar vindt dat de aanbieder van satellietpakketten wél toestemming nodig heeft als hij een HD uitzending verzorgt van een zender die ook gratis in SD kwaliteit te ontvangen is. Dit is de situatie die de verwijzende rechter in de tweede prejudiciële vraag voorlegt. De HD kwaliteit kan aldus Szpunar een factor zijn in de aantrekkingskracht van het werk en daarom van invloed op de prijs die de rechthebbenden voor de toestemming kunnen verkrijgen. Dat hetzelfde werk ook in SD kwaliteit te ontvangen is, ontslaat de aanbieder van satellietpakketten dan niet automatisch van de verplichting om toestemming te verkrijgen (punt 74). Hier ziet Szpunar dus wel een aanknopingspunt voor aansprakelijkheid van de aanbieder van satellietpakketten. Wat daarvoor de grondslag is - medeverantwoordelijkheid voor de mededeling aan het publiek per satelliet of een afzonderlijke mededeling aan het publiek – zegt hij er niet bij.

De algehele uitkomst van de conclusie van Szpunar, nl. dat de aanbieder van satellietpakketten alleen toestemming nodig heeft als hij de kwaliteit ten opzichte van het signaal verbetert, lijkt mij hoe dan ook te beperkt. De uitzending in het pakket is een zelfstandige exploitatie van het werk waarmee de aanbieder van satellietpakketten zelfstandig omzet creëert. De rechthebbende moet daar een passende vergoeding voor kunnen bedingen. Passend betekent dat de vergoeding rekening houdt met de economische waarde van de exploitatie.⁸ Dat is niet alleen de meerwaarde van HD uitzending, maar de totale omzet die de aanbieder van satellietpakketten genereert met de verkoop van abonnementen. Om een vergoeding te kunnen bedingen die daar rekening mee houdt, volstaat het niet dat alleen de omroeporganisatie toestemming moet geven. Het HvJEU begreep dat in *Airfield*.⁹

⁸ Zie bijvoorbeeld Considerans 15 Richtlijn Online Omroepdiensten: "Bij het bepalen van redelijke licentieverwaarden, met inbegrip van de licentievergoeding, voor een doorgifte overeenkomstig Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad (7), moet onder meer de economische waarde van het gebruik van de rechten in het handelsverkeer, met inbegrip van de aan de doorgiftemiddelen toegewezen waarde, in aanmerking worden genomen." Zie voorts Considerans 17 Kabel- en Satellietrichtlijn.

⁹ Zie *Airfield*, ov. 73, waarin het HvJEU verwijst naar Considerans 17 ter onderbouwing van zijn oordeel dat zowel de omroeporganisatie als de aanbieder van het satellietpakket toestemming nodig hebben: "73 Dat vindt trouwens steun in punt 17 van de considerans van richtlijn 93/83, waarin wordt overwogen dat de betrokken rechthebbenden een passende vergoeding moeten krijgen voor de mededeling van hun werken aan het publiek per satelliet en dat bij het bepalen van deze vergoeding rekening moet worden gehouden met alle voor de uitzending kenmerkende aspecten, zoals het daadwerkelijke en potentiële aantal luisteraars of kijkers (zie in die zin arrest Football Association Premier League e.a., reeds aangehaald, punten 108 en 110)."