

Driemaal Seven.One: HvJEU en AG Collins over satellietdoorgifte, set-topboxen en de thuiskopie-exceptie

Jacqueline Seignette

Höcker advocaten, Amsterdam

Seven.One Entertainment is een Duits mediabedrijf met satellietzenders als ProSieben en Sat.1 en producties als The Voice of Germany en Germany's Next Topmodel. Het bedrijf speelt een rol in drie zaken voor het Europese Hof van Justitie over satellietdoorgifte, set-topboxen en de thuiskopie-exceptie. Het Hof deed onlangs uitspraak in twee zaken en AG Collins concludeerde in de derde zaak. Jacqueline Seignette licht toe.

AKM/Canal+ (HvJEU 25 mei 2023, C-290/21)¹

In deze zaak voegt Seven.One zich als omroeporganisatie (ProSieben) aan de zijde van satellietexploitant Canal+. Canal+ is gedagvaard door de Oostenrijkse muziekrechtenorganisatie AKM. AKM wil dat Canal+ haar betaalt voor de uitzending in Oostenrijk van muziek als onderdeel van de programma's in Canal+ pakket. Canal+ vindt dat alleen de cbo's in het land van uplink bevoegd zijn om op te treden. Bovendien hebben de omroeporganisaties wiens zenders in het Canal+ pakket zijn opgenomen zelf al toestemming verkregen in het land van uitzending. De vraag die voorligt is daarmee of en in welke landen een exploitant van satelliet tv pakketten toestemming moet regelen. Het HvJEU herhaalt zijn eerdere oordeel in de *Airfield* zaak uit 2011 dat een satellietexploitant zelf ook toestemming moet regelen als de programma's door de verspreiding van het pakket toegankelijk worden voor een breder publiek dan waarvoor de rechthebbenden toestemming gaven aan de omroeporganisatie wiens zender in het pakket is opgenomen.² Als dat zo is, dan moet de satellietexploitant - en dat is nieuw - alleen toestemming regelen "in het land waar het signaal wordt ingevoerd in de mededelingenketen die naar de satelliet voert". Het HvJEU verwijst daarvoor naar artikel 1 lid 2 sub b van richtlijn 93/83/EEG dat bepaalt dat een "mededeling aan het publiek per satelliet" slechts plaatsvindt in de lidstaat waar de programmadrage signalen onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt. Deze bepaling werd in 1993 ingevoerd met het oog op omroeporganisaties die hun signaal zelf via de satelliet uitzenden. De Europese wetgever vond het vanuit het oogpunt van vrij verkeer van programma's onwenselijk dat de omroeporganisatie bij het regelen van toestemming rekening zou moeten houden met de uiteenlopende auteursrechtelijke wetgeving in de lidstaten waar het satelliet signaal te ontvangen is. Dit ondersteunt aldus het HvJEU de conclusie dat deze richtlijn bepaling ook moet worden toegepast op satellietexploitanten die toestemming voor hun TV pakket moeten regelen. Dit oordeel lijkt vooral te zijn gebaseerd op de realiteit van 1993 toen de richtlijn werd ingevoerd. Sindsdien is het begrip "mededeling aan het publiek" volledig geharmoniseerd en door het HvJEU in een lange reeks van uitspraken nader ingevuld. Van belemmeringen voor het vrije verkeer door verschillen in auteursrechtelijke wetgeving is dus geen sprake meer. De marktsituatie is ook al lang niet meer hetzelfde. Sinds 1993 zijn er aanbieders van satellietpakketten gekomen. Deze aanbieders concurreren met lokale kabel-, DVB-T en IPTV pakketten waarvoor de toestemming via de lokale cbo wordt geregeld. Het ligt voor de hand dat diezelfde cbo ook toestemming verleent voor de

¹ ECLI:EU:C:2022:711.

² HvJEU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648.

verspreiding van satellietpakketten aan lokale abonnees. En dat gebeurt in de praktijk ook. Het HvJEU lijkt hier weinig oog voor te hebben.

De betekenis van deze uitspraak moet intussen worden genuanceerd omdat inmiddels richtlijn (EU) 2019/789 in werking is getreden. Deze richtlijn beoogt de regelgeving voor exploitanten van doorgiftdiensten gelijk te trekken, of zij nu via kabel, satelliet, digitale ether of IP-netwerken doorgeven. Richtlijn 93/83/EEG reguleerde alleen de doorgifte via de kabel: voor gelijktijdige kabeldoorgifte in een lidstaat van een uitzending uit een andere lidstaat dient toestemming te verkregen worden en die toestemming kan alleen door een collectieve beheersorganisatie worden verleend. Richtlijn (EU) 2019/789 trekt dit regime door naar doorgifte via andere distributienetwerken, waaronder satelliet.³ Daarbij bepaalt de richtlijn niet dat de mededeling aan het publiek door middel van satellietdoorgifte uitsluitend plaatsvindt in de lidstaat waar de programma-dragende signalen worden ingevoerd in de mededelingenketen die naar de satelliet loopt. Toestemming voor doorgifte is dus gewoon nodig in alle landen waar het programma wordt doorgegeven. En daarmee is het recht weer in lijn met de praktijk.

Ocilion/Seven.One Entertainment, Puls 4 (HvJEU 13 juli 2023, C-246/21)⁴

In deze zaak procedeert Seven.One Entertainment in haar hoedanigheid van producent van tv programma's. Seven.One en Puls4 spreken het Duitse bedrijf Ocilion aan. Ocilion levert netwerkexploitanten en hotels een IPTV totaaloplossing waarmee zij TV kunnen doorgeven. De eindgebruikers kunnen TV kijken met behulp van een set-top box. Ook kunnen ze programma's opnemen. Als een eindgebruiker een programma selecteert om op te nemen, wordt daarvan één reproductie gemaakt die aan alle eindgebruikers ter beschikking wordt gesteld. Daarnaast kunnen ze alle programma's zeven dagen terugkijken. Het systeem wordt geleverd in de vorm van een cloud oplossing (*TV as a service*) en in een *on premise* variant. In de cloud variant levert Ocilion ook het TV signaal en de daarvoor benodigde licentie, in de *on premise* variant regelt de netwerkexploitant dat zelf.

Seven.One en Puls4 stellen dat Ocilion inbreuk maakt doordat hun programma's zonder hun toestemming via dit systeem worden gereproduceerd en ter beschikking gesteld. De eerste vraag die het HvJEU beantwoordt is of er sprake is van een kopie voor eigen gebruik die zonder toestemming mag worden gemaakt zolang de wettelijke thuiskopievergoeding wordt betaald. Het HvJEU oordeelt dat dit niet het geval is. Daarbij wijst het erop dat de dienst een dubbele functie heeft: gelijktijdige doorgifte van IPTV programma's en het opnemen daarvan. De opneemfunctie is afhankelijk van de gelijktijdige doorgifte en heeft ten opzichte van die functie een meerwaarde. Het systeem biedt verder toegang tot de reproductie aan een onbepaald aantal eindgebruikers en doet dat voor commerciële doeleinden.

Deze laatste omstandigheid onderscheidt deze dienst van set-top boxen waarmee de eindgebruiker alleen een kopie op de set-top box zelf kan maken. Dit soort set-top boxen komt steeds minder voor. Voor Nederland is het tarief 2023-2024 voor de thuiskopieheffing op set-top boxen met een interne harde schijf vanwege de lage verkoopaantallen op nihil gezet.⁵

³ Dit geldt voor doorgifte ongeacht de wijze waarop de satellietexploitant het omroepsignaal verkrijgt (artikel 2 lid 2 sub a richtlijn (EU) 2019/789). Het geldt dus ook als een omroeporganisatie het signaal aan het publiek uitzendt en daarnaast een gecodeerd signaal naar de satellietexploitant stuurt (Considerans 21). Van doorgifte in de zin van de richtlijn is geen sprake als de omroeporganisatie het signaal alleen aan de satellietexploitant stuurt en niet zelf aan het publiek uitzendt. Zie meer uitgebreid mijn reactie op de conclusie van AG Szpunar in deze zaak, <https://www.ie-forum.nl/artikelen/jacqueline-seignette-reactie-op-conclusie-ag-in-akm-canal>

⁴ ECLI:EU:C:2023:564.

⁵ Besluit SONT tarieven en voorwerpen thuiskopievergoeding 2023–2024, Stcr. 2022, 30241.

Met betrekking tot de *on premise variant* beantwoordt het HvJEU de vraag of de aanbieder van het systeem (Ocilion) een mededeling aan het publiek verricht. Het HvJEU beantwoordt dit uitgaande van een aantal specifieke omstandigheden: (1) het handelen van de aanbieder beperkt zich tot het leveren van hardware en software en plegen van onderhoud; (2) hij geeft geen toegang tot de beschermde werken, dat doet de klant (de netwerkexploitant) zelf. In deze situatie verricht de aanbieder geen mededeling aan het publiek omdat hij geen centrale rol speelt. Hij intervenueert niet om de eindgebruikers toegang te verlenen tot de beschermde werken. Dat hij weet dat zijn dienst kan worden gebruikt om zonder auteursrechtelijke toestemming toegang te krijgen tot beschermde werken is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen.

Het is de vraag of de verwijzingsrechter (het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof) met dit antwoord uit de voeten kan. Het Oberste Gerichtshof wilde weten of de aanbieder een mededeling aan het publiek verricht in de specifieke situatie waarin hij invloed kan uitoefenen op de tv-programma's die door de eindgebruikers kunnen worden ontvangen. Het HvJEU gaat hieraan voorbij omdat uit de verwijzingsbeslissing niet blijkt dat Ocilion invloed heeft op de keuze van de programma's die de eindgebruiker op later tijdstip kan bekijken. Dat is opmerkelijk omdat de software van Ocilion ervoor zorgt dat eindgebruikers alle uitgezonden programma's zeven dagen kunnen terugkijken en ook toegang hebben tot programma's die door andere eindgebruikers voor opname zijn geselecteerd. Daarmee heeft Ocilion op zijn minst enige invloed op de programma's die door de eindgebruikers kunnen worden teruggekeken.

Seven.One Entertainment/Corint Media (Conclusie AG 13 juli 2023, C-260/22)

In Nederland delen omroeporganisaties als naburig rechthebbenden mee in de opbrengst van de thuiskopieheffing. In Duitsland is dat niet zo. De Duitse wet kent weliswaar een exceptie voor eigen gebruik en een thuiskopieheffing, maar omroeporganisaties zijn niet gerechtigd tot de opbrengst van die heffing. De omroeporganisatie kan een vastlegging voor eigen gebruik van een omroepuitzending dus niet op grond van zijn naburig recht verbieden en krijgt er ook geen thuiskopievergoeding voor. Seven.One komt daar in deze zaak tegen op. Seven.One heeft een exclusieve beheerovereenkomst met de Duitse collectieve beheersorganisatie Corint Media en vindt dat Corint Media gehouden is om haar recht op een thuiskopievergoeding af te dwingen. Corint Media doet dat niet vanwege de uitzondering in de Duitse wet.

Lidstaten mogen op grond van artikel 5 lid 2 sub b van richtlijn 2001/29/EG een beperking stellen op het reproductierecht ten aanzien van reproducties voor eigen gebruik, mits de rechthebbenden daarvoor een billijke compensatie ontvangen. De lidstaten hebben een ruime beoordelingsmarge ten aanzien van de vaststelling van de parameters voor de compensatie en hoeven niet te voorzien in compensatie als de schade voor de rechthebbenden minimaal is. AG Collins concludeert echter dat een lidstaat niet bevoegd is om bij wet een hele categorie rechthebbenden van de thuiskopieheffing uit te sluiten omdat niet categoriaal kan worden uitgesloten dat er meer dan minimale schade wordt berokkend. Seven.One en Puls4 stellen dat zij meer dan minimale schade lijden omdat zij te maken hebben met oneerlijke concurrentie en aantasting van reclame-inkomsten. De Duitse regering betoogt dat alleen moet worden gekeken naar de schade voor de "kernactiviteit" van de omroeporganisatie, zijnde het beschikbaar stellen van vastleggingen van de uitzendingen. AG Collins concludeert dat voor de beoordeling van de schade niet alleen naar deze "kernactiviteit" moet worden gekeken. Ook is niet relevant of de omroeporganisatie misschien al meedeelt in de opbrengst in zijn hoedanigheid van producent van de uitgezonden films. De naburige rechten van de filmproducent en omroeporganisatie zijn verschillende rechten en kunnen dus aanleiding geven tot verschillende en zelfstandige rechten op een billijke compensatie.

AG Collins buigt zich ook over de vraag of artikel 5 lid 2 sub b van richtlijn 2001/29/EG wel aan Corint Media kan worden tegengeworpen. Twee beginselen van het Europese recht lijken daaraan in de weg te staan. De eerste is dat bepalingen van nationaal recht niet *contra legem* mogen worden uitgelegd. De tweede is dat met een Europese richtlijn geen verplichtingen aan particulieren kunnen worden opgelegd en dat een richtlijn als zodanig dus niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen. Terzake van het eerste beginsel merkt Collins op dat *contra legem* uitleg wel mag als het gaat om een richtlijnbe­paling met rechtstreekse werking en daarvan is hier sprake. Het reproductierecht van de omroeporganisatie in artikel 2 onder e van richtlijn 2001/29/EG levert volledige harmonisatie op. Dit geldt ook voor de verplichting van artikel 5 lid 2 sub b om te zorgen dat de rechthebbende een billijke compensatie ontvangt. Terzake van het tweede beginsel merkt Collins op dat een richtlijn wel kan worden ingeroepen tegenover een lidstaat, met inbegrip van lichamen aan wie de lidstaat een taak van algemeen belang heeft opgedragen en die op grond daarvan verdergaande bevoegdheden hebben dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden. Collins concludeert dat Corint Media zo een lichaam is en Seven.One zich derhalve op artikel 5 lid 2 sub b van richtlijn 2001/29/EG kan beroepen in zijn verzoek aan de Duitse rechter om de Duitse wet buiten toepassing te laten. Het wachten is op het oordeel van het HvJEU.