

## Het Premier League-arrest van het Hof van Justitie en de toekomstige exploitatie van uitzendrechten

Pepijn van Ginneken en  
Remy Chavannes\*

*Mogen voetbaluitzendrechten territoriaal exclusief verkocht worden? Mag de import van buitenlandse satelliettelevisiepakketten en -decoders worden verboden om stadionbezoek te stimuleren? Zit er überhaupt wel auteursrecht op (uitzendingen van) voetbalwedstrijden, of alleen maar op ingemonteerde logo's en jingles? Dat zijn de belangrijkste vragen die aan de orde komen in dit arrest van het Hof van Justitie<sup>1</sup> dat, afhankelijk van wie je het vraagt, zal leiden tot radicale aanpassingen in de exploitatie van uitzendrechten of alleen tot wat meer muziek en plaatjes in voetbalprogramma's.*

### Feitelijke achtergrond

De geschillen waarin de prejudiciële vragen zijn gerezen, vloeien voort uit de praktijk om uitzendrechten voor voetbalwedstrijden per EU-lidstaat afzonderlijk te verkopen en om de betaaltelevisiepakketten waarin zij vervolgens aan het publiek worden aangeboden, geografisch te beperken door verkoop en gebruik buiten het gelicentieerde gebied te verbieden. Deze werkwijze is bedoeld om elke nationale licentienemer binnen zijn landsgrenzen exclusiviteit te kunnen bieden en zo de totale commerciële opbrengst van de uitzendrechten te maximaliseren en werkt dus alleen zo lang de licentiegever in staat is die exclusiviteit te waarborgen.

In deze geschillen was het de Football Association Premier League (kortweg FAPL, de Engelse evenknie van de Eredivisie), die opkwam tegen het gebruik door Engelse caféhouders van satellietabonnements met bijbehorende decodeerapparatuur uit Griekenland, waarmee zij hun klanten Premier League voetbal konden voorschotelen tegen aanzienlijk lagere kosten dan als zij een abonnement hadden afgesloten op de Britse licentienemer BSkyB.

FAPL beschouwt deze praktijk terecht als een ondermijning van haar op territoriale exclusiviteit gebaseerde exploitatiemodel en begon een aantal proefprocedures, zowel tegen tussenpersonen die Griekse satellietabonnements en decoderapparatuur verhandelden als tegen caféhouders die daarvan gebruik maakten. De FAPL deed daarin onder meer een beroep op een Britse wet die betaaltelevisie-exploitanten beschermt tegen de import van buitenlandse decoderapparatuur waarmee de beschermde zenders kunnen worden ontvangen, op het

verbod in de licentieovereenkomst voor de Griekse licentienemer om decodeerapparatuur te leveren buiten het exclusieve gebied en op haar auteursrecht op de inhoud van de uitzendingen. De zeer omvangrijke prejudiciële vragen (zie § 54 e.v. van het arrest) zien op de verenigbaarheid van deze wetgeving en licentieovereenkomst met de vrij verkeersregels, de mededingingsregels en de Europese richtlijnen over auteursrecht en voorwaardelijke toegangssystemen.<sup>2</sup>

### Vrij verkeer

In het arrest gaat het ten eerste om de vraag of de verdragsregels van vrijheid van dienstverrichting zich verzetten tegen een regeling van nationaal recht, in dit geval artikelen 297 en 298 van de *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, die Britse betaaltelevisie-exploitanten het recht geeft op te treden tegen de levering en afname van buitenlandse betaaltelevisiediensten waarmee dezelfde programma's kunnen worden bekeken. Het Hof stelt eerst (r.o. 77-84) vast dat deze regeling moet worden getoetst aan de regels over vrij verkeer van diensten en niet die over vrij verkeer van goederen, omdat de decoders en smartcards niet meer dan een onderdeel zijn van de levering van de betaaltelevisiedienst. Het heeft weinig woorden nodig om vast te stellen dat sprake is van een beperking van het vrije verkeer van (satelliettelevisie)diensten (r.o. 85-89), die verboden is tenzij deze objectief gerechtvaardigd kan worden.

### Rechtvaardiging I: bescherming intellectuele eigendom

Hoewel bescherming van intellectuele eigendom een objectieve rechtvaardiging kan opleveren voor een beperking van

derapparatuur die in Griekenland met toestemming van de omroep in het verkeer is gebracht en tegen betaling van het abonnementstarief is verkregen, niet 'illegale uitrusting' wordt in de zin van artikel 2 sub e van de richtlijn door vervolgens in strijd met de gebruikersvoorwaarden te worden gebruikt in Engelse pubs. Derhalve (§ 68-74) valt dergelijk gebruik van buitenlandse decoderapparatuur niet binnen het gecoördineerde gebied van richtlijn, zodat de Britse wet die dat gebruik verbiedt ook niet op verenigbaarheid met die richtlijn hoeft te worden getoetst.

\* Mr. P.P.J. van Ginneken en mr. R.D. Chavannes zijn advocaat te Amsterdam (Brinkhof). Mr. R.D. Chavannes is tevens redacteur van dit blad.

1 HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 (*FAPL c.s./QC Leisure c.s.*) en C-429/08 (*Karen Murphy/Media Protection Services*). Het arrest is vanwege zijn lengte niet afgedrukt in dit nummer; de lezer wordt verwezen naar <http://bit.ly/sYLNw>.

2 Wij gaan in deze bijdrage niet in op de vragen over de uitleg van de Richtlijn voorwaardelijke toegang; kort gezegd oordeelt het Hof (§ 62 e.v.) dat de deco-

het vrij verkeer van diensten, geldt dat volgens het Hof alleen voor zover de beperking geschikt en proportioneel voor de bescherming van de rechten die het specifieke voorwerp van de betrokken IE-rechten vormen (r.o. 106 e.v.). Stap één (geschiktheid) neemt het Hof betrekkelijk eenvoudig: volgens het Hof is de beperking geschikt om de rechten te beschermen. Het Hof staat vervolgens uitvoerig stil bij stap twee (proportionaliteit). De beperking kan proportioneel zijn voor zover die de maker recht geeft op een passende beloning – een concept dat het Hof vervolgens verrassend gedetailleerd uitwerkt –, maar niet voor zover die de mogelijkheid garandeert om via kunstmatige geografische segmentering de hoogst mogelijke vergoeding te verkrijgen.

Interessant is dat het Hof hier wetgeving beoordeelt, maar daar eigenlijk ‘doorheen’ kijkt omdat de wetgever een specifieke constructie van private aanbieders blijkt te beschermen. Volgens het Hof (r.o. 115) leidt het Britse systeem ertoe dat de licentienemer ‘extra’ betaalt ter verkrijging van een absolute territoriale exclusiviteit die kan leiden tot kunstmatige prijsverschillen tussen afgeschermden nationale markten. De compartimentering en kunstmatige prijsverschillen die daar het gevolg van zijn, zijn in strijd met het fundamentele doel van het Verdrag, namelijk de totstandbrenging van de interne markt. Die ‘extra’ beloning gaat de passende beloning voor de licentie te boven, zodat de bescherming daarvan een disproportionele beperking is van het vrij verkeer. Het Hof zegt overigens ook dat voor gewone territoriale exclusiviteit mag worden betaald (r.o. 114).

Aldus sneuvelt de specifieke Britse wettelijke bescherming tegen import, verhandeling en gebruik van buitenlandse decoderapparatuur. Tegen de benadering van het Hof zou kunnen worden ingebracht dat de beweerde doelstelling van de extra betaling – daling van prijzen in de dure ‘kerngebieden’ zoals het Verenigd Koninkrijk – onzeker is gezien de omslachtigheid van de ‘Griekse route’ voor consumenten en de mogelijke meerwaarde van de bekende Britse presentatoren en commentatoren.

Tegelijkertijd zou het effect op de nu nog goedkope ‘randgebieden’ zoals Griekenland wel eens negatief zou kunnen zijn: indien de FAPL het gebruik van goedkopere decoderkaarten uit andere lidstaten niet kan voorkomen, kan niet worden uitgesloten dat zij de uitzendrechten voortaan alleen maar op de voor haar lucratiefste markt van de Europese Unie, namelijk het Verenigd Koninkrijk, aanbiedt of koppelt aan soortgelijke prijzen als in het Verenigd Koninkrijk. Dan zou het moeilijker zijn in een lidstaat als Griekenland toegang tot de uitzendingen te krijgen. Zeker is dit echter niet, gelet op het hiervoor genoemde feit dat de Griekse route omslachtig is. Het is de vraag of het bedrijfseconomisch zinnig is om een veel te hoge prijs te vragen voor het pakket in Griekenland (waardoor men klanten misloopt) om een beperkt lek te voorkomen.

Het Hof gaat hier echter niet op in, en laat dit een economische keuze die de rechthebbende toekomt. De vraag hoe hij zijn rechten in de toekomst nog het beste kan exploiteren, zal in dat opzicht doorslaggevend zijn. Hierbij zal vooral een rol spelen of alternatieve exploitatiemodellen kunnen worden ontwikkeld, of dat door beperking van het commentaar tot

bepaalde taalversies de markten in de praktijk voldoende kunnen worden afgeschermd om op de verschillende nationale markten verschillende prijzen te kunnen blijven vragen.

## **Rechtvaardiging II: stimuleren stadionbezoek**

Als subsidiaire rechtvaardigingsgrond voor de wettelijke afscherming van de Britse markt voerde de FAPL c.s. nog aan dat met de import van buitenlandse betaaltelevisiepakketten afbreuk gedaan zou worden aan het stadionbezoek. Sky mag op zaterdagmiddag geen ‘live’-wedstrijden uitzenden, om zo fans aan te moedigen zelf naar het stadion te gaan. Die uitzendbeperking wordt niet opgelegd aan buitenlandse licentienemers, wier kijkers niet in staat worden geacht massaal naar de Engelse stadions af te reizen. Het zal niet verrassen dat ook deze op zich sympathieke rechtvaardigingsgrond bij het Hof sneuvelt op het altaar van de proportionaliteit (r.o. 123): als de FAPL het stadionbezoek wil beschermen, kan zij de uitzendbeperking op zaterdagmiddagen eenvoudigweg aan alle licentienemers opleggen. Europeesrechtelijk geen speld tussen te krijgen, maar of de niet-Britse Premier League kijker blij wordt van deze vervolmaking van de interne markt is twijfelachtig.

## **Mededinging**

In het arrest gaat het ten tweede om de vraag of licentieovereenkomsten een mededingingsbeperkende strekking hebben, wanneer een aanbieder van programma-inhoud een reeks exclusieve licentieovereenkomsten per lidstaat aangaat en elke licentie een contractuele verplichting voor de omroeporganisatie bevat om te voorkomen dat haar satellietdecoderkaarten, die het mogelijk maken om de in licentie gegeven programma-inhoud te ontvangen, buiten de in licentie gegeven lidstaat worden gebruikt. In de geschillen wordt het verlenen van exclusieve licenties voor de uitzending van voetbalwedstrijden van de Premier League op zich niet ter discussie gesteld. De onderhavige geschillen hebben betrekking op de aanvullende contractuele verplichtingen bij die licenties om geen decoderapparatuur aan te bieden voor gebruik buiten het door de licentieovereenkomst bestreken grondgebied.

Volgens het Hof (r.o. 139 e.v.) zijn deze verplichtingen gericht op het herstel van de tussen de lidstaten bestaande nationale barrières, hetgeen in de weg staat aan de doelstelling van de mededingingsregels die er juist toe strekken de nationale markten te integreren. Zij hebben tot doel door het over en weer opbouwen van barrières tussen licentiegebieden iedere mededinging tussen omroeporganisaties uit te sluiten. Dergelijke licenties met een absolute gebiedsbescherming hebben een mededingingsbeperkende strekking, aldus het Hof.

Deze beoordeling sluit aan bij de recente arresten van het Hof van Justitie inzake overeenkomsten die tegen de parallelhandel in geneesmiddelen gericht zijn.<sup>3</sup> Herhaaldelijk heeft het Hof overeenkomsten tot afscherming van de nationale markten volgens de nationale grenzen, die de parallellexport tussen geneesmiddelen beogen te verbieden of te beperken, gekwalificeerd als overeenkomsten die de strekking hebben de mededinging te beperken. Ook hier ging het om absolute gebiedsbescherming.

3 Arrest van 16 september 2008, *Sot. Lélos kai Sia* (C468/–C478/06, *Jurispr.* blz. I- 7139), en arrest van 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services/Commissione*

(C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *Jurispr.* blz. I-9291).

Het Hof plaatst zijn overwegingen weliswaar in de sleutel van het beoordelen (en nietig achten) van de *aanvullende* contractsbepaling die verkoop buiten het ‘eigen’ gebied verbiedt. Tegelijkertijd is het gevolg daarvan dat een licentienemer die volgens zijn contract met de FAPL alleen aan Griekse afnemers mag leveren, toch ook aan buitenlanders gaat leveren. Mededingingsrechtelijk zou dat logisch zijn, maar zou het auteursrechtelijke gevolg daarvan niet zijn dat hij de grenzen van zijn – immers tot Griekenland beperkte – licentie overschrijdt? Of grijpt het mededingingsrecht toch verder in, in die zin dat het niet alleen de aanvullende verbodsbepaling vernietigt maar daarmee ook de auteursrechtlicentie zelf beïnvloedt? In dat geval zou het mededingingsrecht de licentie van de FAPL aan de Griekse aanbieder uitbreiden van een louter Griekse zoals beoogd naar een EU-brede. De ‘pijn’ is volgens het Hof beperkt tot de aanvullende verbodsbepaling, maar het praktische gevolg gaat verder en het is bovendien de vraag of de beperking tot Griekenland in civielrechtelijke zin wel splitsbaar van de overige (met name: financiële) bedingen in het licentiecontract.<sup>4</sup>

De motivering van het Hof voor wat betreft het mededingingsrecht is zeer standaard en bevat weinig uitleg. Het huidige arrest van het Hof laat de vraag open of een andere dan *absolute* gebiedsbescherming wel verenigbaar zou zijn met het mededingingsrecht. Men kan denken aan een aan de uitzendlicentie gekoppelde contractuele verplichting die alleen inhoudt dat de omroeporganisatie geen *gerichte* marketinginspanningen pleegt om zijn satellietdecoderkaarten buiten het licentiegebied te verkopen (zogenaamde actieve verkoop), maar die vrij laat dat de omroeporganisatie de satellietdecoderkaarten aan derden buiten het licentiegebied levert wanneer deze derden zich zelfstandig bij de omroeporganisatie melden (passieve verkoop). Een dergelijk onderscheid in actieve en passieve verkoop is onder andere terug te vinden in de Groepsvrijstelling inzake Verticale overeenkomsten,<sup>5</sup> net zoals in enige specifieke gevallen de Groepsvrijstelling inzake Technologieoverdracht.<sup>6</sup> Echter, de oudere jurisprudentie van het Hof over licenties van IE-rechten maakt dit onderscheid niet.<sup>7</sup> Het lijkt onvermijdelijk dat over deze vraag nieuwe jurisprudentie zal komen.

## Auteursrecht

Het tweede deel van het arrest (r.o. 147 e.v.) gaat over de auteursrechtelijke kwalificatie van het ontvangen, decoderen en in Britse kroegen tonen van de Griekse Premier League uitzendingen. De meest tot de verbeelding sprekende passages van het arrest gaan echter over de beschermbaarheid van (uitzendingen van) voetbalwedstrijden.

## Waarop berust auteursrecht?

Bij de beoordeling van de rechtvaardiging van het vrij verkeer van diensten overweegt het Hof (r.o. 96 e.v.) dat voetbalwedstrijden zelf, dat wil zeggen de prestaties van de wedstrijddeelnemers, niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming: een sportwedstrijd is geen intellectuele schepping en een voetbalwedstrijd al helemaal niet, omdat daarbij spelregels gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid in auteursrechtelijke zin. Deze uitkomst is weinig controversieel, in elk geval voor de Nederlandse lezer: sinds het arrest KNVB/NOS uit 1987 weten we dat er geen auteursrecht berust op sportprestaties en dat er ook geen sprake is van ‘een prestatie van dien aard dat zij op een lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.’<sup>8</sup> Naar Brits auteursrecht geldt hetzelfde.<sup>9</sup>

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen over het auteursrecht overweegt het Hof echter (r.o. 149) dat vast staat dat de FAPL het auteursrecht heeft op de openingsvideo, de hymne van de Premier League, de vooraf opgenomen filmpjes met hoogtepunten van recente wedstrijden en de diverse grafische afbeeldingen. Moet hieruit, zoals sommige commentatoren hebben geopperd, *a contrario* worden geconcludeerd dat er volgens het Hof dus géén auteursrecht berust op de wedstrijdregistratie als zodanig, dus los van de daarin ingemonteerde grafische en muzikale werken? Dat zou een schok zijn, in elk geval voor Nederlandse auteursrechtbeoefenaren en voor exploitanten van televisierechten. Algemeen is immers steeds aangenomen dat de televisieregistratie van een wedstrijd wel een beschermd (film)werk is, vanwege de creatieve keuzes die daarbij gemaakt (kunnen) worden, bijvoorbeeld in de sfeer van de opstelling en bediening van camera’s, regie, keuze en vormgeving van herhalingen en uiteraard gesproken commentaar.<sup>10</sup>

Heeft het Hof nu een streep gezet door het op auteursrecht en naburige rechten gebaseerde exploitatiemodel van voetbaluitzendingen en kan iedereen dus *live feeds* van voetbaluitzendingen vrijelijk kopiëren en doorleveren? Wij denken van niet. Allereerst: het staat er niet. Het Hof heeft in het geheel geen overwegingen gewijd aan de vraag of de live-registratie van een voetbalwedstrijd een werk is of kan zijn, wat wel voor de hand had gelegen als het Hof de gelegenheid had willen aangrijpen om – overigens ongevraagd – iets te zeggen over de originaliteitsmaatstaf bij filmwerken. De wel in het arrest neergelegde overweging, over de creativiteit van spelers en de invloed van spelregels, leent zich bovendien niet voor toepassing op het creatieve proces van audiovisuele registratie, dat uiteraard niet wordt bepaald of beperkt door de wedstrijdregels.

4 Zie ook Vzr. Rb. Haarlem 19 augustus 2008, AMI 2008/6, nr. 18 m.nt. K.J. Koelman (BUMA/PRS): in de CISAC-beschikking heeft de Europese Commissie weliswaar geoordeeld dat de onderlinge territoriale exclusiviteitsafspraken tussen de Europese BUMA’s in strijd zijn met het kartelverbod, maar dat geeft BUMA nog niet de auteursrechtelijke bevoegdheid om licenties te verlenen voor gebruik van buitenlandse muziek buiten Nederland. De CISAC-beschikking van 16 juli 2008 (zaak nr. COMP/C2/38.698) was ten tijde van de uitspraak nog niet gepubliceerd maar is inmiddels online beschikbaar op [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38698/38698\\_4573\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38698/38698_4573_1.pdf). CISAC heeft beroep ingesteld bij het Gerecht (zaak T-442/08).

5 Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten.

6 Verordening (EG) Nr. 772/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht.

7 HvJ 8 juni 1982, zaak 258/78 (Nungesser/Commissie), randnr. 29.

8 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310.

9 Zie de Australische zaak *Victoria Park Racing and Recreation Ground Company/Taylor* (1937) 58 CLR 479, <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1937/45.html>.

10 Zie o.a. Vzr. Rb. Utrecht 12 mei 2010, LjN BM2400 en AMI 2010/6, nr. 19 m.nt. K.J. Koelman (ROOS/Eredivisie), r.o. 4.13; Vzr. Rb. Den Haag 22 maart 2011, IER 2011, 44 (Premier League/MyP2P). Voor een beeld van wat er bij wedstrijdregistratie komt kijken en welke (creatieve) keuzes daarbij gemaakt worden, zie ook de volgende omschrijving uit een van de verwijzingsarresten (High Court (Chancery Division) 24 juni 2008, [2008] EWHC 1411 (Ch), <http://bit.ly/v4cI4n>): ‘Sky arranges for a number of cameramen to film the match. Generally they use between 20 and 25 cameras. These capture the activity on the pitch in digital form and also have inbuilt microphones which capture the ambient sound from different parts of the stadium. Sky also arranges for a production team to be present. The production team is led by a Match Director who takes decisions about which camera’s output appears on the Clean Live Feed at any particular time. He is assisted by an assistant producer (known as a VT co-ordinator) who makes action replays (referred to as “Action Replay Films”) available for the Match Director to include in the Clean Live Feed. These occur where the production team has decided that a

Ook overigens lijkt het niet aannemelijk dat het Hof impliciet iets heeft willen overwegen over het auteursrecht op wedstrijdregistraties, of dat daarover iets kan worden vastgesteld op grond van een *a contrario*-redenering op grond van hetgeen het Hof wel overweegt over de openingsvideo, Premier League hymne, samenvattingsfilmpjes e.d. Uit de verwijzingsarresten blijkt dat alle partijen erkenden dat de opnames van de ruwe beelden uit de verschillende camera's (de 'Match Film'), de door Sky-personeel in elkaar gemonteerde wedstrijdregistratie (de 'Clean Match Feed'), en de versie daarvan waar een extern productiebedrijf de Premier League elementen waar het Hof op doelt heeft ingemonteerd (de 'World Feed Film'), auteursrechtelijk beschermde filmwerken zijn.<sup>11</sup> Volgens de rechter waren zelfs korte herhalingen van belangrijke wedstrijdmomenten te beschouwen als beschermbare onderdelen van de ruwe Match Film.<sup>12</sup> Dat het Hof deze werken niet in zijn beoordeling betreft, komt omdat de Griekse televisie-uitzendingen niet op basis van deze opnames zijn gemaakt, maar op basis van het live signaal. Naar Brits auteursrecht is, anders dan naar Nederlands auteursrecht, pas na vastlegging sprake van een filmwerk.<sup>13</sup> De FAPL beriep zich daarom ook niet op auteursrecht op het live-signaal. Vandaar dat het Hof wel de – op basis van vastgelegde wedstrijdbeelden in elkaar gemonteerde – wedstrijdsamenvattingen in zijn auteursrechtelijke beoordeling betreft (r.o. 152), maar niet de live-beelden zelf. De door dit arrest veroorzaakte verwarring over 'auteursrecht op wedstrijdbeelden' draait dus om het Britse vastleggingsvereiste en niet om het materiële werkbegrip.

### Pleegt de caféhouder auteursrechtinbreuk?

Voor de beantwoording van de prejudiciële vragen maakt dit alles niet uit, nu voor het Hof hoe dan ook vast stond dat de uitzendingen auteursrechtelijk beschermde werken van de FAPL bevatten.

De eerste auteursrechtelijke vraag is of de kroegbazen auteursrechtinbreuk plegen doordat de beschermde werken werden gereproduceerd in het geheugen van de decoders en op de televisieschermen, of dat deze acties worden gedekt door de verplichte exceptie voor tijdelijke reproductiehandelingen van voorbijgaande aard (de 'cacheing exceptie') van artikel 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn (in Nederland geïmplementeerd in artikel 13a Auteurswet). Het Hof loopt (r.o. 161-182) de vijf elementen van de beperking langs en bereikt de o.i. weinig verrassende conclusie dat deze beperking inderdaad van toepassing is en dat de kortstondige reproductie van de beschermde werken geen inbreukmakende verveelvoudiging is.

*particular incident warrants being shown again either in normal time or in slow motion. The output from each camera is recorded (to produce what is known as a "Match Film"), and the output of any one camera can be re-wound to show a particular incident again. For example, while the teams playing in the match are walking back to the half way line after a goal has been scored, the production team may re-show the goal. The replays are usually from the cameras situated at the 18 yard line. It is the VT co-ordinator who chooses which camera's output will be used for replays (sometimes replays include more than one angle) and makes the action replays available on one or more of four 'lines' for the Match Director to insert into the Clean Live Feed. The Action Replay Films are not pre-recorded as such but are inserted into the Clean Live Feed using a vision mixer and by playing the relevant parts of the underlying recorded Match Films. The Vision mixer has two outputs; one is the Clean Live Feed which is sent to IMG and the second is known as the Sky Dirty Feed which is the Sky branded version of the Clean Live Feed and is ultimately broadcast on Sky channels.'*

11 High Court (Chancery Division) 24 juni 2008, [2008] EWHC 1411 (Ch), <http://bit.ly/v4cl4n>, r.o. 25-27 en 178-185.

12 R.o. 208-209.

De meeste aandacht gaat uit naar het vijfde vereiste, dat de tijdelijke reproductie geen zelfstandige economische waarde bezit. Het Hof constateert dat toegang tot beschermde beelden uiteraard economische waarde heeft maar vervolgt (r.o. 175) dat, om de beperking haar nuttige werking niet te ontnemen, sprake moet zijn van zelfstandige waarde in de zin dat zij verder gaat dan het economische voordeel dat wordt gehaald uit de enkele ontvangst van een uitzending die beschermde werken bevat. Dat lijkt ons terecht omdat er anders weinig zou overblijven van de exceptie voor tijdelijke reproductiehandelingen, met vergaande gevolgen voor allerlei economisch onschuldige tijdelijke reproductiehandelingen in het informatieverkeer.

Evenmin verrassend is naar onze mening het antwoord op de volgende vraag, dat de caféhouders wel degelijk inbreuk plegen, niet vanwege een verboden reproductie maar omdat zij de rechtmatig ontvangen en gedecodeerde beelden vervolgens zonder toestemming openbaar maken aan het publiek dat hun cafés bezoekt. Het Hof heeft in een serie arresten, waaronder het bekende arrest *Rafael Hoteles*,<sup>14</sup> een ruime uitleg gegeven aan het begrip 'mededeling aan het publiek' in de zin van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn, onder verwijzing naar overweging 23 van de considerans.<sup>15</sup> In het arrest *Rafael Hoteles* heeft het Hof overwogen dat de hotelexploitant die televisies op gastenkamers plaatst daarmee een mededelingshandeling verricht, door met volledige kennis van zaken het ontvangen signaal, dat wil zeggen de drager van de beschermde werken, in de hotelkamers door te geven. Het Hof heeft daarbij bevestigd dat een dergelijke tussenkomst niet alleen maar een technisch middel is om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren, maar een handeling zonder welke die hotelgasten niet van de uitgezonden werken kunnen genieten, hoewel zij zich fysiek in dat ontvangstgebied bevinden. Exact dezelfde redenering past het Hof nu (r.o. 195) toe op de caféhouders.

Vermeldenswaardig is wel nog dat het Hof bij wijze van aanvullende eis toevoegt (r.o. 197) dat pas sprake is van een mededeling aan het publiek als het uitgezonden werk 'ook nog wordt vertoond aan een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek waarmee de auteurs van de beschermde werken geen rekening hielden toen zij toestemming gaven voor het gebruik ervan voor de mededeling aan het oorspronkelijke publiek.' Het Hof had in *Rafael Hoteles* al twijfel gezaaid over de in het *Amstelveense Kabelarrest* neergelegde rechtsregel dat voor de vraag of sprake is van een openbaarmaking niet relevant is of sprake is van het aanboren van een nieuw publiek.<sup>16</sup> In *Rafael Hoteles* leek nog sprake van een aanvullend gezichtspunt; inmiddels is duidelijk dat sprake is van een zelfstandig, constitutief vereiste.

13 Zie artikel 5B van de *Copyright, Designs and Patents Act 1988* en vergelijk artikel 45a Auteurswet. De Britse wetgever heeft gebruik gemaakt van het facultatieve vastleggingsvereiste van artikel 2 lid 2 Berner Conventie, terwijl de Nederlandse ook niet-vastgelegde filmwerken (zoals live-uitzendingen) heeft willen beschermen (zie Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 3<sup>e</sup> druk, par. 14.2).

14 HvJ EG 7 december 2006, zaak C-306/05, *Mediaforum* 2007-2, nr. 5 m.nt. D.J.G. Visser (SGAE/Rafael Hoteles).

15 'Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. 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.'

16 Zie de reeds aangehaalde noot van Visser in *Mediaforum* 2007-2, onder verwijzing naar HR 30 november 1981, NJ 1982, 435 (*Amstelveense kabel I*)

Het belang van het ‘nieuw publiek’-vereiste moet ondertussen niet worden overdreven, nu daarvan in de visie van het Hof al snel sprake lijkt te zijn. Dat blijkt het meest markant in het *Airfield*-arrest dat het Hof een week later wees en waarin het oordeelde dat de samensteller van een satelliettelevisiepakket een nieuw publiek bereikt ten opzichte van het publiek waarmee rechthebbenden rekening hielden toen zij de omroepen toestemming gaven voor satellietdistributie, ook al is sprake van één ondeelbare mededeling aan het publiek.<sup>17</sup> Dat doet haast vermoeden dat de Kabelarresten alleen terminologisch achterhaald zijn.

Ook in de onderhavige casus constateert het Hof dat is voldaan aan zijn nieuwe ‘nieuw publiek’-vereiste. Cafébezoekers zijn volgens het Hof (r.o. 198) een ander publiek dan het publiek van thuis kijkers waarmee de rechthebbenden rekening hielden toen zij toestemming gaven voor doorgifte. Dat is vreemd, omdat het Hof elders (r.o. 40-41) onderkent dat zowel Sky als de Griekse licentienemer naast privé-abonnementen ook abonnementen voor commercieel gebruik mochten leveren, dat wil zeggen voor vertoning buiten de huiselijke kring. Als de Griekse licentienemer al toestemming heeft verkregen om abonnementen voor commercieel gebruik te leveren, en de beperking van haar licentie tot levering aan Griekse afnemers nietig is wegens strijd met het mededingingsrecht, heeft zij dan geen licentie om desgewenst vertoningsabonnementen te leveren aan Britse pubs? Zo ja, hoezo wordt door het vertonen van haar voetbalpakket aan Britse pubbezoekers een nieuw publiek bereikt? Of hoefde de FAPL bij het verlenen van rechten geen rekening te houden met die nietigheid (in welk geval via het auteursrecht alsnog de mededingingsrechtelijke nietigheid kan worden omzeild)? Wellicht speelt ook hier de casuïstiek een rol: in de prejudiciële vragen lijkt besloten te liggen dat de Britse kroegbazen gebruik maakten van particuliere Griekse abonnementen.

Dit arrest illustreert dat het openbaarmakingsbegrip inmiddels vergaand geharmoniseerd is, niet alleen voor televisieomroep maar ook voor de openbare vertoning van televisieuitzendingen.<sup>18</sup> De mededeling aan het publiek dat bij de mededeling aanwezig (zoals een muziekuitvoering) is nog altijd niet geharmoniseerd.

## **Gevolgen: de Wet van Murphy**

Anders dan op het eerste gezicht lijkt, zijn het niet de auteursrechtelijke aspecten maar de overwegingen over vrij verkeer en mededingingsrecht die dit arrest opmerkelijk en enigszins historisch maken. Over het auteursrecht vertelt het Hof ons weinig dat wij niet al wisten of zelf konden bedenken op basis van eerdere arresten over reproductie, communicatie aan het publiek en de exceptie voor tijdelijke reproductiehan-

delingen van voorbijgaande aard. De overwegingen brengen met zich mee dat, anders dan in veel persverslagen is gesuggereerd, de sympathieke Britse caféhoudster Karen Murphy deze zaak niet heeft gewonnen; zij mocht zich weliswaar abonneren op een Griekse betaalzender met Premier League wedstrijden, maar heeft inbreuk gemaakt op het auteursrecht van de Premier League door de beelden daarvan te tonen aan haar klanten. Het Hof zegt niets over de beschermbaarheid van wedstrijdregistraties, omdat het Britse recht – anders dan het Nederlandse – geen auteursrechtelijke bescherming verleent aan live-uitzendingen.

Tegelijkertijd zal de Premier League, in het licht van de overwegingen over vrij verkeer en mededingingsrecht, op zoek moeten gaan naar een ander model voor de exploitatie van voetbaluitzendingen. Zij mag nog altijd besluiten om per land één licentienemer aan te wijzen, maar mag die licentienemer niet meer verbieden buiten zijn eigen landsgrenzen decodeerapparatuur te leveren. Dat zou kunnen leiden tot lagere totale inkomsten, omdat de waarde van de uitzendingen sterk afhankelijk is van verkregen exclusiviteit, terwijl die waarde per lidstaat sterk verschilt: als omroepen uit alle Lidstaten zich mogen richten op de voor Premier League programmering lucratieve Britse markt, zal Sky minder over hebben voor de ‘exclusieve’ Britse uitzendingen.

Een alternatief waar de Premier League over zal nadenken is om haar rechten aan voortaan één pan-Europese omroeporganisatie te vergunnen. Daarbij bestaat het risico dat de verkrijger van die rechten zich zal concentreren op exploitatie in het Verenigd Koninkrijk, terwijl kleinere EU-landen met andere talen minder prioriteit krijgen. Een andere mogelijkheid is dat de Premier League, net zoals de Eredivisie in Nederland al doet, zelf een betaaltelevisiedienst opzet die zij aanbiedt aan distributeurs. Omdat de Eredivisie verdient per eindgebruiker die zich abonneert, heeft zij er belang bij om met zoveel mogelijk distributeurs een overeenkomst te sluiten, zodat er geen exclusiviteitsprobleem is. Het kan ook niet worden uitgesloten dat de Premier League rechtstreeks met consumenten zal willen contracteren, in de vorm van een betaaltelevisiedienst die via internet (*‘over-the-top’*) wordt aangeboden buiten bestaande rtv-distributeurs om.

De consequenties van het arrest zijn niet beperkt tot voetbal of sport in bredere zin. Ook de distributie van andere audiovisuele producten, zoals films, zal niet langer kunnen plaatsvinden aan de hand van een wettelijk en contractueel gewaarborgd systeem van absolute territoriale exclusiviteit voor de levering van decoders. Ook daarbij is het nog maar de vraag of dit arrest, dat volgens de regelen der Europese kunst begrijpelijk en weinig verrassend is, de beoogde voordelen voor Europese burgers zal kunnen brengen.

<sup>17</sup> HvJ 13 oktober 2011, zaak C-431/09 (*Airfield/Agicoa*).

<sup>18</sup> Of het publiekelijk ten gehore brengen van een fonogram onder het geharmoniseerde begrip ‘mededeling aan het publiek’ valt, moet blijken uit het arrest in

de zaak *Circul Globus București* (zaak C-283/10), dat vermoedelijk kort na het ter perse gaan van dit nummer zal worden gewezen.