

De specifieke technische werkwijze van TVCatchup

Micha Schimmel*

Annotatie bij uitspraak Hof van Justitie 7 maart 2013, ITV v TVCatchup

Feiten

TVCatchup, een online platform waar uitzendingen van de Britse free-to-air televisiezenders worden gestreamd, werd door de Britse omroeporganisatie ITV voor het gerecht gedaagd, vanwege schending van de auteursrechten van ITV. Bij het streamen van de gratis te ontvangen uitzendingen gaat TVCatchup als volgt te werk: de voor het publiek beschikbare satelliet- en zendmastsignalen worden door TVCatchup opgevangen. Uit het opgevangen signaal worden de individuele programmasignalen gedistilleerd en deze programmasignalen worden dan omgezet in een andere compressiestandaard, zodat individuele gebruikers de programmasignalen via een één op één verbinding op hun computer of smartphone kunnen ontvangen.

Beoordeling

Aan de orde is uiteraard de vraag of TVCatchup een mededeling aan het publiek verricht in de zin van de Auteursrechtlijn.¹ Die vraag is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie al meerdere malen aan bod geweest, waarbij er telkens een nuance of andere dimensie aan het vraagstuk is toegevoegd. Ook in dit geval stelt het Hof niet teleur.

In zijn eerdere uitspraken heeft het Hof ondermeer bepaald dat het voor de beoordeling of van een mededeling aan het publiek sprake is, van belang kan zijn dat er sprake is van een interventie, waarmee een nieuw publiek bereikt wordt. Een mogelijk winst oogmerk speelt daarbij een rol. Ook in de recente Nederlandse procedures Sanoma/GeenStijl² en BumaStemra/Nederland.fm³ wordt dit beoordelingskader gebruikt voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een mededeling aan het publiek. Met dit nieuwe arrest zet het Hof dit beoordelingskader mijn inziens enigszins in perspectief.

De prejudiciële vragen die aan het Hof gesteld worden, zijn, kort gezegd: is er in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding sprake van een mededeling aan het publiek, en maakt het daarbij nog uit dat er sprake is van een één-op-één-verbinding, die dienst wordt gefinancierd door reclame, en de dienst rechtstreeks concurreert met de oorspronkelijke uitzending.⁴

Mededeling aan het publiek

Het Hof begint de beantwoording van de vragen met de vaststelling dat het begrip 'mededeling' zich uitstrekt tot elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek.⁵ Uit art. 3, lid 3 van de Auteursrechtlijn volgt dan

dat de toestemming van de auteur om zijn werk in een mededeling aan het publiek op te nemen, het recht om andere mededelingen van deze werken aan het publiek toe te staan of te verbieden niet uitput.⁶ Dat is in deze procedure relevant, aangezien TVCatchup zich beroept op het feit dat alleen personen die toch al toegang hebben tot de uitzendingen van ITV, de programma's ook via internet kunnen bekijken. Op grond hiervan stelt het Hof vast dat de auteur voor elke doorgifte of wederdoorgifte van beschermde werken middels een specifieke technische werkwijze, in beginsel individueel toestemming moet geven.⁷ TVCatchup maakt voor de doorgifte gebruik van een specifieke technische werkwijze (een internetstream), die verschilt van de oorspronkelijke wijze van doorgifte (doorgifte via zendmasten en satelliet). Het Hof stelt dan ook vast dat er sprake is van een mededeling.⁸

TVCatchup bracht hiertegen in dat de dienst slechts een louter technisch middel is om de ontvangst van de signalen mogelijk te maken. In dit verweer gaat het Hof niet mee. Een louter technisch middel moet zich beperken tot het behouden of verbeteren van de kwaliteit van een reeds bestaande ontvangst, en mag niet een aparte doorgifte inhouden.⁹ Dat laatste is hier echter wel het geval.

Wanneer een dergelijke mededeling aan een publiek plaatsvindt, moet er dus opnieuw toestemming gegeven worden door de auteur. Het moet daarbij gaan om een onbepaald en vrij groot aantal potentiële televisiekijkers.¹⁰ Het Hof merkt hierover op dat het daarbij mede gaat om de cumulatieve ge-

* Mr. M. Schimmel is paralegal bij SOLV Advocaten te Amsterdam.

1. Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.
2. Rb. Amsterdam 12 september 2012, IEPT20120912..
3. Rb. Den Haag 19 december 2012, IEPT20121219.
4. HvJ EU 07 maart 2013, ITV v. TVCatchup, IEPT20130307 (TVCatchup), r.o. 18.
5. TVCatchup, r.o. 23.
6. Dit blijkt ook reeds uit overweging 29 van Richtlijn 2001/29: 'Het vraagstuk van de uitputting rijst niet in het geval van diensten en in het bijzonder on-linediensten.'
7. TVCatchup, r.o. 24.
8. TVCatchup, r.o. 26.
9. In die zin ook HvJ EU 1 oktober 2011, FA Premier League, r.o. 194 en HvJ EU 13 oktober 2011, Airfield en Canal Digitaal v. Sabam, r.o. 74 en 79.
10. HvJ EU 2 juni 2005, Mediakabel v. Commissariaat voor de Media, r.o. 30.

volgen van de beschikbaarstelling. Daarbij is het van belang om te weten hoeveel personen tegelijk en achtereenvolgens tot hetzelfde werk toegang hebben.¹¹ Het is in dat geval niet relevant dat de werken beschikbaar worden gesteld via een een-op-eenverbinding. Die techniek belet immers niet dat een groot aantal personen tegelijkertijd toegang hebben tot de uitzending.

De uitzendingen van TVCatchup richten zich, aldus het Hof, tot alle personen in het Verenigd Koninkrijk met een internetverbinding en die beweren over een kijkvergunning te beschikken. Dat is zonder meer een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers. Aldus is sprake van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn.¹²

Verweer TVCatchup

TVCatchup bracht hiertegen in het geweer de stelling dat er in dit geval geen sprake is van een nieuw publiek, aangezien alle kijkers de uitzendingen toch al op hun televisietoestel konden ontvangen. Hierover merkt het Hof iets interessants op: de eis van een nieuw publiek speelt volgens het Hof alleen in de specifieke feitelijke situaties uit de arresten SGAE, Football Association Premier League, alsook Airfield en Canal Digitaal.¹³ In de woorden van het Hof:

'In de genoemde zaken heeft het Hof immers situaties onderzocht waarin een ondernemer door zijn bewuste interventie een uitzending met beschermde werken toegankelijk had gemaakt voor een nieuw publiek waarmee de betrokken auteurs geen rekening hebben gehouden toen zij de betrokken uitgezonden doorgifte hebben toegestaan.'¹⁴

Alleen in die situatie is relevant of er sprake is van een nieuw publiek, waar de auteur nog geen rekening mee heeft gehouden. De feiten in de onderhavige situatie liggen echter anders, dus hoeft niet te worden onderzocht of er sprake is van een nieuw publiek.

Ten slotte moet het Hof de vraag beantwoorden of het relevant is dat TVCatchup gefinancierd wordt met reclame-inkomsten en dat TVCatchup voor die reclame-inkomsten rechtstreeks concurreert met ITV. Het Hof zegt hierover met zoveel woorden dat het weliswaar eerder heeft aangegeven dat het 'niet irrelevant' is dat een mededeling als aan de orde een winsttoegmerk heeft, maar dat ook uit eerdere arresten al blijkt dat dit winsttoegmerk geen noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen spreken van een auteursrechtelijk relevante mededeling aan het publiek.¹⁵ Over de concurrentievraag stelt het Hof slechts dat noch uit eerdere arresten, noch uit de Auteursrechtlijn blijkt dat het van belang is of er sprake is van directe concurrentie.¹⁶

Commentaar

In het arrest zijn twee punten terug te vinden die naar mijn mening nieuw zijn in de rechtspraak van het Hof. In de eerste plaats gaat het daarbij om de opmerking van het Hof over de specifieke, technische werkwijze. Het Hof stelt dat de auteur voor elke specifieke technische werkwijze opnieuw toestemming moet geven en brengt daarvoor overtuigende argumenten in stelling. Uit art. 3 lid 3 Auteursrechtlijn volgt dat de toestemming om bepaalde werken in een mededeling aan het publiek op te nemen, het recht om andere mededelingen aan het publiek toe te staan of te ver-

bieden niet uitput. Daarnaast haalt het Hof ook art. 2 en 8 van de Satelliet en Kabelrichtlijn aan.¹⁷ Op grond van die artikelen is opnieuw toestemming vereist voor een gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte van een werk per satelliet of kabel. Ook indien de uitzendingen reeds ontvangen kunnen worden.

De gelijkenis met de Amstelveense Kabelarresten uit de jaren '80 dringt zich hier op. Daarin oordeelde de Hoge Raad reeds dat de gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte van een uit de ether, door middel van een Centrale Antenne Inrichting opgevangen signaal, een afzonderlijke, (secundaire) openbaarmaking is.¹⁸ Vanuit een Nederlands perspectief is het dan ook niet verwonderlijk dat de gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte via internet van een uit de ether opgevangen signaal eveneens een mededeling aan het publiek is.

De tweede noviteit is de vaststelling dat er in geval van een specifieke, technische werkwijze niet behoeft te worden onderzocht of er sprake is van een nieuw publiek. Dat roept de vraag op wat dan precies het verschil is tussen de arresten waarin dat wel nodig werd geacht en deze zaak. Het verschil zit mijns inziens hierin: in de genoemde zaken was telkens sprake van auteursrechtelijke toestemming voor een bepaalde (technische) wijze van openbaarmaking, met het oog op een specifiek publiek. Een ondernemer richtte vervolgens een handeling, waardoor het signaal terecht kwam bij personen die buiten de oorspronkelijke auteursrechtelijke toestemming vallen. Er was met andere woorden telkens sprake van een doorgifte van één en hetzelfde signaal. In deze zaak is er echter sprake van een geheel andere technische werkwijze, waar de betrokken rechthebbenden (nog) geen toestemming voor hadden gegeven. En dat op zich is voldoende om buiten de auteursrechtelijke toestemming voor de mededeling aan het publiek te vallen.

Conclusie

Het bovenstaande in ogenschouw nemend ontstaat het volgende beeld. De beoordeling of er in een concreet geval sprake is van een mededeling aan het publiek waarvoor (opnieuw) toestemming moet worden gevraagd, begint met de vraag of er sprake is van een specifieke technische werkwijze, waarvoor de auteur nog geen toestemming heeft gegeven. Is dat het geval, en is sprake van mededeling aan een publiek, dan ben je snel klaar. Het publiek dat wordt bereikt, hoeft dan geen nieuw publiek meer te zijn, om toch van een mededeling aan het publiek te kunnen spreken.

Wanneer echter geen sprake is van een specifieke, technische werkwijze, maar van een interventie door een ondernemer in een reeds bestaande mededeling, dan is alleen – op-

11. TVCatchup, r.o. 33.

12. TVCatchup, r.o. 36.

13. TVCatchup, r.o. 37-38.

14. TVCatchup, r.o. 38.

15. TVCatchup, r.o. 42-43.

16. TVCatchup, r.o. 46.

17. Richtlijn 93/83.

18. HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 m.nt. vNH; AA 1982, p. 79 m.nt. HCJ (CAI Amstelveen I) of (Kabel I) en HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 m.nt. vNH; AA 1986, p. 628 m.nt. HCJ (Kabel II).

nieuw – toestemming van de auteur nodig, wanneer door die interventie een nieuw publiek wordt bereikt. Uit het arrest volgt dat voor een eerste mededeling aan het publiek op internet in ieder geval opnieuw toestemming van de auteur moet worden gevraagd. Het arrest beantwoordt niet de vraag hoe de situatie moet worden beoordeeld, waarin een ondernemer intervenueert in een internetmededeling – zeg maar de Nederland.fm situatie. Er is dan geen sprake van een nieuwe, specifieke technische werkwijze, waarvoor de auteur geen toestemming heeft gegeven. Het nieuwpubliek-criterium komt in dat geval dus wel om de hoek kijken. Het is echter de vraag of deze criteria geschikt zijn voor toepassing in een online-situatie.¹⁹ Wanneer een werk met toestemming van de auteur openbaar gemaakt is op internet, is het immers – rekening houdend met de cumulatieve gevolgen en het aantal personen dat achtereenvolgens en tegelijkertijd toegang heeft tot het beschermde werk – voor iedereen met een werkende internetverbinding beschikbaar. Ik kijk dan ook reikhalzend uit naar de uitspraak van het Hof in de zaak Svensson v. Retriever Sverige²⁰, waarin precies dit thema centraal staat.

-
19. In die zin ook A.R. Lodder, *Computerrecht* 2013/7, noot bij Rechtbank Amsterdam 12 september 2012.
 20. HvJ EU, C-466/12, Svensson e.a. tegen Retriever Sverige AB.