

Annotatie

FA Premier League/Karen Murphy

Mr. P.J. Kreijger*

De tamelijk opgewonden berichtgeving over de uitspraak van het Hof van Justitie van 4 oktober jl. in de *FA Premier League*-zaak doet vermoeden dat de tijden van Bosman en het Luxemburgse activisme van de jaren zeventig herleven. Belangwekkend is het arrest zonder meer, maar goed beschouwd minder spectaculair voor het mededingingsrecht dan voor het recht van de intellectuele eigendom.

Achtergrond

De Football Association (FA), de Britse evenknie van 'onze' KNVB, organiseert van oudsher de Britse voetbalcompetitie, waarvan de top uitkomt in de Premier League. De populariteit van het Britse topvoetbal noch de verzilverbaarheid van die populariteit¹ behoeft nadere toelichting en de verzilvering is door de FA met kracht ter hand genomen. Zij exploiteert krachtens overeenkomst met de individuele clubs in de Premier League de (live-) uitzendrechten voor de door deze clubs gespeelde wedstrijden. De pakketten van rechten worden periodiek per lidstaat en op exclusieve basis aan de hoogste bidder vergeven (met, na wijzigingen, instemming van de Commissie²).

De omroep krijgt het livesignaal aangeleverd, straalt dat op naar een satelliet, waarna de satelliet het signaal verspreidt, en wel over een gebied dat veel groter is dan het licentiegebied. De *footprint* wordt vervolgens op de con-

tractueel overeengekomen maat geknipt door de betrokken omroep contractueel te verbieden *decoders* en *smartcards* te verstrekken aan kijkers buiten het licentiegebied, zodat zij ook geen toegang hebben tot het gecodeerde signaal.³ Tenzij zij alsnog een *decoder* in handen krijgen uiteraard. Dat gebeurde ook, en wel op zodanige schaal dat de FA zich genoodzaakt zag de juridische stappen te ondernemen die uiteindelijk hebben geleid tot het hier besproken arrest.

Zo is er in het Verenigd Koninkrijk een aantal ondernemingen actief die zich toeleggen op het verhandelen van *decoders/smartcards* die afkomstig zijn van omroepen die de liverechten hebben verworven voor gebieden buiten het VK en die onder een valse naam en vals adres (binnen het licentiegebied) zijn besteld en betaald. De FA kwam tegen deze vorm van parallelhandel in het geweer door strafrechtelijke handhaving uit te lokken op grond van de nationale implementatie van artikel 4 van de Richtlijn 98/84/EG inzake voorwaardelijke toegang (een vergelijkbare bepaling is te vinden in art. 326c Sr, dat overigens al van voor de richtlijn dateert) op grond waarvan commercieel gebruik van 'illegale uitrusting' strafbaar is gesteld. Ofschoon de Britse strafrechter in eerste aanleg hier in meegaat, slaat in hoger beroep bij het High Court de twijfel toe en worden prejudiciële vragen gesteld. Die vragen zijn grotendeels gelijklopend aan de vragen die werden gesteld in een civiele procedure die de FA aanspande tegen Karen Murphy, pubhoudster te Portsmouth.⁴ Zij toonde haar gasten

239

* Mr. P.J. Kreijger is advocaat bij Linklaters LLP te Amsterdam. Met dank aan mr. S.A. Klos (Klos Morel Vos & Schaap) en mr. A.P. Groen, voor hun inbreng op het terrein van het intellectueel eigendomsrecht (die inbreng strekt zich uiteraard niet uit tot eventuele mijnerzijds gemaakte fouten).

1. HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 ('t *Schaep met de Vijf Pooten*).

2. Beschikking van 22 maart 2006, zaak COMP/C-2/38.173 – Joint selling of media rights to the FA Premier League.

3. Daarmee wordt jegens hen geen auteursrechtelijk relevante openbaarmakingshandeling verricht waarvoor de toestemming door de rechthebbende niet is verleend. De auteursrechtelijke aspecten van satellietomroep zijn recent door het Hof van Justitie behandeld in het arrest van 13 oktober 2011, gevoegde zaken C-431/09 en C-432/09, *Airfield en Canal Digitaal/SABAM en Agicoa*, n.n.g.

4. Foto's van pub en pubhoudster zijn te vinden op: www.telegraph.co.uk/sport/football/competitions/premier-league/8806309/Karen-Murphys-home-win-over-Premier-League-TV-ruling-wont-change-much-for-armchair-fans.html.

onder meer Premier League voetbal via een parallel geïmporteerde *decoder* van de Griekse licentienemer van de FA, de betaalzender NOVA.

De uitvoerige vragen van de Britse rechters hebben betrekking op een reeks van aspecten van intellectueel-eigendomsrecht. Daarnaast worden vragen gesteld met betrekking tot het vrij verkeer van diensten. Is een strafrechtelijke bepaling zoals de Britse niet een in beginsel door artikel 56 VWEU verboden beperking van het vrij verkeer van diensten, nu deze het onmogelijk maakt uitzendingen uit andere lidstaten te ontvangen, en zo ja is deze dan te rechtvaardigen? Nu ook de licentievooraarden met de FA de omroepen beperkt in hun mogelijkheid buiten hun exclusief territorium abonnementen te verkopen, komt ook de verenigbaarheid met artikel 101 VWEU aan de orde.

Het arrest

Het Hof van Justitie stelt vast dat de Britse strafbepaling het vrij verkeer van omroepdiensten belemmert, welke vrijheid zowel aan de dienstverlener als aan de dienstontvanger toekomt.⁵ De strafbepaling is naast de licentievooraarden die doorverkoop van *decoders* verbieden een zelfstandige beperking van het vrij dienstenverkeer, omdat zij aan die contractuele beperkingen juridische bescherming biedt en daaraan sancties verbindt. Daarmee komt de vraag naar de rechtens vereiste objectieve rechtvaardiging aan de orde. De bescherming van intellectuele-eigendomsrechten kan een dergelijk algemeen belang zijn,⁶ maar de FA kan zich daar ten aanzien van de wedstrijden zelf niet op beroepen. Dit zijn geen auteursrechtelijk beschermde werken, nu voetbalwedstrijden onderhevig zijn aan spelregels die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid in auteursrechtelijke zin. Niettemin, aldus het Hof van Justitie, zijn sportwedstrijden op zich uniek en in dat opzicht oorspronkelijk, zodat zij materiaal kunnen worden dat in aanmerking komt voor een vergelijkbare bescherming als die van werken, en die bescherming kan in voorkomend geval door de verschillende nationale rechtsordes worden verleend. Het Hof van Justitie wijst daarbij op artikel 165 lid 1, tweede alinea, VWEU, inzake de bijdrage van de Unie aan de sport. Wanneer lidstaten (toch) ervoor kiezen sportwedstrijden te beschermen kan die bescherming vervolgens ook een rechtvaardiging voor beper-

king van het vrij verkeer rechtvaardigen⁷ mits deze niet verder gaat dan nodig ter bescherming van het specifieke voorwerp van deze intellectuele eigendom. Het Hof van Justitie definieert dit specifieke voorwerp als met name de bevoegdheid tot commerciële exploitatie via licentieverlening, geenszins tegen *de hoogst mogelijke* vergoeding maar slechts voor *passende* beloning die in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestatie staat en in het bijzonder in een redelijke verhouding tot het daadwerkelijke of potentiële aantal personen dat daar gebruik van maakt of wil maken.⁸

En op die punten gaat het mis voor de FA. Om te beginnen, zo stelt het Hof van Justitie, ontvangt de FA gewoon een vergoeding voor de uitzending van haar beschermde materiaal vanuit de lidstaat van uitzending vanwaar de passende beloning is verschuldigd. De rechthebbende kan bij het vergeven van de rechten ook een bedrag vragen dat rekening houdt met het daadwerkelijke en het potentiële aantal kijkers zowel in de lidstaat van uitzending als in enige andere lidstaat waar de uitzendingen met het beschermde materiaal eveneens worden ontvangen. Nu voor (het ontsleutelen van) die ontvangst decodeerapparatuur vereist is die aan abonnees wordt uitgegeven, kan het aantal kijkers zeer nauwkeurig worden bepaald en de vergoeding daarop worden afgestemd. Wat betreft de *omvang* van de vergoeding: de bereidheid van omroeporganisaties om extra te betalen voor territoriale exclusiviteit kan een aanwijzing zijn voor de meerwaarde daarvan, maar in dit geval leidt de absolute territoriale exclusiviteit veeleer tot kunstmatige prijsverschillen als gevolg van marktafscherming die niet door enig *ie-recht* te rechtvaardigen is. De zaak *Coditel I* doet daar niet aan af, nu het daar ging om de exclusief rechthebbende op vertoningsrechten voor een film in België die vergoedingen misliep doordat kabelmaatschappij Coditel diezelfde film vanuit Duitsland opving en doorgaf aan haar abonnees in België, terwijl de toestemming voor de door Coditel doorgegeven uitzending beperkt was tot Duitsland. De FA loopt nu juist geen vergoedingen mis: aan de Griekse omroep is nu juist wel toestemming voor haar uitzending gegeven, en via de *decoder* en het abonnement wordt per kijker afgerekend, zodat de vergoeding is afgestemd op het

5. Het Hof van Justitie verwijst hier naar HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07, *Jur.* 2009, p. I-7633, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en Bwin International*.

6. Het Hof van Justitie verwijst naar zijn arresten van 18 maart 1980, zaak 62/79, *Jur.* 1980, p. 881, *Coditel I*, en 20 januari 1981, gevoegde zaken 55/80 en 57/80, *Jur.* 1980, p. 147, *Musik-Vertrieb membran en K-tel International*.

7. Op dit punt in het arrest heeft het Hof van Justitie al uitgemaakt dat een regeling zoals de Britse geen basis heeft in de Richtlijn voorwaardelijke toegang (Richtlijn 98/84/EG) omdat het begrip 'illegale uitrusting' in de zin van artikel 2 sub e van de Richtlijn voorwaardelijke toegang geen betrekking heeft op buitenlandse decodeerapparatuur, die welke door verstrekking van een valse naam en een vals adres is verkregen of geactiveerd, of in strijd met de contractuele beperkingen voor zakelijke doeleinden wordt gebruikt.

8. Het Hof van Justitie verwijst hier naar de *analogie* (het ging om art. 102-zaken) met de arresten van 22 september 1998, zaak C-61/97, *FDV*, *Jur.* 1998, p. I-5171, en 11 december 2008, zaak C-52/07, *Kanal 5 en TV 4*, *Jur.* 2008 p. I-9275.

daadwerkelijke en het potentiële aantal kijkers in de andere lidstaten.⁹

Tot zover de overwegingen in zake het vrij verkeer van diensten. Nu inbreuken daarop, behoudens een enkele uitzondering, uitsluitend door lidstaten gepleegd kunnen worden,¹⁰ moeten contractuele restricties op het aanbieden van *decoders* buiten het licentiegebied worden getoetst aan artikel 101 VWEU. Die toetsing wordt door het Hof van Justitie kort en krachtig afgewerkt.

Na het verschil tussen doel- en strekkingsbeperkingen in herinnering te hebben geroepen stelt het Hof van Justitie vast dat de verlening van een exclusieve uitzendlicentie in een lidstaat nog geen mededingingsbeperkende strekking heeft,¹¹ maar dat dit anders ligt voor de eventueel aan een dergelijke licentie verbonden territoriale beperkingen die ertoe strekken de grensoverschrijdende verrichting van omroepdiensten te verbieden of te beperken, tenzij uit de economische en juridische context volgt dat geen afbreuk aan de mededinging kan worden gedaan. Het Hof van Justitie stelt de exclusieve licenties op zich niet ter discussie. Hier gaat het alleen gaat om de aanvullende territoriale beperkingen met betrekking tot *decoders*. Die bedingen verlenen de omroep absolute territoriale exclusiviteit ten koste van iedere concurrentie tussen omroepen, zodat het – bij gebreke van enige door de FA aangevoerde feitelijke rechtvaardiging – om verboden strekkingsbedingen gaat, terwijl toepassing van lid 3 van artikel 101 VWEU volgens het Hof van Justitie ‘niet aan de orde’ is om dezelfde redenen als waarom het ook geen rechtvaardiging op de beperking van het vrij verkeer van diensten aannam.

Commentaar

Ondanks alle ophef rond deze zaak is de zaak, naar mijn mening althans, in ieder geval in mededingingsrechtelijk opzicht niet bijzonder spectaculair. Natuurlijk is het in zoverre een landmark dat hierin nog weer eens de verhouding tussen het mededingingsrecht en het ie-recht aan de orde komt, in combinatie met het vrij verkeer van diensten en het in dat verband beroemde (beruchte?) ‘specifieke voorwerp’. De uitkomst van dit arrest is uiteraard ook belangrijk voor wat betreft de licentieverlening voor betaaltelevisie *content*. Wellicht is juist opvallend dat het arrest zoveel aandacht heeft getrokken

9. Het Hof van Justitie zag evenmin de rechtens vereiste rechtvaardiging in de wens de ‘verbodsperiode’ te handhaven, op grond waarvan op zaterdagmiddagen in het Verenigd Koninkrijk geen voetbalwedstrijden mogen worden uitgezonden vanuit de gedachte dat er anders door niemand meer kaartjes voor de stadions zouden worden verkocht. Gesteld al dat het doel om de toeschouwersaantallen in de stadions te bevorderen een beperking van de fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen, dan zou volstaan, zo merkt het Hof van Justitie droogjes op, de omroeporganisaties te verbieden wedstrijden van de ‘Premier League’ uit te zenden tijdens de verbodsperiodes.
10. Vgl. Gerechtshof Den Haag 11 januari 2011, *SGR/Euro-Sportring*, LJN BP6112, r.o. 5.2.
11. Daarbij verwijst het Hof van Justitie naar zijn arrest van 6 oktober 1982, zaak 262/81, *Coditel II*, *Jur.* 1982, p. 3381.

waar het uitmaakt dat absolute gebiedsbescherming in licenties voor *content* niet is toegestaan – iets wat in de context van het merkenrecht na *Consten/Grundig* uit 1966¹² en de sindsdien gewezen rechtspraak in parallelhandelzaken gesneden koek is.

Nu is het arrest wel degelijk juridisch spectaculair – maar helaas ook in tal van opzichten verwarrend en onhelder – waar het het ie-recht betreft, nu het Hof van Justitie opnieuw en in korte tijd de gelegenheid te baat neemt tot op onderdelen vergaande harmonisatie, ook van tot dan toe ongeharmoniseerd gewaande onderdelen. In een van de eerste commentaren op deze zaak wijst Hugenholtz erop dat het, gelet op dit arrest en het grote aantal nog bij het Hof van Justitie aanhangige auteursrechtgerelateerde zaken, nog maar de vraag is hoe het auteursrecht er over pakweg een jaar uit zal zien.¹³

Opvallend (ofschoon buiten het bestek van dit blad) is de overweging van het Hof van Justitie dat op voetbalwedstrijden geen auteursrecht rust. Immers, het gaat in deze zaak om de (licentieverlening en uitzending) van *liveregistraties* van voetbalwedstrijden, en dat zijn toch (naar Nederlands auteursrecht in elk geval) auteursrechtelijke (film)werken. Dit lijkt het Hof van Justitie over het hoofd te zien – had het dergelijke registraties (ook) van het auteursrecht willen uitzonderen, dan had het dat wel beter mogen motiveren. Wanneer het Hof van Justitie het auteursrecht op wedstrijdregistraties niet in twijfel trekt, is de auteursrechtelijke kwalificatie van de wedstrijd zelf een voor deze zaak volstrekt overbodige kwestie en had het zich de twijfelachtige redenering op dit punt kunnen besparen.¹⁴ In deze redenering laten de spelregels in het bijzonder bij voetbalwedstrijden geen ruimte voor ‘creativiteit in auteursrechtelijke zin’. Nog daargelaten aan welke kant van het door artikel 267 VWEU gemaakte (lastige¹⁵) onderscheid tussen uitleg en toepassing zich deze overweging bevindt, zonder nadere toelichting is deze overweging ook niet goed begrijpelijk: waarom zouden bepaalde regels in de weg staan aan creatieve vrijheid? Waarom zou een speler die weet dat hij niet buitenspel mag staan, geen gevaarlijke

12. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299. De onverminderde actualiteit van dit arrest is nog onlangs toegelicht door Anna Gerbrandy in haar annotatie bij dit arrest in: T.W.B. Heukels en S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag 2010, p. 29-37.
13. Aldus P.B. Hugenholtz in zijn commentaar op het arrest op het Kluwer Copyright Blog van 9 oktober 2011 (Europe 1 - Premier League 0).
14. Overigens heeft hetgeen naar Nederlands recht met ‘uitzendrecht’ wordt aangeduid evenmin betrekking op enig recht op de eigenlijke wedstrijd, maar is het niets anders dan de op art. 6:162 BW gebaseerde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die eigenaren of gebruikers van voetbalstadions beschermt tegen uitzendingen van reportages die zonder hun toestemming in hun stadions zijn gemaakt en daardoor afbreuk zouden kunnen doen aan hun mogelijkheid inkomsten te genereren met het heffen van toegangsgelden. In het arrest *NOS/KNVB* (HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 310) heeft de HR ook geweigerd de wedstrijd als een ‘eenlijsprestatie’ aan te merken en in plaats daarvan voor de huisrechtconstructie gekozen, die tot op heden geldend recht is. Zie ook P.J. Kreijger en S.A. Hoogcarpsel, noot bij Rb. Utrecht 12 mei 2010, *Stichting Roos c.s./Eredivisie c.s.*, *Mediaforum* 2010/7-8, nr. 20.
15. P. Craig en G. de Burca, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford 2011, p. 473-475.

tackles mag maken, slechts 2 x 45 minuten de tijd heeft en geen eigen *goals* moet maken, niettemin toch heel creatief kunnen voetballen? Waarom – voor diegenen die, zoals wellicht het Hof van Justitie, de combinatie van voetbal en creativiteit niet dadelijk helder voor ogen staat – zou een dichter die de strakke regels van de Japanse haiku (drie regels van vijf, zeven en nog eens vijf lettergrepen) volgt niet *juist* bijzonder creatief kunnen, of zelfs moeten zijn?

Alsof het Hof van Justitie zelf schrikt van zijn overweging, laat het hier direct op volgen dat sportwedstrijden ‘niettemin’ op zich uniek ‘en in dat opzicht oorspronkelijk’ zijn zodat zij materiaal kunnen worden dat in aanmerking komt voor een vergelijkbare bescherming als die van werken. Wat die bescherming inhoudt en met name aan wie die dan zou kunnen toekomen, laat het Hof van Justitie in het midden. Het merkt wel op dat die bescherming in voorkomend geval door de verschillende nationale rechtsordes *kan* worden verleend. Uiteraard, zo zou men denken: waar het Unierecht niet in harmonisatie (of welke regeling dan ook) voorziet, is het een zaak van de lidstaten tot nationale bescherming van sportprestaties te komen – ongeacht wat het Hof van Justitie er verder van vindt. Dit volgt ook al uit artikel 345 VWEU, dat weliswaar niet in de weg staat aan de invloed van het Unierecht op de uitoefening van nationale rechten van intellectuele eigendom maar de creatie daarvan in beginsel onverlet laat. De, opvallende, verwijzing naar artikel 165 lid 1, tweede alinea, VWEU (de met het Verdrag van Lissabon ingevoerde bepaling inzake de bevordering van de sport) doet daar naar mijn mening niet aan af – hoogstens zou hieruit kunnen worden afgeleid dat het Hof van Justitie bij nader inzien toch vreest voor de gevolgen voor de sport die zijn conclusie over het ontbreken van auteursrechtelijk vereiste creativiteit zou kunnen hebben. De aanleg van dit moeras had het Hof van Justitie zichzelf kunnen besparen.

Nu dan het mededingingsrecht. De essentie van het *Premier League*-arrest is simpel: ook licenties ter zake van immateriële openbaarmakingen mogen geen absolute territoriale bescherming geven aan de licentienemer. Is dat eigenlijk nieuws?

Dat het intellectueel-eigendomsrecht een dergelijke mate van bescherming niet mag bieden is in algemene zin oude koek, want immers standaardrechtspraak sinds *Consten/Grundig*. In die zaak ging het, zoals bekend, om een poging om langs contractuele weg en mede met inzet van het merkenrecht aan de Franse distributeur van Grundig’s consumentenelektronica absolute gebiedsbescherming te verlenen, waartegen de Commissie op grond van artikel 85 lid 1 EEG-Verdrag was opgetreden. Het verweer dat zulks afbreuk zou doen aan het merkenrecht en daarom mede in strijd zou zijn met artikel 222 EEG-Verdrag (thans art. 345 VWEU) werd gepareerd met het, tot op heden vigerende maar niet erg heldere, onderscheid tussen het enkele *bestaan* van het merkenrecht (wat door het Verdrag onverlet zou worden gelaten) en de *uitoefening* daarvan (die geenszins onverlet wordt gelaten).

Om, in het kader van *back to basics*, nog een ander ‘oudje’¹⁶ erbij te nemen: in het arrest *Centrafarm BV/Sterling Drug*¹⁷ overwoog het Hof van Justitie dat het ‘specifiek voorwerp’ van het in die zaak in het geding zijnde octrooirecht op geneesmiddelen is gelegen in het uitsluitend recht om het door het octrooi bestreken product als eerste in het verkeer te brengen. In deze zaak was de toetsing aan het verbod op belemmering van het vrij verkeer van goederen aan de orde, welke belemmering was gelegen in (toen vigerende) nationale octrooiwetgeving waarin niet was voorzien in uitputting van het octrooirecht ten aanzien van die producten die elders in de (toen nog) Europese Gemeenschap met toestemming van diezelfde octrooihouder in het verkeer zijn gebracht. Het ook in het Verdrag erkende belang van de bescherming van de intellectuele eigendom gaat niet zover dat dit belang aan uitputting in de weg staat – ie-wetgeving die daarin niet voorziet is dus in zoverre met het Verdrag strijdig. Terzijde: een deel van de ophef rond deze zaak werd veroorzaakt door de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 4 februari 2011 waarin werd voorgesteld de uitputtingsregel ook van toepassing te achten bij immateriële openbaarmakingen. Dit is echter een overbodig dwaalspoor waar het Hof van Justitie terecht aan voorbij gaat. In deze zaak gaat het immers om live-rechten voor voetbalwedstrijden, waarbij elke afzonderlijke vertoning aan een afzonderlijke abonnee een zelfstandig product is waarvoor afzonderlijk wordt afgerekend. Uitputting heeft betrekking op de situatie waarin een product voor het eerst in het verkeer is gebracht (het prerogatief van de rechthebbende) en *ditzelfde* product nadien *verder* wordt verhandeld.

Ik sta hier even bij stil omdat, als ik mij niet vergis, in het leerstuk (voor zover het dat is) van de verhouding tussen ie-recht en het mededingingsrecht de verhouding tussen de twee bovengenoemde begrippen (‘bestaan – uitoefening’ en het ‘specifiek voorwerp’) niet duidelijk is. Het ‘specifiek voorwerp’ is tot ontwikkeling gekomen in zaken met betrekking tot het vrij verkeer, waar, voor wat betreft goederen, het Verdrag in artikel 36 VWEU al een indicatie geeft voor de afweging tussen nationaal ie-recht en de verkeersvrijheden. Een dergelijk richtsnoer ontbreekt voor het mededingingsrecht en in *Consten/Grundig* wordt de ‘uitoefening’ van het ie-recht ‘vol’ getoetst. Speelt het ‘specifieke voorwerp’ hier nu wel of geen rol bij?

Vaak wordt geleerd dat deze toepassing van het mededingingsrecht inderdaad zijn grens vindt (of zou moeten vinden) in het ‘specifieke voorwerp’ van dat recht, omdat anders het bestaan ervan zou worden aangetast.¹⁸ Evenzeer kan echter gesteld worden dat niet enig ‘specifiek voorwerp’, maar uitsluitend de (Europese) mededingingsregels bepalen waar de mededingingsrechtelijke

16. Vgl. Gerbrandy (2010), p. 37.

17. HvJ EG 31 oktober 1974, zaak 15/74, *Jur.* 1974, p. 1147.

18. Zo bijv. J. Faull en A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, par. 10.56: ‘Once the specific subject matter of an intellectual property right has been secured, any further use of the rights conferred by the intellectual property law is subject to scrutiny under the EC competition rules.’

grens moet worden gesteld, hetgeen ook in vaste rechtspraak van het Hof van Justitie keer op keer wordt bevestigd.¹⁹

In de hier besproken zaak komen zowel het vrij verkeer, van diensten in dit geval, en het mededingingsrecht aan de orde, zodat het Hof van Justitie ook het specifiek voorwerp van het hier in het geding zijnde recht dient af te bakenen. Het auteursrecht is zoals al opgemerkt door het Hof van Justitie afgeschreven en een eventueel *sui generis* uitzendrecht kan in elk geval niet meer dan een ‘passende’ vergoeding garanderen. Het Hof van Justitie maakt duidelijk wat in elk geval geen passende vergoeding is, maar wat dan *mel* een ‘passende vergoeding’ is, laat het Hof van Justitie in het midden. Het Hof van Justitie ziet een analogie met zijn op grond van artikel 102 VWEU gewezen arrest inzake Kanal 5 en TV 4 inzake de tarieven van de Zweedse collectief beheersorganisatie STIM. Deze moesten ‘in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de door deze organisatie geleverde prestatie’, hetgeen bij de vergoeding voor licentieverlening voor uitzending van muziek op televisie betekent dat kon worden aangehaakt bij de omvang van het kijkerspubliek van de betrokken zenders.

De mededingingsrechtelijke maxime dat verticale overeenkomsten, en derhalve ook ie-licenties, geen absolute territoriale bescherming ten doel mogen hebben was tot nu toe doorgaans aan de orde waar het ie-rechten met betrekking tot tastbare producten betrof: geotrooieerde geneesmiddelen, van beschermde merken voorziene elektronica of consumptiegoederen. Waar het gaat om ie-licenties ter zake van immateriële prestaties die door auteurs- of naburige rechten zijn beschermd, is van belang dat voor het auteursrecht nooit een eenduidig ‘specifiek voorwerp’ is afgebakend gelet op de uiteenlopende wijzen van exploitatie, variërend van het in circulatie brengen van fysieke dragers (cd’s, dvd’s) tot het vragen van toegang voor live-uitvoeringen. Met betrekking tot het laatste was als ik mij niet vergis de algemene *perceived wisdom* toch min of meer dat de zaken daar zo anders lagen dat de hoofdregel van *Grundig/Consten* niet zonder meer opgeld zou kunnen doen.²⁰ Deze visie, in de praktijk ingekookt tot het adagium ‘bij auteursrechtlicenties is territoriale beperking toegestaan’, wordt steeds teruggevoerd op het tweede *Coditel*-arrest van het Hof van Justitie uit 1982.

Maar als we dit arrest er daadwerkelijk op naslaan, lijkt de zaak tamelijk genuanceerd te liggen. Het Hof van Justitie overwoog:

‘15 De enkele omstandigheid dat de houder van het auteursrecht op een film het recht om deze film gedurende een bepaalde periode op het grondgebied

van een lidstaat te vertonen en dus de uitzending ervan door derden te verbieden aan een uitsluitende licentiehouder heeft verleend, volstaat echter niet om een dergelijke overeenkomst als doel, middel of gevolg van een door het Verdrag verboden mededingingsregeling aan te merken.’

De verleiding om hierna niet meer door te lezen is groot, maar het is toch de moeite waard er weerstand aan te bieden. Het Hof van Justitie gaat namelijk verder als volgt:

‘16 Immers, gelet op de kenmerkende eigenschappen van de filmindustrie en de filmmarkt in de Gemeenschap, met name ter zake van de nasynchronisatie of ondertiteling ten behoeve van publiek uit onderscheiden taalgebieden, de mogelijkheden van televisie-uitzending en het financieringsstelsel van de Europese filmproductie, is een alleenvertoningsrecht op zichzelf niet van dien aard dat de mededinging er door wordt verhinderd, beperkt of vervalst.’

De zaak is dus nauw verbonden met de concrete omstandigheden waarbinnen de *Coditel*-casus zich afspeelde en waarin de rechthebbende zich in die zaak bevond. En ook in die specifieke omstandigheden geldt onverkort dat de uitoefening van het auteursrecht in strijd kan komen met het mededingingsrecht:

‘17 Vallen derhalve het auteursrecht op een film en het daaruit voortvloeiende vertoningsrecht naar hun aard niet onder de verbodsbepalingen van artikel [101], de uitoefening ervan kan evenwel, indien als gevolg van de economische of juridische context de distributie van films merkbaar zou worden beperkt of de mededinging op de filmmarkt, gelet op de eigen aard hiervan, vervalst onder bedoelde verbodsbepalingen vallen.’

Anders dan de rechthebbende in de *Coditel*-zaak dreigde te overkomen blijft de FA niet onbetaald en is zij niet genoodzaakt om met een beroep op enig ie-recht (of *sui generis* uitzendrecht) op te treden tegen *free riders*. Haar Griekse licentienemer stelt het materiaal immers alleen aan betalende abonnees ter beschikking en controleert de toegang tot dat signaal via de *decoder*. Ook Britse consumenten met een Griekse *decoder* zijn betalende abonnees en geen *free riders*. De verschuiving van kijkers van de Britse naar de Griekse licentienemer kan in de door beiden te betalen licentievergoedingen worden meegenomen, maar mag *niet* contractueel onmogelijk worden gemaakt. In het licht van *Consten/Grundig* is dat echter niet zo vreemd, en daar is het Hof van Justitie dan ook meteen heel streng: zelfs een beroep op artikel 101 lid 3 wordt voorshands uitgesloten hetgeen toch opvallend is nu eigenlijk altijd is aangenomen dat, hoe theoretisch ook, iedere mededingingsbeperking onder de uitzondering van artikel 101 lid 3 zou kunnen vallen. De ruimte voor de FA om een rechtvaardiging aan te voeren wordt

19. Steven Anderman en Hedvig Schmidt, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 19. Illustratief is voorts nog steeds H.W. Wertheimer, ‘Industriële eigendomsrechten en Europees mededingingsrecht’, in: P. Verloren van Themaat e.a. (red.), *Europees kartelrecht anno 1973*, Deventer: Kluwer 1973, p. 97-127.

20. Zo bijv. Faull en Nikpay (2007), par. 10.201, alsmede randnr. 52 van de Richtsnoeren technologieoverdracht.

zo wel erg ingesnoerd, zoniet geheel onmogelijk gemaakt.

Wat mag nog wel?

Wat mag na *Premier League* nog wel? Zoals het Hof van Justitie zelf expliciet overweegt is de exclusieve licentieverlening per lidstaat als zodanig niet in deze zaak aan de orde. Nog onlangs heeft Commissaris Barnier (Interne Markt) het arrest zo uitgelegd dat dit rechthebbenden niet ertoe dwingt pan-Europese licenties te gaan verlenen, net zo min als omroepen gedwongen zouden worden niet langer nationale licenties te verwerven.²¹ Evenmin staat deze uitspraak naar mijn mening in de weg aan de gebruikelijke praktijk van licentieverlening per platform (kabel, internet, digitale ether). Het arrest noopt de licentiegever er ook niet per se toe eenzelfde prijs voor alle territoria, of alle licentienemers te hantieren, zolang de licentienemer niet contractueel wordt gedwongen arbitrage als gevolg van de prijsverschillen tegen te gaan. Weliswaar veroordeelt het Hof van Justitie categorisch de licentieverlening door de FA, maar het doet dit wel tegen de achtergrond van het gegeven dat de FA in staat is om per kijker af te rekenen en dus niet, zoals Coditel, te kampen heeft met *free riders* die alleen met een beroep op het absoluut verbodsrecht geweerd kunnen worden.

Een interessante vraag in dat verband is hoe, waar het gaat om licenties met betrekking tot de verspreiding van *content* via internet, de (naar ik begrijp vrij gebruikelijke) praktijk van *'geoblocking'* moet worden geduid, de technologie waarmee websites onbereikbaar worden gemaakt voor IP-adressen vanuit een ander gebied, zoals bijvoorbeeld Nederlanders ontdekten die vanuit het buitenland naar het online NOS-journaal wilden kijken en er achter kwamen dat het IOC had afgedwongen dat fragmenten van de Olympische Winterspelen in Vancouver alleen in Nederland zelf waren te zien. Zoals de chef nieuwe media van de NOS het toelichtte:²²

'De NOS bezit alleen de rechten voor het uitzenden van de beelden van de Olympische Spelen binnen Nederland. Dit geldt zowel voor televisie als voor internet. Onze website is wel toegankelijk buiten de landsgrenzen, maar de video's en livestreams kunnen buiten Nederland niet worden afgespeeld. Dat is geen keuze van ons, maar een keiharde contractuele verplichting naar het Internationaal Olympisch Comité (IOC) toe. Wij schermen de beelden af door middel van 'geoblocking', een systeem waarbij we controleren vanaf welk IP-adres een gebruiker ons bezoekt. Elke computer heeft een uniek IP-adres en we weten welke IP-adressen binnen Nederland beschikbaar zijn.

Het IOC ziet zeer streng toe op naleving van de verplichting tot geoblocking. De Olympische website van de Deense televisie is vorige week bijvoorbeeld uit de lucht gehaald omdat de video streams niet goed waren afgeschermd.

De redenering daarachter is dat bijvoorbeeld de Amerikaanse televisiezender NBC vele honderden miljoenen dollars heeft betaald voor de exclusieve televisierechten van de Olympische Spelen. Als wij (of andere zenders) streams aanbieden die ook in de VS te bekijken zijn, concurreren we met NBC die nu juist heel veel geld hebben betaald voor de exclusieve rechten.'

Nu is het hier niet de plaats om een *legal opinion* af te geven over deze gang van zaken. Mij lijkt in dit verband wel van belang dat het hier gaat over *content* die niet achter de *decoder* blijft maar voor alle kijkers van de betrokken omroep gratis toegankelijk is. Wanneer deze omroep alleen de rechten voor 'zijn' territorium heeft verkregen (en dat is in beginsel niet verboden) maar zijn uitzending ook buiten het gebied is te ontvangen, bestaat de mogelijkheid van 'meelifters' waarmee bij het vaststellen van de licentievergoeding geen rekening is gehouden. Bij uitzending via internet kan dit via de techniek van regiobeveiliging worden geblokkeerd (*hackers* daargelaten uiteraard). Zou dit dan worden erkend als de 'klassieke' *Coditel*-situatie? Ongetwijfeld zullen hierover de nodige geschillen worden uitgevochten op basis van het hier besproken arrest.

'Het behoort tot de wetten van het voetbal dat op succes vaak een grote teleurstelling volgt.'²³

Met dat alles is de zaak nog niet voorbij. De verwijzende rechter zal de zaak moeten afdoen en daarbij nog een interessante vraag moeten beantwoorden. In het arrest van het Hof van Justitie blijft namelijk onvermeld dat – als ik mij niet vergis – Karen Murphy een Grieks abonnement voor consumenten had afgesloten en geen abonnement voor commercieel gebruik. De TV in de pub gaat natuurlijk niet pas na sluitingstijd aan, zodat wat er ook zij van de grensoverschrijdende rechten die mevrouw Murphy zelf heeft als ontvangster van diensten, zij daarmee nog niet zomaar een recht heeft het materiaal ook aan derden te vertonen. De nietigheid van de restricties ten aanzien van *decoders* doet daar niet aan af. Het zou dus nog wel eens een pyrrusoverwinning kunnen blijken – wellicht een troost voor de FA, die misschien toch wel wat spijt van deze proefprocedures heeft gekregen.

21. 'ECJ's TV-rights ruling doesn't demand pan-EU broadcasting licenses, says Barnier', Mlex, 10 november 2011.

22. <http://weblogs.nos.nl/nieuwemedia/2010/02/22/nederlanders-in-het-buitenland-teleurgesteld-.../>.

23. Johan Crujff.