

Forward to the Past: de territoriale exploitatie van uitzendrechten na het arrest *Premier League*

Mr. H.M.H. Speyaert*

In het arrest *Premier League* van het HvJ EU komen alle denkbare aspecten van de IE-rechtelijke en technische bescherming van territoriaal geëxploiteerde uitzendrechten aan bod. Daarbij wordt de lezer meegenomen op een reis terug in de tijd, naar *golden oldies* als *Consten/Grundig*, *Coditel I* en *Coditel II*. Het arrest kan belangrijke gevolgen hebben voor het exploitatiemodel voor uitzendingen van supranationaal belang, zoals opnames van sportevenementen (EK's en WK's, Olympische Spelen of, zoals hier, betaald voetbal wedstrijden), films of televisieseries.

HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08, Premier League, n.n.g.

Inleiding

Het arrest heeft betrekking op het klassieke exploitatiemodel dat in Europa wordt gebruikt voor televisie-uitzendingen met een grensoverschrijdend belang. In dat model verkoopt de rechthebbende exclusieve nationale uitzendlicenties, met een verbod, voor alle licentienemers, om de betrokken uitzendingen buiten hun respectieve landsgrenzen uit te zenden. Als de licentienemer de uitzending via satelliet uitzendt, hetgeen altijd leidt tot een *footprint* die veel groter is dan het betrokken nationale territorium, wordt de inperking tot de landsgrenzen bereikt door een verbod, voor de licentienemer, om zijn decoders aan buitenlandse ingezetenen te leveren.

Juridisch kader

Hoewel de beschrijving van het juridisch kader acht kantjes van het arrest beslaat, kan hier vooraleerst worden volstaan met een verwijzing naar artikel 4 van Richtlijn 98/84/EG inzake voorwaardelijke toegang (hierna: Richtlijn VT).¹ Het doel van die richtlijn, die deel uitmaakte van een pakket aan informatiemaatschappijmaatregelen uit de jaren negentig,² is om op EU-niveau te voorzien in rechtsbescherming tegen illegale uitrusting:

- ‘waarmee gratis toegang tot beschermde diensten kan worden verkregen’ (overweging 6); of
- ‘die het mogelijk of gemakkelijk maakt om technische maatregelen die genomen zijn om de betaling van een legaal verrichte dienst zeker te stellen, zonder toestemming te omzeilen’ (overweging 13).

Krachtens artikel 4 van die richtlijn moeten de lidstaten onder andere voorzien in een verbod op het verkopen, installeren of voor commerciële doeleinden in bezit hebben van ‘illegale uitrusting’, welke in artikel 2 onder e is gedefinieerd als: ‘elke uitrusting of programmatuur die is ontworpen of aangepast om zonder toestemming van de dienstverrichter in een begrijpelijke vorm van toegang te verschaffen tot een beschermde dienst’, waarbij dat laatste begrip op zijn beurt in hetzelfde artikel onder a en b onder andere wordt gedefinieerd als, kort gezegd, een versleutelde betaaltelevisie-uitzending.

Krachtens artikel 5 Richtlijn VT moeten de lidstaten voorts voorzien in strafrechtelijke sanctivering van dat verbod en in de mogelijkheid, voor de betrokken dienst-

* Mr. H.M.H. Speyaert is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam en vaste medewerker van NTER. De auteur dankt Martine Valk voor haar hulp bij het schrijven van dit artikel.

1. *Pb. EG* 1998, L 320, p. 54. Zie, van de schrijver: ‘Décodeurs de Dijon: een communautair beschermingsregime voor technische inhoudsbeveiliging’, *NTER* 1997/9, p. 190.

2. Zie, van de schrijver: ‘Kleurrijk behangen kapstokken: het communautaire beleid aangaande de Informatie-maatschappij’, *NJB* 1996, p. 1746.

verlener, om overtredingen van dat verbod ook civielrechtelijk tegen te gaan.

Artikel 3 Richtlijn VT voorziet ten slotte in volledige harmonisatie: enerzijds moeten de lidstaten de in artikel 4 bedoelde handelingen verbieden en in de in artikel 5 bedoelde sancties en rechtsmiddelen voorzien (lid 1), anderzijds mogen zij geen verdergaande beperkingen hanteren ‘om redenen die te maken hebben met het door de richtlijn gecoördineerde gebied’ (lid 2). Dat laatste gebied wordt in artikel 2 onder f gedefinieerd door middel van een verwijzing naar de krachtens artikel 4 te verbieden handelingen.

Deze bepalingen zijn voor het VK omgezet in de artikelen 297 en 298 van de *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (CDPA).

Feiten en hoofdgedingen

De Engelse voetbalbond, de Football Association, organiseert het Engelse betaald voetbal, waaronder de Premier League. Haar dochtervennootschap Football Association Premier League Ltd. (FAPL) exploiteert namens haar en de in de Premier League uitkomende clubs de uitzendrechten van de betrokken competitiewedstrijden.³

FAPL verleent uitzendlicenties op basis van openbare veilingen. Theoretisch kan worden geboden op wereldwijde, regionale of nationale kavels, maar de overwegend nationale organisatie van omroeporganisaties maakt dat licenties in de praktijk uitsluitend op nationaal niveau worden gevraagd en verleend. De licenties zijn exclusief, waarbij de licentienemer zich verbindt tot het coderen van zijn satellietsignalen en tot het niet ter beschikking stellen van zijn decoders aan buitenlandse ingezetenen. Op deze manier kan FAPL aan haar licentienemers absolute exclusiviteit verlenen, in die zin dat inwoners van een bepaald land de Premier League-wedstrijden alleen kunnen volgen door een abonnement af te nemen van de exclusieve licentienemer voor dat land.

FAPL speelt zelf een actieve rol bij het maken van de uitzendingen: zij neemt de wedstrijden op, monteert de beelden, en voegt daar logo's, videomontages, muziek en commentaar aan toe. Zij zendt de complete uitzendingen vervolgens aan alle nationale licentienemers, die deze uitzendingen op hun beurt opstralen naar hun respectieve satellietnetwerken.

Ten tijde van de betrokken feiten waren BSkyB en NetMed Hellas de Britse respectievelijk de Griekse licentienemer van FAPL. Omdat het VK het thuisland is van de Premier League-competitie en daar dus het populairst is, zijn de licentiekosten voor BSkyB, en dus ook de abonnementskosten voor de Britse particulier, veel hoger dan in andere landen. Om die reden is in het VK een bloeiende parallelhandel ontstaan van decoders uit andere lidstaten, waaronder Griekenland, die in die

andere lidstaten zijn verkregen onder opgave van een valse naam en adres. Een aantal ondernemingen legt zich toe op die handel en veel cafés, bars en pubs vertonen de Premier League-wedstrijden via deze Griekse U-bocht. Het moge duidelijk zijn dat dit een doorn was in het oog van de FAPL. Zij probeerde dan ook via de Engelse rechter de activiteiten van deze ondernemingen gestaakt te krijgen en Engelse cafés te verbieden om Griekse decoders te gebruiken.

De eerste van de gevoegde prejudiciële verwijzingen (C-403/08) gaat terug op een drietal civielrechtelijke zaken die door FAPL en NetMed Hella zijn ingeleid tegen enerzijds een aantal decoderinstallateurs en anderzijds een aantal Engelse horecagelegenheden die Griekse decoders gebruiken om de Premier League-wedstrijden aan hun bezoekers te laten zien.

De decoderinstallateurs werden aangesproken op (1) inbreuk op het verbod om illegale decodeeruitrusting te verhandelen en te installeren (art. 298 CDPA) en (2) indirecte inbreuk op het auteursrecht van FAPL op de betrokken uitzendingen, doordat zij de horecaexploitanten in staat hebben gesteld inbreuk te maken op die auteursrechten.

De horecaexploitanten werden daarentegen aangesproken op (1) inbreuk op het verbod om voor commerciële doeleinden in het bezit te zijn van illegale decodeeruitrusting (art. 298 CDPA) en (2) inbreuk op het auteursrecht van FAPL op de betrokken uitzendingen, doordat de betrokken uitzendingen zonder toestemming (a) worden gereproduceerd in de decoders en (b) aan het horecapubliek worden vertoond.

De tweede verwijzing (C-429/08) betreft een strafzaak die door FAPL is uitgelokt tegen Karin Murphy, die in Portsmouth een pub houdt en daar eveneens een decoder van NetMed Hellas gebruikt om Premier League-wedstrijden aan haar bezoekers te vertonen.

Naar aanleiding van Europeesrechtelijke weren van gedaagden en Murphy hebben beide verwijzende gerechten, te weten de civiel- en strafrechtelijke afdelingen van de High Court of Justice (England & Wales), vragenlijsten van vier kantjes verwezen. Op gebruikelijke wijze herformuleert en herschikt het Hof van Justitie die vragen, langs de volgende lijnen:

- Vallen de Griekse decoders onder het begrip ‘illegale uitrusting’ uit de Richtlijn VT?
- Verzet die Richtlijn zich tegen de CDPA, voor zover deze verder gaat dan de Richtlijn bij het verbieden van decoders uit een andere lidstaat?
- Als dat niet zo is, is de CDPA dan verenigbaar met de verkeersvrijheden?
- Zijn de licentieovereenkomsten van FAPL verenigbaar met het kartelverbod?
- Zijn de technische reproductiehandelingen binnen de decoder in strijd met het auteursrechtelijk reproductierecht?
- Is het in horecagelegenheden vertonen van de wedstrijden in strijd met het auteursrechtelijk recht op mededeling aan het publiek?

3. Zie voor meer achtergrond: Beschikking van de Commissie van 22 maart 2006 in zaak COMP/38.173 – Joint selling of media rights to the FA Premier League.

Arrest

Richtlijn VT

De eerste vraag is derhalve of de Griekse decoders vallen onder het begrip ‘illegale uitrusting’ in de zin van artikel 2 onder e Richtlijn VT.

Op grond van een tekstuele uitleg beantwoordt het Hof van Justitie deze vraag vrij onomwonden ontkennend: anders dan die bepaling vereist, zijn die decoders immers niet ‘ontworpen’ of ‘aangepast’ om zonder toestemming van NetMed Hellas de betrokken wedstrijden te kunnen bekijken (punt 63).

Onder verwijzing naar de overwegingen 6 en 13, hiervoor geciteerd, voegt het Hof van Justitie daar nog aan toe dat geen sprake is van een van de daarin beschreven situaties, te weten dat gratis toegang wordt verkregen tot betaaltelevisie (overweging 6) of dat technische beschermingsmaatregelen zonder toestemming worden omzeild (overweging 13). De gebruikers betalen immers in Griekenland een vergoeding en NetMed Hellas heeft toestemming gegeven om de decoders te produceren en op de markt te brengen (punten 65 en 66). Dat die decoders zijn verkregen door gebruik te maken van een valse naam en adres, en in strijd met de contractuele beperkingen, doet hier niet aan af.

De volgende vraag is of de CDPA, wanneer zij aldus wordt toegepast, dat zij het gebruik van buitenlandse decoders verbiedt, verenigbaar is met de door artikel 3 Richtlijn VT voorziene volledige harmonisatie van beperkingen ‘om redenen die te maken hebben met het door de richtlijn gecoördineerde gebied’.

Het Hof van Justitie antwoordt dat de CDPA niet door deze harmonisatie wordt geraakt, aangezien de Griekse decoders geen illegale uitrusting vormen en het gebruik of de verkoop ervan dus niet behoren tot het gecoördineerde gebied, dat verwijst naar de in artikel 4 verboden activiteiten.

De logische stap die het Hof van Justitie niet vermeldt, maar die wel moet worden gezet om de volgorde van de vragen te begrijpen, is dat het niet van toepassing zijn van de Richtlijn VT met zich brengt dat het verbod op verkoop en gebruik van buitenlandse decoders rechtstreeks kan worden getoetst aan de verkeersvrijheden.⁴

Vrije dienstverlening

De tweede vraag heeft betrekking op die rechtstreekse toets.

Het Hof van Justitie doorloopt secuur alle stappen van de daarvoor vereiste analyse: is een vrijheid van toepassing, is sprake van een beperking, bestaat daar een rechtvaardigingsgrond voor en is daarbij voldaan aan de evenredigheidstoets? Daarbij had FAPL twee rechtvaardigingsgronden aangevoerd: enerzijds de bescherming van haar IE-rechten op de uitzendingen en anderzijds, ter stimulering van het stadionbezoek, de bescherming van een verbod, voor de Britse licentienemer, om de wedstrijden *live* uit te zenden.

4. Vaste rechtspraak, zie bijv. HvJ EG 5 oktober 1977, zaak 5/77, *Tedeschi*, Jur. 1977 p. 1555, punt 35.

- Toepasbare vrijheid

In deze zaak moeten niet de vrije dienstverlening en het vrije verkeer van goederen naast elkaar worden toegepast, maar alleen de vrije dienstverlening. Het enige doel van de decoders is immers om de dienst bestaande uit de ontvangst van versleutelde betaaltelevisiediensten mogelijk te maken (punten 77-83).⁵

- Beperking

Het genoemde verbod beperkt de mogelijkheden, voor inwoners van het VK, om betaaltelevisiediensten uit andere lidstaten te ontvangen. Die belemmering is in de eerste plaats een contractuele, maar zij wordt versterkt door het wettelijk verbod, waardoor sprake is van een staatsmaatregel (punten 85-89).

- Rechtvaardigingsgrond I: IE-bescherming

Het Hof van Justitie brengt in herinnering dat de bescherming van IE-rechten een dwingende reden van algemeen belang vormt, op grond waarvan beperkingen op de verkeersvrijheden gerechtvaardigd kunnen worden (punt 94).⁶

Voetbalwedstrijden vormen echter geen auteursrechtelijk beschermde werken, nu daarvoor sprake moet zijn van een intellectuele schepping van de auteur.⁷ Voor voetbalwedstrijden gelden echter spelregels ‘die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid in auteursrechtelijke zin’ (punten 97-98). 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.’ (punt 100).

Het Hof van Justitie wijst daarbij op de in artikel 165 lid 1 tweede alinea VWEU geregelde verantwoordelijkheid van de Unie met betrekking tot sport: ‘De Unie draagt bij tot de bevordering van de Europese inzet op sportgebied, rekening houdend met haar specifieke kenmerken, haar op vrijwilligerswerk berustende structuren en haar sociale en educatieve functie.’ (punt 101).

De lidstaten mogen derhalve voorzien in de juridische bescherming van sportwedstrijden (punten 102-104).

5. Verwijzing naar HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, Jur. 1994, p. I-1039, punt 22.

6. Vaste rechtspraak, het Hof van Justitie verwijst o.a. naar zijn arrest van 18 maart 1980, zaak 62/79, *Coditel e.a./Ciné-Vog*, ‘*Coditel I*’, Jur. 1980, p. 881, NJ 1981, 531 m.nt. Wichers Hoeth, SEW 1981, p. 137 m.nt. Timmermans, AA 1981, p. 77 m.nt. Cohen Jehoram en *Auteursrecht* 1980, p. 80 m.nt. Mom, punten 15 en 16.

7. Verwijzing naar HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-5/08, *Infopaq International*, Jur. 2009, p. I-6569, punt 37, NJ 2011, 288 en 288 m.nt. Hugenholtz, AMI 2009, p. 204 m.nt. Koleman, IER 2009, p. 323 m.nt. Grosheide, bespreking Speyart in NTER 2009/10, p. 335 en Schulze in GRUR 2009, p. 1019.

– *Evenredigheidstoets I: Juridische bescherming van sportwedstrijden*

In het kader van de evenredigheidstoets haalt het Hof van Justitie vervolgens zijn ‘specifieke voorwerp’-rechtspraak van stal: beperkingen op de verkeersvrijheden op basis van IE-rechten kunnen slechts gerechtvaardigd zijn indien zij betrekking hebben op het specifieke voorwerp daarvan (punt 106).⁸

Het Hof van Justitie verwijst hier vervolgens naar zijn standaardrechtspraak met betrekking tot het specifieke voorwerp van het auteursrechtelijk vertoningsrecht, dat het blijkbaar – zonder dit uitdrukkelijk te motiveren – van overeenkomstige toepassing acht op de *sui generis* bescherming van sportevenementen. Dat specifieke voorwerp is hier het recht om: ‘het in het verkeer brengen of het beschikbaar stellen van beschermd materiaal commercieel te exploiteren door tegen betaling van een vergoeding licenties te verlenen’ (punt 107).⁹

En nu komt een centrale wending in het arrest:

‘Vastgesteld moet evenwel worden dat een dergelijk specifiek voorwerp (...) niet de mogelijkheid garandeert om de hoogst mogelijke vergoeding te vragen. Overeenkomstig dat voorwerp is er (...) slechts sprake – zoals blijkt uit punt 10 van de considerans van de richtlijn auteursrecht en punt 5 van de considerans van de richtlijn naburige rechten – van een passende beloning voor elk gebruik van beschermd materiaal.’ (punt 108).

‘Om passend te zijn moet een dergelijke beloning in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestatie staan. Zij moet in het bijzonder in een redelijke verhouding staan tot het daadwerkelijke of potentiële aantal personen dat daar gebruik van maakt of wil maken.’ (punt 109).

8. Vaste rechtspraak, zie HvJ EG 8 juni 1971, zaak 78/70, *Deutsche Grammophon/Metro*, Jur. 1971, p. 487, BIE 1971, p. 240 m.nt. Cohen Jehoram en SEW 1971, p. 678 m.nt. Wertheimer; HvJ EG 31 oktober 1974, zaak 16/74, *Centrafarm*, Jur. 1974, p. 1183, SEW 1975, p. 207 m.nt. Baardman, AA 1975/4, p. 352 m.nt. Cohen Jehoram en BIE 1975, p. 19; HvJ EG 9 juli 1985, zaak 19/84, *Pharmon/Hoechst*, Jur. 1985, p. 2281, NJ 1986, 455 m.nt. Wichers Hoeth, BIE 1986, p. 188 m.nt. Verkade, AA 1987, p. 31 m.nt. Cohen Jehoram; HvJ EG 17 oktober 1990, zaak C-10/89, *CNL Sucal/HAG GF*, Jur. 1990, p. I-3711, SEW 1991, p. 408 m.nt. Baardman, IER 1991, p. 1 m.nt. Van Manen, AA 1995, p. 59 m.nt. Cohen Jehoram; punt 12.
9. Verwijzing naar HvJ EG 20 januari 1981, gevoegde zaken 55/80 en 57/80, *Musik-Vertrieb membran en K-tel International*, Jur. 1981, p. 147, NJ 1982, 111 m.nt. Wichers Hoeth, SEW 1981, p. 590 m.nt. Wertheimer, AA 1981, p. 77 m.nt. Cohen Jehoram; punt 12; en HvJ EG 20 oktober 1993, gevoegde zaken C-92/92 en C-326/92, *Phil Collins*, Jur. 1993, p. I-5145, IER 1994, p. 91 m.nt. Feenstra en Krawczyk, CMLR 1993, p. 773, punt 20.
10. 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, Pb. EG 2001, L 167/10.

Naast de Richtlijn Auteursrecht¹⁰ en de Richtlijn Naburige Rechten¹¹ verwijst het Hof van Justitie daarbij, naar analogie, naar zijn arresten *FDV*¹² en *Kanal 5 en TV4*.¹³ Het Hof van Justitie verduidelijkt vervolgens dat die vergoeding in een redelijke verhouding moet staan tot het daadwerkelijke aantal kijkers, het potentiële aantal kijkers en de taalversie.¹⁴

Terugkerend naar de casus oordeelt het Hof van Justitie dat het verbod op de invoer en het gebruik van decoders uit een andere lidstaat niet louter als doel heeft om een *redelijke* vergoeding te waarborgen, maar verder gaat dan dat: MedNet Hellas en, indirect, FAPL, ontvangen immers al redelijk te achten Griekse abonnementsgelden voor het gebruik van de betrokken decoders. Doordat decoders moeten worden gebruikt, kan bovendien het aantal kijkers nauwkeurig worden getraceerd (punt 113).

‘In casu wordt evenwel extra betaald, aan de betrokken rechthebbenden, ter verkrijging van absolute territoriale exclusiviteit die kan leiden tot kunstmatige prijsverschillen tussen de 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. In die omstandigheden kan hetgeen extra wordt betaald, niet worden beschouwd als een deel van de passende beloning die aan de betrokken rechthebbenden moet worden gegarandeerd.’ (punt 115).

Daarbij ‘belet niets’ dat de FAPL, bij het onderhandelen met een omroeporganisatie, niet alleen rekening houdt met ‘het daadwerkelijke en het potentiële aantal kijkers in de lidstaat van uitzending’, maar ook met die kijkers ‘in enige andere lidstaat waar de uitzendingen met het beschermde materiaal eveneens worden ontvangen’ (punt 112).

Het Hof van Justitie blijft daarbij nog stilstaan bij het arrest *Coditel I*, waar het een geografische afbakening van IE-rechten langs nationale lijnen had aanvaard. In die zaak ging het echter niet om het beschermen van prijsverschillen tussen twee lidstaten, maar om het beschermen van de rechthebbende tegen het in het geheel niet ontvangen van enige vergoeding (punten 118-119).

– *Rechtvaardigingsgrond II: het bevorderen van het aantal toeschouwers in de voetbalstadions*

FAPL had subsidiair nog een tweede rechtvaardigingsgrond aangevoerd, namelijk dat het, ter bevordering van

11. Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten (gecodeerde versie), Pb. EU 2006, L 376/28. De oorspronkelijke versie van die richtlijn was Richtlijn 92/100/EEG, Pb. EG 1992, L 346/61.
12. HvJ EG 22 september 1998, zaak C-61/97, *FDV*, Jur. 1998, p. I-5171, punt 15.
13. HvJ EG 11 december 2008, zaak C-52/07, *Kanal 5 en TV 4*, Jur. 2008, p. I-9275, NJ 2009, 161 m.nt. Mok, bespreking Rosenstok en Schrijverhof in AM 20089, p. 161, punten 36 tot en met 38.
14. Verwijzing naar HvJ EG 14 juli 2005, zaak C-192/04, *Lagardère Active Broadcast*, Jur. 2005, p. I-7199, punt 51.

het stadionbezoek, aan zijn Britse licentienemer de voorwaarde heeft opgelegd dat deze de Premier League-wedstrijden niet *live* mag uitzenden.

Het Hof van Justitie maakt hier korte metten mee: als dat het doel was geweest, had FAPL immers kunnen volstaan met het opleggen van een gelijkwaardig verbod op haar overige licentienemers (punt 123).

- *Slotsom*

De wettelijke bescherming van het contractuele invoerverbod van decoders uit andere lidstaten kan dus niet worden gerechtvaardigd (punt 125).

Ook hier verduidelijkt het Hof van Justitie nog dat aan deze slotsom niet wordt afgedaan door het feit dat de decoders frauduleus zijn verkregen en dat zij voor commerciële doeleinden worden gebruikt hoewel zij voor privédoeleinden waren bestemd.

Die frauduleuze handeling verandert immers niet het totaal aantal personen dat individuele abonnementen afneemt (punt 127), terwijl:

‘niets belet dat het bedrag van de tussen de rechthebbers en de omroeporganisaties overeengekomen vergoeding wordt berekend rekening houdend met het feit dat sommige klanten de decodeerapparatuur voor commerciële doeleinden gebruiken en anderen voor privédoeleinden.’ (punt 129).

Bij dit laatste geldt nog dat fraudes waarbij een privéklant de decoders voor commercieel gebruik aanwendt zich ook in een zuiver interne situatie kunnen voordoen, waardoor dit aspect geen beperking kan rechtvaardigen (punt 131).

Verbod op mededingingsbeperkende afspraken

Nu de wettelijke bescherming van het contractuele invoerverbod is gesneuveld, moet dat verbod zelf nog worden getoetst, namelijk aan het kartelverbod. Na de gebruikelijke uitleg over het verschil tussen strekkings- en gevolgbeperkingen maakt het Hof van Justitie daarbij een onderscheid tussen enerzijds de territoriale exclusiviteit als zodanig en anderzijds het aanvullende decoderuitvoerverbod, dat aan die exclusiviteit een absoluut karakter verleent.

- Teruggrijpend op zijn arrest *Coditel II* brengt het Hof van Justitie met betrekking tot het eerste aspect in herinnering dat een stelsel van nationaal georganiseerde exclusieve uitzendrechten als zodanig geen strekkingsbeperking inhoudt (punten 137 en 138).
- Onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak inzake bedingen die de door het Werkingsverdrag beoogde integratie van nationale markten frustreren, zoals onder andere toegepast in zijn *Griekse* en *Spaanse GSK*-arresten,¹⁵ oordeelt het Hof van Justitie echter

dat het bijkomende decoderuitvoerverbod resulteert in absolute bescherming. Die absolute bescherming schakelt alle concurrentie tussen de omroeporganisaties uit en levert dus een strekkingsbeperking op (punt 142). Daarbij heeft FAPL geen enkele omstandigheid aangevoerd in de sfeer van de economische en juridische context van de overeenkomst die deze conclusie zou kunnen aantasten (punt 142), terwijl een eventueel beroep op artikel 101 lid 3 VWEU gedoemd is te sneuvelen omdat uit de verkeersvrijhedenanalyse reeds is gebleken dat niet is voldaan aan het evenredigheidsvereiste (punt 145).

Auteursrecht

Nu alle publiekrechtelijke en contractuele barrières zijn gevallen, kunnen de kroegbazen alleen nog worden aangepakt door middel van het auteursrecht.¹⁶ Daarbij worden twee handelingen in het vizier genomen: enerzijds de reproductiehandeling die plaatsvindt in de decoder en anderzijds de mededeling aan de cafébezoekers. Beide ingeroepen aspecten van het auteursrecht, te weten het reproductierecht en het recht van mededeling aan het publiek, zijn geharmoniseerd door de Richtlijn Auteursrecht.

Met betrekking tot het reproductierecht laat het Hof van Justitie het aan de nationale rechter over om te oordelen of de handelingen die in een decoder plaatsvinden, die een fragmentarisch karakter hebben, neerkomen op de gedeeltelijke reproductie van een werk¹⁷ (punten 153-159). Het Hof van Justitie oordeelt echter tevens dat in deze hoe dan ook is voldaan aan de vereisten van artikel 5 lid 1 Richtlijn Auteursrecht, dat in een uitzondering voorziet voor voorbijgaande technisch noodzakelijke reproducties die geen zelfstandige betekenis hebben (punten 160-181).

Maar voor de omroeporganisaties is alles nog niet verloren: bij het allerlaatste onderwerp uit het arrest, het recht van mededeling aan het publiek van artikel 3 lid 1 Richtlijn Auteursrecht, krijgen de kroegbazen alsnog het lid op de neus. Het Hof van Justitie grijpt daarvoor terug op zijn arrest *SGAE*, dat betrekking had op de uitzending aan hotelgasten.¹⁸ Net als in die zaak oordeelt het Hof van Justitie dat de uitzending ten behoeve van kroeggasten een mededeling is aan het publiek. Het Hof van Justitie komt tot deze conclusie op grond van:

- de doelstelling om een hoog beschermingsniveau voor auteurs te verwezenlijken (punt 186);
- de noodzaak om het begrip ‘mededeling aan het publiek’, dat in meerdere auteursrechttrichtlijnen voorkomt, eenvormig uit te leggen tenzij blijkt dat de wetgever er telkens een andere betekenis aan wilde geven (punt 188); en

15. HvJ EG 16 september 2008, gevoegde zaken C-468/06 t/m C-478/06, *Sot. Lelos kai Sia*, *Jur.* 2008 p. I-7139, *NJ* 2009, 63 m.nt. Mok, bespreking Langer in *AM* 2008, p. 241 en Knapen en Wiggers in *M&M* 2009/1, p. 29; punt 65 en HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie*, *Jur.* 2009, p. I-9291, *NJ* 2010, 80 m.nt. Mok, punt 55.

16. Het Hof van Justitie wijst er in punten 149 en 150 nog op, dat de omroeporganisaties zich ook zouden kunnen beroepen op de uitzendingbescherming van de Richtlijn naburige rechten, maar dat zij dat in deze niet hebben gedaan, waardoor hier alleen het auteursrecht een rol speelt.

17. Zie arrest *Infopaq International*, reeds aangehaald in noot 7.

18. HvJ EG 7 december 2006, zaak C-306/05, *SGAE*, *Jur.* p. I-11519, *AMI* 2007, p. 50 m.nt. Koelman.

- de noodzaak tot uitlegging conform aan de Berner Conventie en het WIPO Auteursrechtverdrag (punt 189).

Daarbij neemt het Hof van Justitie in aanmerking dat de rechthebbenden bij het geven van toestemming voor uitzending door de omroeporganisaties niet beducht hoefden te zijn voor uitzending in cafés, waardoor dat cafépubliek een ‘nieuw publiek’ vormt ten opzichte van de normale televisiekijker (punt 198). Ook is relevant dat die uitzending in het café een winstoommerk heeft (punt 205).

Commentaar

Het commentaar zal hier beperkt blijven tot de verkeersvrijheden- en mededingingsaspecten van dit arrest: voor de auteursrechtelijke aspecten wordt verwezen naar de noot van De Cock Buning in *IER* 2012/3.¹⁹

Verkeersvrijheden

Als het gaat om de toepassing van de verkeersvrijheden is het meest interessante aspect van het arrest de toepassing van het leerstuk van het specifieke voorwerp van IE-rechten.²⁰

Dit leerstuk, dat het Hof van Justitie heeft ingevoerd in zijn arrest *Deutsche Grammophon*,²¹ beoogt het spanningsveld te overbruggen tussen enerzijds de territoriaal geregelde bescherming van IE-rechten en anderzijds het vrije verkeer van goederen. Het houdt kort gezegd in dat een IE-recht alleen mag worden ingeroepen om een product waarop dat recht rust aan de landsgrens tegen te houden indien zulks noodzakelijk is om het specifieke voorwerp van dat recht te beschermen.

De vraag is vervolgens, per type IE-recht, wat dat specifieke voorwerp is.

Bij rechten die een distributieaspect kennen, zoals het octrooirecht, het merkenrecht en het auteursrechtelijk distributierecht, is dat specifieke voorwerp het recht om de eerste distributie van het betrokken product te controleren, teneinde een vergoeding te ontvangen voor het gebruik van het betrokken IE-recht.

Daaruit is, in hetzelfde arrest *Deutsche Grammophon*, het leerstuk van de communautaire uitputting ontstaan: wanneer het specifieke voorwerp van het betrokken IE-recht bestaat uit het controleren van de eerste distributie, zou de IE-bescherming te ver gaan als de rechtheb-

bende ook bij elke nieuwe verhandeling, of bij elk passeren van een landsgrens, een nieuwe vergoeding zou kunnen verlangen. Dit leerstuk is inmiddels ook overgenomen in de diverse richtlijnen waarin sommige IE-rechten zijn geharmoniseerd.²²

Hier is het auteursrecht echter niet van toepassing in zijn distributieaspect, maar in zijn vertoningsaspect, dat, in het nieuwe jargon van de Richtlijn Auteursrecht, wordt aangeduid als ‘recht van mededeling aan het publiek’.

In *Coditel I*²³ had het Hof van Justitie al uiteengezet dat:

‘de cinematografische film behoort tot de categorie letterkundige en kunstwerken die ter beschikking van het publiek worden gesteld bij wege van onbeperkt herhaalbare voorstellingen. Daardoor zijn de problemen die de eerbiediging van het auteursrecht in verband met de vereisten van het verdrag oproept, niet dezelfde als bij letterkundige en kunstwerken die het publiek ter beschikking worden gesteld door het in omloop brengen van de materiele drager van het werk, zoals het geval is bij boeken of grammofonplaten’ (punt 12).

Om die reden heeft:

‘de houder van het auteursrecht op een film en zijn rechtverkrijgenden er een rechtmatig belang bij, de royalty’s verschuldigd wegens de toestemming tot het vertonen van de film, te berekenen volgens het werkelijke of waarschijnlijke aantal vertoningen.’ (punt 13).

Het specifieke voorwerp van het vertoningsrecht bestaat in dat geval uit:

‘de bevoegdheid van de houder van het auteursrecht en van zijn rechtverkrijgenden om voor elke vertoning van een film royalty’s te vorderen.’ (punt 14).

Die conclusie werd kort daarna herhaald in *Musik-Vertrieb membran en K-tel International*.²⁴

In *Warner Bros en Metronome Video* heeft het Hof van Justitie vervolgens geoordeeld dat het verhuurrecht als inbreuk op het vrije verkeer van goederen kan worden gerechtvaardigd omdat alleen dat recht in staat is de rechthebbenden ‘een vergoeding te waarborgen die in verhouding staat tot het aantal feitelijke verhuringen en hun een bevredigend aandeel in de verhuur te verschaffen’.²⁵ Diezelfde redenering herhaalde het Hof van Justitie in zijn arrest *FDV*, dat ook betrekking had op het verhuurrecht.²⁶

19. Het arrest is ook besproken door Kreijger in *M&M* 2011/6, p. 239 en door Chavannes en Van Ginniken in *Mediaforum* 2011, p. 329.

20. In IE-kringen heeft men zich in het kader van dit gedeelte van het arrest ook het hoofd gebroken over de vraag waarom het Hof van Justitie, na te hebben vastgesteld dat een voetbalwedstrijd geen auteursrechtelijk beschermbaar werk kan zijn, niet ingaat op de auteursrechtelijke beschermingswaardigheid van de betrokken uitzendingen en zich daarom gedwongen ziet om, via een verwijzing naar het sportartikel 165 lid 1 VWEU, uit te komen bij een uitzendrecht *sui generis*. De reden daarvoor lijkt te zijn gelegen in het feit dat naar Brits recht een uitzending pas auteursrechtelijk beschermd kan worden als zij is vastgelegd, hetgeen hier blijkbaar nog niet het geval was.

21. Reeds aangehaald, zie noot 8.

22. Zie bijv. art. 7 van de Merkenrichtlijn (2008/95/EG, gecodificeerd) en art. 15 van de Modellenrichtlijn (98/71/EG).

23. Reeds aangehaald, zie noot 6.

24. Reeds aangehaald in noot 9.

25. HvJ EG 17 mei 1988, zaak 158/86, *Warner Brothers en Metronome Video/Erik Christiansen*, *Jur.* 1988, p. 2605, AA 1990, p. 176 m.nt. Cohen Jehoram, bespreking Feenstra in *Informatierecht* 1988, p. 119, punt 15.

26. Reeds aangehaald in voetnoot 12.

Het specifieke voorwerp van het vertoningsrecht is dus het recht om tegen vergoeding licenties te verlenen voor het vertonen van beschermd materiaal. In de onderhavige zaak gaat het vervolgens om de vraag hoe hoog die vergoeding moet zijn. Het Hof van Justitie haakt daarbij aan bij overwegingen uit de Richtlijnen Auteursrecht en Naburige Rechten om te oordelen dat die vergoeding ‘passend’ moet zijn: niet minder maar ook niet meer. Het Britse recht schiet dus te ver door als het aan de uitzendrecht een bescherming geeft die verder gaat en in feite ‘de mogelijkheid garandeert om de hoogst mogelijke vergoeding te vragen’ (punt 108).

Wij weten dus dat het niet hoeft te gaan om de hoogst mogelijke vergoeding, maar daarmee is nog niet verduidelijkt wat een ‘passende vergoeding’ is. Volgens het Hof van Justitie is dat een vergoeding die ‘in een redelijke verhouding’ moet staan tot (1) ‘de economische waarde van de geleverde prestatie’ en (2) ‘het daadwerkelijke of potentiële aantal personen dat daar gebruik van maakt of wil maken’ (punt 109).

Als bron voor punt (2) verwijst het Hof van Justitie naar zijn arrest *FDV*, dat als gezegd betrekking heeft op het verhuurrecht en dus in het verlengde ligt van het recht op publieke vertoning. Voor punt (1) verwijst het Hof van Justitie echter naar zijn arrest *Kanal 5 en TV 4*,²⁷ dat heel ergens anders thuishoort, namelijk bij het leerstuk van de excessieve prijzen uit het misbruikverbod.

In die zaak hadden de commerciële zenders Kanal 5 en TV 4 bij de Zweedse rechter geklaagd over het feit dat STIM, de Zweedse organisatie voor collectief beheer van muziekauteursrecht, voor hen een andere vergoedingsgrondslag hanteerde dan voor de staatszender Sveriges Television.

Het Hof van Justitie oordeelde in die zaak dat de betrokken royalty’s met name moeten worden beoordeeld in het licht van de waarde, in het handelsverkeer, van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken voor uitzending op televisie (punt 36), en van ‘het werkelijke of waarschijnlijke aantal vertoningen’ (punt 38).

Hoewel het Hof van Justitie voor het eerste punt, met betrekking tot de economische waarde, geen precedent noemt, gaat dat punt natuurlijk terug naar zijn standaardarrest op het gebied van excessieve prijzen, te weten *United Brands*.²⁸ Bij het tweede punt is de cirkel weer rond, omdat het Hof van Justitie daarvoor onder andere terugverwees naar zijn arrest ... *Coditel I*.²⁹

Wij zien hier dus dat het Hof van Justitie zijn rechtspraak ter zake van misbruik van machtspositie, die deels voortbouwt op de verkeersvrijheden, weer aangrijpt om zijn verkeersvrijheidsanalyse nader in te kleuren.

Onder verwijzing naar het arrest *Lagardère*,³⁰ dat betrekking heeft op billijke vergoedingen voor televisie-uitzendingen krachtens de Richtlijn Naburige Rechten, verduidelijkt het Hof van Justitie nog dat bij de berekening van die vergoeding rekening kan worden gehouden met (1) het daadwerkelijke aantal kijkers, (2) het potentiële aantal kijkers en (3) de taalversie. Voorafgaand aan *Lagardère* had het Hof van Justitie in *SENA* geoordeeld dat de criteria voor het vaststellen van die vergoeding aldus moeten worden gekozen dat:

‘een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van de uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke omstandigheden te kunnen uitzenden’.³¹

De volgende stap in de analyse is dat het decoderimportverbod niet noodzakelijk is om een vergoeding te waarborgen die gerelateerd is aan het aantal kijkers: door middel van de uitgifte van individuele decoders en smartcards is immers gewaarborgd dat alle kijkers een vergoeding betalen.

Daarbij abstraheert het Hof van Justitie echter behoorlijk van de huidige praktijk: ‘niets belet’ immers volgens het Hof van Justitie de rechthebbende om bij het vragen van een vergoeding van een omroeporganisatie rekening te houden met (1) het aantal kijkers dat de uitzendingen van die organisatie ‘in enige andere lidstaat’ kan ontvangen (punt 112) en met (2) het feit dat sommige gebruikers de apparatuur in privé gebruiken en andere voor commerciële doeleinden, waarbij de rechthebbende en de omroeporganisatie gedifferentieerde abonnementskosten kunnen vragen (punten 129 en 130).

Bij het eerste punt volgt het Hof van Justitie een merkwaardige redenering: het overweegt dat door middel van de uitgifte van decoders precies kan worden nagegaan in welke lidstaat de betrokken gebruiker is gevestigd (punt 113), maar de crux van deze zaak is juist dat decoders onder valse namen en adressen werden aangevraagd.

Ook het tweede punt is problematisch: sommige horeca-abonnees geven immers een privégebruik op, terwijl juist sprake is van commercieel gebruik. Het enige kapstok dat de rechthebbende hier heeft, is dat uit het tweede deel van het arrest zal blijken dat de cafébaas hierdoor inbreuk pleegt op het recht van de rechthebbende op mededeling aan het publiek.

De evenredigheidstoets is daarom streng: niets belet de rechthebbenden om het anders te doen dan nu, maar dat veronderstelt wel dat zij een heel ander businessmodel gaan hanteren. Daarover meer hierna.

27. Reeds aangehaald in voetnoot 13.

28. HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, Jur. p. 207, SEW 1978, p. 660 m.nt. Akyürek-Kievits en Mok.

29. Daarnaast verwijst het Hof van Justitie terug naar HvJ EG 13 juli 1989, zaak 395/87, *Tournier*, Jur. p. 2521, AA 1992, p. 369 m.nt. Cohen Jehoram, punt 45.

30. Reeds aangehaald, zie voetnoot 14.

31. HvJ EG 6 februari 2003, zaak C-245/00, *SENA*, Jur. p. I-1251, bespreking *Seignette* in *AMI* 2003, p. 109, punt 36.

Mededingingsrecht

Ook de mededingingsrechtelijke toets is streng.

Hoewel het Hof van Justitie er niet uitdrukkelijk naar verwijst, is ook deze toets rechtstreeks te herleiden tot een klassiek arrest, te weten *Consten en Grundig*.³²

In die zaak verleende Grundig aan haar Franse wederverkoper Consten het exclusieve recht om haar producten in Frankrijk te distribueren en droeg daarbij ook haar Franse merk Gint over aan Consten. Bovendien verbood Grundig andere distributeurs om in Frankrijk te leveren.

De Commissie besloot dat deze distributieovereenkomst de mededinging beperkte en niet voor ontheffing in aanmerking kwam krachtens (destijds) artikel 85 lid 3 EEG-Verdrag. Consten en Grundig kwamen daartegen in beroep.

Twee weken voor zijn arrest in die zaak had het Hof van Justitie in *Société Technique Minière* reeds zijn visie gegeven op het verschil tussen strekkings- en gevolgbeperkingen, en de regel geformuleerd dat óók strekkingsbeperkingen in hun economische en juridisch context moeten worden beoordeeld.³³

In *Consten Grundig* formuleerde het Hof van Justitie vervolgens voor het eerst zijn verbod op absolute gebiedsbescherming. Het overwoog dat:

‘de overeenkomst waarmede beoogd wordt de Franse markt voor Grundig-produkten te isoleren en voor produkten van een zeer bekend merk kunstmatig de afscheidingen tussen de nationale markten binnen de gemeenschap te handhaven, [door het ontbreken van intrabrand mededinging, HMHS] ten gevolge kan hebben dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt wordt vervalst.’ (overwegingen met betrekking tot de grief inzake art. 85 lid 1 EEG-Verdrag).

De weigering om ontheffing te verlenen sauveerde het Hof van Justitie daarna eerder om procedurele dan inhoudelijke redenen.

Die benadering leek en lijkt niet zozeer ingegeven door een nauwkeurige economische analyse, maar eerder door het feit dat het Hof van Justitie in het verlengde van de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt de nadruk wilde leggen op de marktintegratie.

Jarenlang was dan ook de orthodoxie van Hof van Justitie en Gerecht dat bedingen, ‘die duidelijk de parallelhandel beogen te benadelen’, strekkingsbeperkingen

32. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Consten en Grundig*, Jur. 1966, p. 499, besprekingen Snijders en Brinkhorst in *SEW* 1967, p. 162, Kapteyn in *AA* 1967, p. 70, Van den Heuvel in *NJB* 1966, 993 en Gerbrandy in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en A. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 29.

33. HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Jur. 392, besprekingen Snijders en Brinkhorst in *SEW* 1967, p. 162, Kapteyn in *AA* 1967, p. 70 en Van den Heuvel in *NJB* 1966, 993.

opleveren.³⁴ Deze benadering heeft in de loop der jaren stevige kritiek ondervonden van economen. Zo merken Van den Bergh en Camesasca op: ‘The most remarkable remaining inconsistency of the new block exemption is the prohibition of absolute territorial protection’.³⁵ Zij betogen dat het verbod op absolute gebiedsbescherming een *per se* verbod vormt waarvoor geen economische rechtvaardiging bestaat, aangezien zij onder omstandigheden de enige geschikte maatregel kan zijn om *free riding* tegen te gaan. Zij besluiten:

‘It is to be deplored that the existence of a trade-off between market integration and competition is not always explicitly acknowledged. At best, the current guidelines may be seen as an unspoken compromise between the conflicting objectives of market integration and the desirability of efficiency-enhancing vertical restraints’.³⁶

Bishop en Walker merken op:

‘The Commission’s concern [with territorial restrictions, HMHS] is less a competition concern than a market integration concern. (...) The inclusion of the market partitioning group as being of more concern than the “single branding” or “limited distribution” groups is not well grounded in competition economics. The pursuit of market integration will sometimes clash with the pursuit of economic efficiency and consumer welfare.’³⁷

Bij een Unie die nog wordt gekenmerkt door grote verschillen in inkoopkracht, kan het aanpassen van de prijzen aan die inkoopkracht nog steeds een valide winstmaximalisatiestrategie zijn, die wordt doorkruist door het verbod op absolute territoriale bescherming.

In de *Spaanse GSK*-zaak, die betrekking had op een ontheffingsverzoek van GSK voor *dual pricing*, heeft een moedige vierde kamer van het Gerecht geprobeerd deze orthodoxie van het Hof van Justitie te omzeilen en een meer economische benadering te volgen.³⁸ Over de band van het verplichte onderzoek naar de economische en juridische context van het beding (punt 117) en van de

34. Zie bijv. HvJ EG 1 februari 1978, zaak 19/77, *Miller International/Commissie*, Jur. p. 131, punten 7 en 18; HvJ EG 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78, 36/78 en 82/78, *BMW Belgium/Commissie*, Jur. p. 2435, punten 20-28 en 31; HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commissie*, Jur. p. I-45, punt 16; HvJ EG 8 november 1983, gevoegde zaken 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, *IAZ e.a./Commissie*, Jur. p. 3369, punten 23-25; en HvJ EG 6 april 2006, zaak C-551/03 P, *General Motors/Commissie*, Jur. p. I-3173, punten 67 en 68.

35. R.J. Van den Bergh en P.J. Camesasca, *European Competition Law and Economics*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 250. Bedoeld is hier de vorige Groepsvrijstellingsverordening Verticalen, Verordening (EG) Nr. 2790/1999, *Pb. EG* 1999, L 336/21.

36. Van den Bergh en Camesasca 2001, p. 251.

37. S. Bishop en M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2010, p. 206 en 207.

38. GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, Jur. p. II-2969, bespreking Ten Have in *AM* 2006, p. 224.

mededingingsrechtelijke doelstelling van het voorkomen dat ondernemingen het welzijn van de eindgebruiker benadelen (punt 118), heeft het Gerecht in die zaak verlangd dat de Commissie naast de gevolgen voor het verkeer tussen de lidstaten ook moest onderzoeken wat de effecten waren voor de consumentenwelvaart (punt 119). In punt 120 oordeelde het Gerecht zelfs dat dit juist datgene was, wat het Hof van Justitie had gedaan in het moederarrest *Consten en Grundig*, en dat uit dat arrest niet kon worden afgeleid dat: ‘een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, naar haar aard, dat wil zeggen onafhankelijk van enig mededingingsonderzoek, moet worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken.’

Omdat de Commissie dit niet had onderzocht, verwierp het Gerecht de conclusie dat het *dual pricing* beding een strekkingsbeperking vormt. De vaststelling dat die bepaling geraakt werd door het kartelverbod liet het Gerecht echter in stand, omdat de Commissie wel had bewezen dat die bepaling als gevolgbeperking moest worden aangemerkt (punten 148-192). Het vernietigde niettemin het afwijzingsbesluit, omdat de Commissie ten onrechte had geoordeeld dat GSK het bestaan van efficiencyvoordelen niet had bewezen. Dit ondanks de aard van de parallelhandelbeperking.

Deze meer genuanceerde benadering is echter genadeloos afgestraft in hogere voorziening.³⁹ Het Hof van Justitie kon daarbij terugverwijzen naar zijn arrest van vier maanden eerder in de *T-Mobile*-zaak,⁴⁰ waar dezelfde vraag aan de orde was geweest:

‘Uit [artikel 81 lid 1 EG-Verdrag] blijkt geenszins dat alleen de overeenkomsten die de gebruikers bepaalde voordelen ontnemen, een mededingingsbeperkende strekking kunnen hebben. Voorts zij gewezen op de rechtspraak van het Hof, dat artikel 81 EG, zoals ook de overige mededingingsregels van het Verdrag, niet uitsluitend is bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.’ (punt 63).

Het oordeel van het Gerecht met betrekking tot de beoordeling van de Commissie van de efficiencywinsten liet het Hof van Justitie overigens wel in stand.

Bijna vijftig jaar na dato is het verbod op absolute gebiedsbescherming uit *Consten en Grundig* dus nog steeds springlevend, en het verbaast niet dat het Hof van Justitie het ook hier hanteert.

Krachtens artikel 4 aanhef en onder b sub 1 van de nieuwe Groepsvrijstellingsverordening verticalen is het toelaten van passieve verkoop nog steeds een vereiste voor de vrijstelling van rechtswege van exclusieve distributie-

systemen.⁴¹ De bijbehorende Richtsnoeren bevestigen dat een verbod op passieve verkoop zelfs in een zeer concurrerende markt wordt verondersteld te zijn geraakt door artikel 101 lid VWEU en in het kader van een individuele analyse zal worden verondersteld waarschijnlijk niet te voldoen aan de vereisten van artikel 101 lid 3.⁴² Dit terwijl territoriale beperking een typische *intrabrand* beperking oplevert en de Commissie juist benadrukt dat het niet waarschijnlijk is, dat een beperking van de *intrabrand* mededinging negatieve gevolgen heeft voor de consument wanneer sprake is van een hevige *interbrand* mededinging.⁴³

De Commissie heeft het verschil tussen het passieve en actieve verkoopverbod zelfs aangegrepen om op een vrij radicale manier elke ontmoediging van internetverkoop tegen te gaan, hetgeen in de praktijk tot de nodige *free rider* problemen leidt.⁴⁴

Wij zijn dus niet verder dan *Consten en Grundig*.

Kenmerkend in deze zaak is nog dat het Hof van Justitie voor de artikel 101 lid 3-analyse met huid en haar verwijst naar de evenredigheidstoets in het kader van de verkeersvrijheden, in welk kader het weer het begrip ‘billijke vergoeding’ uit het misbruikverbod had toegepast. Ook hier is dus sprake van besmetting van het zuivere mededingingsdenken met marktintegratiedoelstellingen.

Hoe verder?

Het arrest verbiedt niet het verlenen van territoriale exclusiviteit voor uitzendrechten, maar wel het overeenkomen van verboden op de verkoop van decoders naar andere lidstaten dan de uitzendlidstaat. Het Hof van Justitie verduidelijkt daarbij niet of dat verbod ook geldt voor een verkoopverbod dat gelimiteerd is tot actieve verkoop in andere lidstaten, maar aannemelijk is dat een dergelijk verbod wel mogelijk moet zijn: dat verschil is immers algemeen aanvaard in het Europees mededingingsrecht en het Hof van Justitie richt zijn pijlen op klassieke wijze op de ‘absolute territoriale exclusiviteit’, hetgeen ruimte laat voor de relatieve exclusiviteit die traditioneel wordt bereikt met een verbod op actieve verkoop. In het licht van de in dit arrest doorgevoerde analyse zal ook een *dual pricing* stelsel overigens weinig kans hebben om de toets van artikel 101 VWEU te doorstaan.

De omroeporganisaties mogen dus niet actief in elkaars gebieden jagen, maar partijen moeten wel rekening houden met de levendige decoderhandel die via internet op gang kan komen. Door internet zullen de zoekkosten

39. Reeds aangehaald, zie noot 15.

40. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a., Jur.* p. I-4529, *NJ* 2009, 432 m.nt. Mok, *AB* 2009, 273 m.nt. Gerbrandy en Verhoeven, bespreking Van de Hel in *AM* 2009, p. 122 en Loozen in *SEW* 2010, p. 146; punten 36-39.

41. Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010, *Pb. EU* 2010, L 102/1.

42. *Pb. EU* 2010, C 130, p. 1, punten 47, 50 en 151. Maar zie ook punt 61, voor de situatie waarin absolute gebiedsbescherming voor nieuwe producten is toegestaan.

43. Zie bijv. *Pb. EU* 2010, C 130, p. 1, punt 102.

44. *Pb. EU* 2010, C 130, p. 1, punten 52-54, maar zie ook punt 64 voor een situatie waarin absolute verboden op internetverkoop gerechtvaardigd zijn.

laag zijn. Ook de transportkosten zullen voor decoders betrekkelijk laag zijn, waardoor de taal van het commentaar bij de uitzending de enige barrière wordt tegen parallelhandel via internet. Voor particulieren is die barrière nog wel relevant, maar als het gaat om cafés is het kunnen horen van enig commentaar niet altijd een veriste... Al met al zal het dus voor zowel particulieren als horecaondernemers snel de moeite waard zijn om substantiële verschillen in de abonnementshoogte te arbitrereren.

Voor het totale aantal abonnees maakt dit niet uit, maar de vraag ontstaat hierdoor wel of een uitzendrechtenorganisatie als FAPL nog in staat zal zijn om van de licentienemer in haar thuisland een beduidend hogere vergoeding te vragen dan van zijn buitenlandse collega's.

De vraag is ook hoe partijen bij het onderhandelen over hun tarieven, zoals door het Hof van Justitie voorgesteld (punt 112), kunnen anticiperen op het bestaan van parallelhandel in decoders: bij die onderhandelingen weten partijen immers nog niet (1) wat het prijsniveauverschil zal zijn tussen thuisland en buitenland en (2), in ieder geval de eerste keer, welke omvang het arbitragegedrag van de abonnees zal nemen.

Ten slotte speelt ook nog de vraag van de vertoning in het café. Wij weten nu dat die vertoning een afzonderlijke mededeling aan het publiek is, en dat een caféhouder dus inbreuk maakt op het auteursrecht als hij daar geen afzonderlijke toestemming voor heeft. Die toestemming heeft de Britse pubhouder als hij een Grieks abonnement heeft afgesloten voor commercieel gebruik waar publieke vertoning onder valt. Het auteursrecht kan dus niet worden ingezet om alsnog in de wielen te rijden van de zojuist door het Hof van Justitie geschapen situatie dat Britten Griekse decoders moeten kunnen kopen. Anders dan het Hof van Justitie veronderstelt (punt 131), levert dat echter een probleem op, omdat de interne situatie in werkelijkheid afwijkt van de grensoverschrijdende situatie: MedNet Hellas kan immers niet zomaar in Portsmouth komen controleren of mevrouw Murphy haar decoder in haar huiskamer gebruikt, of in de door haar uitgebate pub. Er zal dus een systeem moeten komen waarbij licentiehouders voor elkaar toezicht houden op naleving van de specifieke licentievoorwaarden.

Uiteraard zou FAPL ook het instrument kunnen overwegen dat, bij het ontbreken van de mogelijkheid om absolute territoriale segmentering overeen te komen, door de farmaceutische industrie wordt gebruikt, namelijk een quotasysteem. FAPL zou bijvoorbeeld een limiet kunnen stellen op het aantal abonnementen en/of decoders dat de Griekse licentienemer verkoopt. Daarbij komt ten eerste de vraag in beeld of FAPL dit kan doen zonder dat sprake is van een afspraak die getoetst kan worden aan het kartelverbod.⁴⁵ Bij geneesmiddelen kan

de fabrikant eenzijdig een quoteringsysteem instellen door het aantal fysiek te leveren producten in te perken. Bij een licentie zijn er geen fysieke beperkingen die eenzijdig door de licentiegever kunnen worden opgelegd. Hij zou dan centraal decoders moeten maken en die gequoteerd moeten afgeven. Ten tweede, gesteld dat die eerste hobbel kan worden genomen, zal daarbij ook de rechtspraak in beeld komen die het Hof van Justitie ontwikkelde in de reeds aangehaalde *Griekse GSK-zaak*.⁴⁶ mag FAPL, indien zij dominant zou zijn, orders weigeren die abnormaal zijn in het licht van de binnenlandse behoefte? In die zaak heeft het Hof van Justitie deze mogelijkheid opengelaten, maar die beoordeling was sterk ingekleurd door het feit dat de prijsverschillen waartegen de farmaceutische industrie zich probeert af te schermen niet het gevolg zijn van de markt, maar van overheidsingrijpen.

Territoriaal georganiseerde exploitatie van uitzendrechten is dus mogelijk, maar er zullen zich in de praktijk nog heel wat problemen voordoen. In het arrest past het Hof van Justitie de verkeersvrijheden en het mededingingsrecht betrekkelijk streng toe, en lijkt daarbij met name gedreven door zijn weerszin tegen territoriale compartimentering van de interne markt. De vraag is echter of dat uiteindelijk in het belang van de consument is. De FAPL zal uiteraard nog wel licenties voor het VK, haar thuismarkt, willen geven, maar als quoteringsysteem niet mogelijk is, zal de vraag zich wel stellen met betrekking tot landen die iets verder liggen, maar nog net binnen dezelfde satelliet-*footprint*. Wanneer de verwachte royaltymzet uit een dergelijk land niet opweegt tegen het verwachte royaltyverlies in het VK, zal de verleiding groot zijn om dan maar helemaal geen licentie te verlenen, of om een veel hogere royalty te vragen dan nu het geval is.

45. HvJ EG 6 januari 2004, gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure en Commissie/Bayer, Jur.* p. I-23 en NJ 2005, 35 m.nt. Mok, besproken door Van Sasse van Ysselt in NTER 2004/5, p. 121 en door Parret in M&M 2004/4, p. 149.

46. Zie noot 15.