

Antwoord van CBS op de Internetconsultatie van de Nederlandse regering over de Voorstellen van de Europese Commissie voor (1) een Verordening Omroeporganisaties en (2) een Richtlijn inzake Auteursrecht in de Digitale Eengemaakte Markt: 1 december 2016

Inleiding

- CBS Corporation (**CBS**) is een massamediabedrijf dat toonaangevende content maakt en via diverse platforms distribueert naar publiek over de hele wereld. CBS bezit het meest bekeken televisienetwerk in de V.S. en een van de grootste bibliotheken van amusementscontent. CBS Studios International (**CBSSI**) is de afdeling binnen CBS die zorg draagt voor de internationale distributie van televisieprogramma's geproduceerd door CBS Studios Inc. en Showtime Networks Inc., de belangrijkste productiebedrijven van CBS.
- CBS heeft sinds bijna vijftig jaar zijn Europese hoofdkantoor in Nederland. CBS houdt zich tegenwoordig met name bezig met de ontwikkeling en uitbreiding van het CBSSI hoofdkantoor in Amsterdam, met focus op de ontwikkeling van mogelijkheden voor lokale coproducties overal in de EU evenals andere strategische initiatieven op de interne markt van de EU. In de loop der jaren is CBS partner geweest in een aantal succesvolle coproducties met partners in de EU, zoals de zeer succesvolle "Penny Dreadful" serie. Naar verwachting neemt deze co-productie-activiteit toe, maar dit is uiteraard afhankelijk van de juiste marktomstandigheden en reglementaire omgeving.
- In de EU verstrekt CBSSI licenties voor CBS-content voor platforms in alle 28 lidstaten en distribueert al decennialang content in Europa. Naast nieuwe programmering verstrekt CBSSI licenties voor content van CBS's uitgebreide bibliotheek aan omroeporganisaties en platforms in Nederland en in de hele EU. CBSSI verstrekt licenties voor CBS-programma's aan publieke, commerciële en betaaltelevisie omroeporganisaties evenals aan nationale, multiterritoriale en pan-EU on-demand en digitale platforms.
- Wij stellen het op prijs dat ons de mogelijkheid wordt geboden om te reageren op deze Consultatie. We maken eerst enkele algemene opmerkingen over het *Voorstel voor een Verordening tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's* (de **Voorgestelde Verordening**) en gaan vervolgens dieper in op specifieke aspecten van de Voorgestelde Verordening. Ten slotte bespreken we enkele aspecten van het *Voorstel voor een Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt* (de **Voorgestelde Richtlijn**).

Samenvatting

CBSSI is tegen de Voorgestelde Verordening van de Commissie, die niet gerechtvaardigd is en rampzalige gevolgen zal hebben voor de audiovisuele sector in Nederland en in de hele EU. Wat de Voorgestelde Richtlijn betreft, steunen wij de voorzichtige benadering van Commissie bij de aanpak van de zogenaamde "waardekloof", maar wij hebben enige zorgen over de voorstellen die betrekking hebben op uitzonderingen en de billijke vergoeding in contracten van auteurs en uitvoerend kunstenaars.

Onze grootste zorg betreft de voorstellen van de Commissie in de Voorgestelde Verordening die gericht is op de afzwakking van de territorialiteit van auteursrecht door het oorsprongslandbeginsel uit te breiden naar aanvullende onlinediensten van een omroeporganisatie. Dit zal enorme schadelijke gevolgen hebben voor de hele waardeketen in de audiovisuele sector; de neveneffecten zullen nog sterker worden gevoeld in kleinere lidstaten. Territorialiteit is in Nederland, in de hele EU en wereldwijd de basis voor de financiering van content en is het fundament voor een rijke en diverse markt voor contentleveranciers en consumenten.

De krachtige combinatie van deze voorgestelde wetgeving en de toepassing van het EU-mededingingsrecht dreigt de waarde van exclusieve rechten en het cruciale beginsel van contractuele vrijheid uit te hollen.

Wat de tweede pijler van de Voorgestelde Verordening betreft, de uitbreiding van het verplichte stelsel van collectieve licentieverstreking van doorgiftherechten voor kabel naar andere gesloten platforms, zijn wij ook bezorgd over maatregelen waardoor houders van rechten minder mogelijkheden hebben om rechtstreeks licenties voor hun content te verstrekken.

Voorgestelde Verordening

Algemene opmerkingen

De strategie voor een Digitale Eengemaakte Markt die de Europese Commissie op 6 mei 2015 aankondigde, bevat een doortastend plan voor het creëren van een competitieve Europese online markt. CBS is van mening dat veel elementen van dit initiatief van levensbelang zijn en ten voordele zullen strekken van alle belanghebbenden. CBS is echter bezorgd dat de DEM Strategie, ondanks de belofte om **[@respect] de waarde van rechten in de audiovisuele sector**, de werking van de audiovisuele sector nog steeds niet goed begrijpt en hier ook niet aan tegemoet komt. Het gaat hier om meer dan territoriale exclusiviteit – het gaat om *betekenisvolle* territoriale exclusiviteit.

De Voorgestelde Verordening kan niet in een vacuüm worden gezien – zij kan niet worden losgemaakt van mededingingsbeleid. Overweging 11 van de Voorgestelde Verordening Omroeporganisaties stelt in dat verband ook dat *"Door middel van het beginsel van contractuele vrijheid zal het mogelijk blijven de exploitatie te blijven beperken van de rechten die onder het bij deze verordening voorgeschreven oorsprongslandbeginsel vallen"*. Daarom moeten zowel de Voorgestelde Verordening en het EU mededingingsbeleid samen bekeken worden om een volledig beeld te krijgen. Zoals de Nederlandse regering weet, loopt er bij de Europese Commissie een mededingingszaak¹ inzake Pay-TV tegen Sky en de grote filmstudio's in de VS die zeer relevant is voor deze kwesties. Gezien het mededingingsbeleid van de Commissie en de status van deze zaak, kan de daadwerkelijke impact van de Voorgestelde Verordening niet werkelijk beoordeeld worden, aangezien de uitkomst van deze zaak waarschijnlijk vertelt wat "contractuele vrijheid" in de praktijk betekent.

In dit verband komt de DEM-Strategie - zowel wat de wetgevende als regelgevende aspecten betreft - tekort in het nakomen van de belofte dat de waarde van rechten gerespecteerd wordt. De benadering van de Commissie, in de zin van hervorming van het mededingingsbeleid en auteursrecht, riskeert het functioneren van de audiovisuele sector ernstig te schaden, in het bijzonder het MKB in de EU, door de structuren te ondermijnen die zorgen voor de effectieve financiering, productie en distributie van content waarna ook de consumenten worden benadeeld. Niet alleen economische groei en het scheppen van werkgelegenheid komt in het gedrang, maar ook culturele diversiteit, een principe dat beschermd is door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Bovendien zal de afbrokkeling van de mogelijkheden om effectief licenties te verlenen voor audiovisuele content op territoriale basis uiteindelijk leiden tot een minder competitieve markt en een oneindig kleinere consumentenervaring.² De aanpak van de Commissie zou in feite kunnen leiden tot nieuwe obstakels om toegang te krijgen in plaats van deze af te bouwen, door

¹ Zaak AT.40023

² Zie bijv. bladzijde 59 van De invloed van grensoverschrijdende toegang tot audiovisuele content op EU consumenten, Oxera en O&O, mei 2016 ([The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers](#)): "Consumenten in landen met een hoog inkomen zouden minder betalen voor minder, terwijl consumenten in gebieden waar de prijzen stijgen, meer zouden betalen voor minder, wat het gevoel van verlies aan welzijn bij deze consumenten versterkt. Daarom is de verwachting dat de invloed op consumentenwelzijn in zijn algemeen negatief zal zijn, waarbij consumenten in kleinere landen een aanzienlijke daling van welzijn zullen ervaren."

een concentratie van marktmacht uit te lokken die in handen is van grote pan-regionale internetbedrijven, terwijl het aantal lokale spelers, en daarmee ook grensoverschrijdende toegang tot Europese content, afneemt, wat uiteindelijk nadelig is voor de consument.³

Artikel 2 – Uitbreiding van het Oorsprongslandbeginsel

Het voorstel van de Commissie is dat het oorsprongslandbeginsel van toepassing moet zijn op onlinediensten die "aanvullend" zijn aan een traditionele uitzending van radio- of @ er staat "telephone@ televisieprogramma's. Dit betekent dat handelingen van mededeling aan het publiek, waaronder het beschikbaar stellen en de reproductie die plaatsvindt bij de levering en het gebruik van deze aanvullende onlinediensten geacht worden maar in één lidstaat plaats te vinden, te weten de lidstaat waarin de omroeporganisatie zijn hoofdvestiging heeft. Dit heeft tot gevolg dat onder de Voorgestelde Verordening niet vereist wordt van omroeporganisaties die hun aanvullende onlinediensten beschikbaar stellen in andere lidstaten dat zij de rechten verrekenen van onderliggende werken voor die andere gebieden.

De invoering van het verrekenen van rechten door het oorsprongslandbeginsel toe te passen op aanvullende onlinediensten van omroeporganisaties in Artikel 2 van de Voorgestelde Verordening is uiterst problematisch. Commerciële omroeporganisaties en houders van rechten lijken er dan ook in het algemeen tegen te zijn. Op het eerste gezicht lijkt dit misschien een gerichte en strikte benadering, aangezien het Voorstel zich "alleen" richt op aanvullende onlinediensten die ondergeschikt zijn aan de oorspronkelijke uitzending (zoals simulcasting en "uitzending gemist"). In feite raakt dit echter de kern van de waardeketen, gezien het toenemend belang van deze diensten, de gestage aanwas van nieuwe diensten die hier al dan niet onder vallen en de elementaire rol die omroeporganisaties spelen bij het verlenen van licentierechten op basis van exclusiviteit per grondgebied in de financiering, productie en distributie van content in de EU. Terwijl het Voorstel enige helderheid wil scheppen over de aard van de diensten die vallen binnen het concept "ondersteunende onlinedienst" (zie Artikel 1(a) en bijbehorende Overweging 8), zijn wij bezorgd dat, gezien de veranderende aard van deze diensten en de invoering van nieuwe bedrijfsmodellen, we te maken zouden kunnen krijgen met grote onzekerheid over wat hier exact onder valt.

Het verlenen van licenties op content op basis van territorialiteit is het fundament van de gehele audiovisuele sector; deze licentieverlening dient als belangrijkste financieringsbron voor de productie van content in Nederland en in de hele EU; met name door de voorverkoop van territoriale rechten aan omroeporganisaties en andere distributeurs zelfs voordat de daadwerkelijke productie van een film of TV-programma begint. Deze praktijk heeft bijgedragen aan een bloeiende markt voor leveranciers van content en een grote keuze voor consumenten, zowel in content als leveranciers. Het uitbreiden van het oorsprongslandbeginsel naar aanvullende onlinediensten zal zeer schadelijke gevolgen hebben voor de gehele waardeketen in de audiovisuele sector, maar de platforms, producenten, consumenten en andere belanghebbenden in kleinere landen zullen hier disproportioneel onder lijden. De krachtige combinatie van

³ Zie bijv., blz. 61, ibid: "Als consumenten overschakelen naar het pan-EU platform zo dat een grote daling in lokale platforminkomsten veroorzaken, met een overeenkomende grote vermindering van lokale output, tot 35% en 21% voor respectievelijk film en TV.[FN verwijderd] Als deze wijzigingen worden doorgevoerd in inkomsten per platform, zou er ook een vermindering in inkomsten zijn voor producenten van internationaal gerichte content; dit is het gevolg van het feit dat het niet mogelijk is om in prijs te differentiëren tussen grondgebieden zoals nu mogelijk is, evenals van een zwakkere onderhandelingspositie ten opzichte van de pan-EU exploitant. Wij schatten dat internationale content kan dalen tot 15% en 17% voor respectievelijk film en TV. Zoals we echter al eerder opmerkten, zou, op basis van gedetailleerde gegevens die ons ter beschikking zijn gesteld over groenlichtprocedures en de onderliggende inkomstenverwachtingen, de verhouding van lokale en internationale content die gevaar loopt aanzienlijk groter kunnen zijn; in bepaalde omstandigheden zou dit meer dan 20 procentpunten meer kunnen zijn .[FN verwijderd]"

De samenvatting van gevolgen en afsluitende opmerkingen beginnen op blz. 74 – over consumenten wordt gezegd:

"Daarom suggereert onze analyse dat er op de middellange tot lange termijn sprake zal zijn van een aanzienlijke vermindering van consumentenwelzijn, tot €4.5 miljard per jaar, evenals van een vermindering van de productie van content van wel 35% voor sommige soorten content (in sommige scenario's loopt een nog groter deel van de content dat risico)."

deze voorgestelde wetgeving en de toepassing van EU mededingingsrecht riskeert de aantasting van zowel de waarde van exclusieve rechten als het cruciale beginsel van contractuele vrijheid en uiteindelijk is het de vraag of het hiermee mogelijk is om programmering voort te zetten op de huidige schaal en met de huidige kwaliteit. Terwijl contractuele vrijheid in theorie wordt gehandhaafd, is het verbonden aan het voorbehoud van naleving van EU wetgeving, in het bijzonder het mededingingsrecht (in het licht van bovengenoemde Pay-TV zaak) – waardoor het zeer waarschijnlijk volkomen betekenisloos maakt. Als gevolg zal dit voorstel de markt in de richting van pan-Europese licenties dwingen, met onbedoelde, zeer negatieve consequenties. Voor de sector is de mogelijkheid om in een omgeving van contractuele vrijheid en sterke auteursrechtbescherming te kunnen werken van essentieel belang. Voor veel grote exploitanten is pan-EU licentieverstrekking en distributie misschien een aantrekkelijke optie, maar zij zullen ook exclusiviteit nastreven, gezien de aanzienlijke investeringen die ze doen in hun technologie, infrastructuur en bedrijfsactiviteiten. Het geringe aantal ondernemingen dat zich een dergelijke EU-wijde bedrijfsvoering kan veroorloven is eindig en daarom zal de keuze die voor consumenten beschikbaar ernstig beperkt worden, waarbij bovendien sprake zal zijn van minder mededinging op de markt. De prijs die de consument voor deze diensten moet betalen, zal waarschijnlijk omhoog gaan. Hoe kan een dergelijke uitkomst positief zijn voor de Nederlandse of Europese consument?

Ook verdient de vraag aandacht waarom kleinere exploitanten zich bij voorkeur zouden richten op slechts een of twee gebieden. Dit soort spelers legt zich toe op het maken van lokale content die aansluit op de lokale vraag, in lokale talen. In een omgeving waar lokale spelers ophouden te bestaan of gekortwiekt worden in hun mogelijkheden om mee te dingen, wordt de consument geconfronteerd met een negatief resultaat: er worden minder lokale programma's gemaakt, er is sprake van minder versies in de lokale taal, minder content, minder keus, minder plaatsen waar content wettig bekeken kan worden, en minder mededinging op de markt. Lokale platforms bieden cruciale financiering aan de productie van lokale content – content die anders niet gemaakt zou worden. Deze platforms trekken abonnees/kijkers naar hun lokale diensten en genereren daarbij inkomsten door licenties van premium internationale content op exclusieve basis in hun eigen gebieden. Het aanbod van lokale spelers is aangepast aan de lokale smaak, talen, culturen en behoeften. Als deze platforms kunnen blijven rekenen op exclusieve afspraken voor de internationaal ingekochte content (een van de belangrijkste pijlers van hun bedrijfsactiviteiten), verliezen ze abonnees/kijkers, zijn ze niet meer in staat lokale content te financieren, lokale taalversies van internationale content te maken; lokale digitale spelers die zorgen voor meer mededinging op de markt gaan verloren. Internationale platforms maken het tekort in lokaal geproduceerde content niet goed, aangezien het onwaarschijnlijk is dat deze content goed naar andere gebieden verplaatst kan worden en daarom niet meer gemaakt zal worden.

Gezien het bovenstaande het volgende: (i) we zien geen behoefte aan drastische en sectorbedreigende interventie op een markt die op dit moment goed functioneert; en (ii) zoals de Voorgestelde Verordening geformuleerd is en gezien de interactie met het mededingingsrecht, komt het fundamentele beginsel van contractuele vrijheid ernstig in gedrang. Onder de huidige wetgeving halen houders van rechten van de exclusieve rechten voordeel uit het beschikbaar stellen en reproduceren in alle lidstaten. De Voorgestelde Verordening zou deze rechten echter onteigenen door het oorsprongslandbeginsel op te leggen. CBS en andere houders van rechten zijn afhankelijk van auteursrecht om de strijd aan te gaan tegen het onbevoegd ter beschikking stellen van hun content door zogenaamde structureel overtredende websites. Deze piratensites, die meestal anoniem werken en daarom zeer moeilijk te traceren zijn, investeren niet in content maar verdienen miljoen aan inkomsten uit advertenties terwijl ze content nagenoeg gratis weggeven. CBS ziet de grootste bedreiging van de sector en keuze voor de consument in deze illegale bronnen van content, niet in de structuur van het verlenen van territoriale rechten; bestrijding van piraterij moet het belangrijkste aandachtsgebied van de Commissie zijn, niet het in een keurslijf stoppen van de audiovisuele sector.

Contractuele Vrijheid

CBS is bezorgd dat de verwijzing naar contractuele vrijheid in Overweging 11 van de Voorgestelde Verordening in de praktijk betekenisloos zal blijken. Als dit juist is, zou dit betekenen dat houders van rechten niet meer kunnen vertrouwen op auteursrecht of contractuele vrijheid; de twee cruciale middelen die nodig zijn om betekenisvolle exclusiviteit te garanderen. Houders van rechten en omroeporganisaties moeten de vrijheid hebben om overeenkomsten te sluiten voor de exploitatie van rechten op een manier die ze zelf kiezen, die een weerspiegeling zijn van de beschikbare rechten, de investering van de partijen in de content, hun bedrijfsmodellen en hun relatie. Houders van rechten moeten ervoor kunnen kiezen hun rechten in licentie uit te geven op territorialiteitsbasis en beide partijen moeten de vrijheid hebben om over de passende voorwaarden voor een dergelijke licentie te onderhandelen.

De Toelichting maakt verder duidelijk: *"Voorts verplicht het voorstel omroeporganisaties niet hun ondersteunende onlinediensten over de grenzen heen te verstrekken en bestaat er voor exploitanten van doorgiftdiensten evenmin een verplichting om programma's uit andere lidstaten aan te bieden. Het voorstel vormt evenmin een beletsel voor de uitoefening van de contractuele vrijheid van partijen om in overeenstemming met het recht van de Unie de exploitatie van onder het oorsprongslandbeginsel vallende rechten te beperken."*⁴

De Effectbeoordeling herhaalt dit punt op diverse plaatsen en merkt op *"dit zou omroeporganisaties niet verplichten om diensten over de grenzen te leveren en brengt geen regels met zich mee die een beperking vormen van de contractuele vrijheid van omroeporganisaties en Houders van rechten"*.⁵

Overweging 11 van de Voorgestelde Verordening maakt echter verder niet duidelijk dat zulke contractuele vrijheid afhankelijk is van het vereiste dat beperkingen van de exploitatie van die rechten overeenkomstig EU-wetgeving zijn. Het is volstrekt onduidelijk hoe dit verenigbaar kan worden gemaakt met het mededingingsrecht. Gezien de lopende Pay-TV zaak, hangt er een aanzienlijke wolk van juridische onzekerheid boven de audiovisuele sector. Alle contractuele bepalingen die territoriale beperkingen opleggen aan de online exploitatie van rechten binnen de EU moeten zorgvuldig bekeken worden vanuit het perspectief van het mededingingsrecht. In de praktijk is het niet mogelijk de Voorgestelde Verordening geïsoleerd te zien.

Geef Overdraagbaarheid een Kans

De voorgestelde verordening inzake het mogelijk maken van grensoverschrijdende overdraagbaarheid van online contentdiensten in de interne markt ("**Overdraagbaarheidsverordening**") bevindt zich in de laatste fase voor goedkeuring. Dit zal een belangrijke eerste stap zijn in het leveren van een betekenisvol, grensoverschrijdend voordeel voor consumenten zonder dat de werking van de contentsector hierdoor benadeeld wordt. Het Nederlandse Voorzitterschap van de EU (en de belangrijke voortdurende betrokkenheid van Nederland) heeft een doorslaggevende rol gespeeld bij de verbetering van de Overdraagbaarheidsverordening en het zorgen voor consensus onder de lidstaten. Diverse verbeteringen van de Raad in de Overdraagbaarheidsverordening zien op het waarborgen dat de wetgeving niet een *de facto* middel wordt om pan-EU licentieverlening af te dwingen. Toch is de Overdraagbaarheidsverordening nog niet bekrachtigd en vervolgens komt een verder voorstel, dat deze positie in ieder geval gedeeltelijk discutabel maakt. De audiovisuele markt zou de tijd moeten krijgen om overdraagbaarheid te implementeren en de gevolgen hiervan op de werking van de sector te meten voordat een andere zeer ingrijpende stap, waarmee territorialiteit verdwijnt, wordt overwogen. We dringen aan bij de Nederlandse

⁴ Bladzijde 4

⁵ 21A op blz. 28.

Voorzitter om vast te houden aan de consensus die is overeengekomen in de Raad in verband met een toekomstige dialoog.

Artikel 3 – Verplichte Collectieve Licentieverlening voor de doorzending over gesloten netwerken

In het algemeen is CBSSI tegenstander van verplichte collectieve licentieverlening van exclusieve rechten. Het is problematisch in zoverre dat hierdoor individuele houders van rechten niet langer de mogelijkheid meer hebben om rechtstreeks en tegen een reële verkoopwaarde licenties voor hun content te verlenen. Hiermee wordt het onmogelijk om de waarde van individuele werken in te zien, aangezien hiermee alle werken behandeld worden of ze hetzelfde zijn. Stroomafwaarts beperkt het de mogelijkheid van houders van rechten om niet alleen te onderhandelen over de gebruiksvoorwaarden voor de content, maar ook over een essentieel onderdeel van contentbeveiliging: de aanwijzing van technologische maatregelen en het niveau van degelijkheid. Hoewel CBSSI erkent dat verplicht collectief beheer een rol kan spelen in bepaalde beperkte omstandigheden, waar individuele uitoefening van rechten onmogelijk of uiterst onpraktisch is, zou het gebruik van deze beperkingen in het uitoefenen van rechten die beschermd zijn door internationale verdragen over auteursrecht het laatste middel moeten zijn.

Het tweede aspect van de Voorgestelde Verordening betreft doorgiftherechten. Dit voorstel zorgt voor een effectieve uitbreiding van het huidige stelsel van verplichte collectieve uitoefening van rechten dat van toepassing is op gelijktijdige, ongewijzigde en onverkorte doorzending over de kabel van omroepprogramma's van andere EU-lidstaten naar doorzendingsdiensten die worden geboden via satelliet, digitale antennes, IPTV, mobiele en soortgelijke netwerken. In de praktijk betekent dit dat exploitanten van deze soorten doorgiftdiensten een overeenkomst moeten aangaan, niet alleen rechtstreeks met de oorspronkelijke omroeporganisatie, om de rechten te verreken in zijn signaal en mogelijk rechten die het heeft verworven, maar meestal ook met een collectieve beheersorganisatie, die desbetreffende rechten tot licentie of tot het innen van de bijdrage voor de onderliggende content in de uitzending heeft. Net als in de Satelliet- en Kabelrichtlijn bepaalt de Voorgestelde Verordening dat omroeporganisaties volledige exclusieve rechten hebben, terwijl andere houders van auteursrechten en gerelateerde rechten hun rechten alleen via CBO's kunnen uitoefenen. In principe kunnen alle rechten dus verrekend worden via de omroeporganisatie, maar in de praktijk gebeurt dit zelden. De belangrijkere kwestie heeft, zoals we later zullen zien, betrekking op de impact die directe injectie heeft op het doorgifteparadigma, een onderwerp dat niet behandeld wordt door de Voorgestelde Verordening en evenmin is besproken in de Impactbeoordeling.

Hoewel CBSSI het eens is dat verplichte collectieve licentieverlening niet zou moeten worden uitgebreid naar het open internet, met name gezien het belang ervan voor nieuwe bedrijfsmodellen, zijn we geen voorstander van welke vorm van uitbreiding dan ook van verplichte collectieve licentieverlening die verder gaan dan de kabel. De Voorgestelde Verordening bepaalt duidelijk dat een verplichte collectief licentiestelsel zich niet uitstrekt tot doorgifte via een internettoegangsdienst, zoals gedefinieerd in Verordening 2015/2120 inzake Neutraliteit op het net en Roaming. De desbetreffende overwegingen geven aan het hier gaat om alle doorzendingen in gesloten netwerken die vergelijkbaar zijn met doorzendingen per kabel, maar dat uitzendingen via het “open Internet” moeten worden uitgesloten. CBSSI juicht deze belangrijke beperking toe.

Directe Injectie

Naar aanleiding van een trend voor omroeporganisaties die hun kanalen rechtstreeks aan platforms leveren ('rechtstreekse injectie'), oordeelde het HJEU in 2015 in de *SBS Belgium* zaak⁶ dat omroeporganisaties die signalen leveren aan commerciële TV-platformexploitanten middels rechtstreekse injectie geen daad van

⁶ *SBS Belgium NV v SABAM*, Case-C-325/14, Uitspraak van het Hof van 19 November 2015

communicatie naar het publiek verrichten; dat de daad van communicatie naar het publiek verricht wordt door het commerciële platform die het signaal aan de consument levert, mits de omroeporganisatie en het commerciële platform afzonderlijke bedrijven zijn.

Toch wordt, ondanks deze uitspraak en het daaraan gerelateerde nationale ondernemingsrecht, waaronder dat van Nederland,⁷ België⁸ en Noorwegen⁹), de kwestie van rechtstreekse injectie niet genoemd in de Voorgestelde Verordening of de Effectbeoordeling. Kabelexploitanten hebben aangevoerd dat het platform het signaal van de omroeporganisatie juridisch gezien niet kan doorzenden, omdat er geen oorspronkelijke uitzending door de omroeporganisatie is in een situatie van een rechtstreekse injectie. Het platform zendt in plaats daarvan de primaire uitzending uit, en daarom moet de platformexploitant de desbetreffende communicatie verrekenen met de publieke rechten, daar waar hij ze niet verrekend heeft of dit niet kan doen met de omroeporganisatie (wat uiteraard op zijn beurt gedeeltelijk afhankelijk is van de rechten die de omroeporganisatie verworven heeft van onderliggende houders van rechten, zoals audiovisuele producenten).

Concreet gezegd: het *SBS Belgium* vonnis, gekoppeld aan het toenemend gebruik van directe injectietechnologie door omroeporganisaties, kan een enorme invloed hebben op de doorgifteroyalty's die geïnd worden door CBO's zoals AGICOA. Als kabelexploitanten en de doorgiftdiensten (satelliet en IPTV werden met name genoemd in *SBS*, naast de kabel) waarop de Voorgestelde Verordening betrekking heeft, niet daadwerkelijk doorzenden, lijkt de basis voor collectieve licentieverlening van doorgifterechten uitgehold. Alle vergoedingsrechten die specifiek worden ingehouden door licentieverleners van content zouden effectief geëlimineerd worden. Dit is een belangrijk punt voor producenten en andere houders van rechten. Met name Europese producenten zouden miljoenen euro's aan doorgifteroyalty's dreigen te verliezen en zij zijn wellicht niet in de positie om deze inkomsten uit rechten rechtstreeks bij omroeporganisaties veilig te stellen. Terwijl er een kloof is in de Voorgestelde Verordening aangezien dit onderwerp niet behandeld wordt, begrijpen wij dat in Nederland, ingevolge bestaande jurisprudentie en de realiteit van de markt, belanghebbenden oplossingen aan het bedenken zijn.

Elke wettelijke oplossing inzake dit onderwerp moet de integriteit van exclusieve rechten en de contractuele vrijheid van houders van rechten en omroeporganisaties handhaven. Wat dat betreft is het zogeheten vetorecht van de omroeporganisaties in Artikel 10 van vitaal belang.

Tijdsplanning en overgangsbepalingen

Onder Artikel 7 in de huidige bewoordingen zou de Voorgestelde Verordening van toepassing worden binnen na zes maanden na de publicatie ervan in het Publicatieblad van de EU. Artikel 5 bepaalt echter dat content waarvoor omroeporganisaties de licentie hebben verkregen via overeenkomsten die van kracht waren op het moment dat de Verordening van kracht wordt, de daaropvolgende twee jaar niet gehouden zijn aan het oorsprongslandbeginsel voor aanvullende onlinediensten. Indien Artikel 2 niet wordt geschrapt, is CBSSI van mening dat een veel langere overgangsperiode, van bijvoorbeeld 5 jaar, vereist is om de markt in staat te stellen zich aan te passen (zie Artikel 7(2) van de SatCab Richtlijn).

De Voorgestelde Richtlijn

CBSSI zal niet alle aspecten de Voorgestelde Richtlijn bespreken, maar zich concentreren op drie essentiële aspecten:

⁷ *Chellomedia v BUMA* [2009]

⁸ Zie bijv., *Telenet v. AGICOA et al* (Hof van Beroep Antwerpen) [2013]

⁹ Zie meer recent Hooggerechtshof Noorwegen, besluit van 10 maart 2106 in *Norwaco v. Get AS*, HR-2016-00562-A, (zaak nr. 2015/1101). De rechtbank verwees echter niet naar het HJEU besluit, maar citeerde de Nederlandse rechtszaak

- Uitzonderingen
- Artikel 13: De Nieuwe Plicht voor Platforms
- Artikel 14 en 15: Vergoeding van Auteurs en Uitvoerend kunstenaars

Uitzonderingen en beperkingen

De eerste materiële "titel" van de Voorgestelde Richtlijn is uitsluitend gewijd aan nieuwe uitzonderingen op het auteursrecht (waaronder digitaal en grensoverschrijdend gebruik op het gebied van onderwijs, tekst- en datamining op het gebied van wetenschappelijk onderzoek, en instandhouding van cultureel erfgoed).¹⁰ In tegenstelling tot de uitzonderingen en beperkingen genoemd in Artikel 5, leden (2) en (3) van de Auteursrechtlijn, zijn deze nieuwe uitzonderingen verplicht en als zodanig zijn lidstaten verplicht ze te implementeren in nationale wetgeving.

CBSI juicht het toe dat de driestappentoets uitdrukkelijk van toepassing wordt verklaard op de drie nieuwe uitzonderingen. Onze grootste zorg is echter dat de Voorgestelde Richtlijn in de huidige versie een, wellicht onbedoelde, consequentie heeft voor on-demand content in zoverre dat het afbreuk doet aan de wettelijke bescherming van technologische maatregelen als gevolg van Artikel 6 van de Voorgestelde Richtlijn. Deze bepaling zou de toepassing van het de vierde punt onder Artikel 6, lid (4) van de Auteursrechtlijn uitsluiten, wat de onschendbaarheid van technologische maatregelen ondersteunt op werken die beschikbaar zijn gesteld op overeengekomen contractuele voorwaarden via on-demand diensten. Dit wijkt af van de speciale status die is toegekend aan on-demand diensten onder de Auteursrechtlijn en een ongelukkige aantasting van de mogelijkheid van houders van rechten om nieuwe bedrijfsmodellen te ontwikkelen door de toegang tot en het kopiëren van werken die on-demand worden gedistribueerd onder controle te houden.

Voor de audiovisuele sector biedt Overweging 7 (gebaseerd op concepten van Artikel 6, lid 4, onder (1) van de Auteursrechtlijn) enige bescherming tegen de toepassing van het vereiste om ruimte te maken voor uitzonderingen vanwege het feit dat content beschikbaar wordt gesteld door middel van een veelheid aan formaten en distributiemiddelen. Het verlies van de bescherming geboden door Artikel 6, lid 4 onder (4) wordt dus niet automatisch vertaald naar een verlies van wettelijke bescherming voor technologische maatregelen toegepast in de on-demand ruimte. Het brengt echter wel grote onzekerheid, met het nieuwe mogelijke risico van interventie vanwege deze drie nieuwe uitzonderingen. Bovendien wordt de situatie verergerd door de algemene benadering van het HJEU van uitzonderingen. Deze benadering kenmerkt zich door inconsistente toepassing van de driestappentoets, bereidheid om uitzonderingen breed in plaats van restrictief te interpreteren en een neiging tot het cumuleren van¹¹ uitzonderingen; dit alles in een poging om "de doeltreffendheid van de uitzondering"¹² te garanderen.

Daarom meent CBS dat Artikel 6, lid 4, onder (4) van de Auteursrechtlijn van toepassing zou moeten zijn op de nieuwe uitzonderingen in de Voorgestelde Richtlijn.

Artikel 13: Plicht van Platforms (de "Waardekloof"¹³) overbruggen

¹⁰ Artikel 3 tot en met 5. Zie ook Artikel 6 dat verwijst naar uitzonderingen en de beperking. Artikel 4 verwijst naar "een uitzondering of beperking".

¹¹ Zie *Darmstadt*, r.o. 43.

¹² *FAPL en anderen*, C-403/08 en C-429/08, Vonnis van het Hof (grote kamer) 4 oktober 2011, lid r.o.. 163; *Painer*, Case C- 145/10, Vonnis van het Hof (derde kamer) of 1 december 2011, r.o. 133; *Deckmyn*, Case C-201/13, Vonnis van het hof (grote kamer) van 3 september 2014, r.o.. 23; *Darmstadt v. Ulmer*, r.o. 32 en 43 evenals r.o. 53-57

¹³ Overeenkomstig de IFPI, "Is de waardeklouf niet iets dat onze sector kan oplossen. Het is aan de beleidsmakers om te zorgen voor wetgeving. Het is een kwestie van wetgeving veroorzaakt door de verkeerde toepassing van de zogenaamde verantwoordelijkheid voor "veilige havens" voor uploaddiensten voor gebruikers. Hiermee kunnen zij, heel

Artikel 13 vereist dat bepaalde platforms maatregelen nemen om : (i) te zorgen voor de goede werking van overeenkomsten met houders van rechten; of, (ii) te voorkomen dat op hun diensten werken beschikbaar zijn die worden geïdentificeerd door houders van rechten door samenwerking met deze aanbieders van diensten. Deze maatregelen moeten passend en proportioneel zijn en kunnen technologieën voor contentherkenning omvatten.¹⁴

CBSSI waardeert de invoering van deze nieuwe plicht op platforms en de nuttige codificatie van essentiële aspecten van HJEU jurisprudentie. Het voorstel zou moeten zorgen voor gelijke voorwaarden en zou de rol moeten erkennen die wordt gespeeld door een klasse online platforms die eenvoudigweg niet zijn meegenomen bij de uitwerking van de 2000 Richtlijn Elektronische Handel. Onze grootste zorg is dat een oplossing voor de "waardekloof" niet onbedoeld afbreuk mag doen aan het exclusieve recht van communicatie naar het publiek. Het voorstel van de Commissie lijkt hier een te smal pad te bewandelen.

De platforms die deze taak hebben zijn *"aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan en toegang daartoe verlenen."*¹⁵ Deze platforms bevatten daarom sites met door gebruikers gegenereerde content, zoals YouTube en Daily Motion.

Overweging 38 verduidelijkt dat waar platforms door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan en toegang daartoe verlenen, *"en zodoende verder gaan dan de loutere beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten en een handeling van mededeling aan het publiek verrichten"*, zij licentieovereenkomsten voor deze werken moeten sluiten, tenzij zij in aanmerking komen voor het hosting privilege in Artikel 14 van de Richtlijn Elektronische Handel.¹⁶ CBSSI is van mening dat de Voorgestelde Richtlijn terecht een directe herdefinitie van het recht van de mededeling aan het publiek zelf vermijdt en zich in plaats daarvan concentreert op uitbreiding van de verantwoordelijkheden van bepaalde platforms.

Overweging 38 gaat verder door het codificeren van HJEG jurisprudentie met betrekking tot de omstandigheden waarin aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij een actieve rol spelen, en daarbij buiten de uitzondering van de veilige haven voor hosting vallen. Daarmee worden aanbieders van diensten die een actieve rol spelen door het *optimaliseren* presenteren of *promoten* van werken niet aangemerkt als hosting veilige haven.¹⁷ Als zodanig moeten zij licentieovereenkomsten afsluiten – of overtredende content uitfilteren wanneer er geen overeenkomst is. Overweging 38 bevestigt eveneens dat de plicht om *"maatregelen te nemen"* ook van toepassing is als de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij *"in aanmerking komt"* voor de uitzondering van hosting aansprakelijkheid van Artikel 14 in de Richtlijn Elektronische Handel.¹⁸ Deze verplichtingen zijn in alle gevallen onverminderd de Richtlijn Elektronische Handel.¹⁹ Ten slotte, terwijl de derde paragraaf van Overweging 38 wat onduidelijk lijkt over de rol van licentieovereenkomsten, wordt deze onduidelijkheid niet weerspiegeld in Artikel 13 zelf, en dat juichen wij toe. CBS is voorstander van gebalanceerde maatregelen die zorgen voor passende

simpel, onderhandelen over muzieklicenties op een manier die uitermate onbillijk is en muziek in waarde doet dalen. Het gevolg is dat ze een oneerlijk voordeel hebben vergeleken met andere digitale diensten, en ze zorgen ervoor dat artiesten en labels geen billijke inkomsten ontvangen."

¹⁴ Artikel 13, lid 1

¹⁵ Artikel 13, lid 1

¹⁶ In zake de verantwoordelijkheid voor mededeling aan het publiek, zie ook de Effectbeoordeling, bij 140-145. Zie ook bladzijde 138-139 voor verdere aanwijzing van het soort dienst en activiteit die de nieuwe taak beoogt aan te pakken. YouTube wordt diverse keren genoemd en ook DailyMotion, Pinterest en SoundCloud worden genoemd.

¹⁷ Zie *L'Oreal v eBay*, bij 114, 116, 123 en 145

¹⁸ Overweging 48 van de Richtlijn Elektronische Handel bepaalt: *"Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van dienstverleners die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk maken, te verlangen dat zij zich aan zorgvuldigheidsverplichtingen houden die redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden en die bij nationale wet zijn vastgesteld, zulks om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen."*

¹⁹ Effectbeoordeling, blz. 147

verantwoordelijkheden voor online platforms. Overweging 38 zou verder toegelicht zou kunnen worden, maar wij dringen aan bij de Nederlandse overheid om deze aanpak van de waarde kloof te ondersteunen.

Artikel 14 en 15: Billijke vergoeding van auteurs en uitvoerend kunstenaars

Ten slotte gaat hoofdstuk 3 van titel IV over transparantie en vergoeding in contracten van auteurs en uitvoerend kunstenaars. Deze bepalingen zijn bedoeld om datgene aan te pakken wat in de bewoordingen van de Commissie een "*informatieasymmetrie*" is tussen auteurs/uitvoerend kunstenaars en degenen die hun rechten exploiteren, waaronder mogelijke en daadwerkelijke exploitatie evenals vergoeding.²⁰

Om te beginnen merkt CBSSI op dat zij voorstander is van de billijke vergoeding van auteurs en uitvoerend kunstenaars die bijdragen aan de creatie van werken die zij produceren. Onze problemen met de benadering van de Voorgestelde Richtlijn, en recente wijzigingen in de Nederlandse wet op het auteursrecht (2015), hebben geen betrekking op *of* er billijk beloond moet worden, maar *hoe* dit bereikt kan worden. Op de overgrote meerderheid van de werken die door CBS geproduceerd, zijn collectieve overeenkomsten van toepassing ("**COs**") die zijn aangegaan met vakbonden (of beroepsverenigingen) die regisseurs, scenarioschrijvers, acteurs en andere creatievelingen vertegenwoordigen. Deze overeenkomsten zijn ongelofelijk lange en complexe documenten die uitgebreide bescherming vastleggen voor deze creatieve makers, bijvoorbeeld met betrekking tot transparantie en vergoeding. Los van wat overeengekomen wordt in individuele persoonlijke dienstverleningscontracten, worden aan mensen die bijdragen aan werken waarop deze overeenkomsten betrekking hebben immers royalty's betaald op grond van de wereldwijde exploitatie in een reeks media. Als een bepaald werk succes heeft, worden de royalty's ook meer. Als zodanig is voor zover mogelijk al volledig voldaan aan de voorwaarden van de Voorgestelde Richtlijn en de Nederlandse wet. Onze zorgen betreffen de mate waarin de wetgevende aanpak zorgt voor een billijke vergoeding geen oog heeft voor collectieve overeenkomsten die worden aangegaan tussen bijvoorbeeld vakbonden en producenten waar de wet verplichte collectieve licentieverlening of vergoedingsrechten voorschrijft.

Artikel 14 van de Voorgestelde Richtlijn vereist van lidstaten dat zij ervoor zorgen dat auteurs en uitvoerend kunstenaars regelmatig informatie krijgen over de exploitatie van hun werken en prestaties. Van cruciaal belang is de erkenning dat collectieve overeenkomsten "*beschouwd moeten worden als een mogelijkheid om tussen de relevante belanghebbenden overeenstemming te bereiken met betrekking tot transparantie*." Deze erkenning van het nut van collectieve overeenkomsten is nuttig en zou benadrukt moeten worden.

Artikel 15 introduceert een zogeheten contractaanpassingsmechanisme (ook een "better-seller" clause genoemd), die van lidstaten vereist dat zij ervoor zorgen dat auteurs en uitvoerend kunstenaars die bijdragen aan werken die commerciële successen worden opnieuw kunnen onderhandelen met hun contractuele partner, bijvoorbeeld de producent, als de oorspronkelijk overeengekomen vergoeding onevenredig laag is. Een overeenkomstige verwijzing naar collectieve overeenkomsten ontbreekt helaas, ondanks het feit dat deze aanpak al wordt gevolgd, bij voorbeeld in Duitsland. CBS pleit voor een invoering van een vermelding die de rol van collectieve overeenkomsten in dit verband erkent.

Collectieve overeenkomsten spelen een belangrijke rol in het zorgen voor een billijke vergoeding voor auteurs en uitvoerend kunstenaars. Hoewel we die beperkte erkenning van dit punt in de Voorgestelde Richtlijn toejuichen, zijn wij als zodanig niet overtuigd van de noodzaak om deze nieuwe bepalingen op EU-niveau in te voeren, en wij pleiten ervoor dat in ieder geval aanvullende erkenning van de rol van CO's vereist is in de wetgeving.

²⁰ Zie Effectbeoordeling 1/3, bij 174

Conclusie:

Ter afsluiting herhaalt CBS zijn waardering voor de gelegenheid die is geboden om onze mening kenbaar te maken aan de Nederlandse overheid over deze belangrijke voorstellen op EU-niveau. Samengevat is ons standpunt als volgt:

- **Voorgestelde Verordening inzake Omroeporganisaties**
 - Sterk tegen de uitbreiding van het oorsprongslandbeginsel tot de aanvullende onlinediensten van omroeporganisatie;
 - In principe tegen het verplicht verlenen van collectieve licenties voor exclusieve rechten;
 - Directe Injectie – een oplossing moet te allen tijde de integriteit van exclusieve rechten en de contractuele vrijheid van houders van rechten en omroeporganisaties handhaven. Vetorecht van omroeporganisaties in Artikel 10 moet gehandhaafd blijven; en
 - Overgangsperiodes – indien Artikel 2 wordt gehandhaafd, is een veel langere overgangsperiode vereist.
- **De Voorgestelde Richtlijn inzake Auteursrecht in de DEM**
 - Bezorgd om de reikwijdte van nieuwe uitzonderingen, eens met verwijzing naar driestappentoets; sterk tegen bepalingen die wettelijke bescherming van technologische maatregelen afzwakken;
 - Voorstander van de nieuwe plicht voor platforms om samen te werken met houders van rechten om piraterij op hun netwerken te bestrijden; eens met zinvolle codificatie van de belangrijkste aspecten van jurisprudentie van het Hof van Justitie. Belangrijk dat het exclusieve recht op communicatie naar het publiek niet wordt aangetast gedurende het wetgevingsproces; en
 - Nieuwe voorstellen voor transparantie en aanpassing van contracten riskeren de audiovisuele sector in zijn geheel te benadelen. Deze zijn niet nodig en riskeren afbreuk te doen aan collectieve onderhandelingspraktijken. Meer erkenning van deze praktijken is vereist.

CBS Response to the Dutch Government's Internet Consultations on the European Commission's Proposals for (1) a Broadcaster Regulation and (2) a Directive on Copyright in the Digital Single Market: 1st December 2016

Introduction

- CBS Corporation (**CBS**) is a mass media company that creates and distributes industry-leading content across a variety of platforms to audiences around the world. CBS owns the most-watched television network in the U.S. and one of the world's largest libraries of entertainment content. CBS Studios International (**CBSSI**) is the division within CBS that handles the international distribution of television programs produced by CBS Studios Inc. and Showtime Networks Inc., which are CBS's principal production companies.
- CBS has had its European headquarters in the Netherlands for almost fifty years. At present, CBS is substantially developing and expanding its CBSSI Amsterdam HQ, including focusing on developing local co-production opportunities across the EU as well as other strategic initiatives focused on the EU's internal market. Over the years, CBS has partnered in a number of successful co-productions with partners in the EU including the highly successful, "Penny Dreadful" series. This co-production activity is expected to increase but is of course incumbent upon the right market conditions and regulatory environment.
- In the EU, CBSSI licenses CBS content to platforms in all 28 Member States and has distributed content in Europe for decades. In addition to new programming, CBSSI licenses content from CBS's extensive library to broadcasters and platforms in the Netherlands and throughout the EU. CBSSI licences CBS programming to public service, commercial and pay television broadcasters as well as national, multi-territorial and pan-EU on-demand and digital platforms.
- We appreciate the opportunity to respond to this Consultation. We first make some general remarks in respect of the *Proposal for a Regulation laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes* (the **Proposed Regulation**) and then provide more detailed comments on specific aspects of the Proposed Regulation. Finally, we address certain aspects of the *Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market* (the **Proposed Directive**).

Executive Summary

CBSSI is opposed to the Commission's Proposed Regulation, which is not warranted and will have disastrous consequences for the audio-visual sector in the Netherlands and across the EU. With regards to the Proposed Directive, we are supportive of the Commission's cautious approach in addressing with the so-called "value gap" but have some concerns about the proposals relating to exceptions and fair remuneration in contracts of authors and performers.

Our main concern relates to the Commission's proposals in the Proposed Regulation aimed at weakening the territoriality of copyright by means of an extension of the principle of country of origin to broadcaster's ancillary online services. This will have a serious and detrimental impact across the entire value chain in the audio-visual sector and the adverse effects will be felt even more acutely in smaller Member States. Territoriality is the basis for financing content in the Netherlands, across the EU and globally; underpinning and providing a rich and diverse marketplace for content providers and consumers. The potent combination of this proposed legislation and the application of EU competition law risk undermining both the value of exclusive rights and the crucial principle of contractual freedom.

As regards the second pillar of the Proposed Regulation, extending the mandatory collective licensing of retransmission rights regime for cable to other closed platforms, we are also concerned about measures that limit the ability of rightholders to engage in direct licensing of their content.

Proposed Regulation

General Remarks

The Digital Single Market strategy announced by the European Commission on 6 May 2015 set out a bold plan for creating a competitive European online marketplace. CBS takes the view that many elements of this initiative are vitally important and will benefit all stakeholders. However, CBS is concerned that the DSM Strategy, despite the promise to **[respect] the value of rights in the audio-visual sector**, still does not fully comprehend nor cater for the functioning of the audio-visual sector. This is about more than territorial exclusivity – it is about *meaningful* territorial exclusivity.

The Proposed Regulation cannot be seen in a vacuum – it cannot be disentangled from competition policy. Recital 11 of the Proposed Broadcast Regulation in that regard also asserts that *"through the principle of contractual freedom it will be possible to continue limiting the exploitation of the rights affected by the principle of country of origin laid down in the Regulation"*. Accordingly both the Proposed Regulation and EU competition policy must be considered together to understand the full picture. As the Dutch Government will be aware the European Commission has an ongoing competition case¹ relating to Pay-TV against Sky and the major US film studios which is highly relevant to these matters. Given the Commission's competition policy and the status of this case, the true impact of the Proposed Regulation cannot truly be assessed as the outcome of this case is likely to inform what "contractual freedom" means in practice.

In this regard, the DSM Strategy - both as regards its legislative and regulatory components - falls short of keeping the promise to respect the value of rights. The Commission's approach, in terms of competition policy and copyright reform, risks severely harming the functioning of the audio-visual sector, particularly for EU SMEs, by undermining the structures that ensure the effective financing, production and distribution of content and then harming consumers. At risk is not only economic growth and job creation but also cultural diversity, a principle protected by the Treaty for the Functioning of the European Union. Moreover, the erosion of the ability to effectively license audio-visual content on a territorial basis will ultimately result in a less competitive marketplace and an infinitely inferior consumer experience.² Indeed, the Commission's approach could actually create new barriers to entry rather than diminishing them by provoking a concentration of market power in the hands of major pan-regional Internet companies while reducing the number of local players, thereby reducing cross-border access to European content, ultimately harming consumers.³

¹ Case AT.40023

² See e.g., page 59 of the The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers, Oxera and O&O, May 2016 ([The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers](#)): "Customers in high-income countries would be paying less for less, whereas consumers in territories where prices rise would be paying more for less, exacerbating the welfare loss experienced by these consumers. The overall impact on consumer welfare is therefore expected to be negative, with consumers in smaller countries experiencing significant declines in welfare."

³ See e.g., page 61, *ibid*: "Consumer switching to the pan-EU platform would cause a large reduction in local platform revenues and a correspondingly large reduction in local output, up to 35% and 21% for film and TV, respectively.[FN omitted] Following these changes to platform revenue there would also be a reduction in revenues for producers of internationally focused content; this is the result of an inability to price differentiate between territories as they can at present, as well as the reduction in their bargaining power vis-à-vis the pan EU operator. We estimate that international content could fall by up to 15% and 17% for film and TV, respectively. However, as we have noted before, based on detailed data made available to us on green-lighting procedures and the underlying revenue expectations, the proportion of local and international content put at risk could in reality be significantly higher and in certain circumstances, it could be more than 20 percentage points higher.[FN omitted]"

Article 2 – Extension of the Country of Origin Principle

The Commission's proposal is that the country of origin principle should apply to online services that are "ancillary" to a traditional broadcast of radio or telephone programmes. This means that any acts of communication to the public, including making available, and reproduction occurring in the provision and use of such ancillary online services are deemed to occur only in one Member State, the one in which the broadcasting organisation has its principal establishment. Consequently, under the Proposed Regulation broadcasters wishing to make their ancillary online services available in other Member States would not be required to clear the rights of underlying works for those other territories.

The introduction of rights clearance by the country of origin principle to apply to broadcasters' ancillary online services in Article 2 of the Proposed Regulation is highly problematic and indeed commercial broadcasters and rightholders generally seem to oppose it. On its face this may appear to be a targeted and narrow approach as the Proposal is focussed "only" on ancillary online services which are subordinate to the initial broadcast (such as simulcasting and catch-up). However, in fact, it goes to the heart of the value chain given the growing importance of these services, the steady development of new services which may or may not be covered and the key role played by broadcasters licensing rights on a territory by territory exclusive basis in the financing, production and distribution of content in the EU. Indeed, while the Proposal seeks to provide some clarity as to the nature of the services covered by the concept of "ancillary online service" (see Article 1(a) and accompanying Recital 8), we are concerned that given the changing nature of such services and the introduction of new business models, we could be faced with considerable uncertainty as to what exactly is covered.

The licensing of content on the basis of territoriality is the bedrock of the entire audio-visual sector and such licensing serves as the principal source of financing for the production of content in the Netherlands and across the EU; in particular, through the pre-sale of territorial rights to broadcasters and other distributors before the actual production of a film or TV programme even begins. This practice has contributed to a flourishing market for content providers and significant choice for consumers, both in content and providers. Extending the principle of country of origin to ancillary online services will have a serious detrimental impact on the entire value chain in the audio-visual sector but the platforms, producers, consumers and other stakeholders in smaller countries will suffer disproportionately. The potent combination of this proposed legislation and the application of EU competition law risks undermining the value of exclusive rights, the crucial principle of contractual freedom and ultimately whether programming can continue to be made at the current scale and quality. While contractual freedom is notionally preserved, it is subject to the caveat of compliance with EU law including in particular competition law (in light of above referenced Pay-TV case) – which, very likely, will render it entirely toothless. As a result, this proposal will force the market towards pan-European licenses bringing serious, adverse unintended consequences. For industry, the ability to engage in both in an environment of contractual freedom and strong copyright protection is critical. For many large operators, pan-EU licensing and distribution may be an attractive option but they too will seek exclusivity given the significant investments they are making in their technology, infrastructure and business. The small number of companies which can support such EU-wide businesses will be finite and consequently the choice available to consumers will be severely reduced and moreover with less competition in the market the price to the consumer for such services is likely to go up. How can such an outcome be a positive one for the Dutch or European consumer?

The summary of effects and concluding remarks start on page 74 – re consumers it says:

"Therefore, in the medium to long run, our analysis suggests that there would be significant consumer welfare losses of up to €4.5bn per annum, as well as a reduction in content production of up to 35% for some types of content (in some scenarios an even higher proportion of content being put at risk)."

It is also worth commenting upon why smaller operators may prefer to focus on only one or two territories. Such players make a commitment to creating local content tailored to local demand and in local languages. In an environment where local players either cease to exist or are thwarted in their ability to compete, the consumer faces a negative outcome; less local programming being made, less local language versions, less content, less choice, fewer places to legitimately view content, and less competition in the market. Local platforms provide crucial funding to the production of local content – content that would not otherwise get made. These platforms attract subscribers/viewers to their local services and thereby earn revenues by licensing premium international content on an exclusive basis in their own territories. Local players' offerings are tailored to local tastes, languages, cultures and needs. If these platforms cannot continue to rely on exclusive deals for the internationally acquired content (one of the key drivers of their business), they will lose subscribers/viewers, no longer be able to finance local content, create local language versions of international content and local digital players bringing more competition to the market will be lost. International platforms are not going to make up the shortfall in locally produced content as this content is unlikely to travel so well and therefore will cease to be made.

Given the above: (i) we do not see the need for drastic and industry-threatening intervention in a currently well-functioning market; and (ii) as the Proposed Regulation is phrased and given its interaction with competition law, the fundamental principle of freedom of contract will be severely jeopardised. Rightholders benefit from the exclusive rights of making available and reproduction in all of the Member States under current law. However, the Proposed Regulation would expropriate these rights through the imposition of the country of origin principle. CBS and other rightholders depend on copyright to combat the unauthorised making available of their content by so-called structurally-infringing websites. These pirate sites, which tend to operate anonymously and are therefore very difficult to locate, do not invest in content yet make millions in advertising revenues while basically giving away content for free. CBS sees the biggest threat to the industry and choice for the consumer as these illegal sources of content, not the structure of granting territorial rights; the issue of combatting piracy should be the principal focus of the Commission, not strait-jacketing the audio-visual sector.

Contractual Freedom

CBS is concerned that the reference to contractual freedom in Recital 11 of the Proposed Regulation could turn out to be meaningless in practice. If correct, this would mean that rightholders would no longer be able to rely on copyright or contractual freedom; the two crucial tools which are necessary to ensuring meaningful exclusivity. Rightholders and broadcasters must be free to agree on the exploitation of rights in a manner of their own choosing, reflecting the rights available, the investment of the parties in the content, their businesses and their relationship. Rightholders must be able to choose to license their rights on a territory by territory basis and both parties must be free to negotiate the appropriate terms for such licences.

The Explanatory Memorandum further makes clear: *"In addition, the proposal does not oblige broadcasting organisations to provide their online ancillary services across borders, nor does it oblige operators of retransmission services to offer programmes from other Member States. The proposal does not prevent either the exercise of the contractual freedom of the parties to limit the exploitation of the rights affected by the principle of country of origin done in compliance with Union law."*⁴

⁴ Page 4

The Impact Assessment reiterates this point in several places as well noting that *"this IA would not oblige broadcasters to provide services across borders and would not entail any rules limiting the contractual freedom of broadcasters and Rightholders"*.⁵

However, Recital 11 of the Proposed Regulation goes on to make clear that such contractual freedom is subject to the requirement that any limitations on the exploitation of those rights are in compliance with EU law. It is not at all clear how this would be reconciled with competition law. Given the ongoing Pay-TV case, there is a considerable cloud of legal uncertainty hanging over the audio-visual sector. Any contractual provisions that impose territorial restrictions on online exploitation of rights within the EU will need to be considered carefully from a competition law perspective. In practice it is not possible to view the Proposed Regulation in isolation.

Give Portability a Chance

The proposed regulation on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market ("**Portability Regulation**") is in the final stages of being adopted and this will be an important first step in delivering a meaningful, cross-border benefit to consumers without undermining the functioning of the content sector. The Dutch Presidency of the EU (and its important ongoing involvement) played a decisive role in improving the Portability Regulation and securing Member State consensus. Several of the Council's improvements to the Portability Regulation relate to ensuring that the legislation would not become a *de facto* means of imposing pan-EU licensing. Notwithstanding this, the Portability Regulation has not yet even been enacted and along comes a further proposal that at least in part renders this position moot. The audio-visual market should be given time to implement portability and gauge its impact on the functioning of the sector before another hugely significant step toward removing territoriality is countenanced. We urge the Dutch Presidency to stand by the consensus agreed in Council in the context of a future trilogue.

Article 3 – Mandatory Collective Licensing for retransmission over closed networks

As a general matter, CBSSI opposes mandatory collective licensing of exclusive rights. It is problematic insofar as it removes the ability of individual rightholders to license their content directly and at arms' length. It makes it impossible for the value of individual works to be recognised as it treats all works as being the same. Downstream it limits the ability of rightholders to negotiate not only the terms of use of content but also a vitally crucial aspect of content protection; the designation of technological measures and their level of robustness. Whilst CBSSI recognises that mandatory collective management can have a role in certain limited circumstances where individual exercise of rights is impossible or highly impracticable, the use of such limitations on the exercise of rights protected by international copyright treaties should be the last resort.

The second aspect of the Proposed Regulation concerns rights in retransmission. This proposal effectively extends the current regime of mandatory collective exercise of rights that applies to simultaneous, unaltered, and unabridged cable retransmissions of broadcasts from other EU Member States to retransmission services offered by satellite, digital terrestrial, IPTV, mobile and similar networks. In practice, this means that operators of these types of retransmission services must reach an agreement with not only, the initial broadcaster directly, in order to clear the rights in its signal and potentially rights it has acquired, but also usually with a collective management organisation, which will have relevant rights to license or collect remuneration for the underlying content in the broadcast. As in the Satellite and Cable Directive, the Proposed Regulation provides that broadcasters have full exclusive rights while other holders of copyright

⁵ IA at page 28.

and related rights can only exercise their rights through CMOs. In principle, all rights can thus be cleared through the broadcaster, but this seldom happens in practice. The larger issue, as we will see below, relates to the impact of direct injection on the retransmission paradigm, an issue which is neither addressed by the Proposed Regulation nor considered by the Impact Assessment

While CBSSI agrees that mandatory collective licensing should not be extended to the open Internet given in particular its importance to new business models, we are not supportive of any extension of mandatory collective licensing beyond cable. The Proposed Regulation clearly stipulates that a mandatory collective licensing regime would not extend to retransmission through an internet access service, as defined in Regulation 2015/2120 on Net Neutrality and Roaming. The relevant recitals indicate that this shall include all the retransmissions in closed networks comparable to cable retransmissions but exclude broadcasts via the “open Internet”. CBSSI welcomes this important limitation.

Direct Injection

Following a trend for broadcasters delivering their channels directly to platforms ('direct injection'), in 2015, the CJEU ruled in the *SBS Belgium* case⁶ that broadcasters supplying signals to commercial TV platform operators by way of direct injection do not carry out an act of communication to the public; finding that the act of communication to the public is made by the commercial platform that provides the signal to the consumer provided that the broadcaster and the commercial platform are separate businesses.

Yet, despite this judgment and indeed related national case law, including from the Netherlands,⁷ Belgium⁸ and Norway⁹), the issue of direct injection is not mentioned in the Proposed Regulation nor the Impact Assessment. Cable operators have argued that, in legal terms, since there is no initial broadcast by the broadcaster in a direct injection situation, the platform cannot be retransmitting the broadcaster's signal. Instead, the platform is carrying out the primary broadcast, and, therefore, the platform operator needs to clear the relevant communication to the public rights, where it has not cleared them or cannot do so from the broadcaster (which of course in turn depends in part on what rights the broadcaster acquired from underlying rightholders, such as audiovisual producers).

In practical terms, the *SBS Belgium* judgment coupled with the growing use of direct injection technology by broadcasters may have a profound impact on the retransmission royalties collected by CMOs, like AGICOA. If cable operators and the retransmission services (satellite and IPTV were specifically mentioned in *SBS* along with cable) covered by the Proposed Regulation are not actually retransmitting, then the basis for collective licensing of retransmission rights would appear to be undermined. Any remuneration rights specifically retained by licensors of content would effectively be eliminated. This is an important issue for producers and other rightholders. European producers in particular could see millions of euros in retransmission royalties put at risk and may not be in position to secure such rights revenue directly from broadcasters. Whilst there is a gap in the Proposed Regulation as this issue is not dealt with, in the Netherlands, where further to pre-existing case law and market realities, we understand that stakeholders are fashioning solutions.

Any legislative solutions to this issue should maintain the integrity of exclusive rights and contractual freedom of rightholders and broadcasters. In this regards, the so-called broadcaster's veto in Article 10 is vital.

⁶ *SBS Belgium NV v SABAM*, Case-C-325/14, Judgment of the Court of 19 November 2015

⁷ *Chellomedia v BUMA* [2009]

⁸ See e.g., *Telenet v. AGICOA et al* (Antwerp Court of Appeal) [2013]

⁹ More recently, see Norwegian Supreme Court decision of 10 March 2106 in *Norwaco v. Get AS*, HR-2016-00562-A, (case no. 2015/1101). The Court however did not refer to the CJEU decision but cite the Dutch case law

Timing and Transitional Provisions

Under Article 7 as currently drafted, the Proposed Regulation would apply six months following its publication in the EU's Official Journal. However, Article 5 provides that content which is licensed to broadcasters under agreements in force when the Regulation starts to apply will not be subject to the country of origin principle for ancillary online services for a further two years. In the event that Article 2 is not deleted, CBSSI takes the view that a much longer transition period of, say 5 years, is required in order to enable the market to adjust (cf., Article 7(2) of the SatCab Directive).

Proposed Directive

CBSSI will not address all aspects of the Proposed Directive, but instead focuses on three key aspects:

- Exceptions
- Article 13: The New Duty on Platforms
- Articles 14 and 15: Remuneration of Authors and Performers

Exceptions and Limitations

The first substantive "title" of the Proposed Directive is exclusively devoted to new copyright exceptions (covering digital and cross-border uses in the field of education, text and data mining in the field of scientific research, and preservation of cultural heritage).¹⁰ Unlike the exceptions and limitations set out in Article 5(2) and (3) of Copyright Directive, these new exceptions will be mandatory and, as such, Member States will be required to implement them in domestic legislation.

CBSSI welcomes that the three-step test is explicitly recognized to apply to the three new exceptions. However, our biggest concern is that the Proposed Directive as drawn will have a, perhaps unintended, consequence for on-demand content in the effect of undermining the legal protection of technological measures as a result of Article 6 of the Proposed Directive. This provision would exclude the application of the fourth sub-paragraph of Article 6(4) of Copyright Directive, which underpins the inviolability of technological measures applied in respect of works made available on agreed contractual terms via on-demand services. This is a departure from the special status accorded to on-demand services under the Copyright Directive and an unfortunate erosion of the ability of rightholders to devise new business models by controlling access to and copying of works distributed on-demand.

For the audiovisual sector, Recital 7 (based on concepts from Article 6(4)(1) of the Copyright Directive) provides some protection against the application of the requirement to accommodate exceptions due to the fact that content is made available by means of a variety of formats and distribution means. Thus, the loss of Article 6(4)(4) protection does not translate automatically into a loss of legal protection for technological measures deployed in the on-demand space. However, it does introduce significant uncertainty with the now possible risk of intervention in respect of these three new exceptions. Moreover, this situation is exacerbated by the CJEU's general approach to exceptions. Its approach is characterised by inconsistent application of the three-step test, a willingness to interpret exceptions broadly rather than restrictively and a tendency to cumulate¹¹ exceptions; all in an effort to ensure "*the effectiveness of the exception*"¹².

¹⁰ Articles 3 to 5. See also Article 6 which refers to exceptions and the limitation. Article 4 refers to "an exception or limitation".

¹¹ See *Darmstadt*, para 43.

¹² *FAPL and Others*, C-403/08 and C-429/08, Judgment of the Court (Grand Chamber) 4 October 2011, para. 163; *Painer*, Case C-145/10, Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 December 2011, para. 133; *Deckmyn*, Case C-201/13, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 September 2014, para. 23; *Darmstadt v. Ulmer*, paras 32 and 43 as well as paras. 53-57

As a result, CBS considers that Article 6(4)(4) of the Copyright Directive should apply to the new exceptions in the Proposed Directive.

Article 13: Duty on Platforms (bridging the "Value Gap"¹³)

Article 13 requires certain platforms to take measures to: (i) ensure the functioning of agreements with rightholders; or, (ii) prevent the availability on their services of works identified by rightholders through cooperation with these service providers. Such measures must be appropriate and proportionate and may include content recognition technologies.¹⁴

CBSSI welcomes the introduction of this new duty on platforms and its useful codification of key aspects of ECJ jurisprudence. The proposal should ensure a level playing field and recognises the role played by a class of online platforms that were simply not considered during the elaboration of the 2000 E-Commerce Directive. Our principal concern is that any solution to the "value gap" should not inadvertently undermine the exclusive right of communication to the public. The Commission's proposal appears to walk too fine a line on this.

The platforms subject to this duty are *"information society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users."*¹⁵ Such platforms therefore include user-generated content sites like YouTube and Daily Motion.

Recital 38 clarifies that where platforms store and provide access to the public to works uploaded by their users, *"thereby going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public"*, they must conclude licensing agreements for such works, unless they qualify for the hosting privilege in Article 14 of the E-Commerce Directive.¹⁶ CBSSI takes the view the Proposed Directive appropriately avoids a direct redefinition of the communication to the public right itself and instead usefully concentrates on increasing the responsibilities of certain platforms.

Recital 38 continues by codifying ECJ jurisprudence in respect of the circumstances in which information society services play an active role, thereby falling outside the hosting safe harbour exemption. Thus, service providers that play an active role by *optimising* presentation or *promoting* works do not qualify for the hosting safe harbour.¹⁷ As such, they must conclude licensing agreements – or filter out infringing content when no agreement is place. Recital 38 also confirms that the duty to *"take measures"* applies even where the information society service provider is "eligible" for the Article 14 hosting liability exemption in the E-Commerce Directive.¹⁸ These obligations are in any event without prejudice to the E-Commerce Directive.¹⁹ Finally, while the third paragraph of Recital 38 appears somewhat ambiguous as to the role of licensing agreements, that ambiguity is not mirrored in Article 13 itself and we welcome that. CBS is supportive of

¹³ According to the IFPI, *"The value gap is not something our business can fix. It is for policy makers to legislate. It is a legislative issue caused by the misapplication of the so-called liability "safe harbours" to user upload services. This, quite simply, allows them to negotiate music licences in a way that is grossly unfair and devaluing of music. As a result they have an unfair advantage over other digital services, as well as depriving artists and labels of fair revenues."*

¹⁴ Article 13(1)

¹⁵ Article 13(1)

¹⁶ In terms of the question as to liability for communication to the public, see also the Impact Assessment, at 140-145. See also pages 138-139 for further indication of the type of service and activities the new duty is intended to address. YouTube is referred to several times and DailyMotion, Pinterest and SoundCloud are also mentioned.

¹⁷ See *L'Oreal v eBay*, at 114, 116, 123 and 145

¹⁸ Recital 48 of E-Commerce Directive provides: *"This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities."*

¹⁹ Impact Assessment, page 147

balanced measures to ensure appropriate responsibilities for online platforms. While Recital 38 could be further clarified, we urge the Dutch government to support this approach to value gap.

Articles 14 and 15: Fair Remuneration in Contracts of Authors and Performers

Finally, chapter 3 of title IV addresses transparency and remuneration in contracts of authors and performers. These provisions are intended to address what in the Commission terms is an "*information asymmetry*" between authors/performers and those exploiting their rights, including as regards possible and actual exploitation as well as remuneration.²⁰

At the outset, CBSSI would like to note that it is committed to the fair remuneration of authors and performers that contribute to creation of the works we produce. Our difficulties with the approach of the Proposed Directive, and indeed recent amendments to the Dutch copyright act (Copyright Contract Act (2015)), relate not to *whether* to remunerate fairly but rather *how* it is achieved. The vast majority of the works produced by CBS are governed by collective bargaining agreements ("**CBAs**") concluded with trade unions (or guilds) representing directors, screen writers, actors and other creative contributors. These agreements are incredibly long and complex instruments which establish extensive protection for these creative contributors including with regards to transparency and remuneration. Indeed, aside from whatever may have been agreed in individual personal services contracts, contributors to works covered by these agreements are paid residuals (royalties) on account of worldwide exploitation in a range of media. Where a given work is successful, the residuals will in turn increase. As such, to the extent applicable, the terms of Proposed Directive and Dutch law are already fully met. Our concerns relate to the extent to which legislative approaches to ensuring fair remuneration do not recognise collective bargaining agreements entered into between trade unions and producers for example where the law stipulates mandatory collective licensing of remuneration rights.

Article 14 of the Proposed Directive requires Member States to ensure that authors and performers on a regular basis receive information on the exploitation of their works and performances. Crucially, there is recognition that collective bargaining "*should be considered as an option to reach an agreement between the relevant stakeholders regarding transparency.*" This recognition of the sufficiency of CBAs is useful and should be reinforced.

Article 15 introduces a so-called contract adjustment mechanism (also referred to as a "better-seller" clause), requiring Member States to ensure that authors and performers contributing to works which become commercial successes can renegotiate, with their contract partner, i.e. the producer, if the remuneration originally agreed is disproportionately low. A corresponding reference to collective bargaining agreements is unfortunately missing despite the fact this approach is already followed for example in Germany. CBS advocates for an introduction of a reference recognising the role of collective bargaining agreements in this context, too.

Collective bargaining agreements play an important role in ensuring fair remuneration for authors and performers. As such, while we welcome that limited recognition of this point in the Proposed Directive, we are not convinced of the necessity to introduce these new provisions at the EU level, and we would argue that at the very least additional recognition of the role of CBAs is required in the legislation.

Conclusion:

In closing, CBS would like to reiterate its appreciation for the opportunity to share its views with the Dutch Government on these important EU-level proposals. In summary, our position is as follows:

²⁰ See Impact Assessment 1/3, at 174

- **Proposed Broadcasters Regulation**
 - Strongly opposed to the extension of the country of origin principle to broadcaster's ancillary online services;
 - Opposed in principle to the mandatory collective licensing of exclusive rights;
 - Direct Injection – any solution should maintain the integrity of exclusive rights and the contractual freedom of rightholders and broadcasters. Broadcaster's veto in Article 10 must remain in place; and,
 - Transitional Periods – in the event that Article 2 is retained, a much longer transitional period will be required.

- **Proposed Directive on Copyright in the DSM**
 - Concerned about the scope of new exceptions, support reference to three-step test; strongly oppose any provisions weakening legal protection of technological measures;
 - Welcome the new duty on platforms to cooperate with rightholders to address piracy on their networks; support useful codification of key aspects of Court of Justice jurisprudence. Important that the exclusive right of communication to the public not be undermined during the legislative process; and,
 - New proposals on transparency and contract readjustment risk harming the audiovisual sector overall. They are not necessary and risk undermining collective bargaining practices. More recognition of such practices is required.