

Inbreng Consultatie inzake Verordening online diensten omroeporganisaties

NVPI, de brancheorganisatie van de entertainment industrie (aldus vertegenwoordigend Filmdistributeurs Nederland, NVPI Audio en NVPI Interactief) reageert graag op de uitgeschreven consultatie inzake de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot de modernisering van het EU auteursrechtelijk kader. Onderstaande reactie betreft Deel II van de consultatie en wel het voorstel voor een Verordening online omroep.

Inleiding

De Commissie heeft een streven om toegang tot Europese content te vergroten: Europa als één markt immers. Een eerste aanzet daarvoor was de verordening over portabiliteit van diensten. Tevens is er een voorstel voor verordening over geo-blocking; terecht is digitaal geleverde content daar buiten gehouden.

Het onderhavige voorstel van de Commissie betreft een verordening voor online omroep activiteiten waarmee cross border distributie van televisie- en radioprogramma's wordt vergemakkelijkt. Voor satelliet uitzendingen geldt al dat de rechten in het land van oorsprong kunnen worden geregeld (in de Kabel en Satelliet richtlijn). Deze voorziening wordt uitgebreid naar zogenaamde "ancillary online services", ondergeschikte online diensten van omroepen, in feite grensoverschrijdende simulcast. Dit omvat óók andere diensten zoals uitgesteld kijken (catch up TV) en verwant extra materiaal. De verordening geldt niet voor internet only webcasting of andere on demand diensten.

Het in de online omgeving toepassen van het specifiek voor satelliet en kabel ontworpen land van oorsprong regime zou naar onze mening leiden tot minder culturele diversiteit in Europa en zou slecht zijn voor het audiovisuele aanbod voor de Europese consumenten. De regering merkt terecht op dat de mogelijkheid per land te licenseren juist een van de manieren is waarop in Europa een divers aanbod van audiovisuele content wordt gefinancierd, en dat het onverkort invoeren van het land van oorsprong beginsel kan leiden tot het uithollen van het beginsel van territorialiteit en exclusiviteit.

Het is van groot belang dat het voorstel voor een verordening niet op zichzelf wordt beoordeeld, maar in samenhang met de relevante juridische context, waaronder met name het EU mededingingsrecht en de regels van de interne markt¹. Voor zover deze regimes de mogelijkheid voor territoriaal licenseren verder gaan beperken en rechthebbenden als gevolg van het onderhavige voorstel daarbij niet zouden kunnen terugvallen op het territoriale auteursrecht, zou het voorstel de facto leiden tot het einde van betreffende territorialiteit.

¹ Zoals mededingingsrechtelijk onderzoek van licentieovereenkomsten tussen een Pay TV aanbieder en rechthebbenden (case AT.40023 – Cross-border access to pay-TV) en de sector inquiry mbt e-commerce door de Europese Commissie op 6 mei 2015 als onderdeel van de Digital Single Market Strategy.

Afname media aanbod

Uit diverse studies volgt dat het beperken van de mogelijkheid tot territoriaal licenseren leidt tot vermindering van audiovisuele producties en minder keus voor Europese consumenten². Op korte termijn zou cross border toegang weliswaar kunnen toenemen, maar vervolgens ontstaat er een afname in productie met negatieve gevolgen voor een gedifferentieerd cultureel aanbod. De Europese Commissie wijst in diverse passages in het voorstel ten onrechte slechts op het eerste punt³.

Verstoring markt

NVPI is het met de regering eens dat een te ruime periode bij een catch up dienst het functionele onderscheid met een video on demand dienst vervaagt en is verheugd dat de regering aangeeft zich tijdens de onderhandelingen ervoor in te zetten verstoring van concurrentie in dat verband tegen te gaan.

De regering merkt op dat zij zich kan vinden in de 'voorgestelde gefaseerde aanpak' van de Europese Commissie waarbij het voorstel wordt beperkt tot ondersteunende online diensten bij traditionele radio- en tv-uitzendingen alsmede lineaire doorgifte via gesloten netwerken. Gelet op het erkende belang van territorialiteit voor met name audiovisuele content, zou ook in de toekomst het land van oorsprong beginsel zeker niet nóg verder moeten worden uitgebreid dan in onderhavige voorstel wordt voorgesteld. De regering merkt in dat verband terecht op dat het toepassen van het land van oorsprong op alle lineaire online uitzendingen te zeer zou ingrijpen in een zich nog ontwikkeling zijnde markt⁴. Hetzelfde geldt ons inziens echter voor een markt die zich al (verder) heeft ontwikkeld. De Impact Assessment stelt over territoriaal licenseren: *"The important role this licensing plays for the audiovisual industry is also explained in section 3.1.4"*⁵.

De slotopmerking van Overweging 8 is naar onze mening dermate relevant dat dit in een artikel van de verordening zou behoren te worden vermeld in plaats van in een overweging:

"Het verlenen van toegang tot individuele werken of andere beschermde materialen die in een televisie- of radioprogramma's zijn opgenomen, dient niet te worden beschouwd als een ondersteunende onlinedienst. Op dezelfde wijze valt de verstrekking van toegang tot werken of andere beschermd materialen die losstaat van de uitzending, zoals diensten die toegang verlenen tot individuele muziekstukken of audiovisuele werken, muziekalbums of video's, niet onder de definitie van ondersteunende onlinedienst".

² Bijvoorbeeld Oxera Study (mei 2016), en de in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerde Charles River Associates (CRA) Economic Study 2014.

³ Zie bijvoorbeeld pagina 2, Voorstel verordening online diensten omroeporganisaties.

⁴ Pagina 4, Fiche 5: Verordening online diensten omroeporganisaties, zie ook pagina 6 Voorstel verordening online diensten omroeporganisaties.

⁵ Impact Assessment, pagina 25.

Geen besparing transactiekosten

De Europese Commissie stelt dat als gevolg van het voorstel de transactiekosten zullen dalen voor cross border rechtenclearing ten aanzien van bijkomende online diensten voor omroeporganisaties. Echter volgt uit de Impact Assessment dat de Europese Commissie geen data heeft om die veronderstelling te onderbouwen:

“Despite requests to the relevant stakeholders, no data could be obtained on transaction costs related to clearing online rights on a cross-border basis”⁶.

Zelfs EBU als vertegenwoordiger van publieke omroepen en grootste pleitbezorger voor het land van oorsprong beginsel heeft geen data verstrekt ten aanzien van de cross border transactiekosten voor online rechtenclearing ten opzichte van binnen één land:

“It is not possible, however, in this IA to quantify such savings in transaction costs. As explained above, despite requests, neither EBU nor ACT provided data on cross-border transaction costs for clearing online rights, as compared to transaction costs in one jurisdiction”⁷.

De in opdracht van de Europese Commissie verrichte 2014 CRA Study constateerde dat er ten aanzien van audiovisuele content slechts weinig of verwaarloosbare transactiekosten voor omroeporganisaties zullen zijn⁸:

“Since on-demand television services consist of an extension of the classical offer of broadcasters, the online rights that broadcasters need to acquire in order to make commissioned and acquired audiovisual productions available online are typically included in the original contract agreed between the producer and the broadcaster. The transaction costs associated with the addition of new clauses into the initial agreement are then arguably small or negligible since online rights clearance is typically included in a pre-existing transaction”.

Geen voordeel voor consumenten

De Europese Commissie stelt dat door de beweerde lagere transactiekosten voor omroeporganisaties, er meer keuze voor consumenten zou ontstaan. Gezien bovenstaande analyse over de transactiekosten is het onbegrijpelijk dat de Europese Commissie zonder voldoende onderbouwing aanneemt dat vermindering van transactiekosten leidt tot “nieuwe kansen”⁹ voor omroepen om hun onlinediensten over de grenzen heen aan te bieden. Volgens de Europese Commissie geldt dat overigens “in

⁶ Pagina 23, Impact Assessment.

⁷ Pagina 35, Impact Assessment.

⁸ Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU, Charles River Associates, March 2013, p. 96. Deze studie wordt ook genoemd in de Impact Assessment (pagina 16).

⁹ Pagina 6, Voorstel verordening online diensten omroeporganisaties.

het bijzonder voor inhoud die niet afhankelijk is van territoriale exclusiviteit". De Europese Commissie gaat er dus kennelijk van uit dat het voorstel minder goed uitwerkt ten aanzien van content die wél afhankelijk is van territoriale exclusiviteit, dus ten nadele van het aanbod voor Europese consumenten. Daar zou de Commissie bij een eventuele volgende stap dan ook terdege rekening mee moeten houden.

Cijfers van de 2015 Eurobarometer bevestigen ons inziens dat er weinig consumentenvraag is naar crossborder media aanbod: slechts 8% van de internetgebruikers probeerde toegang te krijgen via diensten die bedoeld zijn voor gebruikers in andere lidstaten. 94% van de respondenten bevestigden dat zij de door hen gezochte audiovisuele content konden vinden, en 95% van de respondenten die niet hebben geprobeerd toegang te krijgen via buitenlandse online diensten bevestigde 54% daarin niet geïnteresseerd te zijn en 51% bevestigde voldoende keus te hebben in hun eigen land¹⁰.

Zonder de mogelijkheid tot territoriaal licenseren zal het aanbod voor consumenten juist afnemen. In dit verband wijst de in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerde CRA Study op het volgende:

- First, because the ability of the original rightholders to efficiently extract the rents generated by their content in the retail markets might decrease, they could have weaker incentives to invest in the production of new content which would then in turn decrease the availability of new content for consumers.
- Second, a scenario is possible where the price for access to content in some territories might increase (while it might decrease in other territories). This would be the case, for example, when a ban on territorial licensing limits the scope for price discrimination. If, as a result, prices become prohibitively high for some national markets, they might not be served. This suggests a cautious approach in implementing the objectives of Internal Market"¹¹.

Geen voordeel voor rechthebbenden

Overweging 11 van de concept verordening stelt dat partijen via een contractuele afspraak -mits in overeenstemming met het recht van de Unie- de exploitatie kunnen blijven beperken, ondanks het land van oorsprong beginsel¹². De Impact Assessment bepaalt dat de licentievergoeding "would have to take into account all aspects of the online transmission of the broadcast, including the audience, unless agreed otherwise with right holders". Echter, de rechthebbenden zullen vaak niet in de onderhandelingspositie verkeren om met omroeporganisaties te kunnen komen tot contractuele afwijkingen van het land van oorsprong beginsel. Dat kan er in de praktijk toe leiden dat van individuele rechthebbenden wordt verwacht dat dezelfde licentievergoeding mede ziet op internationale verspreiding. De Impact Assessment had hier nader onderzoek moeten leveren en niet mogen volstaan met de opmerking "the

¹⁰ Eurobarometer 411, Augustus 2015.

¹¹ Pagina 9 van de 2014 CRA Study (in opdracht van de Europese Commissie).

¹² Overweging 11, pagina 11, Voorstel verordening online diensten omroeporganisaties.

COO rule would allow broadcasters to make such content available across borders and could result in additional revenues for right holders”¹³.

Andere factoren grensoverschrijdend aanbod

NVPI wijst erop dat het bij de omvang en ontwikkeling van grensoverschrijdend media aanbod zeker niet alleen gaat om rechtenclearing, maar er diverse structurele andere factoren van invloed zijn op het huidige en toekomstige grensoverschrijdende aanbod. Bijvoorbeeld de daadwerkelijke vraag naar deze diensten, de taalverschillen van consumenten en cultuurverschillen binnen de EU, alsmede afwijkende relevante marktkenmerken in de diverse EU landen¹⁴. De Impact Assessment bepaalt enerzijds dat deze factoren invloed hebben op de toegang tot aanbod, maar stelt anderzijds dat zij deze “issues” niet onderzoekt¹⁵. Zie ook de opmerking op pagina 17 van de Impact Assessment:

“Beyond licensing issues, the limited availability of content online across borders is also the result of decisions taken by service providers (which may be related to commercial strategies, regulatory requirements, technological or financial constraints, etc.). As a result, there are instances where even if multi-territorial licences are granted by rightholders or even if agreements between right holders and service providers do not include limitations on territorial exploitation, cross-border access remains a problem. This is however not a problem that can be addressed by copyright specific legislation. This section of the IA does not directly address these issues”.

Verplicht Collectief Beheer

Ten aanzien van het voorgestelde verplicht collectief beheer is er nog te veel onduidelijkheid omtrent het voorstel en de reikwijdte daarvan. We zijn het met de regering eens dat er nadere uitleg en toelichting gewenst is. Ons inziens zouden er ook meer duidelijk geformuleerde definities behoren te zijn.

De Impact Assessment stelt op pagina 52 dat niet te verwachten valt dat het voorstel voor verplicht collectief beheer invloed zou hebben op *“the territory-by-territory content financing and distribution models of audiovisual right holders, notably because most of the retransmission services provided over ‘closed’ electronic communication networks rely on the infrastructures located in the territory of a particular MS”*. Het voorstel zou ons inziens

¹³ Pagina 37, Impact Assessment.

¹⁴ Zie in gelijke zin: pagina 26, Impact Assessment: *“For example, broadcasters may decide to geo-block access to their own programming where they see possibilities of licensing it in other territories. According to the feedback received from stakeholders, other considerations such as the demand for the services, language spoken by consumers, the complexity of the legal framework as well as the viability of revenues may result in broadcasters deciding not to enter certain markets at all”*.

¹⁵ Pagina 25, Impact Assessment: *“(…) other factors influence the cross-border accessibility of TV and radio programmes. They are presented below but this IA is not addressing these particular issues”*.

echter beter moeten worden onderbouwd (met onderzoeksresultaten) dan het uitspreken van een niet nader beargumenteerde verwachting. Het is in dat verband opmerkelijk dat de Europese Commissie wel overweegt dat de impact op de licentieopbrengsten van individuele rechthebbenden (“e.g. audiovisual producers”) “may differ depending on the relative size of the right holder and his capacity to manage a network of licensing deals with numerous foreign retransmission service providers”¹⁶.

Muziek

Specifiek ten aanzien van muziekopnamen zouden we de volgende opmerkingen willen maken.

Bestaand systeem van multiterritoriale licenties

De verordening zou moeten bepalen dat het land van oorsprong beginsel alleen geldt in geval er geen vrijwillige afspraken voor multi-territoriaal licenseren bestaan. De Europese Commissie wijst er terecht op dat “*there are well-established collective management structures for the main type of copyright-protected work used in radio broadcasts, i.e. music, which makes it easier for radio broadcasts to clear rights*”¹⁷. Echter zou het land van oorsprong beginsel voor licentievergoedingen voor muziekopnamen een race to the bottom kunnen inhouden (terwijl op dit moment het tarief geldt van de betreffende landen waar wordt gestreamd) met als mogelijk gevolg een einde van huidige vrijwillige collectieve licentie systemen voor simulcasting, webcasting en catch-up diensten. Terwijl laatstgenoemde licenties juist flexibel en toegesneden op de markt zijn, waarbij gebruikers bovendien voor een licentie contact kunnen opnemen met een CBO naar keuze.

Ook is in dit verband deze opmerking van de Europese Commissie relevant: “*As regards radio broadcasting, according to the information provided in meetings with the stakeholders, agreements between radio broadcasters and local CMO’s may allow cross-border transmissions up to certain % of audience (e.g. 5 or 7.5%) which could explain why there is a broad offer of online radio services*”¹⁸.

Onvoldoende harmonisatie

Producenten van muziekopnamen hebben niet in alle lidstaten dezelfde rechten voor bepaalde exploitatievormen (bijvoorbeeld ten aanzien van non-interactieve streaming). De verordening zou daarmee rekening dienen te houden door te bepalen dat deze niet ziet op producenten van muziekopnamen, zolang er geen sprake is van een geharmoniseerd en voldoende en gelijk beschermingsniveau en producenten niet onderworpen worden aan een stelsel van wettelijke licenties. In gelijke zijn vermeldt Overweging 21 van de Satelliet en Kabel Richtlijn 93/83/EC: “*Overwegende dat moet*

¹⁶ Pagina 50, Impact Assessment.

¹⁷ Tevens merkt de Europese Commissie op: “Despite requests addressed to the relevant stakeholders we were not able to obtain more specific information on potential problems in licensing rights for cross-border online transmissions of radio broadcasters”, pagina 25, Impact Assessment.

¹⁸ Pagina 25, Impact Assessment.

worden gewaarborgd dat in alle Lid-Staten aan auteurs, uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties bescherming wordt verleend en dat die bescherming niet aan een stelsel van wettelijke licenties wordt onderworpen ; dat alleen op die manier kan worden voorkomen dat mogelijke verschillen in beschermingsniveau binnen de gemeenschappelijke markt tot vervalsing van de mededinging leiden”.

Verplicht collectief beheer

Verplicht collectief zou in strijd komen met de reeds geruime tijd functionerende praktijk van individuele licensering voor het bestaande grote aanbod van muziekopnamen. Producenten van muziekopnamen hebben de afgelopen jaren honderden diensten gelicenseerd in Europa en inmiddels is meer dan 50% van de omzet van muziekmaatschappijen afkomstige van digitale diensten. Zeker in deze context is het ongewenst, ongerechtvaardigd en in strijd met de driestappentoets als een stelsel van wettelijke licenties zou worden opgelegd. Daarentegen is er meer behoefte aan EU regels die een eerlijk en gelijk speelveld creëren voor het onderhandelen tussen online diensten en rechthebbenden over online muziekgebruik.

NVPI Amsterdam, 30 november 2016