

Faculteit Rechten  
Master na Master in de Intellectuele Rechten

## Kabelrechten: weldra verleden tijd?

De invloed van directe injectie en versleutelde transmissie op  
kabeldoorgifte anno 2011

Masterproef aangeboden door  
**Pieter DE GRAUWE**  
tot het behalen van de graad van  
Master na Master in de Intellectuele Rechten

Promotor: Prof. Dr. Peggy VALCKE  
Co-reader: Prof. Dr. Fabienne BRISON  
Academiejaar 2010 – 2011

## INHOUDSTAFEL

1. INLEIDING EN AFBAKENING ONDERWERP.....	3
A. Inleiding .....	3
B. Afbakening onderwerp .....	3
2. DIRECTE INJECTIE EN VERSLEUTELDE TRANSMISSIE .....	9
A. Probleemstelling .....	9
B. Relevante wettelijke bepalingen.....	11
a. Conventie van Bern van 9 september 1886 voor de bescherming van literaire en artistieke werken (Berner Conventie).....	11
b. Richtlijn 93/83 (Satcab) .....	12
c. Auteurswet van 14 juli 1994 (AW) .....	12
C. Verdeelde rechtspraak en rechtsleer in België en Nederland.....	14
a. Belgische rechtspraak .....	14
i. Uradex tegen RTD en Brutélé .....	14
ii. RTBF tegen 13 kabelmaatschappijen.....	16
b. Rechtspraak in Nederland .....	17
i. Norma en Irda tegen Vecai en 5 andere kabelexploitanten. ....	17
ii. De zaak Buma en Stemra tegen Chellomedia .....	19
c. Rechtsleer .....	21
i. Rechtsleer tegen de toepassing van kabelrechten op directe injectie .....	21
ii. Rechtsleer voor de toepassing van kabelrechten op directe injectie .....	24
iii. Tussentijdse conclusie .....	31
D. De zaak Telenet.....	32
a. Gelijktijdige analoge en digitale uitzending maakt slechts één auteursrechtelijk relevante handeling uit. ....	32
b. De omroep stelt aan de kabelmaatschappij een signaal ter beschikking dat niet voor het publiek toegankelijk is.....	33
i. De noties “publiek”, “ontvangst door het publiek” en “bestemd voor ontvangst door het publiek”.....	34
ii. “Programmadragerend signaal” vs. “programma” .....	45
iii. De notie “(eerste) uitzending” .....	47
iv. Voorbereidende werken van Satcab .....	52
v. Het is niet duidelijk op welk moment de unieke openbare mededeling plaatsvindt .	53
vi. Toepassing van richtlijn 2001/29.....	54

vii.    Persoonlijk standpunt .....	56
3. WIE MOET BETALEN INGEVAL VAN DIRECTE INJECTIE EN VERSLEUTELDE TRANSMISSIE? .....	57
A. De rechtbank heeft geen rekening gehouden met een aantal belangrijke factoren uit de vroegere rechtspraak en rechtsleer.....	57
B. Interne tegenstrijdigheid van het vonnis.....	67
C. Gevolgen van de beslissing .....	67
D. Persoonlijk standpunt .....	70
4. TOEPASSING VAN ARTIKEL 41 AW OP DIRECTE INJECTIE? .....	71
5. ARI-OVEREENKOMSTEN .....	75
6. TOEKOMST VAN SATCAB.....	81
A. Doctrine .....	81
B. Initiatief van de Europese Commissie .....	82
C. Omroepen.....	83
D. Kabelmaatschappijen: Cable Europe .....	84
E. Rechthebbenden .....	85
F. Punt van overeenkomst tussen de betrokkenen.....	87
G. Nieuw Groenboek van de Europese Commissie .....	87
7. ALGEMENE CONCLUSIE .....	89

## 1. INLEIDING EN AFBAKENING ONDERWERP

### A. Inleiding

- 1.1. De convergentie van media, telecommunicatie en informatietechnologie, ingezet door de digitalisering van informatie gaat steeds verder en blijft zichzelf heruitvinden. Kabelmaatschappijen wensen de interactiviteit met hun abonnees te vergroten en beginnen zich steeds meer te focussen op diensten die inspelen op het persoonlijke leven van hun klanten. De juridische achtergrond waartegen deze evoluties zich afspelen wordt steeds complexer.
- 1.2. Kabelmaatschappijen zijn volledig afhankelijk van ‘*content*’ om hun activiteiten uit te oefenen. Hiervoor betalen kabelmaatschappijen traditioneel “kabelrechten” waarover zij met beheersvennootschappen voor auteursrechten en naburige rechten onderhandelen. Deze kabelrechten zijn de voorbije vijftien jaar echter onder druk komen te staan door de snelle technologische vernieuwingen.

Het is intussen bekend dat geen van de betrokken partijen – kabeldistributeurs<sup>1</sup>, omroepen en beheersvennootschappen – tevreden zijn met het huidige regelgevende kader: kabelmaatschappijen vragen zich af of zij nog wel kabelrechten moeten betalen na de directe injectie van signalen door omroepen en wensen een transparant en technologie neutraal systeem van auteursrechten en beheersvennootschappen moeten hevige juridische veldslagen leveren met kabelmaatschappijen over de hoogte van de kabelrechten en omroepen dienen hun programma's steeds meer rechtenvrij aan te bieden, hetgeen voor hen belangrijke risico's meebrengt.

### B. Afbakening onderwerp

- 1.3. Binnen deze brede evolutie zal in deze studie worden stilgestaan bij de traditionele “kabelrechten” die door kabelexploitanten verschuldigd zijn aan rechthebbenden voor de doorgifte van programma's.
- 1.4. De “doorgifte via de kabel” is een vorm van mededeling aan het publiek die slechts van toepassing is onder een aantal bijzondere voorwaarden. Niet elke communicatie die tot stand komt via een kabelsysteem zal onder de regeling van kabeldoorgifte vallen.
- 1.5. Deze studie zal in essentie stilstaan bij de situatie waarbij omroepen of andere actoren via directe injectie of versleutelde transmissie programma's versturen naar kabeloperatoren. Meer bepaald zal de vraag centraal staan of deze handelingen aanleiding kunnen geven tot “kabeldoorgifte”. Over deze materie is zowel in België als in andere EU landen reeds veel inkt gevloeid en het zal van belang zijn om de onderscheiden standpunten in kaart te brengen.

---

<sup>1</sup> De begrippen “kabeldistributeur”, “kabelmaatschappij”, “kabelexploitant” en “kabeloperator” en “kabelaar” hebben in het kader van deze studie dezelfde betekenis en worden afwisselend gebruikt.

De schaarse rechtspraak over dit onderwerp is in april 2011 aangevuld door een vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen. Hierin is een zeer uitgesproken standpunt ingenomen dat weleens het laatste hoofdstuk zou kunnen inleiden van dit verhaal. Wij zullen in deze studie het vonnis van de rechtbank van koophandel in detail analyseren in het licht van de bestaande rechtspraak en doctrine.

Vervolgens zal de vraag aan bod komen wie van de betrokken partijen aansprakelijk is voor de betaling van auteursrechten en naburige rechten in het kader van kabeluitzendingen via directe injectie of versleutelde transmissie. Ook hier zal het vonnis van de rechtbank van koophandel worden geanalyseerd in het kader van de verschillende standpunten uit rechtsleer en rechtspraak, waarna wij zullen onderzoeken wat de gevolgen zijn van de keuze van de rechtbank.

Onze studie zal vervolgens dieper ingaan op de vraag of directe injectie specifieke gevolgen heeft voor de uitvoerende kunstenaars en producenten. Met name stelt zich de vraag of de dwanglicentie die wordt geregeld onder artikel 41 van de Auteurswet van toepassing zal zijn ingeval van directe injectie.

De voorgaande vragen zijn nauw verbonden met het concept van de ARI-overeenkomsten ("*all rights included*") waarbij omroepen aan kabelexploitanten programma's aanbieden waarvan alle relevante auteursrechten en naburige rechten gedekt (*gecleared*) zijn. Deze ARI-overeenkomsten zijn een groeiende praktijk geworden. De vraag blijft echter open of deze overeenkomsten tegenwerpelijk zijn aan de rechthebbenden. Hierbij zal een specifieke uitzonderingsregel die van toepassing is op omroepen een rol spelen. Ook over dit onderdeel heeft de rechtbank van koophandel te Mechelen een oordeel geveld dat in deze studie zal worden onderzocht.

Tot slot zullen wij een blik werpen op de toekomst van Satcab, waarbij de standpunten van de doctrine, de Europese Commissie en de belanghebbenden zullen worden toegelicht, met de bedoeling een gemeenschappelijk draagvlak voor een oplossing te vinden.

- 1.6. Het kabeldoorgiftesysteem kent nog meer problemen. In de loop der jaren is een uitgebreid contentieux tot stand gekomen met betrekking tot de vergoedingen die moeten worden betaald in het kader van de kabeldoorgifte en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van beheersvennootschappen. Dit contentieux heeft ertoe geleid dat het fundamentele recht van rechthebbenden om te verbieden of toe te staan dat hun werken worden doorgegeven via de kabel wordt bedreigd<sup>2</sup>. Deze interessante materie verdient een studie op zichzelf en zal binnen het bestek van deze proef niet behandeld worden.

---

<sup>2</sup> Voor een overzicht over deze problematiek, zie GHYS, M., "C'était un soir, messieurs, mesdames... mais la télé n'a jamais été en panne...", *A&M* 2006, 221-231.

- 1.7. Binnen Satcab geldt een onderscheiden regeling voor de mededeling aan het publiek per satelliet en de doorgifte per kabel. Het satelliet regime zal indirect aan bod komen in het kader van de mogelijke wisselwerking tussen de kabel en satelliet regimes bij de interpretatie van de wetgevende teksten. De specifieke problemen waarmee het satelliet regime echter geconfronteerd wordt, zoals de praktijk van vergunningen door rechthebbenden die niet strookt met het principe van de toepasselijkheid van het recht van het land van uitzending<sup>3</sup>, vallen niet binnen het kader van de huidige studie.
- 1.8. Aangezien kabelrechten enkel betrekking hebben op een doorgifte die gelijktijdig met de eerste uitzending van de omroep gebeurt, zijn een aantal diensten die via de kabel worden aangeboden door de kabeldistributeur uitgesloten van de kabelrechten. Voorbeelden hiervan zijn *video-on-demand*, *pay per view* en andere interactieve toepassingen (“net gemist”, “*Iwatch*” etc.). Deze toepassingen worden namelijk niet gelijktijdig met de eerste uitzending aangeboden, maar wel op een ogenblik dat door de kijker zelf gekozen wordt. Deze “punt-tot-punt” mededeling (tussen de kabeloperator en de abonnee) is een mededeling aan het publiek waarvoor de kabeloperator de toestemming moet bekomen van de rechthebbenden van de betrokken programma’s.

Deze situatie is expliciet opgevangen in artikel 3 van de richtlijn Informatiemaatschappij<sup>4</sup> en via een wetwijziging van 22 mei 2005 opgenomen in artikel 1 §1 AW, volgens welke alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst het recht heeft om het werk volgens ongeacht welk procédé, met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, aan het publiek mede te delen.

Deze – nieuwe – vormen van communicatie via de kabel zullen evenmin behandeld worden binnen het bestek van deze proef.

- 1.9. De innovatie die zich vandaag aandient, is geen privilege van de kabelmaatschappijen. Door de continue ontwikkeling van de techniek duiken er nieuwe spelers op die dezelfde diensten aanbieden via andere kanalen, zoals bijvoorbeeld TV diensten via het internet (Apple TV, Google TV). Hoewel deze nieuwe diensten en toepassingen via een kabelnetwerk verlopen, vallen zij waarschijnlijk niet onder de Satcab regeling maar eerder onder het technologie-neutrale regime van de richtlijn Informatiemaatschappij<sup>5</sup>. Dit leidt tot een op het eerste zicht bizarre situatie waarbij kabeldistributeurs via hetzelfde kabelnetwerk programma-signalen verspreiden die onderworpen zijn aan de Satcab regeling en IP-signalen (internet protocol) met mogelijk een identieke programma inhoud die aan een andere regeling onderworpen zijn.

---

<sup>3</sup> Zie hierover onder meer CORBET, J., “Verslag van 26 juli 2002 van de Europese Commissie”, *A&M* 2003/3, 198.

<sup>4</sup> Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PB*. L. 22 juni 2001, afl. 167, 10-19.

<sup>5</sup> B. Hugenholtz laat het antwoord op deze vraag in het midden: “*whether the term “cable system” can be interpreted to encompass the Internet is a matter of some speculation. If so, the simulcasting of radio or television programmes over the Internet would be subject to the Directive’s rules on mandatory collective exercise of retransmission rights*”, HUGENHOLTZ, B., “Convergence, copyrights and transfrontier television”, *IRIS Plus* 2009-8, [http://www.obs.coe.int/oea\\_public/iris/iris\\_plus/iplus8\\_2009.pdf.en](http://www.obs.coe.int/oea_public/iris/iris_plus/iplus8_2009.pdf.en), 13.

Ten titel van voorbeeld kan verwezen worden naar een Duitse uitspraak over live uitzendingen van televisieprogramma's via het internet<sup>6</sup>.

De onderneming Zattoo biedt een dienst aan waarmee via een website programma's kunnen worden bekeken op hetzelfde moment als wanneer deze op de *free to air* televisie (zonder versleuteling en dus gratis te ontvangen met een standaard ontvanger) worden uitgezonden. Om dit te doen, vangt en encrypteert Zattoo de signalen van omroepen. De data worden dan doorgestuurd naar de abonnees van Zattoo, die de programma's kunnen zien door gebruik te maken van gratis software. De openbare omroepen ARD en ZDF hadden films uitgezonden waarvan zij de relevante licentie hadden bekomen en hadden aan Zattoo toestemming verleend om deze simultaan en ongewijzigd door te geven onder de voorwaarden van hun overeenkomst met de collectieve beheersverenigingen.

Volgens het Landgericht Hamburg kon de dienst van Zattoo evenwel niet worden gekwalificeerd als een kabeldoorgifte in de betekenis van de Duitse auteurswet. Hoewel de bewoordingen van de wet toelaten om de term "kabelstelsel" zo te interpreteren dat het de netwerkinfrastructuur van Zattoo omvat (zijnde het Internet), laten de historische context en de intentie van de wetgever zulke interpretatie niet toe. De rechtbank heeft aangeduid dat toen deze regel in 1998 werd getransponeerd uit Satcab, deze betrekking had op de doorgifte van programma's via de bestaande coax kabel netwerken. De technologieën en business modellen voor de transmissie van zulke programma's via het internet bestonden op dat moment nog niet. Noch stonden de voorbereidende documenten van de wet toe om de conclusie te trekken dat de wetgever de term "kabelstelsel" zo verstond dat deze niet verwees naar een specifieke technologie en dus voorwerp van verandering was.

Een ander voorbeeld is de "catch-up TV", waarbij online een bibliotheek wordt voorzien waarop televisieprogramma's worden aangeboden. Het hoofddoel van deze dienst is het verzamelen en op een gebruiksvriendelijke wijze compileren van individuele programma's in de vrij toegankelijke media bibliotheken van de bekendste Franse televisiekanalen.

In een procedure ingeleid door de Franse private omroepen M6 en W9 tegen de aanbieder van zulke dienst heeft de Tribunal de Grande Instance de Paris<sup>7</sup> geoordeeld dat de betroffen dienst de gebruiker enkel van hulp voorziet bij het vinden van de gewenste programma's, terwijl zij eigenlijk via de oorspronkelijke aanbieder worden bekeken. Het louter compileren van referenties is volgens de rechtbank geen openbare mededeling van de auteursrechtelijk beschermde inhoud.

Hoewel ook deze nieuwe toepassingen heel wat interessante vragen opwerpen in het licht van de bestaande regelgeving en een uitstekend onderwerp zijn voor een afzonderlijke studie, zal dit leerstuk in het bestek van de huidige proef enkel worden aangesneden in het kader van de toekomst van Satcab (hoofdstuk 6).

---

<sup>6</sup> LG Hamburg 8 april 2009, nr. 308 O 660/08, <http://rechtsprechung.hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod.phtml?printview=true&doc.id=KORE220512009&st=ent&showdoccase=1&paramfromHL=true>.

<sup>7</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris 18 juni 2010, [http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2941#](http://legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2941#).

- 1.10. Een laatste onderwerp dat verwant is met de vraag of kabeldistributeurs aansprakelijk zijn voor de betaling van auteursrechten en naburige rechten, is de aansprakelijkheid van tussenpersonen in het kader van de richtlijn Electronische Handel<sup>8</sup>.

In onze studie zal worden aangetoond dat kabeldistributie niet onder het toepassingsgebied van deze richtlijn valt. De specifieke aansprakelijkheden uit de voornoemde richtlijn zullen daarom niet behandeld worden hierin.

---

<sup>8</sup> Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("richtlijn inzake elektronische handel"), *PB. L.* 17 juli 2000, afl. 178, 1-16.





## 2. DIRECTE INJECTIE EN VERSLEUTELDE TRANSMISSIE

### A. Probleemstelling

- 2.1. Bij de totstandkoming van de communautaire wetgeving werkte kabeldoorgifte als volgt: een omroep zond (primaire) analoge ether- of satelliet signalen uit via een zendmast (denk aan de bekende zendmast van VRT en RTBF in Brussel). Deze signalen konden met behulp van een antenne rechtstreeks en draadloos door particulieren worden ontvangen. De signalen die op deze manier werden ontvangen, waren echter niet altijd van even goede kwaliteit. In sommige gebieden van België konden de ethersignalen moeilijk worden ontvangen en daar waar de ontvangst wel goed was, werd deze soms verstoord door weersomstandigheden. Aan deze ongemakken werd tegemoet gekomen door de kabelmaatschappijen. Vanaf de jaren '60 plukten zij de ethersignalen uit de lucht en stuurden deze signalen via een bedraad netwerk naar de huiskamers van hun abonnees. Deze signalen waren van een goede en continue kwaliteit.

Voor deze doorgifte van omroepprogramma's dienden de kabelmaatschappijen de toestemming verkrijgen van de auteursrechthebbers van deze programma's. Het duurde echter tot de Coditel arresten<sup>9</sup> voor dit een uitgemaakte zaak was.

- 2.2. Na een ingreep van de wetgever is de kabeldoorgifte opgenomen in de Belgische Auteurswet.

De "doorgifte via de kabel" wordt geregeld in hoofdstuk III van de Auteurswet<sup>10</sup> (**AW**) onder de titel "mededeling aan het publiek per satelliet en doorgifte via de kabel". Dit hoofdstuk vormt de implementatie van een Europese richtlijn 93/83/EEG<sup>11</sup> (**Satcab**).

Satcab is één van de vijf richtlijnen die tot stand zijn gekomen in de eerste helft van de jaren '90 in het kielzog van het "Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie"<sup>12</sup>. Deze richtlijnen moesten een antwoord bieden op de invloed van de televisie, zowel via de kabel als via de satelliet, en van de voortdurende ontwikkeling van de informatietechnologie<sup>13</sup>.

Deze groep richtlijnen had met name als doel de belemmeringen van nationale auteursrechtelijke regelingen voor de industrie en het vrije verkeer van goederen en diensten op te heffen en rechtszekerheid te scheppen omtrent het auteursrecht en de naburige rechten in het geval van omroepuitzendingen binnen de EU, in het bijzonder via satelliet en kabel.

---

<sup>9</sup> Brussel 30 maart 1979, *J.T.* 1979, 502 en Cass. 3 september 1981, *Pas.* 1982, I, 8.

<sup>10</sup> Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *B.S.* 27 juli 1994.

<sup>11</sup> Richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *P.B.* L. 6 oktober 1993, afl. 248, 15-21.

<sup>12</sup> COM (88) 172 def., Brussel, Commissie van de Europese Gemeenschappen, 30 januari 1989, 237 p.

<sup>13</sup> Zie hierover o.m. conclusie van advocaat-generaal Colomer van 14 februari 2006 in de zaak C-169/05 (Uradex t. RTD en Brutele), *Jurisprudentie* 2006, I-04973, r.o. 26 e.v. en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0169:NL:PDF>.

Het ontbreken van geharmoniseerde regelgeving verhinderde namelijk dat de kabelexploitanten er zeker van konden zijn dat zij daadwerkelijk alle betrokken rechten hadden verworven. Om die reden heeft Satcab een stelsel in het leven geroepen dat gebaseerd is op het principe van contractuele overdracht en collectief gebruik van de bevoegdheden die voortvloeien uit de intellectuele eigendom.

Op die manier werden doemscenario's waarbij individuele rechthebbenden zich zouden kunnen verzetten tegen de uitzendingen door kabelexploitanten uitgesloten worden en konden zogenaamde '*black-outs*' of '*black holes*' worden vermeden.

- 2.3. De technologie en het medialandschap zijn echter niet blijven stilstaan. Nieuwe omroepen die op de markt kwamen, gebruikten de techniek van 'directe injectie' om hun programma's uit te zenden. Ingeval van directe injectie wordt het omroepprogramma niet primair via de ether of via satelliet uitgezonden en vervolgens "heruitgezonden" via de kabel, maar vindt de oorspronkelijke uitzending plaats via het kabelnet. De meeste Vlaamse omroepprogramma's werden voor de komst van TV Vlaanderen uitsluitend via kabelnetwerken verdeeld (o.m. VTM, VT4, Prime etc.). Hun programmasignalen worden via een private lijn of geëncrypteerde etheruitzendingen tot bij de kabelkopstations gevoerd<sup>14</sup>.

Een andere techniek die omroepen gebruiken om hun programma's naar kabeldistributeurs te sturen, is via de satelliet. De omroep straalt in dat geval versleutelde programmasignalen op naar een satelliet ('*uplink*'), die deze signalen vervolgens terugstraalt naar kabelkopstations van de kabelmaatschappijen ('*downlink*'). Deze laatste decoderen de signalen en geven ze dan door aan het publiek. In het kader van de huidige studie zullen wij over "versleutelde transmissie" spreken<sup>15,16</sup>.

Doordat de uitzending van de klassieke analoge ether-signalen geleidelijk verdwijnt (in Vlaanderen heeft de laatste ether-uitzending van VRT plaatsgevonden in 2008, RTBF is ermee gestopt in 2010), neemt directe injectie een steeds belangrijker rol in bij de distributie van omroepprogramma's.

- 2.4. Door het specifieke technische karakter van de directe injectie, hebben kabelmaatschappijen het standpunt ingenomen dat de manier waarop zij programma's verdelen niet langer beantwoordt aan de definitie van kabeldoorgifte. Volgens hen is er slechts sprake van één mededeling aan het publiek die wordt geïnitieerd door de omroepen. Dit heeft volgens de kabelmaatschappijen tot gevolg dat zij niet meer gehouden zijn tot een vergoeding voor de hiermee verbonden kabelrechten aan de rechthebbenden.

Deze positie wordt betwist door de rechthebbenden, die stellen dat er ingeval van directe injectie nog steeds sprake is van een doorgifte in de zin van Satcab.

---

<sup>14</sup> VALCKE, P., "Mededeling aan het publiek per satelliet en doorgifte via de kabel" in BRISON, F. en VANHEES, H. (eds.), *Huldeboek Jan Corbet: de Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Gent, Larcier, 2008, 286.

<sup>15</sup> Deze communicatie valt niet onder de regeling van de "mededeling aan het publiek per satelliet", gelet op het feit dat de programmadragende signalen versleuteld zijn en enkel met een professionele uitrusting kunnen worden ontvangen. De signalen kunnen aldus niet door het publiek worden ontvangen. Dit is door het Hof van Justitie bevestigd in het Lagardère arrest (zie *infra*).

<sup>16</sup> Tenzij anders blijkt uit de tekst of context, wordt met de term "directie injectie" hierna tevens bedoeld op "versleutelde transmissie", gelet op de verregaande gelijkenis van de twee concepten.

## **B. Relevante wettelijke bepalingen**

2.5. Hieronder wordt een overzicht gegeven van de relevante wettelijke bepalingen die aan bod komen bij het bestuderen van directe injectie en versleutelde transmissie.

### **a. *Conventie van Bern van 9 september 1886 voor de bescherming van literaire en artistieke werken (Berne Conventie)*<sup>17</sup>**

2.6. Artikel 11 Berner Conventie regelt het recht van openbare mededeling:

“Het recht van openbare mededeling van de auteur wordt geregeld onder artikel 11 van de Berner Conventie:

1. De auteurs van toneelwerken, dramatisch-muzikale en muzikale werken genieten het uitsluitend recht machtiging te verlenen tot:

1) de openbare opvoering en uitvoering van hun werken;

2) de openbare verspreiding door om het even welk middel van de opvoering en de uitvoering van hun werken.

De toepassing van de bepalingen der artikelen 11bis en 13 wordt evenwel voorbehouden.”

2.7. Artikel 11bis van de Berner Conventie regelt de rechten van de auteur met betrekking tot uitzendingen en hiermee verbonden rechten, en bepaalt dat:

“Auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht genieten toestemming te verlenen tot:

1° de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel dienend tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden;

2° elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt;

3° de openbare mededeling van het door de radio uitgezonden werk door een luidspreker of door ieder ander dergelijk instrument dat tekens, geluiden of beelden overbrengt.”

---

<sup>17</sup> Conventie van Bern van 26 juni 1948 voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken (herzien te Brussel op 26 juni 1948), goedgekeurd door de Wet van 26 juni 1951, B.S. 13 oktober 1951.

**b. Richtlijn 93/83 (Satcab)**

- 2.8. Artikel 1 van Satcab verduidelijkt de definities die ons in deze studie bezighouden.

Artikel 1.2.a bepaalt wat wordt verstaan onder "mededeling aan het publiek per satelliet": "een handeling waarbij de programmadragerende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt."

Artikel 1.3. "In deze richtlijn wordt verstaan onder "doorgifte via de kabel": de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere Lid-Staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn."

- 2.9. Het recht van doorgifte via de kabel wordt geregeld onder artikel 8 Satcab:

"De Lid-Staten dragen er zorg voor dat de doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen uit andere Lid-Staten op hun grondgebied met inachtneming van de toepasselijke auteursrechten en naburige rechten geschiedt en op grond van individuele of collectieve contractuele regelingen tussen de auteursrechthebbenden, de houders van naburige rechten en de kabelmaatschappijen."

- 2.10. Artikel 9 verduidelijkt op welke manier de "kabelrechten" moeten worden uitgeoefend door de rechthebbenden:

"De Lid-Staten dragen er zorg voor dat het recht van auteursrechthebbenden en houders van naburige rechten om aan kabelmaatschappijen doorgifte via de kabel van een omroepuitzending toe te staan of te verbieden, uitsluitend door maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging kan worden uitgeoefend."

- 2.11. Artikel 10 voert een uitzonderingsregime in voor de uitoefening van de rechten van omroeporganisaties:

"De Lid-Staten dragen er zorg voor dat artikel 9 niet van toepassing is op de rechten die door een omroeporganisatie worden uitgeoefend met betrekking tot haar eigen uitzendingen, ongeacht of het om de eigen rechten van die organisatie gaat dan wel om rechten die haar door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten zijn overgedragen."

**c. Auteurswet van 14 juli 1994 (AW)**

- 2.12. Artikel 51 AW stelt het algemene principe voorop volgens welk de rechthebbende toestemming moet geven voor de doorgifte per kabel: "Overeenkomstig de voorafgaande hoofdstukken en rekening houdend met de hierna omschreven nadere regels beschikken alleen de auteur en de houders van de naburige rechten over het recht de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan."

- 2.13. Art. 52 AW herneemt de definitie van doorgifte per kabel uit Satcab: “Onder doorgifte via de kabel wordt verstaan de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van televisie- of radioprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.”
- 2.14. Art. 53 § 1 AW herneemt het principe van het collectief beheer van de kabelrechten: “Het recht van de auteur en van de houders van naburige rechten om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, kan uitsluitend door vennootschappen voor het beheer van de rechten worden uitgeoefend.

Het uitzonderingsregime van de omroepen volgt uit art. 53 §3: “De §§ 1 en 2 zijn niet van toepassing op de rechten die een omroeporganisatie in het kader van haar eigen uitzendingen uitoefent.”

## C. Verdeelde rechtspraak en rechtsleer in België en Nederland

2.15. Het probleem van directe injectie en versleutelde transmissie heeft de betrokken partijen niet onberoerd gelaten. Daarom hebben zij in verschillende landen van de EU rechtbanken gevat om hierover uitspraak te doen. Hierna bespreken wij de belangrijkste beslissingen die in België en Nederland zijn tussengekomen en geven wij een overzicht van de voornaamste doctrine die in het kielzog van deze uitspraken is gepubliceerd.

### a. *Belgische rechtspraak*

#### i. *Uradex tegen RTD en Brutélé*<sup>18</sup>

2.16. In een eerste uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 25 juni 1998 werd geoordeeld dat het regime van de directe injectie dient te worden beschouwd als kabeldoorgifte in de zin van artikel 52 AW.

Voor de inwerkingtreding van de auteurswet bestond er een zogenaamde "kabelovereenkomst" van 26 februari 1993 tussen R.T.D. (de vereniging voor kabeldistributeurs), de verschillende Belgische en Europese omroepen en SABAM, Agicoa en Belfitel (namens de rechthebbenden). Uradex was geen partij bij deze kabelovereenkomst. Deze overeenkomst werd door SABAM opgezegd met uitwerking vanaf 31 december 1995. Vanaf januari 1996 is Uradex bij R.T.D. beginnen aandringen op onderhandelingen met het oog op de toestemming en de vergoeding voor de kabelrechten van haar leden (uitvoerende en vertolkende artiesten). Op hetzelfde moment heeft R.T.D. een kort geding procedure ingeleid met het oog op het bekomen van een voorlopige toelating om de werken en uitvoeringen van de rechthebbenden te kunnen doorgeven via de kabel. Tijdens deze procedure werd tussen de partijen verder onderhandeld. De vordering van R.T.D. werd door de voorzitter van de rechtbank afgewezen per beschikking van 15 november 1996. De tegenvorderingen van de beheersvennootschappen werden evenwel deels toegewezen. R.T.D. werd namelijk veroordeeld om een voorlopige vergoeding te betalen aan de beheersvennootschappen in overeenstemming met de verdeelsleutel zoals gedefinieerd in de kabelovereenkomst. Voor Uradex, die geen partij was bij deze overeenkomst, betekende dit evenwel dat zij in de praktijk geen voorlopige vergoeding zou ontvangen.

Na de beschikking van de voorzitter zijn de onderhandelingen tussen de partijen afgesprongen. Daarop heeft Uradex een dagvaarding ten gronde uitgebracht tegen R.T.D. en Brutélé.

---

<sup>18</sup> Brussel 25 juni 1998, *I.R.D.I.* 1998, 332 en *A&M* 1999, 212.

- 2.17. In eerste aanleg heeft de rechtbank de vordering van Uradex afgewezen op grond van de overweging dat de uitvoerende en vertolkende artiesten hun rechten hebben overgedragen aan de producent conform artikel 36 AW. Daarop heeft de rechtbank artikel 41 AW van toepassing verklaard, volgens welk de uitvoerende kunstenaar zich niet kan verzetten tegen de uitzending via de omroep van een prestatie die op geoorloofde wijze is gereproduceerd of door de omroep is uitgezonden (dwanglicentie) (zie hierover *infra*, hoofdstuk 4).
- 2.18. Volgens Uradex heeft de rechtbank door aldus te oordelen niet alleen een foutieve toepassing gemaakt van artikel 36 AW, maar ook de toepassing van artikel 51 e.v. AW miskend.
- 2.19. Het Hof van Beroep heeft het vonnis in eerste aanleg hervormd op grond van de volgende overwegingen:

*“que, dans ce cas, il y a bien une transmission initiale, à savoir celle qui s’opère par le radiodiffuseur au câblodistributeur, qui est, ensuite, retransmise au public par le moyen du réseau câblé;*

*Qu’il importe peu (...) que la transmission initiale se fasse au moyen d’une ligne directe – téléphone ou autre – entre le radiodiffuseur et le câblodistributeur, dès lors que cette transmission peut avoir lieu avec ou sans fil, et que l’émission est destinée d’être captée par le public, ce qui est le cas en l’espèce de l’émission transmise par le diffuseur au câblodistributeur;*

*Qu’en effet, même dans le cas de l’injection directe, l’émission est préablement captée ou recue par le câblodistributeur avant d’être retransmise;*

*Qu’ainsi, la retransmission d’un programme injecté directement n’est pas différente de celle d’un programme préalablement radiodiffusé en ce sens qu’elle est également une nouvelle communication au sens de l’article 11bis §1er, 2° de la Convention de Berne, c’est-à-dire une communication publique par un organisme, à savoir le câblodistributeur, autre que celui d’origine, à savoir le radiodistributeur;*

*Qu’il ensuit que l’injection directe du programme d’un radiodiffuseur répond parfaitement à la définition de la retransmission par cable donnée par l’article 52 de la loi DADV qui précise qu’il s’agit d’une retransmission d’une transmission initiale.”*

Volgens het Hof is het niet van belang dat de primaire uitzending via een directe lijn tussen de omroep en de kabeldistributeur gebeurt, zolang de uitzending bestemd is om door het publiek te worden ontvangen. Ook in het geval van directe injectie capteert of ontvangt de kabelmaatschappij de uitzending om deze vervolgens door te geven.

Als gevolg hiervan moet in geval van directe injectie niet alleen twee maal de toestemming worden verkregen van de rechthebbenden (voor de primaire uitzending door de omroep en voor de doorgifte door de kabelmaatschappij), maar is ook het regime van verplicht collectief overleg van toepassing op het onderdeel van de doorgifte.



ii. *RTBF tegen 13 kabelmaatschappijen*<sup>19</sup>

2.20. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel heeft zich een aantal jaar later, op 27 januari 2005, opnieuw over dezelfde vraag gebogen. Zij komt evenwel tot een andere conclusie dan het Hof van Beroep te Brussel. Volgens de rechtbank van eerste aanleg:

*“Il est en effet exact que, dans le cas de l’injection directe, le câble devient le moyen originaire de diffusion. Ce procédé ne correspond donc pas à la définition de la retransmission par câble contenue dans l’article 52 précité se réfère à tort aux notions de «transmission initiale» et de «retransmission». Il n’y a qu’une seule transmission, directe, de l’organisme de radiodiffusion vers le public et ce, via le câble.”*

Directe injectie is volgens de rechtbank van eerste aanleg dus geen “doorgifte” in de zin van artikel 52 AW, en valt dus niet onder de regeling van artikel 51 e.v. AW. Zij maakt daarentegen wel een mededeling uit aan het publiek via de kabel waarvoor de toestemming van de rechthebbenden vereist is: *“toutefois, l’injection directe des programmes de la RTBF reste un mode de communication au public de ces derniers, par le biais du câble dont sont propriétaires les défenderesses.”*

De rechtbank onderzoekt vervolgens wie verantwoordelijk is voor deze mededeling, en maakt daarbij een aantal interessante bedenkingen:

*“L’abonnement à la télédistribution payé par le public couvre indistinctement les émissions qui ont fait l’objet d’une émission hertzienne primaire et les autres. Les télédiffuseurs perçoivent donc, de la part de leurs abonnés, une rémunération en contrepartie de la distribution des programmes injectés directement dans le réseau.*

*Indépendamment du procédé technique par lequel les télédiffuseurs diffusent les émissions sur le réseau, ils procèdent, dans tous les cas, à une forme de communication au public des émissions de la demanderesse et en tirent profit. Le procédé de l’injection directe leur procure en outre l’avantage de l’exclusivité sur les programmes ainsi distribués. En d’autres termes, même si l’injection directe n’entre pas dans la définition de l’article 52, elle conserve la même fonction que la retransmission par câble au sens strict dans la mesure où:*

- *l’organisme de radiodiffusion n’est pas propriétaire des réseaux;*
- *l’organisme de radiodiffusion n’a pas réellement l’initiative de la communication au public; il se contente de fournir au télédiffuseur les moyens techniques permettant la transmission directe sur le câble: raccordement ou émission cryptée;*
- *le télédiffuseur tire profit de cette communication au public via l’abonnement payé par le public.”*

---

<sup>19</sup> Rb. Brussel 27 januari 2005, A&M 2005, 138.

Nog volgens de rechtbank te Brussel verschilt directe injectie slechts van kabeldoorgifte vanuit een technisch perspectief, op grond van de manier waarop de uitzending op de kabel terechtkomt. Dit heeft hoofdzakelijk tot gevolg dat een vorm van exclusiviteit tot stand komt. Er is in dat geval slechts één enkele mededeling aan het publiek die direct via de kabel gebeurt, maar het auteursrecht vereist niet dat er twee keer een mededeling aan het publiek gebeurt opdat er rechten verschuldigd zijn. Wanneer een derde de mededeling van een werk aan het publiek op zich neemt en hierdoor winst maakt, zijn er rechten verschuldigd.

De rechtbank stelt zowel de omroep als de kabeldistributeur dus verantwoordelijk voor de eenmalige openbare mededeling. Dit betekent dat zowel de omroepen als de kabeldistributeurs de toelating van de rechthebbenden moeten bekomen voor het uitzenden van de programma's. De toestemming die de kabelmaatschappijen moeten bekomen, dient evenwel niet meer verplicht via een collectieve beheersmaatschappij te worden onderhandeld.

## **b. Rechtspraak in Nederland**

### *i. Norma en Irda tegen Vecai en 5 andere kabelexploitanten<sup>20</sup>.*

- 2.21. De rechtbank van 's Gravenhage heeft op 18 januari 2009 een vonnis geveld in een geschil tussen de collectieve belangenorganisaties Norma en Irda en de Nederlandse kabelexploitanten. Norma en Irda vorderden een vergoeding voor de kabeldoorgifte van de prestaties van uitvoerende kunstenaars opgenomen in televisieprogramma's. Norma en Irda baseerden zich daarbij op (aansluitingscontracten gesteund op) artikel 14a lid 1 van de Nederlandse Wet op de naburige rechten (**WNR**), dat bepaalt dat met betrekking tot 'heruitzending' het naburige recht alleen kan worden uitgeoefend door collectieve belangenorganisaties zoals Norma en Irda.
- 2.22. Artikel 14a lid 1 WNR bepaalt dat: "het recht van de uitvoerende kunstenaar en de producent van fonogrammen om toestemming te verlenen voor het ongewijzigd en onverkort heruitzenden van een uitvoering onderscheidenlijk een fonogram of een reproductie daarvan door middel van een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1, onderdeel q, van de Mediawet, kan uitsluitend worden uitgeoefend door rechtspersonen die zich ingevolge hun statuten ten doel stellen de belangen van rechthebbenden door de uitoefening van het aan hen toekomende hiervoor bedoelde recht te behartigen".

Het begrip "heruitzenden" wordt in artikel 1 WNR als volgt gedefinieerd: "het door een instelling gelijktijdig uitzenden van een programma dat door een andere instelling of omroeporganisatie wordt uitgezonden".

Het begrip "uitzenden" wordt conform hetzelfde artikel als volgt gedefinieerd: "het verspreiden van programma's door middel van een omroepzender als bedoeld in artikel 1, onderdeel o, van de Mediawet of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1, onderdeel q, van de Mediawet".

---

<sup>20</sup> Rb. Den Haag 28 januari 2009, *IER* 2009, nr. 28, 124, noot Seignette en *AMI* 2009, nr. 17, 163, noot Koelman.

- 2.23. De rechtbank is van oordeel dat de kabeldoorgifte door de kabelexploitanten plaatsvindt op basis van een rechtstreeks door de omroep aangeleverd signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is. Om die reden is volgens de rechtbank sprake van 'uitzenden' en niet van 'heruitzenden' (van een voorafgaande primaire uitzending) in de zin van artikel 14a lid 1 WNR. Omdat Norma en Irda alleen rechten vertegenwoordigen ten aanzien van dergelijk 'heruitzenden', heeft de rechtbank alle vorderingen afgewezen op grond van de volgende beoordeling:

"Bij de beoordeling van het verweer van Vecai en de kabelaars moet allereerst worden vastgesteld dat door Norma en Irda niet is betwist dat de omroepen het signaal rechtstreeks aan de kabelexploitant leveren, welk signaal niet voor het publiek toegankelijk is. (...) Norma en Irda stellen daarentegen slechts dat het regime van de artikelen 14a e.v. WNR van toepassing is op iedere openbaarmaking, waaronder naar hun mening ook dient te worden verstaan het voor de eerste maal voor het publiek beschikbaar maken van een speciaal daartoe enkel aan de kabelexploitant ter beschikking gesteld signaal. (...)

Omdat in de door Vecai en de kabelaars geschetste situatie – aanlevering door de omroepen van een niet voor het publiek toegankelijk signaal rechtstreeks aan de kabelaars per satelliet of door middel van een vaste verbinding – niet kan worden gesproken van het verspreiden van programma's, is die aanlevering niet aan te merken als uitzenden door de omroep.

Dit betekent dat de daarop volgende verspreiding van de programma's door de kabelaars niet is aan te merken als heruitzenden, maar als uitzenden in de zin van de WNR. Van het gelijktijdig uitzenden in de hiervoor bedoelde zin is immers geen sprake. Niet alleen de wet is op dit punt duidelijk. Ook de Memorie van Toelichting biedt geen ruimte voor een andere uitleg. De minister heeft (naar aanleiding van het voor implementatie van de Richtlijn voorgestelde nieuwe lid 7 van artikel 12 Aw) over de aanlevering aan de kabelexploitant van een gecodeerd, niet voor het publiek bestemd satelliet signaal opgemerkt (...):

"Deze leden vroegen wat het gevolg is als de decodering niet door het publiek geschiedt, maar door een bedrijf voor kabeldistributie. Men zal hier moeten onderscheiden naar de concrete situatie. Denkbaar is dat de signalen alleen bestemd zijn voor de kabelexploitant en niet voor het algemene publiek. De kabelexploitant zou dan voor doorzending zorg dragen. Wij zouden menen dat een dergelijke situatie, die voor zover bekend in de praktijk thans niet bestaat, niet valt onder het bereik van de richtlijn"<sup>21</sup>.

- 2.24. De directe injectie van de omroep naar de kabeldistributeur is volgens de Nederlandse rechter slechts een onderdeel van de uitzending dat volledig ontsnapt aan het monopolie van het auteursrecht en het naburige recht van de uitvoerende artiest.

Indien de verspreiding van uitvoeringen via kabel niet meer wordt gekwalificeerd als doorgifte, betekent dit dat de betrokken collectieve beheersvennootschappen, althans in Nederland, niet meer veel te beheren hebben. Het begrip doorgifte per kabel riskeert er dan ook volledig uitgehold te worden.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, r.o. 4.1.

ii. *De zaak Buma en Stemra tegen Chellomedia*<sup>22</sup>

- 2.25. Belangrijker nog dan het hiervoor besproken vonnis is het arrest van de Hoge Raad van 19 juni 2009. In deze zaak stond de vraag centraal of Chellomedia met de verzending van haar programma's aan kabelkopstations een openbaarmaking doet.
- 2.26. De feiten die aan de basis van dit geding liggen, verschillen lichtelijk van de feiten in de zaak Norma. Chellomedia produceert en exploiteert televisieprogramma's. Zij straalt de programmasignalen op naar een satelliet (*uplink*), die deze signalen vervolgens terugstraalt naar kabelkopstations en DTH (direct to home) platforms (*downlink*). De signalen worden gedecodeerd door de exploitanten van de kabelkopstations en de DTH platforms met behulp van door Chellomedia ter beschikking gestelde, niet voor de consument beschikbare, decodeerapparatuur, en worden vervolgens opnieuw gecodeerd aan het publiek doorgegeven (wat we hiervoor "versleutelde transmissie" hebben genoemd). Het publiek kan de signalen opvangen met behulp van door de exploitanten ter beschikking gestelde decodeerapparatuur.

De discussie betreft de vraag of het *up*- en *downlinken* door Chellomedia aan te merken is als een (afzonderlijke) openbaarmaking van de werken geïncorporeerd in de programma's.

- 2.27. Advocaat-generaal Verkade heeft de volgende overwegingen opgenomen in zijn conclusie<sup>23</sup>:

"Over die vraag is inmiddels wél decisief uitsluitsel te ontleen aan de door het Hof van Justitie van de EG in zijn arrest van 7 december 2006 in de zaak SGAE/Rafael Hoteles aan art. 3 van richtlijn 2001/29 gegeven uitleg.

Het HvJ gaf uitleg aan dat artikel in die zin dat het begrip '(mededeling aan het publiek' hoe dan ook begrensd wordt door: '(gerichtheid op) een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers'. Het Hof oordeelde tevens dat art. 3 van richtlijn 2001/29 als maximaal harmoniserend moest worden beschouwd.

Ook hier acht ik sprake van een 'acte éclairé'. De rechtspraak van het Hof van Justitie biedt immers een uitermate coherent beeld, ook (of juist) indien men de uitspraken, gegeven aan de hand van verschillende richtlijnen, met elkaar verbindt.

Mededeling aan het publiek via de kabel was onder richtlijn 93/83 nog niet (maximaal) geharmoniseerd, maar wel uitgediept (Lagardère-arrest), en is, in steeds overeenstemmende zin, onder art. 3 van richtlijn 2001/29 wel onderwerp van volledige harmonisatie en veronderstelt: '(gerichtheid op) een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers'.

---

<sup>22</sup> Hoge Raad 19 juni 2009, *LJN AZ1423* en *AMI* 2007, nr. 1, 11, noot Koelman.

<sup>23</sup> Conclusie van procureur-generaal Verkade van 20 maart 2009 inzake Vereniging Buma t. Chellomedia Programming BV, te consulteren op <http://www.ie-forum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum/Boek%209%20Uitspraken/Auteursrecht/Conclusie%20Verkade%20-%20Chellomedia.pdf>.

Voor satelliettransmissie (oftewel mededeling aan het publiek per satelliet) moet hetzelfde gelden, omdat het onder hetzelfde art. 3 van de Auteursrechtlijn 2001/29 valt, naast de klassieke etheruitzending ('mededeling aan het publiek, per draad of draadloos').

Dat is ook coherent met de uitleg die het HvJ aan het begrip 'publiek' in de Televisiezonder-grenzen-richtlijn 89/552/EEG heeft gegeven in het Mediakabel-arrest.

Dit brengt mee dat het begrip "openbaarmaking" van art. 12 Auteurswet ten minste moet beantwoorden aan het begrip "mededeling aan het publiek" van art. 3 van de richtlijn, en dat de invulling die het HvJ aan "mededeling aan het publiek" geeft, tevens bepalend is voor de minimale reikwijdte van "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet."

2.28. De Hoge Raad heeft de redenering van de advocaat-generaal gevolgd:

"Onder "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet vallen geen bekendmakingen aan (groepen van) personen die niet behoren tot het in de richtlijn bedoelde "publiek".

Het HvJ heeft in r.o. 37 van zijn arrest in de zaak SGAE/Rafael Hoteles herhaald dat het woord "publiek" ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, waarbij het hof onder meer verwees naar (...) Lagardère. (...) Een en ander brengt mee dat, anders dan Buma betoogt, de uitleg die het HvJ in het arrest in de zaak Lagardère heeft gegeven aan het woord "publiek" in art. 1 lid 2, onder a, van de richtlijn 93/83, tevens bepalend is voor de uitleg van "publiek" in art. 3 van de richtlijn 2001/29 en (...) voor de thans aan "openbaarmaking" in art. 12 Auteurswet te geven richtlijnconforme uitleg.

Terecht heeft derhalve het HvJ in het Lagardère arrest, dat is gewezen voordat het HvJ het arrest in de zaak SGAE/Rafael Hoteles had gewezen, onderzocht of de handelingen van Chellomedia vallen onder het begrip "mededeling aan het publiek" zoals het HvJ dat begrip nader heeft bepaald in het arrest Lagardère, en evenzeer terecht hebben het hof en de rechtbank het lot van de vorderingen van Buma daarvan doen afhangen.

Nu het HvJ in (...) Lagardère heeft vastgesteld "dat een beperkte kring van personen die van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld" en "dat de signalen voor het publiek bestemd moeten zijn en niet de programma's waarvan zij de drager zijn" moet, gezien het hiervoor overwogene, worden aangenomen dat het begrip "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet niet omvat het uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen die niet door het publiek maar uitsluitend door ontvangende kabelkopstations en/of DTH-platforms worden opgevangen die deze decoderen door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur teneinde die signalen (opnieuw gecodeerd) aan het (geabonneerde) kijkerspubliek door te geven.

Dit leidt tot de gevolgtrekking dat de handelingen van Chellomedia die in deze procedure aan de orde zijn, geen "openbaarmaking" in de zin van art. 12 Auteurswet opleveren van auteursrechtelijk beschermde werken uit het Buma-repertoire."

- 2.29. Deze uitspraak heeft tot gevolg dat satelliet operatoren geen toestemming meer moeten vragen (en dus vrijgesteld zijn van de betaling van een vergoeding) voor de transmissie van werken en uitvoeringen via satelliet, zolang zij er voor zorgen dat de transmissie het publiek niet bereikt en zich beperkt tot het versturen van gecodeerde signalen van een kabeloperator die deze decrypteert<sup>24</sup>.

**c. Rechtsleer**

*i. Rechtsleer tegen de toepassing van kabelrechten op directe injectie*

- 2.30. O. Régnier<sup>25</sup> stelt dat er in geval van directe injectie één mededeling aan het publiek ontstaat die door twee onderscheiden entiteiten wordt uitgevoerd en dat deze twee entiteiten daarom solidair aansprakelijk zijn voor de vergoeding van de rechthebbenden:

*“On a l'impression de ne pas pouvoir appliquer sans hesitation le droit de communication publique soit primaire, soit secondaire, à la diffusion de programmes par injection directe (...).*

*Une solution serait alors de considérer qu'on se trouve en face d'un seul acte de communication au public, mais accompli par deux entités, ces deux entités étant dans ce cas solidairement responsables de la rémunération due aux ayants droit. L'un pour le fait qu'il crée des programmes et entame la transmission en les mettant à la disposition du câblodistributeur, et l'autre en effectuant la transmission jusqu'au public. L'autorisation octroyée par les ayants droit et la rémunération demandée seraient basées, pour cette opération, non sur un acte de radiodiffusion (faisant l'objet en Belgique d'un simple droit à rémunération pour certains ayants droit), mais sur un acte de communication au public, soumis au droit exclusif de tous les ayants droit d'après la loi belge.”*

- 2.31. G. de Foestraets<sup>26</sup> stelt dat het artificieel voorkomt om directe injectie kost wat kost onder de toepassing van artikel 51 e.v. AW te laten vallen: *“une telle solution n'est en effet guère satisfaisante en ce qu'elle présuppose la division d'un acte qui n'a pas vocation à l'être. Dans la retransmission par câble (au sens de la loi), il y a clairement deux actes distinctes de communication au public, l'un par le radiodiffuseur et le second par le télédistributeur”.*

Artikel 11bis van de Berner Conventie is volgens de auteur niet van toepassing indien er geen primaire draadloze uitzending plaatsvindt. Als dit niet het geval is, zoals ingeval van directe injectie, moet zelfs niet meer worden onderzocht of de mededeling aan het publiek van dit werk via de kabel door een ander organisme gebeurt.

---

<sup>24</sup> zie in dat verband ook CARON, C., “La transmission d'oeuvres et d'interprétations vers et à partir d'un satellite ou vers un organisme de radiodiffusion par câble revlève-t-elle des monopoles?”, *Revue mensuelle lexisnexis jurisclasser*, oktober 2009, 8-14 en <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

<sup>25</sup> REGNIER, O., “le régime des programmes must-carry et des programmes à injection directe”, *A&M* 1997, 420.

<sup>26</sup> DE FOESTRAETS, G., “Injection directe des programmes de télévision et droits d'auteur”, *A&M* 1999, 416-423.

Ook artikel 8 Satcab is niet van toepassing op directe injectie op grond van de volgende overwegingen:

- de eerste uitzending moet worden gedefinieerd conform het internationaal reglement van radiocommunicatie ("*règlement international des radiocommunications*"), zijnde een "uitzending die bestemd is voor het algemeen publiek", hetgeen niet het geval is bij directe injectie, waar de transmissie tussen de omroep en de kabelexploitant een privaat karakter heeft;
- de voorbereidende werken van Satcab hebben directe injectie van het toepassingsgebied van de richtlijn uitgesloten: "er is geen sprake van een doorgifte via de kabel in de zin van dit voorstel van richtlijn wanneer een programma uitsluitend door middel van een punt-naar-punt verbinding naar een verdeelstation van een kabelmaatschappij wordt gevoerd om vervolgens via het kabelnet te worden verspreid, zonder dat tegelijkertijd een primaire uitzending van dat programma plaatsvindt"<sup>27</sup>;
- de begrippen "uitzending" en "programma" moeten van elkaar onderscheiden worden. De eerste is een technische notie, terwijl de tweede verwijst naar een inhoud. Het is evident dat zelfs ingeval van directe injectie het programma geproduceerd door de omroep bedoeld is om finaal door het publiek te worden ontvangen, er is in dat geval echter geen uitzending die als zodanig door het publiek ontvangen wordt.

Er is volgens de auteur dus slechts sprake van een enkele mededeling aan het publiek via de kabel waarvoor slechts één toestemming van de rechthebbenden moet worden bekomen.

2.32. Ook F. De Visscher en B. Michaux vinden dat directe injectie niet onder kabeldoorgifte valt<sup>28</sup>. Zij verwerpen aldus de uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 25 juni 1998 (zie randnr. 2.16 e.v.):

*"La câblodistribution qu'on peut qualifier de "directe", parce que l'oeuvre est directement injectée sur le câble, moyen originaire de diffusion, relève non des articles 51 et suivants de la loi mais du droit commun de la communication au public.*

*Dans ce cas en effet, l'émission n'est pas destiné à être captée par le public préalablement à son injection sur le câble: le signal (venant par exemple de VTM) reste privé jusqu'à son arrivée à la tête du réseau de câblodistribution.*

*Reste la question de savoir à qui est imputable cet unique acte de communication au public qu'est la radiodiffusion par injection directe sur le câble.*

*Par ailleurs, il serait alors logique de considérer que la radiodiffusion par injection directe sur le câble tombe bien dans la notion de radiodiffusion de l'article 41 de la loi (licence légale pour les utilisation secondaires des prestations)".*

---

<sup>27</sup> Voorstel voor een richtlijn van de Raad van 11 september 1991 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en verwante rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, COM(91) 276 def., 35 en 36.

<sup>28</sup> DE VISSCHER, F. en MICHAUX, B., *Précis du droit d'auteur*, Brussel, Bruylant, 2000, 127.

2.33. J. Corbet is dezelfde mening toegedaan: “Het is reeds zo dat een aantal omroepen, na onderhandelingen met de rechthebbenden, hun programma “alle rechten inbegrepen” aanbieden. In België is dat het geval met (...) een aantal Belgische omroepen die hun programma rechtstreeks in de kabelnetten invoeren, maar daar is de Satcab richtlijn niet op van toepassing”<sup>29</sup>.

2.34. Ook de Nederlandse rechtsleer heeft zich over de vraag van de directe injectie gebogen. Over het algemeen is men het er in Nederland over eens dat directe injectie door de omroep enkel een primaire openbaarmaking uitmaakt.

D. Visser stelt dat het louter ‘punt naar punt’ aanleveren via een speciale verbinding van de omroepen naar de kabelexploitanten (én het ‘ophalen’ van signalen bij de Media Gateway) niet aan te merken is als een eerste openbaarmaking<sup>30</sup>.

Visser beroept zich, net als de Chellomedia rechtspraak, op het Lagardère arrest van het Hof van Justitie<sup>31</sup>.

2.35. P.B. Hugenholtz<sup>32</sup> deelt de mening van D. Visser en onderlijnt op zijn beurt het belang van de Chellomedia rechtspraak:

*“As the recent Chellomedia decision of the Supreme Court of the Netherlands illustrates, it excludes transmissions of encrypted signals that are merely intended for reception by the cable operators, and only subsequently communicated to the public by the cable operator. As a consequence, cable transmission of such signals will be deemed an act of primary communication to the public not subject to the Directive’s rules on cable retransmission. For the same reason, if programme-carrying signals are injected directly into cable networks, as increasingly occurs (e.g. in the Netherlands), no cable retransmission occurs and the rules of Chapter III do not apply”.*

2.36. Ook de Duitse rechtsleer is overwegend van mening dat de primaire uitzending tussen omroep en kabeldistributeur geen mededeling aan het publiek uitmaakt:

*“Öffentlichkeit kann nur ein unbestimmter Personenkreis sein; ein begrenzter Personenkreis, der die Satellitensignale nur mit professionellem Gerät empfangen kann, ist keine Öffentlichkeit iSd Richtlinie”<sup>33</sup>.*

*“Vom Senderecht erfasst sind daher nur solche Signalübermittlungen, an deren Ende Mitglieder der Öffentlichkeit, d.h. die Letztverbraucher, ohne weiteres aktives Hinzutun Dritter die Signale wahrnehmen können”<sup>34</sup>.*

---

<sup>29</sup> CORBET, J., “Verslag van 26 juli 2002 van de Europese Commissie”, A&M 2003/3, 200.

<sup>30</sup> VISSER, D., “Primair openbaar maken via de kabel”, AMI 2007-2, 39.

<sup>31</sup> H.v.J. 14 juli 2005, *Lagardère t. SPRE en GVL*, nr. C-192/04, *Jurisprudentie* 2005, I-07199.

<sup>32</sup> HUGENHOLTZ, P.B., “Convergence, copyrights and transfrontier television”, *IRIS Plus* 2009-8, [http://www.obs.coe.int/oea\\_publ/iris/iris\\_plus/iplus8\\_2009.pdf.en](http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2009.pdf.en), 16.

<sup>33</sup> VON UNGERN-STERNBERG, J. in SCHRICKER, G. en LOEWENHEIM, U. (eds.), *Urheberrecht*, München, C. H. Beck, 2010, § 20, nr. 8.

<sup>34</sup> DREIER, R. en SCHULZE, G., *Urheberrecht*, München, C. H. Beck, 2008, § 20, nr. 9.; MAND, D., *Das Recht der Kabelweiterleitung. Kabelweiterleitung von Rundfunkprogrammen im Lichte des §20b UrhG*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2004, 15.



ii. *Rechtsleer voor de toepassing van kabelrechten op directe injectie*

- 2.37. A. Berenboom<sup>35</sup> neemt een ander standpunt in. Volgens hem is er in geval van directe injectie wel degelijk sprake van twee afzonderlijke handelingen:

*“Faisant une analyse plus contestable [dan de analyse gemaakt door het Hof van Beroep te Brussel op 25 juni 1998], le tribunal civil de Bruxelles, quelques années plus tard [vonnis van 27 januari 2005, zie randnr. 2.20 e.v.] décidera au contraire que l’injection directe ne peut être analysée en deux opérations, une transmission vers le câbleur puis une retransmission vers le public et qu’elle est une “acte unique” de communication publique. (...)*

*Hors de ces conditions [voor de toepassing van kabeldoorgifte], la retransmission par câble d’oeuvres ou de prestations protégées n’est évidemment pas soustraite au régime de l’autorisation (p. ex. en cas de retransmission non simultanée ou non intégrale du programme d’origine), mais les limitations prévues par la loi au profit des câblodistributeurs ne s’appliquent pas: une autorisation individuelle des auteurs et des titulaires de droits voisins redevient nécessaire. (...)*

*Quel que soit l’analyse, retransmission ou acte de communication publique, ce sont de toute façon les câbleurs qui sont en effet responsables de la communication, donc tenus de se faire autoriser et de payer les droits”.*

- 2.38. Ook F. Gotzen<sup>36</sup> stelt dat de transmissie tussen de omroep en de kabeldistributeur een mededeling aan het publiek uitmaakt.

“Ingevolge artikel 1§1 auteurswet heeft alleen de auteur het recht om zijn werk volgens ongeacht welk procédé aan het publiek mede te delen.

Aangezien de eerste transmissie van het signaal aangeleverd door de omroep vanaf het begin programma’s bevat die bedoeld zijn om het publiek te bereiken, valt deze operatie duidelijk buiten het strikte private kader. Algemeen moet worden vastgesteld dat het antwoord op de vraag wat vandaag onder de term “publiek” valt, fundamenteel opengevallen is. De punt naar punt transmissie kan niet meer uitgesloten worden van het recht tot openbare mededeling. Dit blijkt uit artikel 1 AW, dat de auteur het recht geeft om het werk aan het publiek mee te delen met inbegrip van de beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat dit voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn.

Bovendien kan worden geargumenteed dat er sprake is van een publiek in dit voorafgaand stadium, zijnde het professioneel publiek van de verschillende kabeldistributeurs die overgaan tot doorgifte van de signalen die hen direct worden aangeleverd. Het betreft een variabele groep bedrijven die beslissen om uitzendingen die hen worden voorgesteld door de omroepen al dan niet te gebruiken.

---

<sup>35</sup> BERENBOOM, A., *Le nouveau droit d’auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2008, 117.

<sup>36</sup> GOTZEN, F., “L’injection directe de signaux de diffusion dans le câble: une analyse en droit d’auteur”, <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

De transmissie tussen de kabeldistributeur en de abonnee is eveneens een mededeling aan het publiek. Dit volgt uit artikel 1 en 51 AW, volgens welk alleen de auteur en de houders van naburige rechten over het recht de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan.

De toelating van de rechthebbenden aan de omroep voor de primaire transmissie volstaat dus niet omdat er een tweede mededeling aan het publiek gebeurt door een ander organisme dat haar eigen economische objectieven nastreeft.”

- 2.39. M. Schwarz en G. Hansen<sup>37</sup> stellen ook dat de (versleutelde) transmissie tussen omroepen en kabelkopstations wel degelijk een primaire uitzending uitmaakt. Zij brengen een aantal interessante argumenten naar voor die voornamelijk gestoeld zijn op hypothesen en vergelijkingen.

Vanuit een economische achtergrond zal de primaire uitzender (omroep) over het algemeen het publiek willen bereiken, maar probeert hij via technische hulpmiddelen (het coderen) de controle behouden over de verspreiding van de uitzending. De situatie is vergelijkbaar met de situatie van een gecodeerde Pay TV uitzending wanneer er uitgezonden wordt nog voor er een eerste abonnee een overeenkomst heeft afgesloten. Hoewel er in de realiteit geen eindpubliek is, moet deze uitzending toch beschouwd worden als een primaire uitzending.

Het feit dat er in het kader van de satelliet regeling sprake is van een mededeling aan het publiek indien de middelen tot decoderen van gecodeerde zendsignalen door de omroep zelf of met diens toestemming (via kabelkopstations) toegankelijk gemaakt worden aan het publiek, wijst er volgens M. Schwarz en G. Hansen op dat ook een signaaltransport in twee fasen via een kabelkopstation voldoet aan de vereiste van openbaarheid indien de kabelstations de signalen, die finaal voor ontvangst van het publiek bestemd zijn, ontsleutelen met toestemming van de betrokken omroepen.

Nog volgens M. Schwarz en G. Hansen kan de ‘gemeenschap van kabelkopdistributeurs’ enkel als een publiek worden beschouwd wanneer de natuurlijke personen die in de kabelkopstations verantwoordelijk zijn voor de doorgifte bedoeld worden. Het is echter niet realistisch dat deze personen alle programma's die langs het kabelkopstation passeren ook daadwerkelijk ontvangen (bekijken). Deze discussie is echter minder relevant, gelet op het feit dat de bepalende factor in deze is dat de signalen voor het publiek *bestemd* moeten zijn.

Net als in het geval van mededeling aan het publiek per satelliet, moeten volgens dezelfde auteurs in het geval van directe injectie en gecodeerde transmissie de programmadragerende signalen voor het publiek bestemd zijn.

De auteurs baseren zich hiervoor op de beslissing van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof in de zaak Breitenfurt<sup>38</sup> (zie hierna randnr. 2.42).

---

<sup>37</sup> SCHWARZ, M. EN HANSEN, G., “Aktuelle Fehlentwicklungen bei der Auslegung des Begriffs der Erstsending als Voraussetzung des Kabelweiterleitungsrechts”, <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

<sup>38</sup> Oberste Gerichtshof 13 november 2011, MR 2002, 34, noot Walter.

- 2.40. Volgens Dreier<sup>39</sup> biedt het uitzendingsrecht de mogelijkheid aan auteurs om over de exploitatie van hun werk te beschikken via een exclusief recht, en dit onafhankelijk van de vraag of het betroffen werk daadwerkelijk wordt ontvangen door een of meerdere eindgebruikers. Belangrijker is de mogelijkheid om te ontvangen.
- 2.41. M. Schwarz en G. Hansen<sup>40</sup> bouwen hierop verder, stellende dat een omroep geen rechten meer zou kunnen laten gelden in de situatie waar zij signalen versleuteld uitzendt en een derde partij zonder toestemming het signaal onderschept, ontsleutelt en/of tegen betaling doorgeeft aan eindgebruikers. Zulk resultaat gaat in tegen artikel 13, a) van de Conventie van Rome, volgens welk omroepen het recht genieten de heruitzending van hun uitzendingen toe te staan of te verbieden. Om deze reden moet het technisch transport van het signaal dat afstevent op een gelijktijdige en onveranderde doorgifte mee beschermd worden door het uitzendingsrecht.

Ook ten aanzien van de auteursrechthebbenden betekent het gebrek aan bescherming tijdens een technisch signaaltransport naar kabelexploitanten een verregaand gebrek aan een controle-instrument over de exploitatie van de werken. Ten titel van voorbeeld moet men zich voorstellen wat zou gebeuren wanneer een auteur een licentie heeft gegeven aan een omroep voor de uitzending van zijn werk, maar deze licentie niet wenst te verlengen. De auteur heeft geen enkele auteursrechtelijke aanspraak ten aanzien van de omroep indien deze laatste zou beslissen om het programma toch verder uit te sturen naar de kabelkopstations in versleutelde vorm en de kabeldistributeur het signaal aan zijn abonnees zou doorgeven. De auteur en alle andere rechthebbenden van het programma zouden zich in dat geval elk afzonderlijk tot de kabelexploitanten moeten wenden om hun respectieve vergoeding te vorderen voor de primaire openbaarmaking door de kabelexploitant.

De hoge kosten die bij zulke transactie komen kijken, tonen aan waarom het systeem van verplicht collectief beheer in geval van kabeldoorgifte alleszins verantwoord is. Op die wijze heeft de Chellomedia rechtspraak tot gevolg dat het verwerven van auteursrechten en het afdwingen van deze rechten onnodig complex kan worden.

Chellomedia zou volgens M. Schwarz en G. Hansen om dezelfde reden ook het probleem kunnen doen heroplaaien van individuele rechthebbenden die zich verzetten tegen de mededeling aan het publiek door kabelexploitanten wegens gebrek aan toestemming.

Dezelfde auteurs maken een vergelijking met de situatie van mededeling aan het publiek per satelliet. Een uitzending waarin onder controle van de omroep en onder diens verantwoordelijkheid bepaalde programmadrage signalen in een ononderbroken communicatieketen naar satellieten worden gestuurd voor ontvangst door het publiek, maar die tegelijk ook door een onbepaald aantal individuen en kabelkopstations ontvangen kan worden, maakt zonder twijfel een openbare mededeling uit.

---

<sup>39</sup> DREIER, R., o.c., § 20, nr. 9.

<sup>40</sup> SCHWARZ, M. EN HANSEN, G., "Aktuelle Fehlentwicklungen bei der Auslegung des Begriffs der Erstsending als Voraussetzung des Kabelweiterleitungsrechts", <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

Dit verandert niet indien het signaal gecodeerd is, voor zover de middelen voor het decoderen van de uitzending door de omroep ter beschikking worden gesteld of minstens de bereidheid bestaat om dit te doen. Ook wanneer het gecodeerde signaal enkel nog door kabelkopstations ontvangen wordt maar deze het signaal niet meer doorzenden in hun TV-pakket, doch dit op elk moment opnieuw kunnen aansluiten, zou er sprake blijven van een primaire uitzending. De potentiële ontvangstmogelijkheid is voldoende.

Niet anders is de situatie van het signaaltransport van HDTV of 3D uitzendingen naar kabelkopstations. De ontvangst van deze uitzendingen door private personen zou in principe mogelijk zijn maar gebeurt in de realiteit niet omwille van de kosten die de ontvangst van deze uitzendingen met zich meebrengen.

Een ander voorbeeld is de situatie waarbij in het binnenland een gecodeerd signaaltransport per satelliet aan zowel private personen als aan kabelkopstations gebeurt, terwijl in het buitenland de gecodeerde signalen enkel naar kabelkopstations worden uitgestuurd en er geen ontvangst is door private personen. Wanneer deze twee situaties samen worden bekeken, kan men moeilijk tot de conclusie komen dat het signaaltransport in het buitenland, in tegenstelling tot deze in het binnenland, geen primaire uitzending uitmaakt. Er is volgens M. Schwarz en G. Hansen geen reden om de situatie waarbij voor het publiek bestemde signalen enkel naar kabelkopstations gestuurd worden anders te behandelen.

Daarbij komt dat, ingeval naast de versleutelde satelliet uitzending naar de kabelkopstations parallel een terrestrische uitzending gebeurt door de omroep, geen onderscheid kan worden gemaakt op basis van het signaal dat de kabelexploitant voor de doorgifte gebruikt. Centraal staat de vraag of de kabelexploitant iets doorstuurt en een eigen klantenrelatie heeft, dus of de kabelexploitant het programma-aanbod doorstuurt naar de kijkers.

- 2.42. T. Wallentin en L. Reis<sup>41</sup> verwijzen naar de rechtspraak van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof.

In de zaak Breitenfurt Cable Network<sup>42</sup> ontving een partij via haar eigen satelliet signalen die zij via een hoofdstation en een kabelnetwerk doorstuurde naar lokale kabeloperatoren die de signalen op hun beurt doorgaven aan abonnees.

Het Oberste Gerichtshof was van oordeel dat zowel de doorgifte aan individuele abonnees als het volledige proces van gebruik van de uitzendingen onderworpen zijn aan de toestemming van de auteur.

Volgens het Oberste Gerichtshof moet een handeling van transmissie niet noodzakelijk direct naar het publiek gericht zijn, zolang de eindbestemming van deze handeling het publiek is:

---

<sup>41</sup> WALLENTIN, T. en REIS, L., "Deliberations concerning the First broadcast of radio transmission as a prerequisite for the right to secondary exploitation by cable under Austrian law", <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

<sup>42</sup> Zie voetnoot 38.

*“eine urheberrechtlich relevante Sendehandlung muss sich nicht notwendigerweise unmittelbar an die Öffentlichkeit richten, solange es das Ziel der Nutzungshandlung ist, letztlich an die Öffentlichkeit gerichtet zu werden: Wird ein Werk mit Hilfe Hertz’scher Wellen innerhalb von deren Reichweite jedem wahrnehmbar gemacht, der sich eines entsprechenden Empfangsgeräts bedient, liegt eine Rundfunksendung vor. Auf die tatsächliche Wahrnehmung soll es nach Ansicht des OGH nicht ankommen. Die bloße Möglichkeit hierzu – wie generell im Urheberrecht die bloße Möglichkeit zur Werknutzung – ist ausreichend.”*

Volgens het Oberste Gerichtshof is het dus niet belangrijk of er werkelijk ontvangst tot stand komt; de loutere mogelijkheid hiervan is voldoende.

Het Oberste Gerichtshof stelt ook dat de partij die de programmadragende signalen laat voorbij komen op basis van haar eigen beslissing, door deze in kabelsystemen te injecteren, auteursrechtelijk verantwoordelijk is voor zulke handeling voor zover de ontvangst door het publiek het uiteindelijke doel is van de doorgifte.

T. Wallentin en L. Reis menen dat de voorgaande regel ook van toepassing moet zijn ten aanzien van de primaire uitzending. Er kan geen verschil zijn tussen de primaire uitzending en de secundaire uitzendingen. In het bijzonder is er geen wettelijke onderscheid tussen het publiek van een primaire en een secundaire uitzending, gelet op de uniformiteit van het begrip “publiek” met betrekking tot exploitatierechten.

Op basis van de Breitenfurt rechtspraak mag geen onderscheid gemaakt worden tussen primaire uitzendingen in gecodeerde en in niet-gecodeerde vormen.

Volgens de auteurs valt de beoordeling van het Oberste Gerichtshof nog steeds te rijmen met de recentere uitspraken van het HvJ.

Zij verwijzen naar het SGAE arrest<sup>43</sup>, waarin het HvJ de doelstelling van de richtlijn Informatiemaatschappij in herinnering heeft gebracht, namelijk het aanbieden van een hoge bescherming aan auteurs zodat deze met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen. Op grond hiervan moet volgens het HvJ het begrip “mededeling aan het publiek” een ruime betekenis krijgen. In het concrete geval van SGAE heeft het HvJ besloten dat er sprake is van een “publiek”, rekening houdend met klanten die in de kamers van de hotelinrichting logeren, maar ook met klanten die in elke andere ruimte van deze inrichting aanwezig zijn en naar een aldaar geplaatst televisietoestel kunnen kijken. Verder heeft het HvJ ook in aanmerking genomen dat de klanten van een dergelijke zaak elkaar gewoonlijk snel opvolgen en dat het in de regel om een vrij groot aantal personen gaat. Het HvJ heeft dus geen nadruk gelegd op de effectieve ontvangst van de programma’s door de klanten.

---

<sup>43</sup> H.v.J. 7 december 2006, SGAE t. Rafael Hoteles, nr. C-306/05, *Jurisprudentie* 2006, I-11519, r.o. 36.

Hiermee heeft het HvJ volgens de auteurs het concept “opeenvolgend publiek” (“*sukzessive Öffentlichkeit*”) uit de Oostenrijkse rechtspraak indirect aangenomen. Het concept “opeenvolgend publiek” is van toepassing wanneer “*moderne technische Speicherungs- und Übertragungssysteme mit Hilfe eines Vervielfältigungsstückes die sukzessive Erfassung eines solchen Personenkreises ermöglichen*”. Dit concept is echter ook buiten de reproductierechten van betekenis en moet, in de zin van een eenvormig begrip van de notie “publiek”, voor elk exclusief exploitatierecht van de auteur in acht genomen worden.

In het kader van de mededeling aan het publiek lijkt dit concept aldus sterk op artikel 3 van de Richtlijn Informatiemaatschappij (“het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden”).

Op voorgaande gronden kan volgens T. Wallentin en L. Reis aangenomen worden dat alle kabelkopstations samen ook de opeenvolgende dekking faciliteren van de personen die uiteindelijk het publiek in hun geheel vormen. Om die reden bestaat ook in dit geval een opeenvolgend publiek.

In het Lagardère arrest heeft het HVJ volgens de auteurs geen uitspraak gedaan over de vraag of de totaliteit van de kabelkopstations als een opeenvolgend publiek kan worden beschouwd.

- 2.43. In de Franse rechtsleer wijst C. Caron<sup>44</sup> op de praktische risico's die de Norma en Chellomedia beslissingen meebrengen. De auteur wijst met name op het feit dat de rechthebbenden geen duidelijk zicht hebben op de distributie van de werken nadat de kabeloperator is tussengekomen. In geval van een primaire uitzending via satelliet (in tegenstelling tot directe kabelinjectie) kunnen de rechthebbenden niet op voorhand weten wie de geëncrypteerde signalen zal gebruiken om het werk te verspreiden.

Daarnaast wordt het delicaat om de verschillende toestemmingen te verkrijgen die nodig zijn voor de verschillende verspreidingen van het werk na de versleuteling van de signalen die vooraf per satelliet zijn uitgezonden.

Caron stelt ook dat «*Surtout il faut bien avoir conscience que la solution des arrêts Norma et Chellomedia risque de perturber l'édifice juridique de l'exploitation des œuvres et interprétations par câble et par satellite (...). Le terme « retransmission » est employé à dessein pour désigner une exploitation qui succède, par essence, à une première transmission de l'œuvre. Si cette dernière n'existe pas, il n'est pas possible, ensuite, d'évoquer une « re » transmission. Si le terme « retransmission » est expressément utilisé tant dans la directive du 27 septembre 1993 que dans les droits nationaux issus de la transposition, c'est bien parce qu'il apparaît évident que la diffusion d'œuvres et d'interprétations par les câblodistributeurs s'inscrit à la suite d'une transmission originelle. Si tel n'est pas le cas, une terminologie différente aurait été utilisée.*»<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> CARON, C., “La transmission d'oeuvres et d'interprétations vers et à partir d'un satellite ou vers un organisme de radiodiffusion par câble revêt-elle des monopoles?”, *Communication – Commerce électronique – Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur*, oktober 2009, 8-14.

<sup>45</sup> CARON, C., *l.c.*, 10.

De essentie van de regeling van kabeldoorgifte ligt voor de auteur in het feit dat er een verlenging (“*prolongement*”) tot stand komt van een voorafgaande exploitatiehandeling.

Dit laatste argument houdt ook stand wanneer wij de terminologie in andere talen bekijken. In het Engels is er sprake van « *retransmission* » of an « *initial transmission* ». in het Duits spreekt men over « *Weiterverbreitung* » einer « *Erstsendung* ».

De kritiek van C. Caron op de Norma en Chellomedia arresten is gebaseerd op een analyse van de notie « mededeling aan het publiek ». Daarbij zijn volgens de auteur de volgende overwegingen van belang :

- « mededeling aan het publiek » wordt in artikel 3 van de Richtlijn Informatiemaatschappij breed gedefinieerd. Er moet dus gekozen worden voor een brede benadering die weliswaar binnen de grenzen van het recht blijft.
- Mededelingen aan het publiek worden klassiek gekenmerkt door een fragmentatie van de communicaties. Dit is ook de reden waarom er een doctrinale opdeling is gemaakt tussen primaire en secundaire vormen van openbaarmaking;
- de Nederlandse rechter maakt een onderscheid tussen de noties “signaal” en “programma”. Op basis hiervan wordt geredeneerd dat de primaire transmissie per satelliet en de directe injectie van omroep naar kabeldistributeur betrekking hebben op signalen, niet op programma’s, en dat er aldus geen (auteursrechtelijk relevant) werk wordt meegedeeld.

Het signaal in kwestie is nochtans niets minder dan het programma in een gecodeerde vorm. Het is de drager van het programma. Een werk kan gelijk welke vorm aannemen, inclusief de vorm van een bestand of een signaal. Hieruit volgt dat de satelliet wel degelijk werken ontvangt en verzendt, net zoals de directe injectie van de omroep naar de kabeldistributeur werken betreft.

- De techniekers van de kabeloperator die het signaal ontvangen kunnen niet als een “*cercle de famille*” worden beschouwd in de zin van artikel L. 122-5 van de Franse Code de la propriété intellectuelle, aangezien zij geen “*personnes, parents ou amis très proches*” zijn. De mededeling situeert zich bovendien in een commerciële context. “*En réalité, si les techniciens ne sont pas les utilisateurs finales de l’oeuvre ou de l’interprétation, ils constituent vraisemblablement un nombre indéterminé de personnes. D’ailleurs, il est généralement admis que l’utilisation d’une oeuvre au sein d’une entreprise dépasse forcément le cercle de famille ou la copie privée*”<sup>46</sup>.
- De finaliteit van de uitzending van gecodeerde signalen naar en van de satelliet (of geïnjecteerd naar een terminal van de kabeldistributeur) mag niet vergeten worden. Het is evident dat deze signalen niet verstuurd worden zonder reden, maar precies bedoeld zijn om het publiek te bereiken. Enkel signalen die niet bedoeld zijn om door het publiek te worden ontvangen, kunnen ontsnappen aan het monopolie van de auteur.

---

<sup>46</sup> C. Caron verwijst naar volgende rechtspraak: T. Corr. Paris 24 januari 1984, *Gaz. Pal.* 1984, I, 240, noot J.-P. Marchi en CA Paris 1 oktober 1990, *RIDA*, juli 1991, 206, noot A. Kéréver.

- De beperkingen van auteursrechten met betrekking tot voorlopige reproductiehandelingen (en dus de inperking op het monopolie van de auteurs) zijn vastgelegd in een specifieke communautaire wettekst, namelijk artikel 5.1 van de Richtlijn Informatiemaatschappij. Op basis van het feit dat er geen vergelijkbare regeling bestaat met betrekking tot het recht van openbare mededeling, kan worden geconcludeerd dat een voorlopige mededeling van een werk of een uitvoering door een tussenpersoon onder het monopolie van de auteur of de uitvoerende artiest valt. De Norma en Chellomedia beslissingen komen echter neer op een pretoriaanse inbeperking van de monopolies van de auteur en de uitvoerende kunstenaar, terwijl enkel de communautaire of nationale wetgever bevoegd zijn om de contouren van deze rechten vast te stellen.<sup>47</sup>

*iii. Tussentijdse conclusie*

- 2.44. Uit het overzicht van de rechtspraak en de doctrine wordt één iets duidelijk: de meningen over het statuut van kabeldoorgifte zijn verdeeld en blijven verdeling zaaien, zelfs na de tussenkomst van het hoogste gerechtshof van één van de EU-lidstaten.
- 2.45. Het is uit die rijke historiek en veelheid van opinies dat de rechtbank van koophandel te Mechelen heeft kunnen puren om een beslissing te vellen in de zaak Telenet.

---

<sup>47</sup> CARON, C., *l.c.*, 11.



## D. De zaak Telenet

2.46. De rechtbank van koophandel te Mechelen heeft op 12 april 2011<sup>48</sup> een vonnis geveld in een procedure ingeleid door Telenet tegen elf beheersvennootschappen.

De rechtbank was gevat om een antwoord te geven op de volgende vragen:

- Maakt de digitale uitzending van omroepprogramma's die reeds analoog worden uitgezonden een nieuwe auteursrechtelijk relevante handeling uit waarvoor de toestemming van de rechthebbenden moet worden verworven (titel 2.D.a)?
- Is er in geval van directe injectie sprake van één dan wel twee auteursrechtelijk relevante handelingen (titel 2.D.b)?
- Wie is bij directe injectie verantwoordelijk voor de openbare mededeling en wie dient de rechten hiervoor te regelen (hoofdstuk 3)?
- Zijn ARI-overeenkomsten (All Rights Included) mogelijk wanneer programma's niet direct in de kabel geïnjecteerd worden, doch eerst het voorwerp uitmaken van een publieke primaire uitzending, gevolgd door een secundaire kabeldoorgifte door Telenet (hoofdstuk 5)?

### a. *Gelijktijdige analoge en digitale uitzending maakt slechts één auteursrechtelijk relevante handeling uit.*

2.47. De rechtbank heeft eerst de vraag beoordeeld of de digitale uitzending van omroepprogramma's die reeds analoog worden uitgezonden een nieuwe auteursrechtelijk relevante handeling uitmaken waarvoor de toestemming van de rechthebbenden moet worden bekomen.

2.48. Volgens de rechtbank maakt dit geen nieuwe vorm van kabeldoorgifte uit. Zij stelt dat geen rekening kan worden gehouden met wat een abonnee zelf met het ontvangen signaal doet, en dat de mogelijkheid van het bekijken van een signaal via meerdere toestellen ook bestaat wanneer uitsluitend een analoog signaal wordt doorgezonden.

2.49. Wij gaan akkoord met deze zienswijze. De regeling van kabeldoorgifte maakt geen onderscheid naargelang de aard van de signalen waarmee de programma's gelijktijdig, ongewijzigd en integraal worden doorgegeven via het kabelnetwerk (en bijgevolg de aard van de ontvangstapparatuur bij de abonnees). Het enige criterium hierbij is dat de doorgifte via een kabel- of een microgolfsysteem moet gebeuren.

---

<sup>48</sup> Rb. Mechelen 12 april 2011, AR 06/1419/A, onuitg.

**b. De omroep stelt aan de kabelmaatschappij een signaal ter beschikking dat niet voor het publiek toegankelijk is.**

- 2.50. Telenet vorderde te verklaren voor recht “dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 AW (art. 11bis §1, 2° Berner Conventie) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 AW (art. 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1 Berner Conventie) zodat Telenet geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan Agicoa, of welke andere beheersvennootschap dan ook”.

De rechtbank heeft deze vraag geherformuleerd als volgt: “de discussie betreft hier de vraag of er in het geval van directe injectie sprake is van slechts één dan wel twee auteursrechtelijk relevante handelingen”.

- 2.51. De beslissing van de rechtbank kan als volgt worden samengevat: artikel 52 AW en artikel 11bis Berner Conventie zijn niet van toepassing op directe injectie omdat er geen primaire openbaarmaking is die gevolgd wordt door een tweede openbaarmaking, maar slechts één enkele openbare mededeling in de zin van artikel 1 AW resp. Artikel 11.1 Berner Conventie.

Volgens de rechtbank valt directe injectie niet onder artikel 51 e.v. AW omdat er geen sprake is van doorgifte via de kabel. Het signaal dat de omroepen aan de kabelmaatschappijen ter beschikking stellen, is niet voor het publiek toegankelijk want de middelen voor het decoderen van dit signaal zijn niet aan het publiek ter beschikking gesteld.

De rechtbank stelt dat een beperkte kring van personen die signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen (*in casu* de kabeldistributeurs) niet als een publiek worden beschouwd omdat het publiek uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet samengesteld zijn. Zij verwijst hiervoor naar het Lagardère arrest van het Hof van Justitie. Er kan volgens haar geen rekening worden gehouden met het feit dat de aan de kabelmaatschappijen doorgegeven programma's uiteindelijk toch voor het publiek bestemd zijn.

Omdat de aanvoering van programmadrage signalen door de omroep aan de kabeldistributeur geen mededeling aan het publiek betreft, kan dit volgens de rechtbank niet als een auteursrechtelijk relevante handeling beschouwd worden.

De kabelmaatschappijen maken een signaal rechtstreeks aan de kabelabonnees beschikbaar. Het betreft een louter transport van een programma en het ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank op zichzelf geen openbaarmaking is.

De rechtbank besluit daarom dat er geen twee aparte mededelingen door het publiek ontvangen worden en dat er dus ook geen twee vergoedingen moeten worden betaald.

- 2.52. De uitspraak van de rechtbank ligt in de lijn van de meest recente nationale en internationale rechtspraak en de meerderheid van de doctrine met betrekking tot directe injectie (zie *supra*, hoofdstuk 2.C). De oplossing die de rechtbank in het huidige vonnis aanreikt, roept echter heel wat vragen en bemerkingen op.

Volgens onze analyse past de rechtbank de Lagardère rechtspraak van het Hof van Justitie op kabeldoorgifte toe zonder rekening te houden met de verschillende achtergronden van het satelliet regime en het kabelregime. Eerder dan een interpretatie van het begrip “publiek”, heeft Lagardère volgens ons de vraag behandeld wat onder de notie “bestemd voor ontvangst door het publiek” moet worden verstaan (titel 2.D.b.i.a.i).

De rechtbank biedt vervolgens geen verantwoording voor het onderscheid tussen “(programmadragerende) signalen” en “programma’s” dat in Satcab wordt gemaakt in het kader van een openbare mededeling per satelliet respectievelijk kabeldoorgifte (titel 2.D.b.i.a.ii).

Bovendien heeft de rechtbank naar ons inzien onvoldoende duidelijkheid gecreëerd over wat moet worden verstaan onder de notie “uitzending” en de voorwaarden van artikel 11bis van de Berner Conventie (titel 2.D.b.i.a.iii).

Een belangrijke bron om tot een goed begrip van de notie “kabeldoorgifte” zijn de de voorbereidende werken van Satcab door de Commissie. Deze zijn naar onze mening nochtans essentieel en beslissend bij de beoordeling van de directe injectie (titel 2.D.bi.a.iv).

De keuze van de rechtbank voor één openbare mededeling valt moeilijk te rijmen met andere delen van het vonnis. Enerzijds stelt de rechtbank dat in geval van directe injectie noch het transport door de omroep, noch het transport van de programma’s door de kabelmaatschappijen openbare mededelingen zijn, anderzijds stelt zij dat het geheel van handelingen door de omroep en de kabeldistributeurs samen één enkele primaire uitzending uitmaken. De rechtbank verduidelijkt echter niet waar en wanneer deze openbare mededeling geschiedt (titel 2.D.b.i.a.v).

De rechtbank heeft tenslotte het probleem van de directe injectie enkel onderzocht binnen het kader van Satcab en de Berner Conventie. De vraag stelt zich of de situatie van directe injectie onder het toepassingsgebied van de richtlijn Informatiemaatschappij valt (titel 2.D.b.i.a.vi).

- i. De noties “publiek”, “ontvangst door het publiek” en “bestemd voor ontvangst door het publiek”*

- 2.53. De rechtbank oordeelt dat er geen primaire publieke uitzending tot stand komt door de omroep wanneer zij de programma’s transporteert naar de kabeldistributeur. Volgens de rechtbank kunnen de kabeldistributeurs namelijk niet als een publiek worden gekwalificeerd, want zij zijn een beperkte kring van personen die signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen. De rechtbank steunt zich hiervoor op het Lagardère arrest van het Hof van Justitie<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> H.v.J. 14 juli 2005, *Lagardère t. SPRE en GVL*, nr. C-192/04, *Jurisprudentie* 2005, I-07199.

- 2.54. In dit arrest heeft het Hof van Justitie de notie “publiek” geïnterpreteerd in de context van Satcab. De feiten die aan de basis lagen van dit arrest waren als volgt:

De vennootschap Lagardère is een in Frankrijk gevestigde omroep. Haar uitzendingen worden naar een satelliet gezonden die de gecodeerde signalen onder meer doorstuurt naar een grondstation in Duitsland. Dit grondstation zendt de signalen via lange golf door naar onder meer een deel van het Frans grondgebied. Enkel deze laatste signalen kunnen door het publiek worden ontvangen. De prejudiciële vraag die aan het Hof werd voorgelegd was of de wettelijke regeling van Duitsland van toepassing was voor de betaling van de rechten voor de mededeling aan het publiek per satelliet. Om hierop te kunnen antwoorden, diende het Hof van Justitie te onderzoeken of de kwestieuze uitzending naar het grondstation een “mededeling aan het publiek per satelliet” uitmaakt in de zin van artikel 1, lid 2, sub a van Satcab.

Het HvJ verwijst hiervoor naar het doel van de Satcab regeling. Uit overweging 13 van Satcab blijkt dat de richtlijn tot doel heeft een einde te maken aan het verschil in behandeling tussen de Lid-Statens met betrekking tot de doorgifte van programma's per telecommunicatiesatelliet, zodat die behandeling in de gehele Gemeenschap afhankelijk wordt gesteld van de fundamentele vraag of er sprake is van een mededeling van beschermde werken en andere beschermde prestaties aan het publiek. Aldus zullen door de richtlijn de aanbieders van grensoverschrijdende omroepprogramma's op gelijke wijze worden behandeld, ongeacht de vraag of zij voor de uitzending van de programma's van een omroepsatelliet dan wel van een telecommunicatiesatelliet gebruik maken.

Dit betekent dat de ontvangst door het publiek het centrale criterium is voor de toepassing van de satelliet bepalingen van Satcab.

Het HvJ bevestigt dat de communautaire wetgever de mededelingen per satelliet over zowel openbare als niet-openbare frequentiebanden heeft willen regelen. Daarom heeft de wetgever bepaald dat deze mededelingen alleen aan het stelsel van SatCab worden onderworpen indien het publiek de signalen individueel en rechtstreeks via satellieten kan ontvangen<sup>50</sup>.

Daarop volgt de centrale overweging van het arrest: een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, kan niet als een publiek worden beschouwd, aanzien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld.

Het HvJ besluit dat de satelliet van Lagardère niet als een satelliet in de zin van artikel 1, lid 1 van Satcab werkt omdat er geen individuele ontvangst plaatsvindt onder omstandigheden die vergelijkbaar zijn met mededelingen over openbare frequentiebanden.

- 2.55. Om tot deze beslissing te komen, baseert het HvJ zich op zijn eerdere uitspraak in het arrest *Mediakabel*<sup>51</sup>, waarbij het Hof zich diende te buigen over de interpretatie van het begrip “publiek”.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, r.o. 30.

<sup>51</sup> H.v.J. 2 juni 2005, *Mediakabel t. Commissariaat voor de Media*, nr. C-89/04, *jurisprudentie* 2005, I-04891.

In dit arrest diende het HvJ te antwoorden op de vraag welke diensten onder het begrip “televisieomroep” in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn televisie zonder grenzen (TVZG richtlijn 89/552) vallen.

Artikel 1, sub a van de TVZG richtlijn 89/552 definieert “televisieomroep” als volgt: “het oorspronkelijke uitzenden via de kabel of draadloos, via de ether of via satelliet, in al dan niet gecodeerde vorm van voor ontvangst door het publiek bestemde televisieprogramma's. Hieronder is mede begrepen het overdragen van programma's tussen ondernemingen met het oog op doorgifte daarvan aan het publiek. Hieronder zijn niet begrepen communicatiediensten die informatieve gegevens of andere prestaties op individueel verzoek verstrekken zoals telekopiediensten, elektronische databanken en andere soortgelijke diensten”.

Volgens het Hof moet de dienst bestaan in het oorspronkelijke uitzenden van televisieprogramma's die zijn bestemd voor ontvangst door het publiek, “dat wil zeggen een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven”.

- 2.56. In een later arrest SGAE<sup>52</sup> verwijst het Hof van Justitie naar de arresten Lagardère en Mediakabel om het begrip “publiek” opnieuw te interpreteren, dit keer in de zin van de richtlijn informatiemaatschappij. Ook hier is de betekenis van “publiek” hetzelfde.
- 2.57. Uit wat voorafgaat volgt dat het Hof van Justitie dezelfde invulling aan het begrip “publiek” geeft in de context van zowel Televisie Zonder Grenzen, Informatiemaatschappij als Mededeling per Satelliet.

Gelet op het feit dat kabeldoorgifte een onderdeel uitmaakt van dezelfde richtlijn als de Mededeling per Satelliet, kunnen we er van uitgaan dat het begrip “publiek” ook in de context van kabeldoorgifte dezelfde betekenis heeft.

D. Visser neemt hetzelfde standpunt in, stellende dat “hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de betekenis die in die arresten aan het begrip ‘publiek’ wordt toegekend heeft te gelden voor alle vormen van ‘mededeling aan het publiek’. (...) Hier zou echter betoogd kunnen worden dat het slechts om een minimumharmonisatie gaat<sup>53</sup>”.

De rechtbank van koophandel te Mechelen stelt ons inziens dus terecht over kabeldoorgifte dat “een beperkte kring van personen die signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld”.

- 2.58. De rechtbank past vervolgens de Lagardère rechtspraak toe op de kabeldoorgifte, stellende dat de aanvoering van programmadragerende signalen, per satelliet *of per glasvezel*, die niet onder het grote publiek kunnen worden ontvangen, geen mededeling aan het publiek betreffen en dus ook niet als een auteursrechtelijk relevante handeling beschouwd kunnen worden.

---

<sup>52</sup> H.v.J. 7 december 2006, SGAE t. Rafael Hoteles, nr. C-306/05, *Jurisprudentie* 2006, I-11519.

<sup>53</sup> VISSER, D., *l.c.*, 39.

De redenering van de rechtbank lijkt ons op dit punt te kort door de bocht te gaan, omdat zij voorbij gaat een aantal wezenlijke verschillen tussen de mededeling per satelliet en de doorgifte per kabel.

2.59. Ter herinnering:

- “mededeling aan het publiek per satelliet” betekent “een handeling waarbij programmadragerende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt” (artikel 1.2.a) Satcab), terwijl;
- “doorgifte via de kabel” verwijst naar “de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere Lid-staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma’s die voor ontvangst van het publiek bestemd zijn” (artikel 1.3 Satcab).

2.60. De definities van deze twee begrippen lijken ons wat ongelukkig opgesteld<sup>54</sup>. Op basis van de tekst van de definities kan namelijk discussie ontstaan over welke de kenmerkende onderdelen van de twee concepten zijn:

- “mededeling aan het publiek per satelliet”:
  - o Invoeren in een mededelingenketen (handeling);
  - o Van programmadragerende signalen (voorwerp);
  - o Voor ontvangst door het publiek (doel).
- “doorgifte via kabel” kan op twee manier worden opgesplitst:
  - o Doorgifte aan het publiek van een eerste uitzending (handeling);
  - o Van programma’s die bestemd zijn voor ontvangst door het publiek (voorwerp), waarbij het onderdeel “bestemd voor ontvangst door het publiek” een eigenschap is van de programma’s (optie 1).

OF

  - o Doorgifte (handeling);
  - o Van een eerste uitzending van programma’s (voorwerp);
  - o Die bestemd is (zijn) voor ontvangst door het publiek (doel) (optie 2).

Uit de zinsopbouw van artikel 1.3 Satcab kan enkel worden afgeleid dat het onderdeel “die bestemd zijn voor ontvangst door het publiek” betrekking heeft op programma’s. Het onderdeel slaat alleszins niet op de finaliteit van de doorgifte,

---

<sup>54</sup> Zie hieromtrent ook DE FOESTRAETS, G., “la terminologie utilisée par la directive est malheureusement ambiguë puisque la “retransmission par câble” y est définie comme une “retransmission (...) d’une transmission initiale (...) d’émissions (...) destinées à être captées par le public” ce qui n’était sans doute pas la manière la plus claire de s’exprimer”, *l.c.*, 421.

aangezien in de definitie reeds staat dat de doorgifte moet gebeuren “door middel van een kabel- of microgolfsysteem, *aan het publiek*”.

- 2.61. Uit de opsplitsing conform optie 1 zou volgen dat de doorgifte via kabel geen specifiek doel moet hebben, in tegenstelling tot een mededeling aan het publiek per satelliet.

Echter, als dit het geval zou zijn, voegt het onderdeel “die bestemd zijn voor ontvangst door het publiek” niets toe aan de definitie, gelet op het feit dat programma’s per definitie de hoedanigheid hebben bestemd te zijn voor ontvangst door het publiek.

Dit volgt uit de definitie van het begrip “programma” in artikel 1 van de TVZG richtlijn 89/552: “een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, die een afzonderlijk element van een door een aanbieder van mediadiensten opgestelde schema of catalogus vormt en waarvan de vorm en de inhoud vergelijkbaar zijn met die van televisie-uitzendingen. Voorbeelden van programma’s zijn bioscoopfilms, sportevenementen, komische series, documentaires, kinderprogramma’s en origineel drama”.

(Audiovisuele) mediadiensten hebben conform hetzelfde artikel steeds als hoofddoel de levering aan het algemene publiek van programma’s ter informatie, vermaak of educatie.

- 2.62. Het zou logischer zijn dat het onderdeel “die bestemd zijn voor ontvangst door het publiek” de doelstelling moet zijn van de eerste uitzending (optie 2).

Dit is ook de optie die G. de Foestraets naar voor schuift: voor deze auteur moet niet zozeer het “programma” voor het publiek bestemd zijn, maar wel de “uitzending”<sup>55</sup>.

Deze interpretatie zou effectief een relevante betekenis toevoegen, gelet op de afwezigheid van een definitie van het begrip “uitzending” op het moment dat Satcab is uitgevaardigd (zie hierover randnr. 2.82 en verder). Zij past overigens ook in de betekenis en de draagwijdte die de Europese wetgever heeft willen geven aan de primaire handeling van uitzending (zie *infra*, titel 2.D.b.iv).

Echter, volgens deze interpretatie klopt de definitie van artikel 1.3 Satcab grammaticaal niet meer.

- 2.63. Door de bewoordingen in de finaal aangenomen tekst van de richtlijn blijven de twijfels omtrent de draagwijdte van het begrip “doorgifte per kabel” en zijn verhouding ten aanzien van het begrip “mededeling aan het publiek per satelliet” echter bestaan.

Mogelijk heeft de wetgever een andere terminologie gebruikt om precies aan te geven dat het kabelregime verschillend is van het satelliet regime.

---

<sup>55</sup> DE FOESTRAETS, G., *l.c.*, 422.

Uit het Lagardère arrest is inderdaad naar voor gekomen dat de ontvangst van de signalen door het publiek de centrale voorwaarde is voor de toepassing van de Satcab bepalingen betreffende satellietomroep (doel), gelet op de specifieke achtergrond van de regeling, namelijk een gelijke behandeling van de doorgifte van programma's via verschillende soorten satellieten (zie *supra* randnr. 2.54).

2.64. Dat de hierboven genoemde doelstelling kenmerkend is en centraal staat voor toepassing van het satelliet regime blijkt ook uit de volgende overwegingen van Satcab:

- Overweging 6 van de richtlijn 93/83 stelt dat het onderscheid tussen mededeling aan het publiek per omroepsatelliet en mededeling aan het publiek per telecommunicatiesatelliet niet langer te rechtvaardigen is, omdat "*individuele ontvangst* bij beide satelliettypen tot de mogelijkheid behoort en heden ten dage ook technisch haalbaar is";
- Overweging 7: de vrije uitzending van programma's wordt voorts belemmerd door de huidige juridische onzekerheid ten aanzien van de vraag of de uitzending via een *satelliet waarvan de signalen rechtstreeks kunnen worden ontvangen*, uitsluitend gevolgen heeft voor de rechten in het uitzendingsland dan wel voor de rechten in alle ontvangstlanden samen;
- Overweging 13 voegt toe dat de behandeling van de doorgifte van programma's per (telecommunicatie)satelliet in de gehele Gemeenschap *afhankelijk* wordt gesteld *van de fundamentele vraag of er sprake is van een mededeling van beschermde werken en andere beschermde prestaties aan het publiek*;
- Overweging 14: het *gebrek aan rechtszekerheid* met betrekking tot de te verkrijgen rechten, waardoor de grensoverschrijdende uitzending van programma's per satelliet wordt belemmerd, *moet worden weggenomen door het begrip mededeling aan het publiek per satelliet op communautair niveau te definiëren en in die definitie tegelijkertijd te specificeren waar de mededelingshandeling plaatsvindt*.

2.65. Deze specifieke doelstelling komt niet naar voor wanneer de richtlijn over kabeldoorgifte spreekt. Uit de consideransen van Satcab blijkt dat een regeling voor kabeldoorgifte nodig is om geheel andere redenen:

- Overweging 8: de voor het vrije verkeer van omroepuitzendingen binnen de Gemeenschap noodzakelijke rechtszekerheid ontbreekt ook bij de invoering in en de doorgifte via kabelnetten;
- Overwegingen 9, 10 en 11: het voortbestaan van contractuele regelingen voor de verkrijging van rechten op basis van toestemming moet worden gewaarborgd. Kabelmaatschappijen kunnen er momenteel namelijk niet zeker van zijn daadwerkelijk alle rechten te hebben verkregen op de programma's. Er rust niet in alle lidstaten dezelfde verplichting om onderhandelingen over het verkrijgen van de noodzakelijke rechten voor de doorgifte via de kabel niet zonder geldige reden te weigeren of te doen mislukken;
- Overwegingen 28 en 30: om die reden moet worden voorzien in een uitsluitend collectieve uitoefening van het toestemmingsrecht en moeten aanvullende maatregelen worden genomen om contractuele regelingen betreffende de



toestemming voor doorgifte via de kabel te bevorderen, zoals een collectief aanbod en bemiddelaars.

Uit deze overwegingen zou kunnen worden afgeleid dat het kabelregime niet zozeer een nieuw auteursrecht (of een nieuwe verschijningsvorm van de openbare mededeling) in het leven heeft geroepen, maar eerder een soort van beperking instelt op de uitoefening van het mededelingsrecht van rechthebbenden tegenover de kabelmaatschappijen.

Hierbij kan worden herinnerd aan het doel van de eerste 'generatie' richtlijnen van begin jaren '90, zijnde het opzij schuiven van de belemmeringen van nationale auteursrechtelijke regelingen voor de industrie en het vrije verkeer van goederen en diensten (zie *supra* titel 2.A). Pas in een tweede 'generatie' richtlijnen, waaronder de richtlijn Informatiemaatschappij<sup>56</sup> gaat het erom de maker van het intellectueel werk een gecoördineerde bescherming te verlenen.

Over de achtergrond van de regeling stelt advocaat-generaal Colomer in zijn conclusie van de zaak Uradex tegen RTD en Brutele<sup>57</sup>:

“(kabeldoorgifte) veroorzaakte onzekerheid bij exploitanten die zich beperkten tot het simultaan, tussen verschillende landen, en ongewijzigd uitzenden van televisieprogramma's met een vooraf vastgestelde inhoud. Eisen dat zij alle eigenaren van de betrokken rechten afzonderlijk om toestemming vragen, bleek een onmogelijke taak. Bovendien veronderstelde die oplossing binnen een internationale context, dat om toestemming moest worden verzocht op de voet van verschillende nationale systemen. In die situatie kon handhaving van een stelsel van individuele toestemming uitgroeien tot een ernstige belemmering voor het goed functioneren van de interne markt voor omroepuitzendingen (...)”

Daarvoor bestonden twee alternatieven: dwanglicenties of collectieve belangenbehartiging. De communautaire wetgever heeft een voorkeur getoond voor de tweede vorm, die meer oog heeft voor de rechten van de auteurs. Deze vorm van exploitatie beperkte de autonomie van de rechthebbende in mindere mate, en zocht een evenwicht tussen het uitoefenen van exclusieve rechten en het vertrouwen van de uitzender, die de zekerheid moet hebben alle rechten te hebben verkregen die begrepen zijn in de uitzending.

Om deze redenen beschermt de richtlijn de auteursrechten en de naburige rechten door overeenkomsten tussen de rechthebbenden en de mediabedrijven (artikel 8 Satcab), waarbij zij evenwel steeds een collectieve belangenbehartiging eist (artikel 9, lid 1 Satcab).”

Met een boutade zou men kunnen zeggen dat de regeling van kabeldoorgifte in de eerste plaats gericht is op de rechtsbescherming van kabelmaatschappijen.

---

<sup>56</sup> Aangevuld door de richtlijnen 2001/84/EG, die het recht van de kunstenaar regelt om te delen in de opbrengst van de verkoop van zijn werk en richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten.

<sup>57</sup> Conclusie van advocaat-generaal Colomer van 14 februari 2006 in de zaak C-169/05 (Uradex t. RTD en Brutele), *Jurisprudentie* 2006, I-04973.

Men mag evenwel niet uit het oog verliezen dat ook de auteursrechthebbenden een belang hebben bij de verplichte collectieve belangenbehartiging. Overweging 5 Satcab verduidelijkt dit als volgt: “(door de rechtsonzekerheid wegens de afwijkende regelingen inzake auteursrecht) lopen de rechthebbenden het gevaar dat hun werken worden geëxploiteerd zonder dat zij daarvoor een vergoeding ontvangen, of dat individuele houders van uitsluitende rechten in verschillende Lid-Staten de exploitatie van hun werken in de weg staan; dat de rechtsonzekerheid met name een directe belemmering vormt voor het vrije verkeer van programma’s binnen de Gemeenschap”.

T. Wallentin en L. Reis gaan nog een stap verder, en stellen de volledige rol van Satcab met betrekking tot auteursrechten in vraag: *“the intention of Satcab was to open up the internal market for the reception of television programmes distributed via satellite or cable in a manner not restricted by national borders. Satcab consequently underlies problems related more to media law and less to copyright law, which is why the solution approach of the directive with regard to cable retransmission cannot be generalized in a restriction of the assertion of (exclusion) rights based on the model of the mandatory safeguarding of rights through collecting societies. It is therefore questionable to what extent the directive – which, as a result, restricts the exercising of copyright in favour of the overriding media policy goal of the most widespread distribution of transmission possible – can be considered at all for copyright related issues.”*<sup>58</sup>

- 2.66. Inhoudelijk wordt over kabelrechten in overweging 27 louter vastgesteld dat de doorgifte via de kabel van programma’s uit andere lidstaten een handeling is die aan auteursrechten, en in voorkomend geval, aan naburige rechten onderworpen is. Een definitie van het begrip “doorgifte per kabel” is, in tegenstelling tot de satelliet regeling, echter niet nodig om de doelstellingen van Satcab te verwezenlijken.

Daaruit blijkt dat het probleem van kabeldoorgifte waarvoor Satcab een oplossing biedt, verschillend is van het probleem van de mededeling aan het publiek per satelliet.

- 2.67. Het Hof van Justitie heeft in haar arrest Egeda<sup>59</sup> bevestigd dat de bepalingen van Satcab inzake de doorgifte via de kabel verschillen van die betreffende omroep per satelliet.

Uit artikel 8 Satcab en uit de zevenentwintigste overweging volgt dat Satcab:

- aan de lidstaten geen verplichting oplegt om een specifiek recht voor de doorgifte via de kabel in het leven te roepen;
- de draagwijdte van een dergelijk recht dus ook niet definieert;
- de lidstaten slechts verplicht om ervoor te zorgen dat de doorgifte via de kabel van omroepuitzendingen uit andere lidstaten op hun grondgebied met inachtneming van de toepasselijke auteursrechten en naburige rechten geschiedt<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> WALLENTIN, T. en REIS, L., “Deliberations concerning the First broadcast of radio transmission as a prerequisite for the right to secondary exploitation by cable under Austrian law”, <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

<sup>59</sup> H.v.J. 3 februari 2000, *Egeda t. Hoasa*, nr. C-293/98, *Jurisprudentie* 2000, I-00629, r.o. 23.

Op grond hiervan besluit het Hof van Justitie dat de inhoud van de begrippen “mededeling aan het publiek” en “ontvangst door het publiek” niet beheerst wordt door Satcab maar naar nationaal recht beoordeeld moet worden.

In het kader van de richtlijn Informatiemaatschappij is weliswaar een harmonisatie tot stand gekomen met betrekking tot de notie “mededeling aan het publiek”, namelijk dat de lidstaten moeten voorzien in het uitsluitende recht van auteurs om de mededeling van hun werken aan het publiek toe te staan of te verbieden, en dit “per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanig wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn”. Het betreft echter de harmonisatie van een bepaalde verschijningsvorm van mededeling aan het publiek, niet de harmonisatie als dusdanig van de definitie van het begrip “mededeling aan het publiek”.

- 2.68. M. Schwarz en G. Hansen<sup>61</sup> merken op dat het Lagardère arrest een zeer specifieke onderliggende feitenconstellatie had en dat veralgemeningen op basis van dit arrest daarom slechts zeer beperkt kunnen worden toegepast.

Zo was er in het geval Lagardère slechts één ondernemingsgroep betrokken in de volledige communicatiecyclus (in tegenstelling tot bv. Chellomedia, waarbij twee onderscheiden ondernemingen betrokken waren: de omroep en de kabelexploitant). Wie louter binnen een ondernemingsgroep signalen technisch doorstuurt, verricht geen mededeling aan het publiek. Volgens M. Schwarz en G. Hansen moet het geval waarbij een signaal naar verschillende kabelkopstations van derden wordt gestuurd, daarom op een andere wijze geanalyseerd worden.

Bovendien heeft het Hof van Justitie in het Lagardère arrest geoordeeld dat er geen openbare mededeling voorhanden was op grond van het feit dat er *in casu* geen gesloten communicatiesysteem aanwezig was, waarvan de satelliet het centrale, essentiële en onvervangbare bestanddeel vormt<sup>62</sup>. Er kan maar van een gesloten communicatiesysteem gesproken worden indien bij een disfunctie van het systeem het doorgeven van signalen technisch onmogelijk is en het publiek in dat geval geen enkele zending ontvangt. Dit was niet het geval bij Lagardère: wanneer de satelliet niet functioneerde, kon gebruik worden gemaakt van een audionumeriek aardnetwerk. Om die reden heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de satelliet niet het essentiële, centrale en onvervangbare bestanddeel van het systeem was.

- 2.69. Gelet op het voorgaande, kan uit het Lagardère arrest hoogstens worden afgeleid dat de aanvoering van signalen die niet door het grote publiek kunnen worden ontvangen, geen *mededeling aan het publiek per satelliet* betreffen.

Aangezien de mededeling per satelliet specifiek tot doel moet hebben een mededeling aan het publiek te doen, terwijl deze doelstelling minder op de voorgrond treedt en zelfs voor discussie open staat wat betreft de regeling over kabeldoorgifte (zie randnr. 2.61), menen wij dat de volledige redenering uit het Lagardère arrest niet *a fortiori* kan worden toegepast op de primaire uitzending bij kabeldoorgifte.

---

<sup>60</sup> Ibid., r.o. 24.

<sup>61</sup> SCHWARZ, M. EN HANSEN, G., “Aktuelle Fehlentwicklungen bei der Auslegung des Begriffs der Erstsending als Voraussetzung des Kabelweiterleitungsrechts”, <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

<sup>62</sup> H.v.J. 14 juli 2005, *Lagardère t. SPRE en GVL*, nr. C-192/04, *Jurisprudentie* 2005, I-07199, r.o. 14, 39 en 40.

Conform overweging 14 van Satcab heeft de richtlijn het begrip “mededeling aan het publiek per satelliet” willen definiëren om op communautair vlak rechtszekerheid te verkrijgen. Voorts is de definitie van dit begrip op communautair niveau noodzakelijk gebleken om te voorkomen dat, gelet op de grote territoriale impact die een satellietuitzending kan hebben, op eenzelfde uitzendingshandeling op cumulatieve wijze het recht van verschillende lidstaten wordt toegepast.

Lagardère interpreteert dus wat moet worden verstaan onder de notie mededeling aan het publiek “per satelliet”: “tenslotte moet worden vastgesteld dat de beperkte kring van personen die *de van de satelliet afkomstige signalen* alleen met een professionele uitrusting *kunnen ontvangen*, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld”.

Lagardère geeft evenwel geen interpretatie van het begrip “mededeling aan het publiek”, dat naar nationaal recht moet beoordeeld worden.

Dit standpunt wordt ook door D. Visser gedeeld: “(Uit de verschillen tussen de bepalingen inzake omroep per satelliet en doorgifte via de kabel) moet m.i. worden afgeleid dat het begrip ‘mededeling aan het publiek per satelliet’ door artikel 1 lid 2 sub a t.e.m. c Satcab dus wél op communautair niveau is gedefinieerd, althans in ieder geval wat betreft de specifieke handeling (kortweg: gecodeerde aanlevering) die artikel 1 lid 2 sub c Satcab beschrijft. Daarmee zou op dat specifieke punt dus wél sprake zijn van een volledige (zo men wil: maximum) harmonisatie. Dat zou ook niet zo vreemd zijn, want anders zouden ongelijkheid en rechtsonzekerheid ontstaan, met name in die gevallen waarin vanuit het éne Europese land naar het andere gecodeerd via de satelliet wordt aangeleverd”.<sup>63</sup>

D. Visser wijst hier ook op een vonnis van de Rechtbank van 's Gravenhage, waarbij de rechtbank tot het oordeel komt dat de mededeling aan het publiek per kabel niet en de mededeling per satelliet wél Europees geharmoniseerd is (door artikel 1 lid 2 Satcab).

2.70. Hoewel D. Visser erkent dat er verschillen zijn tussen de mededeling via satelliet en de kabeldoorgifte, komt hij toch tot de conclusie dat de Lagardère rechtspraak van toepassing is op kabeldoorgifte in het kader van de Chellomedia rechtspraak:

“M.i. is aannemelijk dat het Amsterdamse Hof het Lagardère arrest (...) juist heeft toegepast. Gecodeerde speciale aflevering per satelliet aan kabelkopstations is geen openbaarmaking. Dat het ‘ophalen’ van een signaal bij de Media Gateway ook geen openbaarmaking oplevert behoeft nauwelijks toelichting. Het gaat immers slechts om het op basis van een overeenkomst technisch aanleveren van het signaal uit de uitzendstraten, op dezelfde wijze als waarop het signaal vroeger aan Nozema beschikbaar werd gesteld. Het feit dat er tegelijkertijd ook een signaal wordt verspreid via andere zenders of platforms levert uiteraard wel andere parallelle openbaarmakingen op, maar geen ‘primaire’ openbaarmaking die ‘vooraf gaat’ aan de (secundaire) openbaarmaking door de kabelexploitant”.

---

<sup>63</sup> VISSER, D., *l.c.*, 40.

- 2.71. Samenvattend menen wij dat de rechtbank van Mechelen tot de afwezigheid van een primaire publieke uitzending heeft besloten op grond van een toepassing van het begrip “publiek” die enkel van toepassing kan zijn in de context van mededeling aan het publiek per satelliet.

Het Lagardère arrest heeft geen antwoord gegeven op de vraag of de gemeenschap van kabelkopstations, op zichzelf bekeken, een publiek uitmaken.

De vraag of de kabeldistributeurs ingeval van directe injectie of versleutelde ontvangst per satelliet als een publiek kunnen worden beschouwd, is volgens onze analyse aldus onvoldoende gemotiveerd door de rechtbank.

ii. “Programmadraged signaal” vs. “programma”

- 2.72. De rechtbank van koophandel heeft in haar vonnis geen rekening gehouden met het onderscheid tussen “(programmadragede) signalen” en “programma’s” dat in Satcab wordt gemaakt in het kader van openbare mededeling per satelliet respectievelijk kabeldoorgifte.
- 2.73. Ter herinnering: volgens de tekst van Satcab betreft de mededeling per satelliet de invoer in een mededelingenketen van *programmadragede signalen* voor ontvangst door het publiek. Kabeldoorgifte daarentegen betreft de doorgifte van een eerste uitzending van *programma’s* die bestemd zijn voor ontvangst door het publiek.
- 2.74. De rechtbank van koophandel past de volledige Lagardère redenering toe op kabeldoorgifte, stellende dat de aanvoering van *programmadragede signalen*, per satelliet of per glasvezel, die niet onder het grote publiek kunnen worden ontvangen, geen mededeling aan het publiek betreffen en dus ook niet als een auteursrechtelijk relevante handeling beschouwd worden.

De rechtbank van koophandel wijst de redenering af volgens welke de aan de kabelmaatschappij doorgegeven programma’s uiteindelijk toch voor het publiek bestemd zijn, waarbij het irrelevant zou zijn dat de aanvankelijk aan de kabelmaatschappij doorgegeven signalen niet door het publiek kunnen bekeken worden. Zij biedt echter geen verklaring voor het onderscheid dat in Satcab wordt gemaakt tussen de begrippen “programmadraged signaal” en “programma”.

- 2.75. In haar Lagardère arrest onderstreept het Hof van Justitie echter het onderscheid tussen signalen en programma’s, stellende dat “uit de vergelijking van de bewoordingen van de verschillende taalversies van deze bepaling, met name de Engelse (“*programme-carrying signals intended for reception by the public*”), de Duitse (“*die programmtragenden Signale, die für den öffentlichen Empfang bestimmt sind*”), de Spaanse (“*las señales portadoras de programa, destinadas a la recepción por el público*”) en de Nederlandse versie (“programmadragede signalen voor ontvangst door het publiek”), blijkt dat de signalen voor het publiek bestemd moeten zijn en niet de programma’s waarvan zij de drager zijn”<sup>64</sup>; “in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding zijn evenwel de programma’s bestemd voor het publiek en niet de signalen die naar de satelliet worden uitgezonden en terugkeren naar de aarde”<sup>65</sup>.

In het geval van Lagardère was het bewuste uitzendingsignaal niet bestemd voor een (publiek bestaande uit) een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers. Om die reden was er dus geen sprake van een openbaarmaking.

---

<sup>64</sup> H.v.J. 14 juli 2005, *Lagardère t. SPRE en GVL*, nr. C-192/04, *Jurisprudentie* 2005, I-07199, r.o. 35.

<sup>65</sup> H.v.J. 14 juli 2005, *Lagardère t. SPRE en GVL*, nr. C-192/04, *Jurisprudentie* 2005, I-07199, r.o. 37.

Volgende passage uit het Lagardère arrest wordt letterlijk geciteerd door de rechtbank van koophandel te Mechelen: “de uitzending van gecodeerde signalen via satelliet die enkel kunnen worden ontvangen met behulp van een professionele uitrusting, en niet met behulp van de voor het grote publiek bestemde uitrustingen, voldoet niet aan het criterium van artikel 1.2.a Satcab dat de programmadragende signalen, en dus niet de programma’s waarvan zij drager zijn, voor ontvangst door het publiek bestemd moeten zijn”.

2.76. Uit het Lagardère arrest kan worden afgeleid dat:

- de aanvoering van signalen die niet door het grote publiek kunnen worden ontvangen, geen mededeling aan het publiek per satelliet betreffen;
- *a contrario*, de uitzending van (niet-)gecodeerde signalen via satelliet die kunnen worden ontvangen met behulp van voor het grote publiek bestemde uitrustingen, voldoet aan het criterium van artikel 1.2.a Satcab dat de programmadragende signalen (niet de programma’s waarvan zij drager zijn) voor ontvangst door het publiek bestemd moeten zijn.

2.77. In tegenstelling tot de mededeling per satelliet, laat de tekst van Satcab uitschijnen dat doorgifte via kabel betrekking moet hebben op de doorgifte van een eerste uitzending van *programma’s* (niet: programmadragende signalen) die bestemd zijn voor ontvangst door het publiek. Artikel 3 Satcab verwijst naar “een eerste uitzending van programma’s die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn” en niet naar “een eerste uitzending van programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek”. Dit doet uitschijnen dat de aandacht bij kabeldoorgifte dus niet op het technische aspect van de signalen ligt die worden doorgegeven, maar eerder op het functionele element (eindproduct) van de programma’s.

Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de mededeling per satelliet een ander voorwerp heeft dan de doorgifte per kabel en dat het voor de doorgifte via kabel niet relevant is of de programmadragende signalen al dan niet door het publiek kunnen worden ontvangen.

2.78. Gelet op het voorgaande, is de rechtbank van koophandel ons inziens niet voldoende genuanceerd wanneer zij de regel uit het Lagardère arrest betreffende de mededeling van programmadragende signalen per satelliet zonder meer assimileert met de doorgifte van programma’s per kabel.

De rechtbank wijst zonder meer de redenering van de beheersvennootschappen af, volgens welke de aan de kabelmaatschappij doorgegeven programma’s uiteindelijk toch voor het publiek bestemd zijn, “waarbij het irrelevant is dat de aanvankelijk aan de kabelmaatschappij doorgegeven signalen niet door het publiek kunnen bekeken worden”. Waarom dit volgens de rechtbank zo is, verduidelijkt de rechtbank jammer genoeg niet. Het vonnis vertoont op dit vlak dan ook een belangrijke tekortkoming.

iii. De notie "(eerste) uitzending"

- 2.79. Na het onderzoek van artikel 51 e.v. AW, concentreert de rechtbank zich op artikel 11bis van de Berner Conventie als mogelijke grond voor een dubbele auteursrechtelijk relevante handeling.

Volgens de rechtbank van koophandel vereist de Berner Conventie een eerste publieke mededeling en gebeurt er op basis van de Berner Conventie geen tweede relevante auteursrechtelijke handeling in geval van directe injectie, zodat het publiek geen twee aparte mededelingen ontvangt.

- 2.80. Artikel 11bis, lid 1 van de Berner Conventie bepaalt dat auteurs van werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht genieten toestemming te verlenen tot:

1° de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel dienend tot het draadloos verspreiden van tekens, signalen, geluiden of beelden;

2° elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt.

Punt 2° verwijst, aldus de rechtbank van koophandel, naar een heruitzending door een andere organisatie dan dewelke de oorspronkelijke mededeling heeft verricht. Daarvoor is een eerste publieke mededeling vereist. Artikel 11bis is volgens de rechtbank dus niet van toepassing ingeval van directe injectie.

- 2.81. De beslissing van de rechtbank lijkt ons ook hier voorbij te gaan aan twee aspecten:

- Overeenkomstig artikel 2 van de wet van 25 maart 1999 betreffende de toepassing op de Belgen van zekere bepalingen van de Berner Conventie kunnen de Belgische auteurs tot eigen voordeel in België de toepassing eisen van de bepalingen van de Berner Conventie. De Berner Conventie kan enkel worden ingeroepen door Belgische auteurs en tot eigen voordeel van de auteurs, maar niet als een rechtsgrond om de rechten van de auteurs in te perken. De vraag stelt zich of de rechtbank van koophandel de Berner Conventie niet heeft aangewend om de rechten van de auteurs in te perken.

Op deze vraag kan waarschijnlijk ontkennend worden geantwoord. De rechtbank van koophandel heeft artikel 11bis van de Berner Conventie inhoudelijk getoetst aan de situatie van directe injectie, en is tot de conclusie gekomen dat dit artikel niet van toepassing is. De Berner Conventie wordt aldus niet ingeroepen om de rechten van de auteurs in te perken, zij wordt gewoon buiten toepassing verklaard.

- Wat de primaire handeling betreft, verwijst punt 2° niet naar de voorafgaande "publieke mededeling" van het werk, zoals de rechtbank stelt, maar naar de (voorafgaande) "uitzending" van het werk (het "uitgezonden" werk / "*the broadcast of the work*"). De vraag stelt zich wat onder uitzending moet worden begrepen en of een uitzending gelijk te stellen is aan een publieke mededeling.



- 2.82. De inhoud van de primaire “uitzending” blijft vragen opwerpen. Wat houdt een “door de radio uitgezonden werk” in? Moet dit een mededeling aan het publiek zijn of volstaat een private (punt-naar-punt) mededeling?

Het begrip “(eerste) uitzending” wordt niet als dusdanig gedefinieerd in de Berner Conventie noch door de Europese wetgever of de rechtspraak van het Hof van Justitie.

- 2.83. Paragraaf 2 van artikel 11bis Berner Conventie bepaalt dat het aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden is de voorwaarden vast te stellen tot uitoefening van de in het eerste lid bedoelde rechten.

Het Hof van Cassatie heeft in haar arrest van 25 juni 1982 artikel 11bis Berner Conventie als volgt toegepast: de auteur van een muzikaal of literair kunstwerk moet zijn toestemming geven tot de telegrafische openbare mededeling van het werk, wanneer die mededeling wordt gedaan door een ander dan het oorspronkelijk lichaam, zoals een maatschappij voor teledistributie. De openbare uitvoering of opvoering van een muzikaal of literair kunstwerk zonder toestemming van de auteur is verboden. Alleen de auteur heeft het recht om toestemming te geven tot, enerzijds, een radio-uitzending of openbare mededeling van zijn werk en, anderzijds, elke openbare mededeling, hetzij telegrafisch, hetzij draadloos gedaan door een ander dan het oorspronkelijk lichaam.<sup>66</sup>

Het arrest leert dat openbare mededelingen, ongeacht of deze primair dan wel secundair zijn (“enerzijds... en anderzijds”), onderworpen zijn aan de toestemming van de auteur. Over de inhoud van de term “(primaire) uitzending” brengt het Cassatie arrest echter geen duidelijkheid

Noch uit de Berner Conventie, noch uit de Cassatie rechtspraak kan worden afgeleid dat een secundaire openbare mededeling niet onderworpen is aan de goedkeuring van de auteur indien de primaire mededeling niet openbaar is.

- 2.84. Indirect kan uit artikel 11bis, lid 1, 1° van de Berner Conventie wel relevante informatie worden gehaald. Met betrekking tot de primaire handeling spreekt deze bepaling over de “radio-uitzending van werken of de openbare mededeling van deze werken door ieder ander middel dienend tot het draadloos verspreiden van tekens, geluiden of beelden”. Met deze toevoeging lijkt de wetgever de weg te hebben willen open houden voor andere technologieën (“ieder ander middel”) dan de radio-uitzending. De toevoeging toont echter ook aan dat (radio-)uitzendingen in wezen draadloos zijn en op zichzelf een openbare mededeling uitmaken. Dit wordt onderstreept door de vermelding onder artikel 11bis, lid 2 Berner Conventie dat de secundaire mededeling, in tegestelling tot de primaire mededeling, “met of zonder draad” kan plaatsvinden.

- 2.85. Deze argumentatie wordt ondersteund door de definitie van het begrip “uitzending” in twee andere verdragen:

- Artikel 3 van het Internationaal Verdrag van 26 oktober 1961 inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Conventie van Rome) definieert “uitzending” als volgt: “de

---

<sup>66</sup> Cass. 25 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1347; *Bull.* 1982, 1258; *Pas.* 1982, I, 1258 en *RW* 1982-83, 2702.

overdracht langs draadloze weg van klanken of van beelden en klanken voor ontvangst door het publiek” (*“la diffusion de sons ou d’images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public”*);

- F. Brison<sup>67</sup> verwijst naar een aantal rechtsauteurs die stellen dat satellietuitzendingen die niet onmiddellijk door het publiek kunnen worden ontvangen, maar de tussenkomst van een grondstation vereisten (de punt-tot-punt-satelliet) ook uitzendingen zijn in de zin van de Conventie van Rome<sup>68</sup>. Zij stelt dat het wenselijk is bij een gebeurlijke herziening van de Conventie van Rome te verduidelijken dat met ‘uitzending’ ook alle ‘satelliet-uitzendingen’ worden bedoeld. Over de kabeluitzending bestaat daarentegen geen discussie: zij wordt duidelijk niet geïmplied door artikel 3 van de Conventie van Rome. De auteur stelt dat de verdragsluitende Staten beter de definitie van ‘uitzending’ tot de kabeluitzending zouden verruimen.
- Artikel 2 van het WIPO Verdrag van 20 december 1996 inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT): “de transmissie langs draadloze weg van geluiden of van beelden en geluiden of van de weergaven daarvan voor ontvangst door het publiek; een dergelijke transmissie per satelliet wordt eveneens onder “uitzending” begrepen; de transmissie van gecodeerde signalen geldt als “uitzending” wanneer de middelen voor decodering aan het publiek worden geleverd door of met toestemming van de omroeporganisatie” (*“la transmission sans fil de sons ou d’images et de sons, ou des représentations de ceux-ci, aux fins de réception par le public; ce terme désigne aussi une transmission de cette nature effectuée par satellite; la transmission de signaux cryptés est assimilée à la “radiodiffusion” lorsque les moyens de décryptage sont fournis au public par l’organisme de radiodiffusion ou avec son consentement”*).
- F. Brison<sup>69</sup> preciseert dat de kabeluitzending niet onder het begrip uitzending, maar onder het begrip ‘mededeling aan het publiek’ valt en verwijst daarvoor naar de toelichting bij de WPPT.

2.86. Het updaten van de internationale bescherming van omroeporganisaties en meer bepaald het begrip “uitzending” is het voorwerp van discussies binnen het Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) van WIPO: “*Questions remain, however, whether that definition of broadcasting, which refers only to wireless transmission, remains sufficient in the light of the present technological realities, or whether certain forms of wire transmission should be included in the definition of broadcasting or be defined or described separately and assimilated to broadcasting.*”<sup>70</sup>

Voorlopig is echter nog geen consensus bereikt en het onderwerp blijft op het WIPO agenda staan.

---

<sup>67</sup> BRISON, F., *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Brussel, Larcier, 2001, 65.

<sup>68</sup> Onder meer NORDEMANN, W., VINCK, K., HERTIN, P. En MEYER, G., *International Copyright and Neighboring Rights Law*, Weinheim, VCH-Verlag, 1990, 369-370.

<sup>69</sup> BRISON, F., o.c., 177.

<sup>70</sup> WIPO, “Protection of broadcasting Organizations”, Technical background paper prepared by the Secretariat of WIPO, SCCR/7/8, [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_7/sccr\\_7\\_8.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_8.pdf), 16.

- 2.87. Het begrip “uitzending” komt in de Belgische auteurswet ook aan bod onder de afdelingen 5 (“gemeenschappelijke bepalingen betreffende de uitvoerende kunstenaars en de producten”) en 6 (“bepalingen betreffende omroeporganisaties”).

B. Michaux verdedigt dat de term “uitzending” in deze context als volgt moet uitgelegd worden<sup>71</sup>:

*“Tout d’abord, la notion belge de radiodiffusion est issue et doit être limitée à la définition qui en était donnée par les traités internationaux et les directives communautaires en vigueur au moment où la loi belge a été adoptée. Or, dans ces textes, la définition internationale et communautaire de la radiodiffusion vise uniquement de manière expresse la transmission par ondes hertziennes, c’est-à-dire une diffusion sans fil”.*

- 2.88. G. de Foestraets wijst ingeval van directie injectie de toepassing van artikel 11bis Berner Conventie af bij gebrek aan een primaire – draadloze – uitzending van het programma.

*« S’il n’y a pas communication publique d’une oeuvre radiodiffusée (c’est-à-dire sans fil), il ne saurait y avoir matière à appliquer l’article 11bis à défaut d’un élément essentiel de la définition. La communication publique effectuée dans ce cas de figure relève tout simplement de l’article 11 au titre d’une transmission publique par fil.”<sup>72</sup>*

De auteur verwijst hierbij naar de voorbereidende werken van de conferentie van Stockholm, waarbij men een overlapping tussen de artikelen 11 en 11bis Berner Conventie heeft willen vermijden. Artikel 11 betreft elke publieke uitvoering van werken en de publieke mededeling van zulke uitvoering, met uitsluiting van elke uitzending. Artikel 11bis betreft uitsluitend situaties die betrekking hebben op de uitzending van werken.

De term “uitzending” wordt volgens de auteur gedefinieerd conform het internationaal reglement van radiocommunicatie, in de zin van een “overbrenging bestemd voor het algemene publiek”. Dit is niet het geval voor de primaire handeling van de omroep bij directe injectie.

- 2.89. A. Berenboom wijst op het verschil tussen de begrippen “uitzending” (in de zin van artikel 41 AW, namelijk de wettelijke licentie ten aanzien van uitvoerende kunstenaars en producenten – zie hierover hoofdstuk 4) en “kabel distributie” (in de zin van artikel 51 AW) en benadrukt dat beide regimes elkaar uitsluiten. Conform artikel 11bis §1 Berner Conventie is het begrip “uitzending” “elke vorm van radio en televisie alsook de mededeling aan het publiek op enige andere wijze teneinde draadloos geluiden en beelden te verspreiden”, terwijl kabel distributie niet compatibel is met een draadloze verspreiding. De auteur verwijst hierbij naar het arrest van het Hof van Beroep van 25 juni 1998 (zie randnr. 2.16 e.v.).

---

<sup>71</sup> MICHAUX, B., “Webcasting ou diffusion musicale sur internet: licence obligatoire ou droit exclusif des titulaires de droits voisins?”, *A&M* 2002/6, 480.

<sup>72</sup> DE FOESTRAETS, G., *l.c.*, 419.

Volgens deze redenering zou directe injectie niet onder de voorwaarden van kabeldoorgifte vallen: in geval van directe injectie ontbreekt namelijk een (primaire) uitzending door de omroep die volgens A. Berenboom per definitie draadloos moet gebeuren.

- 2.90. Op basis van wat voorafgaat, kan worden geargumenteed dat voor de toepassing van artikel 11bis Berner Conventie een eerste draadloze verspreiding van het werk nodig is.

Dit is niet het geval bij directe injectie, waar de omroep het signaal niet draadloos verspreidt, maar via een kabelnetwerk bij de kabeldistributeur aanlevert of ter beschikking stelt. Directe injectie wordt aldus uitgesloten van de toepassing van artikel 11bis Berner Conventie.

Wat de versleutelde transmissie echter betreft, verloopt de communicatie tussen de omroep en het kabelkopstation via satelliet en dus draadloos. Versleutelde transmissie zou dus wel onder de toepassing van artikel 11bis Berner Conventie kunnen vallen.

Anders gezegd, op basis van de Berner Conventie (en de Conventie van Rome) kan niet worden uitgesloten dat de versleutelde transmissie tussen omroepen en kabelkopstations (via satelliet) een "uitzending" uitmaakt.

- 2.91. Op Europees niveau is het antwoord op de vraag of het begrip "uitzending" ook punt-naar-punt verspreiding inhoudt te vinden in de voorbereidende werken van Satcab, die in de volgende titel wordt besproken.

*iv. Voorbereidende werken van Satcab*

2.92. Tot nog toe hebben de basisteksten van de kabelregeling, met name Satcab en de Berner Conventie, vooral vragen opgeworpen. Wat nog niet aan bod is gekomen, zijn de fundamentele van de Satcab richtlijn, namelijk de voorbereidende werken van de Europese Commissie. In het voorstel van richtlijn van de Europese Commissie van 11 september 1991<sup>73</sup> zijn nochtans zeer relevante verduidelijkingen te vinden over de bedoelingen en de achtergrond van de kabelrechten.

2.93. In het voorstel voor een richtlijn wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de techniek die wordt gebruikt voor de transmissie van het programma dat wordt doorgegeven: "bijgevolg is de regeling die met betrekking tot de doorgifte via de kabel wordt voorgesteld, van toepassing op alle primaire uitzendingen die worden doorgegeven, ongeacht of de primaire uitzending per satelliet dan wel via de ether plaatsvindt. Er is evenwel geen sprake van een doorgifte via de kabel in de zin van dit voorstel van richtlijn, wanneer een programma uitsluitend door middel van een punt-naar-punt verbinding naar een verdeelstation van een kabelmaatschappij wordt gevoerd om vervolgens via het kabelnet te worden verspreid, zonder dat tegelijkertijd een primaire uitzending van dat programma plaatsvindt".

In het voorstel was het begrip "doorgifte per kabel" op dat moment als volgt gedefinieerd: "de simultane, ongewijzigde en integrale doorgifte door middel van een kabel- of microgolvensysteem van een omroepuitzending (= "primaire uitzending, draadloos of per draad, via de ether of per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn") uit een andere lidstaat aan het publiek". De essentiële onderdelen van het begrip "doorgifte per kabel" waren op dat moment dus reeds aanwezig in het voorstel (zie randnr. 2.59), zodat de voorbereidende teksten hun relevantie behouden voor de finale versie van Satcab.

2.94. Hiermee neemt de discussie over de primaire uitzending in het kader van de directe injectie naar onze mening een definitieve wending. De Europese Commissie, die aan de grondslag ligt van het concept kabeldoorgifte, beschouwt het vervoeren van een programma naar een verdeelstation van een kabelmaatschappij door middel van een punt-naar-punt verbinding, precies zoals gebeurt in het geval van directe injectie en versleutelde transmissie, niet als een primaire uitzending en verduidelijkt dat in dat geval geen sprake is van kabeldoorgifte.

2.95. De punt-naar-punt verbinding van een omroep naar een verdeelstation wordt dus niet als een "uitzending" gekwalificeerd.

---

<sup>73</sup> Voorstel voor een richtlijn van de Raad van 11 september 1991 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en verwante rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, COM(91) 276 def., 35 en 36.

v. *Het is niet duidelijk op welk moment de unieke openbare mededeling plaatsvindt*

- 2.96. De rechtbank van koophandel te Mechelen komt tot de conclusie dat er geen sprake is van een voorafgaandelijke primaire publieke uitzending en een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte, doch slechts van één enkele “doorgifte” die volgens de rechtbank gelijk te stellen is met een “primaire uitzending”.

Het gebruik van de termen “doorgifte” en “primaire uitzending” door de rechtbank is verwarrend, aangezien deze termen een specifieke betekenis hebben binnen het systeem van de kabeldoorgifte. Buiten de context van de kabeldoorgifte hebben de termen “doorgifte” en “primaire uitzending” geen juridische betekenis. Nu directe injectie naar het oordeel van de rechtbank niet onder het systeem van kabeldoorgifte valt, wordt het geheel van handelingen door de omroep en de kabeldistributeur beter gekwalificeerd als één enkele openbare mededeling.

- 2.97. Op welk moment of door welke handeling deze eenmalige openbare mededeling gebeurt, wordt echter niet verduidelijkt door de rechtbank.

Gebeurt de openbare mededeling op het moment dat de omroep de signalen naar de kabeldistributeur vervoert? Klaarblijkelijk niet. Wat betreft de communicatie tussen de omroep en de kabeldistributeur stelt de rechtbank dat “een louter transport van een programma geen openbaarmaking betreft”.

Ook de momenten waarop de kabeldistributeur de signalen van de omroep in ontvangst neemt, over haar netwerk transporteert en bij haar abonnees aflevert, vormen volgens de rechtbank geen openbare mededeling.

De rechtbank van koophandel stelt dat de kabelmaatschappij weliswaar een signaal rechtstreeks aan de kabelabonnees beschikbaar maakt, maar het betreft een louter transport van een programma en het louter ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken, zonder zelf een openbaarmaking te zijn.

- 2.98. Mogelijk meent de rechtbank van koophandel dat het moment van de injectie door de omroep in de ‘kabelketen’ de handeling is die gelijk staat met de unieke openbare mededeling in geval van directe injectie. De rechtbank spreekt namelijk enkel over “het louter transport van een programma” wanneer zij stelt dat de omroep geen openbare mededeling doet. Naar het juiste moment waarop de openbare mededeling tot stand komt, blijft het echter gissen.

- 2.99. Dit zorgt voor een ogenschijnlijke tegenspraak, minstens een onopgelost probleem. Enerzijds stelt de rechtbank van koophandel dat in geval van directe injectie noch het transport door de omroep naar de kabeloperator, noch het transport van de programma’s door de kabelmaatschappijen openbare mededelingen zijn, anderzijds stelt zij dat het geheel van handelingen door de omroep en de kabeldistributeurs samen één enkele primaire uitzending uitmaken.

vi. Toepassing van richtlijn 2001/29

- 2.100. Het is opvallend dat de rechtbank van koophandel de toepassing van de regeling betreffende kabeldoorgifte afwijst, maar geen enkele andere rechtsgrond onderzoekt die de basis kan vormen voor een relevante auteursrechtelijke handeling.

Zoals hiervoor besproken (zie randnr. 2.1), regelt Satcab een bijzonder aspect van de auteursrechten dat ten tijde van de uitvaardiging van de richtlijn prangend actueel was, maar tegenwoordig omstreden is en minstens een aantal fundamentele vragen opwerpt. De rechtbank van koophandel heeft de vragen over directe injectie enkel onderzocht binnen het Satcab kader.

- 2.101. In het arrest SGAE<sup>74</sup> heeft het HvJ opgemerkt dat terwijl Satcab slechts voorziet in een minimale harmonisatie van een aantal aspecten van de bescherming van auteursrechten en naburige rechten in geval van mededeling aan het publiek per satelliet of doorgifte via de kabel van uitzendingen die afkomstig zijn uit andere lidstaten, de richtlijn Informatiemaatschappij van toepassing is op alle mededelingen van beschermde werken aan het publiek.

Hugenholtz merkt op dat *“Somewhat surprisingly, the Directive (Satcab) does not actually provide for a harmonised right of cable retransmission. According to Art. 8(1), Member States are merely obliged to ensure that “the applicable copyright and related rights are observed”.*

De richtlijn stelt in overweging 27 dat “de doorgifte per kabel een handeling is die aan auteursrechten en, in voorkomend geval, aan naburige rechten onderworpen is”.

Hugenholtz: *“Indeed, cable retransmission is generally considered a restricted act under the law of copyright in all Member States. The right of cable retransmission was actually harmonized much later, as part of the general right of communication to the public, by the Information Society Directive. Cable retransmission now clearly falls within the ambit of the right of communication to the public prescribed by Art. 3(1) of that Directive, as clarified in Recital 23 of the Information Society Directive.”*<sup>75</sup>

- 2.102. Artikel 1 van de richtlijn Informatiemaatschappij stelt dat geen afbreuk wordt gedaan aan en op generlei wijze aan Satcab wordt geraakt. In de mate echter dat Satcab niet van toepassing is, is de richtlijn Informatiemaatschappij van toepassing.
- 2.103. Luidens considerans 23 van de richtlijn Informatiemaatschappij moet deze richtlijn “het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die iedere mededeling omvat die niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling”.

<sup>74</sup> H.v.J. 7 december 2006, SGAE t. Rafael Hoteles, nr. C-306/05, *Jurisprudentie* 2006, I-11519, r.o. 30.

<sup>75</sup> HUGENHOLTZ, P.B., “Convergence, copyrights and transfrontier television”, *IRIS Plus* 2009-8 [http://www.obs.coe.int/oea\\_publications/iris\\_plus/iplus8\\_2009.pdf](http://www.obs.coe.int/oea_publications/iris_plus/iplus8_2009.pdf).en, 16.

Gelet op het feit dat bij de primaire mededeling via directe injectie of in versleutelde vorm de kabeldistributeur niet aanwezig is op de plaats van de mededeling door de omroep (vb. De 'Media Gateway' in Nederland), komt deze mededeling in principe in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming op grond van de richtlijn Informatiemaatschappij.

Daarnaast is het opvallend dat in considerans 23 een onderscheid wordt gemaakt tussen "doorgifte" en "wederdoorgifte" aan het publiek, "met inbegrip van uitzending". De richtlijn informatiemaatschappij introduceert dus een nieuwe notie "wederdoorgifte" die niet voorkomt in Satcab.

"Wederdoorgifte" heeft schijnbaar betrekking op een secundaire doorgifte die volgt op een eerdere doorgifte. "Doorgifte" zou in dat geval kunnen slaan op een communicatie aan een partij die vervolgens een wederdoorgifte aan het publiek uitvoert.

Voorwaarde van zowel doorgifte als wederdoorgifte blijft dat deze aan het publiek moeten toekomen. De discussie over wat door het begrip "publiek" gedekt wordt, is hiermee dus niet van de baan.

- 2.104. Overweging 27 van de richtlijn Informatiemaatschappij stelt dat "de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten op zich geen mededeling is in de zin van deze richtlijn".

P.B. Hugenholtz<sup>76</sup> stelt hierover "*Obviously, these words are meant to apply primarily to Internet service providers (ISP's). But the Directive's language is not limited to ISP's, so the question arises: what about cable retransmission? Is that not a case of "the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication", especially in situations where the cable operator is subjected to a contractual or statutory must-carry obligation? Moreover, now that cable operators are morphing into broadband video providers, how to make a distinction? Most likely, we will be heading for another round of cable retransmission litigation in the near future*".

---

<sup>76</sup> HUGENHOLTZ, P.B., "Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive?", in *Die Zukunft der Fernsehrichtlinie/The Future of the 'Television without Frontiers' Directive*, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Band 29, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005 en <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/copyrightwithoutfrontiers.html>.



In navolging van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak *Airfield*<sup>77</sup> zou kunnen worden betoogd dat de interventie van de kabelmaatschappij een technische aanpassing vereist van de door de omroeporganisaties uitgestuurde signalen en dus tot een onderbreking van de mededelingenketen leidt. In de mate dat de kabelmaatschappij de aard van de door de omroeporganisaties uitgestuurde signalen wijzigt en haar eigen frequentie gebruikt om de programma's uit te zenden, kan worden geconcludeerd dat de kabelmaatschappij autonoom ten opzichte van de omroeporganisaties handelt. Deze verrichtingen gaan verder dan normale technische procedures, zodat er sprake is van een onderbreking van de oorspronkelijk door de omroeporganisaties aangevangen mededelingenketen en dat dan ook door Telenet een nieuwe keten wordt gecreëerd en gedefinieerd. Hierdoor kan de kabelmaatschappij de kabeldoorgifte van de betrokken programma's op een ander publiek richten dan het publiek van de omroeporganisatie, en zou er een tweede openbare mededeling tot stand kunnen komen.

- 2.105. Kan de 'gemeenschap van kabeloperatoren' worden gekwalificeerd als een "publiek"? In het *SGAE*<sup>78</sup> arrest heeft het HvJ gesteld dat er een "publiek" voorhanden is op grond van de loutere mogelijkheid van ontvangst van televisieprogramma's in de gemeenschappelijke ruimten van een hotel en het feit dat de hotelgasten continu wisselen, eerder dan op grond van de daadwerkelijke ontvangst hiervan.

Of hiermee de weg is geopend naar een kwalificatie van kabeloperatoren als een "publiek", zoals T. Wallentin en L. Reis aannemen (zie randnr. 2.42), is nog onzeker. Enkel het Hof van Justitie zal finaal duidelijkheid kunnen brengen.

vii. *Persoonlijk standpunt*

- 2.106. Ons persoonlijk standpunt is dat directe injectie niet voldoet aan de voorwaarden van kabeldoorgifte, met name omwille van het feit dat de communicatie die uitgaat van de omroep naar de kabeldistributeurs niet te kwalificeren is als een "uitzending". De voorbereidende werken van Satcab van de Europese Commissie laten hierover weinig twijfel bestaan. Ook de meest recente internationale rechtspraak en rechtsleer volgen deze opvatting. Samen met G. de Foestraets vinden wij dat een opdeling van directe injectie in een primaire uitzending aan het publiek en secundaire mededeling aan het publiek gekunsteld voorkomt.

Dit heeft onder meer tot gevolg dat het verplichte collectieve beheer niet meer van toepassing is op de rechthebbenden.

---

<sup>77</sup> Conclusie advocaat-generaal N. JÄÄSKINEN van 17 maart 2011, *Airfield en Canal Digitaal t. Sabam*, gevoegde zaken nr. C-431/09 en nr. C-432/09, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0431:NL:HTML>.

<sup>78</sup> H.v.J. 7 december 2006, *SGAE t. Rafael Hoteles*, nr. C-306/05, *Jurisprudentie* 2006, I-11519, r.o. 46.

### **3. WIE MOET BETALEN INGEVAL VAN DIRECTE INJECTIE EN VERSLEUTELDE TRANSMISSIE?**

- 3.1. De vraag die vervolgens aan bod komt, is te weten wie van de betrokken partijen aansprakelijk is voor de betaling van auteursrechten en naburige rechten in het kader van kabeluitzendingen via directe injectie of versleutelde transmissie.

D. Visser: “het onderscheiden van twee organismen kan alleen leiden tot ‘zwartepieten’ over de vraag wie van die twee organismen ‘de rechten’ voor die éne openbaarmaking moet regelen. Maar die vraag moet natuurlijk sowieso beantwoord worden: er is sprake van één openbaarmaking gebaseerd op een overeenkomst, waarin duidelijk moet zijn wie de rechten regelt”<sup>79</sup>.

- 3.2. De rechtbank van koophandel te Mechelen heeft in haar vonnis van 12 april 2011<sup>80</sup> op zeer beknopte wijze geantwoord op deze vraag: “de rechtbank is van oordeel dat de verantwoordelijkheid hiervoor bij de omroepen ligt, nu het louter ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten door de kabelmaatschappij om een mededeling mogelijk te maken op zich niet als een mededeling kan beschouwd worden”.

Het vonnis van de rechtbank komt er in feite op neer dat ingeval van directe injectie de omroep een openbare mededeling doet (een “primaire uitzending”) die tot stand komt door middel van de fysieke faciliteiten van de kabelmaatschappij.

- 3.3. De beslissing van de rechtbank is voor kritiek vatbaar: niet alleen houdt zij geen rekening met een aantal belangrijke factoren die in vroegere rechtspraak wel in rekening werd gebracht (titel 3.A), bovendien valt deze beslissing moeilijk te rijmen met de rest van het vonnis (titel 3.B). De beslissing heeft tot slot een aantal belangrijke gevolgen (titel 3.C). Wij bespreken tot slot ons persoonlijk standpunt (titel 3.D).

#### **A. De rechtbank heeft geen rekening gehouden met een aantal belangrijke factoren uit de vroegere rechtspraak en rechtsleer**

- 3.4. De beslissing van de rechtbank van koophandel houdt geen rekening met een aantal factoren die in vroegere rechtspraak wel aan bod zijn gekomen om te bepalen wie verantwoordelijk is voor de publieke mededeling en op grond waarvan tot een andere beslissing is gekomen<sup>81</sup>:

- De kabeldistributeur is eigenaar van het kabelnetwerk dat wordt gebruikt om de publieke mededeling te doen;

Dit element lijkt ons minder overtuigend. De eigendomsrechten van de kabeldistributeur staan er niet aan in de weg dat een omroep een beroep kan doen op de kabeldistributeur als aannemer of een gebruiksrecht kan bekomen van de

---

<sup>79</sup> VISSER, D., *l.c.*, 42.

<sup>80</sup> Rb. Mechelen 12 april 2011, AR 06/1419/A, onuitg.

<sup>81</sup> Argumenten die met name zijn opgeworpen door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel in het vonnis van 27 januari 2005, zie randnr. 2.20.

kabeldistributeur om via diens kabelnetwerk haar signalen naar het publiek uit te zenden.

- De omroep neemt niet werkelijk het initiatief van de publieke mededeling, maar biedt enkel de technische middelen aan de kabeldistributeur om de directe transmissie over de kabel toe te laten aan de kabeldistributeur: een aansluiting of een gecodeerde uitzending;

Wij gaan slechts gedeeltelijk akkoord met dit argument. Het oorspronkelijke initiatief voor de mededeling gaat uit van de omroepen en de omroep heeft een belang bij de publieke mededeling van haar programma's. Zonder de publieke mededeling van haar programma's kan zij geen reclame-inkomsten verwerven. De omroep biedt de kabeldistributeur niet enkel de mogelijkheid om haar programma's te verspreiden, zij is hiervoor vragende partij en heeft de kabeldistributeur nodig om haar *business plan* te kunnen verwezenlijken (zie ook hierna, randnr. 3.13).

De kabelmaatschappijen nemen volgens ons echter ook een initiatief. Zij sluiten namelijk contracten af met hun abonnees waarin zij zich verbinden om omroepkanalen te leveren. Ook de kabelmaatschappijen nemen dus, onafhankelijk van de omroepen, een initiatief ten aanzien van hun abonnees met betrekking tot de (publieke) mededeling van de werken.

G. de Foestraets verwerpt dit argument, stellende dat *“si apparemment c'est bien le télédistribeur qui effectue la communication des oeuvres au public dans le cas de l'injection directe, la qualité en vertu de laquelle il pose l'acte n'est pas indifférente. Alors que dans le cas de la “retransmission par câble”, c'est lui qui incontestablement prend l'initiative de cette communication (sans même aucune intervention du radiodiffuseur), en cas d'injection directe celle-ci émane au contraire du radiodiffuseur, dont le concours est au demeurant indispensable. Ce radiodiffuseur est donc parfaitement en mesure de négocier avec les auteurs la portée de ses droits de communication des oeuvres au public”*<sup>82</sup>.

- De kabeldistributeur haalt winsten uit de publieke mededeling door het abonnement dat door het publiek wordt betaald;

Het feit dat een kabelexploitant geld vraagt aan zijn abonnees is niet relevant voor de vraag of er al dan niet een publieke mededeling is. Dit gegeven lijkt ons echter wel relevant om, eens is vastgesteld is dat er effectief sprake is van een publieke mededeling, de verantwoordelijke partij hiervoor aan te duiden.

Wij menen dat dit het belangrijkste argument is om de verantwoordelijkheid van de publieke mededeling minstens gedeeltelijk bij de kabeldistributeur te leggen. Kabeldistributeurs stellen de inkomsten die zij uit abonnementen ontvangen dikwijls tegenover de zware investeringen die zij moeten doen in hun kabelnetwerk om hun abonnees te kunnen bedienen en om hun netwerk steeds performanter te maken.

De kabeldistributeurs zien daarbij echter over het hoofd dat hun abonnees zich maar aansluiten bij de kabelmaatschappij omdat zij hierdoor toegang krijgen tot

---

<sup>82</sup> DE FOESTRAETS, G., *l.c.*, 422.

omroepprogramma's. Indien de kabelmaatschappij geen programma's meer zou verspreiden over haar netwerk, zal zij geen abonnees meer hebben.

Hierbij kan overigens worden opgemerkt dat de kabeldistributeurs naast de kabelabonnementen dikwijls nog inkomsten halen uit internet abonnementen. Deze diensten bieden de kabeldistributeurs aan via hetzelfde kabelnetwerk. Voor deze activiteiten is de kwaliteit en performantie van het kabelnetwerk wel essentieel en voor dit aspect kan het argument van de kabelmaatschappijen wel gevolgd worden.

- Aan de kabeldistributeur wordt een vorm van exclusiviteit verleend op het programma dat hij uitzendt;

Dit argument lijkt ons niet relevant voor het bepalen van de verantwoordelijkheid voor het betalen van de auteursrechten. Omroepen zullen over het algemeen hun kanalen aan zoveel mogelijk distributeurs en via alle mogelijke technologieën willen verspreiden. Het lijkt ons daarom niet realistisch om over een exclusiviteit in het voordeel van de kabeldistributeur te spreken.

- 3.5. O. Regnier<sup>83</sup> stelt een gedeelde aansprakelijkheid voor van de omroepen en de kabeldistributeurs voor de unieke openbare mededeling (zie ook randnr. 2.30).

- 3.6. Dit is ook de oplossing die A. Berenboom naar voor schuift:

*“Hors de ces conditions [voor de toepassing van kabeldoorgifte], la retransmission par câble d’œuvres ou de prestations protégées n’est évidemment pas soustraite au régime de l’autorisation (p. ex. en cas de retransmission non simultanée ou non intégrale du programme d’origine), mais les limitations prévues par la loi au profit des câblodistributeurs ne s’appliquent pas: une autorisation individuelle des auteurs et des titulaires de droits voisins redevient nécessaire”<sup>84</sup>.*

- 3.7. D. Visser vindt dat het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 27 januari 2005 (zie randnr. 3.4) goede gronden bevat om aan te nemen dat de kabelexploitant ook primair aansprakelijk is voor de primaire openbaarmaking via de kabel. “Daaraan zou de conclusie verbonden kunnen worden dat het dus ook de kabelexploitant is die dan maar alle rechten moet regelen. Dat zou kunnen, maar het is de vraag of dat het meest praktisch en het meest wenselijk is”.

- 3.8. G. de Foestraets ziet geen grond voor een solidaire aansprakelijkheid van de omroep en de kabeldistributeur voor de betalingen van de auteursrechten in geval van directe injectie omdat er slechts één toestemming nodig is voor één publieke mededeling:

*“la rémunération n’est en effet que la contrepartie de l’autorisation et celle-ci est unique”; “l’autorisation peut parfaitement avoir été accordée directement au radiodiffuseur par les auteurs et, dans ce cas, la question nous paraît réglée, si le droit de “radiodiffusion par câble” légitimant l’injection directe a été accordé à l’origine. Nous n’apercevons à quel titre une seconde autorisation devrait encore être donnée pour un acte ainsi licite à l’origine par les auteurs eux-mêmes”<sup>85</sup>.*

---

<sup>83</sup> REGNIER, O., *I.c.*, 420.

<sup>84</sup> BERENBOOM, A. *o.c.*, 118.

<sup>85</sup> DE FOESTRAETS, G., *I.c.*, 422.

Het feit dat een andere organisatie dan de oorspronkelijke tussenkomt in het stadium van de mededeling aan het publiek heeft volgens G. de Foestraets geen invloed. Dit gegeven is maar relevant in het kader van artikel 11bis, 1, 2° Berner Conventie, maar directe injectie valt hier niet onder.

Finaal is de publieke mededeling die door de kabeldistributeur wordt gemaakt de uitoefening van een contractueel recht van “uitzending over zijn kabelnetwerk” dat de kabeldistributeur heeft verkregen van de omroep.

- 3.9. Volgens A. Maqua en O. Battard<sup>86</sup> valt moeilijk te betwisten dat de omroep als uitgever van diensten de initiatiefnemer is van de communicatie aan het publiek: *“Ainsi, le distributeur de services agirait au nom et pour compte de l’éditeur de services à l’égard des abonnés, son intervention consistant en un acte de transport et de distribution sans aucune relation avec le droit d’auteur. Notons d’ailleurs qu’il est des distributeurs de services qui facturent à certains éditeurs de services leurs coûts de transport et de distribution.”*

Wij gaan niet akkoord met deze stelling. Kabeldistributeuren bieden hun diensten, die bestaan uit een pakket van kanalen van verschillende omroepen, niet aan in naam en voor rekening van elk van de omroepen afzonderlijk (als een tussenpersoon voor deze omroepen). Zij distribueren de kanalen in eigen naam en voor eigen rekening aan hun eigen abonnees.

Het feit dat sommige omroepen betalen voor de doorgifte, kan niet teruggevoerd worden op een juridische achtergrond, maar heeft alles te maken met een economische realiteit op de markt, waarbij omroepen vragende partij zijn om via de kabel verdeeld te worden.

- 3.10. De Europese wetgever heeft een regeling voorzien voor de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden in het kader van richtlijn 2000/31 van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Richtlijn inzake elektronische handel).

Deze regeling heeft betrekking op “diensten van de informatiemaatschappij”, die conform artikel 1 van richtlijn 98/48 beperkt zijn tot diensten die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt. De regeling is dus enkel van toepassing op tussenpersonen die punt-tot-punt communicatie helpen tot stand brengen (met name Internet Service Providers) en niet punt-multipunt communicatie. Dit neemt niet weg dat de betroffen communicatie ook auteursrechtelijk beschermde werken bevat en dat in deze richtlijn een oplossing is gezocht voor de auteursrechtelijke aansprakelijkheid die hiermee verbonden is.

Uit dit aansprakelijkheidssysteem kunnen dus de parameters worden gehaald die de Europese wetgever van belang acht voor de aansprakelijkheid van dienstverleners-tussenpersonen in geval van publieke mededelingen waaraan zij deelnemen.

---

<sup>86</sup> MAQUA, A. en BATTARD, O., “l’injection directe: monstre du Loch Ness ou évidence?”, *Point(s) de vue*, juni 2011, 24.

Met name artikel 12 van de Richtlijn inzake elektronische handel is relevant<sup>87</sup>. Dit artikel stelt dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk ("*mere conduit*" (doorgeefluik)), de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de doorgegeven informatie, op voorwaarde dat:

- (a) Het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt;
- (b) De ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd; en
- (c) De doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

Toegepast op het geval van directe injectie:

- (a) Zie hiervoor randnr. 3.4.;
- (b) De kabelmaatschappij bepaalt wie haar abonnees zijn en dus wie het publiek is van de mededeling;
- (c) De doorgegeven programma's worden door de kabeldistributeur geselecteerd doordat zij kiest met welke omroepen zij contracten afsluit. De distributeur wijzigt de programma's evenwel niet.

Hieruit volgt dat de kabelmaatschappijen duidelijk een actievere rol spelen dan het louter mogelijk maken van de communicatie tussen twee IP adressen die zelf het initiatief nemen om informatie uit te wisselen.

Indien de parameters die gebruikt worden voor de aansprakelijkheid in het kader van "*mere conduit*" door dienstverleners van de informatiemaatschappij toegepast zouden worden op de kabeldistributeurs, zouden deze laatsten mee aansprakelijk worden gesteld.

- 3.11. In de discussie over wie de verantwoordelijkheid draagt voor de mededeling aan het publiek, kan ook inspiratie worden gevonden in de hiervoor reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Jääskinen van 17 maart 2011 in de zaak *Airfield NV, Canal Digitaal BV tegen Sabam*<sup>88</sup>.

De vraag die hierin wordt behandeld, is of de activiteiten van Airfield een mededeling aan het publiek per satelliet uitmaken. De feiten in deze zaak zijn als volgt:

---

<sup>87</sup> De andere aansprakelijkheidsregimes betreffen "caching" (wijze van opslag) en "hosting" ("host"-diensten). Deze veronderstellen een wijze van opslag van de doorgegeven informatie, hetgeen niet het geval is voor de kabelmededeling.

<sup>88</sup> Conclusie advocaat-generaal N. JÄÄSKINEN van 17 maart 2011, *Airfield en Canal Digitaal t. Sabam*, gevoegde zaken nr. C-431/09 en nr. C-432/09, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0431:NL:HTML>.

Belgische omroeporganisaties zenden niet-gecodeerde programmadragende signalen via een vaste verbinding uit naar apparatuur die Canal Digitaal in België heeft opgesteld. De signalen worden door Canal Digitaal gecomprimeerd en versleuteld om vervolgens via breedband naar het station van Canal Digitaal in Nederland te worden gestuurd. Van hieruit worden die signalen opgestraald naar de Astrasatelliet, na eerst te zijn gecodeerd. De sleutel die het publiek nodig heeft om de programma's te bekijken, bevindt zich op een decodeerkaart die door Canal Digitaal aan Airfield ter beschikking wordt gesteld en die iedere klant die zich bij Airfield abonneert, daarna verkrijgt.

Als tegenprestatie voor de rechten die door de omroeporganisaties aan Airfield worden verleend en de discretionaire bevoegdheid van Airfield om de televisieprogramma's in de door haar aangeboden pakketten op te nemen, moet Airfield een vergoeding betalen aan de omroeporganisaties voor de door haar abonnees in het betrokken gebied ontvangen televisieprogramma's.

De vraag die aan het Hof van Justitie wordt gesteld, is of er sprake is:

- van één enkele mededeling aan het publiek per satelliet die alleen kan worden toegerekend aan de omroeporganisatie, die dus de enige zou zijn die de auteursrechten voor de aldus uitgezonden programma's moet verkrijgen; of
- van twee aparte mededelingen aan het publiek per satelliet, een primaire mededeling die gaat van de omroeporganisatie naar het publiek van de eerste uitzending, en een tweede die gaat van de aanbieder van satellietpakketten naar het publiek dat bestaat uit zijn abonnees, hetgeen zou betekenen dat de auteursrechten voor beide handelingen in acht moeten worden genomen.

"In dit geval is er sprake van een handeling die bij de aanlevering van programmadragende signalen door een omroeporganisatie begint en erin uitmondt dat de abonnees van de aanbieder van satelliettelevisie uiteindelijk de betrokken programma's geheel, direct en ongewijzigd kunnen bekijken.

Het publiek dat door de activiteiten van Airfield wordt geraakt, bestaat uit de personen die een abonnement bij deze onderneming hebben afgesloten. De omroeporganisatie kan heel goed een ander publiek tot doelgroep hebben gekozen, aangezien geen van de organisaties waarvan de programma's in de pakketten van Airfield zijn opgenomen, deze als uitsluitende distributeur van haar signalen heeft aangewezen. Airfield bepaalt haar eigen publiek door de pakketten van televisiezenders samen te stellen die per definitie een ander audiovisueel product zijn dan de individuele zenders die tot het pakket behoren."<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Conclusie advocaat-generaal N. JÄÄSKINEN van 17 maart 2011, *Airfield en Canal Digitaal t. Sabam*, gevoegde zaken nr. C-431/09 en nr. C-432/09, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CC0431:NL:HTML>, r.o. 63.

Hoewel de zaak Airfield betrekking heeft op een situatie die onder de afwijkende regeling voor mededeling aan het publiek per satelliet valt, is de redenering van advocaat-generaal Jääskinen in die zin relevant dat de omroeporganisaties die hun programma's ter beschikking stellen aan Telenet een ander publiek tot doelgroep hebben gekozen, gelet op het feit dat Telenet niet de uitsluitende distributeur is van de programma's. Net als Airfield, bepaalt Telenet haar eigen publiek door de pakketten van televisiezenders samen te stellen die per definitie een ander audiovisueel product zijn dan de individuele zenders die tot dat pakket behoren.

Dit lijkt ons een ander valabel argument om te besluiten tot medeverantwoordelijkheid van Telenet bij het verspreiden van de publieke mededeling.

Dit punt werd nochtans niet aanvaard door het Hof van Beroep te Brussel in het Coditel arrest van 30 maart 1979 in het kader van de vraag of er sprake is van een tweede openbare mededeling bij kabeldoorgifte<sup>90</sup>. Het Hof van Beroep heeft daarbij gesteld dat het niet relevant is of de heruitzending door de kabelmaatschappij zich al dan niet richt tot een nieuw publiek. Opdat er van een nieuwe openbare mededeling sprake zou zijn, is niet vereist dat er met de kabeldistributie een "nieuw publiek" wordt aangesproken. De auteursrechtelijke toestemming is dus vereist, ongeacht de herkomst van de programma's (...).

- 3.12. Ook in de Nederlandse rechtspraak kunnen parameters worden gevonden om te bepalen welke partij verantwoordelijk is voor de openbare mededeling.

In een kort geding vonnis van de rechtbank van 's Gravenhage van 31 mei 2010<sup>91</sup> is de vraag geanalyseerd of de kabeldistributeur (*in casu* UPC en Ziggo) dan wel de alternatieve aanbieder van televisiediensten die gebruik maakt van het kabelnetwerk van de kabeldistributeur (*in casu* Tele2 en Online) bij zogenaamde "*wholesale line rental – cable met third party billing (WLR-C met TPB)*" diensten de partij is die openbaar maakt en dus de licenties moet regelen.

WLR-C met TPB houdt in dat de kabeldistributeur op vraag van de alternatieve aanbieder van televisiediensten omroepinhoud levert. In tegenstelling tot diensten van aansluiting en doorgifte van radio- en televisiesignalen die kabeldistributeurs verrichten voor alternatieve aanbieders, moet deze *content*-dienst rechtstreeks aan de klant van de alternatieve aanbieder worden geleverd door de kabeldistributeur. De vergoeding voor de *content*-dienst wordt gefactureerd door de aanbieder van de televisiedienst ten behoeve van de kabeldistributeur, zodat de aanbieder van de televisiedienst de volledige relatie met de klant blijft beheren. Door dit systeem zouden de alternatieve aanbieders van televisiediensten geen afzonderlijke toestemming moeten bekomen voor de programma's die worden aangeboden, maar kunnen zij terugvallen op de toestemming die de kabeldistributeurs hebben ontvangen van de rechthebbenden voor de levering. Dit laatste punt stond centraal in de discussie:

---

<sup>90</sup> Brussel 30 maart 1979, *J.T.* 1979, 502.

<sup>91</sup> Rb. Den Haag 31 mei 2010, *Mediaforum* 2010, nr. 17, p. 211.



“Vast staat dat Tele2 en Online ook betrokken zijn bij de levering van de omroepinhoud. Die betrokkenheid gaat, anders dan Tele2 en Online suggereren, verder dan louter het bemiddelen bij de totstandkoming van een overeenkomst met de eindgebruiker en het factureren van een vergoeding. Feitelijk zijn het Tele2 en Online die bepalen of er omroepinhoud wordt geleverd. UPC en Ziggo hebben namelijk onweersproken aangevoerd dat de aan- en afmelding van klanten door Tele2 en Online bij UPC en Ziggo feitelijk tot gevolg heeft dat het signaal waarmee de omroepinhoud wordt geleverd, wordt geactiveerd respectievelijk gedeactiveerd.

Evenmin is weersproken dat (...) UPC en Ziggo verplicht zijn om op dit punt de instructies van Tele2 en Online op te volgen en dat er, ondanks de rechtstreekse band tussen UPC en Ziggo en de eindgebruikers, geen ruimte is voor een eigen belangenafweging door UPC en Ziggo. Tele2 en Online hebben in het kader van WLR-C met TPB dus volledig in handen of er al dan niet omroepinhoud wordt geleverd aan de afnemers van hun aansluiting en doorgiftdiensten.

Gelet op het voorgaande, kan het betoog van Tele2 en Online dat zij niet openbaar maken omdat zij niet feitelijk betrokken zijn bij de levering van de omroepinhoud, niet slagen. Zij hebben feitelijk immers juist een bepalende rol bij de levering. Voor zover Tele2 en Online hebben bedoeld te betogen dat een partij die de openbaarmaking feitelijk beheerst, maar de technische uitvoering van de openbaarmaking overlaat aan een derde, niet openbaar maakt, treft het evenmin doel. Die opvatting vindt naar voorlopig oordeel geen steun in het recht. Voorshands moet worden aangenomen dat de partij die een openbaarmaking feitelijk beheerst, bij uitstek de partij is die in auteursrechtelijke zin verantwoordelijk kan worden gehouden voor de openbaarmaking.”<sup>92</sup>

“Daarbij komt nog dat het Hof van Justitie in het Hoteles-arrest<sup>93</sup> net geen beslissende betekenis heeft toegekend aan het technisch aspect van de openbaarmaking. UPC en Ziggo hebben er terecht op gewezen dat Tele2 en Online in het kader van WLR-C met TPB het orgaan zijn dat, met volledige kennis van de gevolgen van hun gedrag, tussenkomt om aan hun klanten toegang tot beschermde werken te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de klanten niet van de uitgezonden werken kunnen genieten.

Daarnaast blijkt uit rechtsoverweging 44 van het Hoteles-arrest dat het Hof zijn oordeel dat de hotelketen openbaar maakt mede baseert op het feit dat de keten commercieel profijt trekt uit de openbaarmaking, in die zin dat de keten een hogere prijs kan vragen voor een hotelkamer.”<sup>94</sup>

Toegepast op de verhouding tussen Telenet en de omroepen:

- De rol van Telenet gaat verder dan het louter bemiddelen bij de totstandkoming van een overeenkomst met de eindgebruiker en het factureren van een vergoeding. Telenet bepaalt feitelijk of er omroepinhoud wordt geleverd. De aan- en afmelding van klanten bij Telenet heeft feitelijk tot gevolg dat het signaal

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, m. 4.4 - 4.5.

<sup>93</sup> H.v.J. 7 december 2006, *SGAE t. Rafael Hoteles*, nr. C-306/05, *Jurisprudentie* 2006, I-11519.

<sup>94</sup> Rb. Den Haag 31 mei 2010, *Mediaforum* 2010, nr. 17, p. 211, m. 4.9.

waarmee de omroepinhoud wordt geleverd, wordt geactiveerd respectievelijk gedeactiveerd;

- Telenet is niet verplicht om instructies van de omroepen op te volgen. Telenet heeft ruimte voor een eigen belangenafweging en heeft dus volledig in handen of er al dan niet omroepinhoud wordt geleverd aan de afnemers van hun aansluiting en doorgiftdiensten;
- Telenet komt, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelingen, tussen om aan zijn klanten toegang tot beschermde werken te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de klanten van Telenet niet van de uitgezonden werken kunnen genieten;
- Telenet trekt commercieel profijt uit de openbaarmaking, in die zin dat de openbaarmaking het essentiële voorwerp uitmaakt van de dienstverlening aan zijn klanten.

Hieruit volgt dat Telenet de openbaarmaking feitelijk in belangrijke mate beheerst en in de redenering van de Nederlandse rechtspraak auteursrechtelijk verantwoordelijk zou kunnen worden gehouden voor de openbaarmaking.

- 3.13. Het oude model dat de grondslag vormde voor Satcab is vandaag grondig gewijzigd. Vroeger hadden omroepen met uitzendparken de infrastructuur om hun programma's zelf publiek mee te delen en direct in contact te treden met het grote publiek. De omroepen hadden strikt genomen geen kabeldistributeurs nodig om hun programma's uit te zenden. Zowel de omroepen als de kabeldistributeurs konden onafhankelijk van elkaar programma's openbaar medelen en dienden hiervoor in de Satcab logica elk afzonderlijk de toestemming te bekomen van de rechthebbenden.

Vandaag is de situatie voor de omroepen veranderd. Dit is met name het geval voor commerciële omroepen, die een groot publiek nodig hebben om hun kanalen via adverteerders te kunnen financieren. Om dit doel te bereiken, moeten omroepen hun kanalen op alle mogelijke elektronische en andere netwerken proberen te verdelen.

In tegenstelling tot vroeger zijn de omroepen afhankelijk geworden van de infrastructuur van de kabeldistributeurs om hun programma's openbaar te kunnen medelen en moeten omroepen contracten aangaan met de kabeldistributeurs. Deze realiteit schemert door in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen. De omroepen hebben de fysieke verspreiding van hun uitzendingen als het ware ge-*"outsourced"* naar de kabeldistributeurs en blijven daarom zelf verantwoordelijk voor de openbare mededeling die hierdoor tot stand gebracht wordt.

Deze redenering kan gevolgd worden. Wij gaan echter niet akkoord met de gevolgtrekking dat de kabeldistributeurs daarmee gereduceerd worden tot een aannemer van de omroepmaatschappij die louter in opdracht van de omroepen zijn technische kennis en infrastructuur ter beschikking stelt om de programmasignalen naar het grote publiek te transporteren. Aan de kant van de kabeldistributeurs is de activiteit sinds Satcab grotendeels onveranderd gebleven. Kabeldistributeurs ontvangen nog steeds een signaal van een omroep en verspreiden dit via hun netwerk naar hun eigen abonnees. Zij beslissen zelf of zij dit signaal willen ontvangen en doorgeven of niet. Het enige verschil zit hierin dat kabeldistributeurs vroeger het initiatief namen om signalen te capteren, terwijl omroepen vandaag bij de kabeldistributeurs aan de deur kloppen om in de pakketten van de kabeldistributeurs te worden opgenomen.

- 3.14. C. Caron stelt in hetzelfde verband: *“C’est pourquoi il peut paraître quelque peu paradoxal, comme le décide pourtant l’arrêt Chellomédia, de soustraire cet opérateur entièrement aux contraintes du droit d’auteur, alors même qu’il gagne sa vie en utilisant l’oeuvre d’autrui en permettant sa communication ultérieure au public (...). On en arrive alors à la situation pour le moins paradoxale selon laquelle un câblodistributeur, qui vit pourtant grâce à la diffusion des oeuvres et interprétations par câble, est exonéré du respect du seul droit spécifique au câble consacré par la propriété intellectuelle qu’est le droit de retransmission par câble.”*<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> CARON, C., *l.c.*, 12.

## **B. Interne tegenstrijdigheid van het vonnis**

- 3.15. Wij hebben hiervoor gezien dat de rechtbank de verantwoordelijkheid voor de directe injectie bij de omroep legt omdat de kabeldistributeur louter zijn netwerk ter beschikking stelt aan de omroepen.

De redenering van de rechtbank van koophandel te Mechelen komt hierop neer dat ingeval van directe injectie de omroep een openbare mededeling doet die tot stand komt door middel van de fysieke faciliteiten van de kabelmaatschappij.

Elders in het vonnis stelt de rechtbank echter dat een louter transport van een programma van de omroep naar de kabeldistributeur geen openbaarmaking betreft en dat de aanvoering van programmadragerende signalen die niet door het grote publiek kunnen worden ontvangen, geen mededeling aan het publiek betreft.

Dit betekent dat ook de omroep geen openbare mededeling doet en dat er dus geen rechtsgrond zou zijn waarop de verantwoordelijkheid van de omroep gesteund is. Deze (schijnbare) tegenstrijdigheid wordt niet verduidelijkt in het vonnis.

## **C. Gevolgen van de beslissing**

- 3.16. Vooreerst moet worden opgemerkt dat de beheersvennootschappen hoogstwaarschijnlijk in beroep zullen gaan tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen. De kans is zelfs groot dat deze zaak finaal beslecht zal moeten worden voor het Hof van Justitie.

Dit is bevestigd door Agicoa, die in een persbericht haar kritiek op het vonnis niet onder stoelen of banken steekt:

“Deze beslissing is bijzonder gebrekkig, rekening houdend met name met het technische karakter van de operatie die onderworpen is aan de expertise van de rechtbank en derhalve met de juridische kwesties die er betrekking op hebben.

Het dient immers opgemerkt te worden dat daar waar de partijen in geding uiteenzettingen van tientallen pagina's gewijd hebben aan de kwestie van de rechtstreekse injectie en van de overeenkomsten waarbij alle rechten inbegrepen zijn, de eerste rechter deze kwesties behandelt op slechts 6 pagina's, met alleen maar bevestigingen, zonder rekening te houden met de toegelichte gerechtelijke beslissingen zowel op Belgisch als op Europees vlak, noch met de adviezen van experts en de voorgelegde rapporten van de Europese Commissie... en vooral, met omzeiling van een groot deel van de argumentering die de partijen in hun teksten hadden aangevoerd.

Wat de rechtstreekse injectie betreft, bijvoorbeeld, beperkt de eerste rechter zich ertoe aan te geven dat de artikels 52 AW en 11 bis Berner Conventie niet van toepassing zijn, maar hij maakt echter niet de minste analyse van de bijzondere voorwaarden opgelegd door artikel 11 bis (...)

In deze omstandigheden moet het vonnis van 12 april 2011 beschouwd worden als nietig bij gebrek aan motivering. Een omstandigere juridische analyse zal worden opgesteld ter gelegenheid van het neerleggen van het verzoekschrift van hoger beroep.”<sup>96</sup>

- 3.17. In geval van directe injectie zijn de kabeldistributeurs geen kabelrechten in de zin van artikel 51 e.v. AW verschuldigd. Enkel de omroepen zijn auteursrechten verschuldigd voor de openbare mededeling (door de rechtbank “primaire uitzending” genoemd).
- 3.18. Betekent deze beslissing dat de rechthebbenden inkomsten zullen verliezen in geval omroepen hun programma’s via directe injectie uitzenden in plaats van via de ether of satelliet?

Volgens de rechtbank van koophandel zijn er in geval van directe injectie geen kabelrechten meer voorhanden. Deze rechten moeten dus niet meer *gecleared* worden, noch door de omroepen, noch door de kabeldistributeurs. Opdat programma’s kunnen worden uitgezonden via de kabel moeten de omroepen één toestemming van de rechthebbenden krijgen om de werken openbaar mee te delen. Dit was vroeger ook al het geval.

Het ziet er dus naar uit dat de kabelinkomsten verloren gaan voor de rechthebbenden.

- 3.19. De toestemming van rechthebbenden aan een omroeporganisatie voor het uitzenden van de programma’s wordt in geval van directe injectie dus verondersteld de transmissie van deze signalen aan de kabelexploitant te omvatten alsook de mededeling van een onbepaald aantal derde kabelexploitanten aan hun respectieve klanten. De klanten van de kabelmaatschappijen worden met andere woorden beschouwd als hetzelfde publiek dat de omroep bereikt.

Deze redenering wordt tegengesproken door advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Airfield (zie randnr. 3.11), die meent dat het publiek dat direct de programma’s ontvangt van de omroep anders is dan het publiek dat de programma’s via de distributeur van de omroep ontvangt.

- 3.20. Het lijkt ons moeilijk voor de rechthebbenden om het verlies van de kabelrechten proberen te compenseren door hogere vergoedingen te eisen voor de (eenmalige) openbare mededeling door de omroep via het kabelnetwerk van de kabelmaatschappijen, aangezien zij hiervoor geen enkele (rechts)grond kunnen inroepen.

---

<sup>96</sup> Persbericht “modus operandi, zaak Telenet nv/Belgische collectieve beheersvennootschappen Auteursrecht & Naburige rechten, te raadplegen op <http://www.bavp.be/NL/Persbericht%20AGICOA%20Belgium%2026%2004%202011%20NL.pdf>.

Vóór het vonnis van de rechtbank te Mechelen dienden zowel de omroepen als de kabeldistributeurs in geval van directe injectie de toestemming van de rechthebbenden te bekomen om de programma's publiek te kunnen meedelen. In dat geval was het voor de rechthebbenden nog mogelijk om de verdwenen kabelrechten te recupereren door de 'volle pot' aan te rekenen aan zowel de omroepen als aan de kabeldistributeurs. Er is namelijk geen transparantie bij het bepalen van deze vergoedingen<sup>97</sup>.

Na het vonnis verdwijnen de kabelmaatschappijen volledig van het toneel, en blijven tegenover de rechthebbenden enkel de omroepen aan de tafel zitten om te onderhandelen over de vergoedingen. Het is duidelijk dat de omroepen niet de prijs zullen willen betalen voor het verdwijnen van de kabelrechten en dus geen substantiële verhoging van de vergoedingen zullen aanvaarden.

Anderzijds is er een praktijk tot stand gekomen waarbij de omroepen alle auteursrechten en naburige rechten die gepaard gaan met de uitzending van de programma's regelen met de rechthebbenden, inclusief de tussenkomst (mededeling/vervoer) van de programma's door de kabeldistributeurs. Het is mogelijk dat bepaalde overeenkomsten tussen omroepen en rechthebbenden zo zijn opgesteld dat zij een vergoeding regelen voor de openbare mededeling in haar geheel, zonder de opsplitsing te maken tussen het aandeel van de omroepen en het aandeel van de kabeldistributeurs, maar rekening houdend met het publiek dat finaal wordt bereikt aan het einde van de directe injectie keten. In dat geval kunnen de rechthebbenden argumenteren dat de contractuele praktijk al afgestemd is op de uitspraak van de rechtbank van koophandel. De omroepen van hun kant zullen het vonnis waarschijnlijk aangrijpen om een fikse vermindering te bedingen van de vergoeding die zij voordien betaalden.

- 3.21. Een mogelijk nadeel dat zich zou stellen voor de kabelmaatschappijen indien zij toch (mede)-aansprakelijk zouden blijven voor de betaling van de auteursrechten voor de unieke openbare mededeling, is het wegvallen van het systeem van verplicht collectief beheer.

Eerder in deze studie hebben wij gesuggereerd dat het kabelregime in de eerste plaats gericht is op een rechtsbescherming van de kabelmaatschappijen en de verplichte collectieve belangenbehartiging een beperking inhoudt op de uitoefening van het mededelingsrecht van de auteur tegenover de kabelmaatschappijen (zie randnr. 2.60). In geval het kabelregime niet meer van toepassing is, verliest de kabelmaatschappij het voordeel van dit regime, en valt men terug op het algemene regime waarbij de kabelmaatschappijen van de individuele auteurs voor de openbare mededeling. Voor de houders van naburige rechten geldt in dat geval mogelijk het regime van de wettelijke licentie onder artikel 41 e.v. AW (zie hierna hoofdstuk 4).

- 3.22. De kabeldistributeurs worden dus volledig vrijgesteld van auteursrechten voor hun activiteiten ingeval van directe injectie en versleutelde transmissie. De omroepen blijven het enige aanspreekpunt van de rechthebbenden en kunnen zich verwachten aan moeilijke onderhandelingen over de vergoedingen nu de rechthebbenden hun kabelinkomsten zien verdwijnen. De rechthebbenden trekken in deze saga aan het kortste eind.

---

<sup>97</sup> Zie hierover VALCKE, P., *l.c.*, 289.

## D. Persoonlijk standpunt

- 3.23. Wij menen samen met O. Régnier en de rechtbank van eerste aanleg te Brussel<sup>98</sup> dat omroepen en kabeldistributeurs beide – solidair – verantwoordelijk zijn voor de kabeluitzending, gelet op hun afhankelijkheid van de programma's (*content*) voor hun economisch model en de constitutieve technische rol die beiden vervullen bij het tot stand komen van de publieke mededeling.

Beide actoren dienen bijgevolg ook toestemming te bekomen van de rechthebbenden om tot deze openbare mededeling te kunnen overgaan. Men zou kunnen spreken over een “gemeenschappelijke” of “solidaire” openbare mededeling om het specifieke karakter van deze oplossing in de verf te zetten.

Deze oplossing lijkt ons alleszins het meest natuurlijke antwoord dat het dichtst bij de economische achtergrond van het probleem van de directe injectie en versleutelde transmissie staat. Bovendien biedt deze oplossing een hoge bescherming aan de rechthebbenden, toch één van de ankerpunten van de richtlijn Informatiemaatschappij.

---

<sup>98</sup> In het vonnis van 27 januari 2005.

#### 4. TOEPASSING VAN ARTIKEL 41 AW OP DIRECTE INJECTIE?

- 4.1. Indien directe injectie als één enkele openbare mededeling moet worden beschouwd, kan de vraag worden gesteld of artikel 41 e.v. AW hierop van toepassing is.

Artikel 41 AW bepaalt dat wanneer de prestatie van een uitvoerende kunstenaar op geoorloofde wijze wordt gereproduceerd of door de radio uitgezonden, de uitvoerende kunstenaar en de producent zich onverminderd het recht van de auteur niet mogen verzetten tegen de radio-uitzending ervan.

Artikel 42 AW bepaalt dat het gebruik van prestaties overeenkomstig artikel 41 AW de uitvoerende kunstenaars en de producenten recht geeft op een billijke vergoeding, ongeacht de plaats waar die fonogrammen zijn vastgelegd.

Deze bepalingen roepen aldus een wettelijke licentie (of een “dwanglicentie”) in het leven ten aanzien van uitvoerende kunstenaars en producenten, met uitsluiting van auteurs. De kunstenaars en producenten kunnen in dat geval het gebruik van hun prestatie niet verbieden, maar het gebruik geeft wel aanleiding tot betaling van een vergoeding. Deze dwanglicentie holt het exclusief recht op mededeling aan het publiek ernstig uit<sup>99</sup>.

- 4.2. Dit principe vloeit voort uit artikel 12 van de Conventie van Rome<sup>100</sup>, dat bepaalt: “Indien een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram of een reproductie van zulk een geluidsdrager rechtstreeks wordt gebruikt voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek, dient door de gebruiker één enkele redelijke vergoeding te worden betaald aan de uitvoerende kunstenaars of aan de producenten van de fonogrammen of aan beiden. De nationale wetgeving kan bij het ontbreken van overeenstemming tussen deze partijen de voorwaarden inzake de verdeling van deze vergoeding bepalen.”
- 4.3. Het belang van de toepassing van artikel 41 AW is niet te onderschatten. Indien dit artikel van toepassing is op directe injectie, betekent dit dat de uitvoerende kunstenaars en producenten geen exclusief recht van mededeling kunnen laten gelden ten aanzien van de omroepen (en/of de kabeldistributeurs, afhankelijk van wie beschouwd wordt als zijnde (mede-)verantwoordelijk voor de uitzending), en dat deze laatste(n) dus geen voorafgaande toestemming moeten bekomen van de rechthebbenden of zich moeten schikken naar de voorwaarden die de rechthebbenden opleggen. Ingeval van wettelijke licentie geldt dat de rechthebbenden geen voorwaarden kunnen opleggen en dat de uitzender kan volstaan met het betalen van een billijke vergoeding conform de voorwaarden vastgelegd in de wet.
- 4.4. In een beslissing van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 13 augustus 1997<sup>101</sup> werd geoordeeld dat artikel 41 AW van toepassing was op uitzendingen via de kabel:

---

<sup>99</sup> BRISON, F., *o.c.*, 404.

<sup>100</sup> Internationaal Verdrag van 26 oktober 1961 inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, *B.S.* 10 november 1999.

<sup>101</sup> Brussel 13 augustus 1997, beschikbaar op <http://www.cass.be>.



*“toute diffusion de sons par le biais d’un récepteur de télévision doit être considérée comme une radiodiffusion, si elle ne constitue pas l’accompagnement de séquences animées et ne fait donc pas partie d’une œuvre audiovisuelle”<sup>102</sup>.*

Deze uitspraak is onvoldoende genuanceerd omdat zij geen rekening houdt met doorgifte per kabel, dat aan het specifieke regime van artikel 51 e.v. onderworpen moet blijven en dus niet onder het toepassingsgebied van artikel 41 valt:

*“La question de la portée de l’article 36 mise à part, nous pouvons conclure que cette première décision favorise une interprétation évolutive de la notion de radiodiffusion comme incluant l’injection directe par câble, elle demeure néanmoins critiquable en ce qu’elle en omet d’exclure du régime de la licence légale, les retransmissions par câble visées par l’article 52 de la L.D.A.”<sup>103</sup>.*

Het Hof van Beroep heeft deze beslissing hervormd in het arrest van 25 juni 1998<sup>104</sup> dat wij hiervoor hebben besproken (zie randnr. 2.16). Het Hof heeft eerst terecht gesteld dat wat betreft de doorgifte per kabel, artikel 52 AW van toepassing is *“sans que l’article 41 de la même loi trouve encore à s’appliquer”* en heeft vervolgens, zoals we hiervoor hebben besproken, geoordeeld dat directe injectie onder doorgifte per kabel valt.

Op deze manier is de vraag naar de toepassing van artikel 41 AW indien directe injectie geen kabeldoorgifte uitmaakt niet beoordeeld door de rechtbank.

- 4.5. Vanuit verschillende hoeken van de doctrine gaan stemmen op dat artikel 41 van toepassing is op directe injectie.
- 4.6. F. De Visscher en B. Michaux stellen dat *“il serait logique de considérer que la radiodiffusion par injection directe sur le câble tombe bien dans la notion de radiodiffusion de l’article 41 de la loi (licence légale pour les utilisation secondaires des prestations)”<sup>105</sup>.*
- 4.7. F. Brison<sup>106</sup> stelt vast dat het toepassingsgebied van de dwanglicentie door de producenten van audiovisuele werken hevig bekritiseerd wordt. Omdat de uitzending via de omroep van audiovisuele werken geen ‘secondaire’, maar een ‘primaire’ exploitatiehandeling van een audiovisueel werk is, heeft de uitsluiting van hun exclusief recht gevaarlijke implicaties voor de ingeburgerde praktijk van distributiecontracten (met daarin doorgaans voorziene chronologie van de exploitatie) in de audiovisuele sector.

---

<sup>102</sup> De beperking tot het uitzenden van geluid is geen beperking van de toepassing van artikel 41, maar heeft betrekking op de rechten van de verzoekende partij, Uradex, die volgens de rechtbank enkel de rechten van uitvoerende artiesten beheert die niet het voorwerp uitmaken van een vermoeden van overdracht aan de producenten conform artikel 36 AW: *“l’autorisation de la demanderesse ne serait requise que dans la mesure où elle représenterait des producteurs d’oeuvres audiovisuelles (...) Certaines diffusions par la câblodistribution ne répondent pas à la définition d’oeuvres audiovisuelles; qu’il en est ainsi notamment des émissions de radio proprement dites dont les câblodistributeurs ne contestent pas assurer la distribution par câble.*

<sup>103</sup> HAQUIDEG, H., *“Diffusion en Diffusion en continu sur Internet Le webcasting constitue-t-il une radiodiffusion au sens de l’article 41 de la L.D.A.”*, A&M 2006, 14.

<sup>104</sup> Brussel 25 juni 1998, A&M 1999, 212.

<sup>105</sup> DE VISSCHER, F. en MICHAUX, B., *Précis du droit d’auteur*, Brussel, Bruylant, 2000, 127.

<sup>106</sup> BRISON, F., *o.c.*, 407.

De auteur treedt deze bij wat betreft de producenten van audiovisuele werken. De uitvoerende kunstenaar daarentegen heeft ingeval van een aan de producent van een audiovisueel werk overgedragen exclusief recht minder garanties op een billijke vergoeding dan nu het geval is. Op die wijze kan men stellen dat de regeling onder artikel 41 AW een uitbreiding betekent van de rechten van de uitvoerende kunstenaar.

Nog volgens F. Brison moet de uitzending via de omroep ruim worden begrepen, ongeacht de gebruikte techniek van de uitzending. “De term viseert zowel de radio- als de televisie-uitzending, de uitzending via de ether, de kabel en de satelliet, alsook elke toekomstige digitale uitzendmethode (...). De term ‘uitzending via de omroep’ omvat evenwel niet de kabeldoorgifte die, overeenkomstig Satcab, niet het voorwerp kan uitmaken van een dwanglicentie en daarom aan het exclusief recht van de uitvoerende kunstenaar onderworpen blijft. Er moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen de uitzending via de kabel (een kabelmaatschappij kan desgevallend omroepactiviteiten uitoefenen en de hoedanigheid van omroeporganisatie bezitten) en de doorgifte via de kabel.”<sup>107</sup>

- 4.8. H. Haouideg stelt<sup>108</sup>: “*Nous estimons raisonnable de soutenir que l’injection directe de programmes sur le câble peut être qualifiée de radiodiffusion au sens de l’article 41 de la L.D.A., telle que cette disposition a été envisagée par le législateur de 1994*”.

De auteur pleit voor een evolutieve interpretatie van de term “uitzending”: “*Une lecture attentive des travaux parlementaires semble cependant suggérer une position plus évolutive dans la définition de la notion de radiodiffusion, ceci d’autant plus que les experts présents lors des travaux en commission ont clairement insisté sur le fait que la définition proposée par la Convention de Rome n’était «plus d’actualité»*”.

- 4.9. Deze stellingen zijn tot dusver niet gevolgd door de commissie die bevoegd is voor het vaststellen van de billijke vergoeding in het kader van artikel 42 AW.

Uit de beslissing van deze commissie van 10 februari 2003<sup>109</sup> blijkt dat het begrip “uitzending via de omroep” in de zin van artikel 41, 2° AW restrictief wordt toegepast. Er is in de beslissing namelijk slechts sprake van “radio-uitzending”, dat wordt gedefinieerd als zijnde “elke uitzending van geluid via een draadloos systeem, dat unidirectioneel en van punt tot multipunt is, opdat het publiek dit op het Belgisch grondgebied zou kunnen ontvangen. De radiofonische programma's of gedeelten van radiofonische programma's waarvoor de radio-omroep een door de luisteraar betaalde vergoeding zou ontvangen, wordt van onderhavige overeenkomst uitgesloten”.

Aangezien enkel geluid (niet beeld) en draadloze systemen worden geïmplementeerd, valt directe injectie duidelijk niet onder deze beslissing.

---

<sup>107</sup> *Idem.*

<sup>108</sup> HAOUIDEG, H., “Diffusion en Diffusion en continu sur Internet Le webcasting constitue-t-il une radiodiffusion au sens de l’article 41 de la L.D.A.”, *A&M* 2006, 12.

<sup>109</sup> Beslissing van 10 februari 2003 inzake de billijke vergoeding verschuldigd door de radio-omroepen, algemeen bindend verklaard per KB van 9 maart 2003 Koninklijk besluit van 9 maart 2003 houdende de algemeen bindend verklaring van de beslissing van 10 februari 2003 inzake de billijke vergoeding verschuldigd door de radio-omroepen, genomen door de commissie bedoeld in artikel 42 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *B.S.* 9 april 2003.

- 4.10. De beperkte toepassing van artikel 41 AW door de commissie bedoeld in artikel 42 AW, staat er niet aan in de weg dat de rechtbank (in de toekomst) een bredere draagwijdte kan toekennen aan het begrip "uitzending via de omroep".

Vanuit een praktisch oogpunt kan de dwanglicentie in de praktijk eventueel een valabel alternatief vormen voor het verplicht collectief beheer van de kabeldoorgifte, gelet op de moeilijkheden die met name uitvoerende kunstenaars in het verleden hebben gekend om vergoedingen te bekomen voor hun kabelrechten.

## 5. ARI-OVEREENKOMSTEN

- 5.1. Een andere open discussie in verband met de kabelrechten betreft de vraag of omroepen als een “uniek loket” kunnen optreden voor het regelen van alle auteursrechten en naburige rechten met betrekking tot de uitgezonden en vervolgens doorgegeven programma’s, dus zowel de uitzendrechten voor de primaire uitzending als de kabelrechten.

Vooraf de kabelexploitanten zijn voorstander van dit systeem omdat dit hen het voordeel biedt een product te ontvangen van omroepen dat volledig rechtenvrij is. Aldus moeten zij geen auteursrechten meer regelen en lopen niet meer het risico later aangesproken te worden door auteursrechthebbenden.

De rechthebbenden zijn geen vragende partij voor dit systeem, aangezien zij door een systeem van een “uniek loket” hun dubbel aanspreekpunt verliezen<sup>110</sup>.

- 5.2. D. Visser verdedigt het concept als volgt: “het is typisch de taak van een omroep om de verantwoordelijkheid te nemen voor de uitzending / openbaarmaking van zijn programma’s en daarvoor de rechten te regelen. Wanneer een omroep dat niet doet, is hij immers in feite nog slechts een (televisie)producent. Daar is niets mis mee, maar het lijkt wel een fundamenteel andere keuze: dan wordt de kabelexploitant de omroep en de omroep de producent (van programmapakketten).”

Nog volgens D. Visser heeft de praktijk bij commerciële omroepen in Nederland de afgelopen jaren al bewezen dat het regelen van alle rechten aan de bron op eenvoudige wijze mogelijk is en dat dit voor alle betrokkenen het meest efficiënt is.

- 5.3. Tot nog toe is er in de Belgische rechtspraak geen duidelijk antwoord gegeven op de vraag of de betaling “aan de bron” al dan niet mogelijk is en zoja, onder welke de voorwaarden dit kan gebeuren.

Het vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen heeft hier verandering in gebracht.

- 5.4. De vraag die aan de rechtbank werd gesteld, was of Telenet tot een bijkomende vergoeding kan worden aangesproken door de rechthebbenden indien zij ARI-overeenkomsten heeft afgesloten met de omroeporganisaties, waarbij deze omroepen garanderen dat alle auteursrechten afgedekt zijn wanneer deze door Telenet worden opgepikt voor verdere doorgifte.

- 5.5. Deze probleemstelling doet zich enkel voor indien de kabeldistributeur auteursrechten verschuldigd is voor zijn tussenkomst (met name kabelrechten in toepassing van artikel 51 e.v. AW). Indien de rechtspraak van de rechtbank van koophandel te Mechelen wordt aangehouden, zal deze vraag niet (meer) relevant zijn in geval van directe injectie of versleutelde transmissie.

De vraag zou wel nog relevant zijn de hypothese van een systeem van “gemeenschappelijke openbare mededeling”, waarbij zowel de omroep als de kabelexploitant de toelating moeten bekomen voor de unieke openbare mededeling (zie hierover randnr. 3.23).

---

<sup>110</sup> VALCKE, P., *l.c.*, 289.

- 5.6. De verplichting tot collectieve rechtenuitoefening geldt niet voor omroeporganisaties. Dit volgt uit artikel 53 §3, dat bepaalt dat §§ 1 en 2 niet van toepassing zijn op de rechten die een omroeporganisatie in het kader van haar eigen uitzendingen uitoefent.

Deze regeling is gesteund op artikel 10 Satcab, dat bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de bepalingen van collectieve rechtenuitoefening niet van toepassing zijn op de rechten die door een omroeporganisatie worden uitgeoefend met betrekking tot haar eigen uitzendingen, ongeacht of het om de eigen rechten van die organisatie gaat dan wel om rechten die haar door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten zijn overgedragen.

Overweging 29 stelt dat voorgaande uitzonderingsbepaling geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor rechthebbenden om hun rechten te laten uitoefenen door een maatschappij voor collectieve belangenbehartiging en zodoende een rechtstreeks aandeel te verkrijgen in de vergoeding die de kabelmaatschappij voor de doorgifte via de kabel betaalt.

- 5.7. De Europese Commissie heeft op 26 juli 2002 een verslag gepubliceerd over de toepassing van Satcab<sup>111</sup>. Met betrekking tot de artikelen 8, 9 en 10 van Satcab heeft de Europese Commissie de volgende verduidelijkingen aangebracht.

“In de richtlijn wordt principieel uitgegaan van een contractuele relatie tussen de auteursrechthebbenden en houders van naburige rechten enerzijds en de kabelmaatschappijen anderzijds (art. 8 Satcab), waarbij eerstgenoemde hun recht alleen kunnen uitoefenen via een maatschappij voor collectieve belangenbehartiging die ook belast wordt met het beheer van de rechten van niet leden van dezelfde categorie (art. 9 Satcab).

Het lijkt geen twijfel dat deze verplichte collectieve belangenbehartiging afbreuk doet aan de vrijheid van de rechthebbende die geconfronteerd wordt met het feit dat het overdragen van zijn recht wordt geregeld. Dit beantwoordde, op het moment dat de richtlijn werd goedgekeurd, aan een behoefte aan evenwicht tussen de uitoefening van het exclusieve recht en de garantie voor de kabelmaatschappij dat alle auteursrechten en naburige rechten worden verkregen voor de programma's die worden doorgegeven dankzij met name de uitbreiding van de collectieve belangenbehartiging tot het beheer van de rechten van niet leden, die voor de kabelmaatschappij garandeerde dat het gehele collectief beheerde repertoire was vertegenwoordigd.

In art. 10 Satcab wordt rekening gehouden met de bijzondere situatie van omroeporganisaties. De omroeporganisatie is namelijk tegelijkertijd houder van exclusieve rechten op haar eigen programma's en verkrijger van rechten voor het primair uitzenden van de door haar verworven programma's. Dit betekent dat de organisatie mag onderhandelen over het verkrijgen van de rechten voor het doorgeven van programma's zonder dat de rechthebbenden verplicht vertegenwoordigd zijn door een maatschappij voor collectieve belangenbehartiging.

---

<sup>111</sup> Verslag van de Europese Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/83 van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, COM(2002) 430 def., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0430:FIN:NL:PDF>.

Het gevolg hiervan is dat de omroeporganisatie alle rechten voor de doorgifte via de kabel kan verkrijgen en op die manier de enige gesprekspartner wordt voor de kabelmaatschappij. Indien de auteurs het recht behouden om het recht van doorgifte aan een omroeporganisatie over te dragen, moet het overdragen van dit recht, op grond van de nationale wetgevingen, logischerwijze tot een gevolg leiden, namelijk het verwerven van een tegenprestatie van de andere partij bij de overeenkomst. Het gaat om het betalen van een bepaalde prijs door de omroeporganisatie aan de rechthebbenden zelf of aan de vertegenwoordigende maatschappij voor collectieve belangenbehartiging, zonder dat laatstgenoemde nog een extra betaling kunnen eisen van de kabelmaatschappijen.”

- 5.8. Volgens P. Valcke<sup>112</sup> slaat de notie “in het kader van haar eigen uitzendingen” op die programma’s waarvan de omroeporganisatie zelf producent is, in tegenstelling tot aangekochte producties, films, series enz.. Tot “de rechten” die de omroeporganisatie kan uitoefenen op eigen producties behoren zowel de rechten die haar oorspronkelijk toekomen als de rechten die haar door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten zijn overgedragen.
- 5.9. De rechtbank van koophandel te Mechelen<sup>113</sup> heeft geoordeeld dat de omroepen zelf de rechten voor doorgifte via de kabel kunnen verwerven en bijgevolg geldig ARI-overeenkomsten kunnen sluiten waardoor de beheersvennootschappen geen aanspraken meer kunnen laten gelden ten aanzien van desbetreffende kabelmaatschappijen.

De rechtbank steunt zich daarbij op het voornoemde artikel 53 §3 AW. De “eigen uitzendingen” waarvan sprake in dit artikel zijn volgens de rechtbank niet beperkt tot de “eigen programma’s” van de omroepen, maar betreffen ook programma’s die omroepen aankopen of waarvoor zij een uitzendlicentie verkrijgen.

De rechtbank van koophandel gaat echter nog een stap verder. Zij oordeelt dat “van Telenet bezwaarlijk kan verwacht worden dat zij kopij voorlegt van alle contracten die de omroeporganisaties met de betrokken auteurs, uitvoerende kunstenaars en producenten heeft afgesloten en waarbij een uitdrukkelijke overdracht van alle rechten ten voordele van de betrokken omroeporganisatie werd voorzien”. De rechtbank baseert zich hiervoor op het vermoeden van overdracht van auteursrechten en naburige rechten ten voordele van de omroep als producent (artikel 18 en 36 AW).

- 5.10. Wij zijn het eens met de rechtbank van koophandel dat een omroep alle rechten van rechthebbenden *kan* verwerven, dus niet enkel de rechten die de omroep zelf als producent verwerft (en waarvoor de omroep zich kan beroepen op een wettelijk vermoeden van rechthebbende uit artikel 18 en 36 AW). De omroep kan op die wijze de enige gesprekspartner worden van de kabelmaatschappijen.

De Europese Commissie<sup>114</sup> heeft evenwel verduidelijkt dat, indien de rechthebbenden ervoor kiezen om al hun rechten aan de omroep over te dragen, de omroep een prijs zal moeten betalen voor de overdracht van het kabelrecht en de rechthebbende geen *extra* betaling meer zal kunnen eisen van de kabelmaatschappijen.

---

<sup>112</sup> VALCKE, P., *l.c.*, 293.

<sup>113</sup> Rb. Mechelen 12 april 2011, AR 06/1419/A, onuitg.

<sup>114</sup> Zie voetnoot 111.

Dit is logisch, aangezien de rechthebbenden zoniet twee keer een vergoeding voor dezelfde doorgifte zouden kunnen vorderen.

- 5.11. De uitzondering van artikel 10 Satcab slaat ons inziens echter niet op de rechten die worden verworven door de omroepen wanneer zij programma's aankopen of in licentie krijgen. Zulke interpretatie zou een uitholling betekenen van artikel 8 Satcab; in dat geval zou elk programma waarvoor de rechthebbenden aan de omroep toestemming geven voor de uitzending namelijk automatisch hun recht uitputten om zelf – via hun beheersvennootschap – de kabelrechten te innen.
- 5.12. Wij gaan evenmin akkoord met de redenering van de rechtbank van koophandel dat de rechthebbenden geen enkel middel hebben tegen kabelexploitanten wanneer de kabelexploitant een ARI-overeenkomst heeft gesloten met een omroep.

Het feit dat (omroepen als) producenten geacht worden over alle nodige rechten te beschikken om de audiovisuele werken te exploiteren (conform art. 36 AW), betekent nog niet dat er ook een vermoeden zou zijn dat omroepen bij licentieovereenkomsten met producenten ook effectief de doorgifrechten verkrijgen. Dit is nochtans het indirecte gevolg van de uitspraak van de rechtbank: een licentieovereenkomst tussen producenten en omroepen wordt vermoed de doorgifrechten van de producenten te bevatten.

De uitspraak van de rechtbank van koophandel heeft een aantal kwalijke gevolgen voor de exploitatierechten van rechthebbenden. Nemen wij bijvoorbeeld de situatie waarbij een producent enkel een licentie heeft gegeven aan een omroep om zijn programma primair (vb. via ether, al dan niet versleuteld) uit te zenden, maar geen licentie heeft gegeven voor de kabeldoorgifte. Indien het programma zonder toestemming van de producent zou worden opgevangen door een kabeloperator en doorgegeven aan diens abonnees (al dan niet met de actieve betrokkenheid van de omroep), kan de producent zich niet tot deze kabeloperator wenden om een vergoeding te vragen voor de inbreuk op zijn auteursrechten indien deze kabeloperator een ARI-overeenkomst heeft afgesloten met de omroep. De ARI-overeenkomst tussen de kabelexploitant en de omroep is volgens de rechtbank te Mechelen namelijk tegenwerpelijk aan de rechthebbenden.

De rechthebbenden zullen in dat geval dus verplicht zijn om zich tot de omroep te wenden om een vergoeding te vorderen voor de kabeldoorgifte.

- 5.13. Wij menen dat deze discussie niet kan worden beslecht op basis van voornoemd artikel 10 Satcab. Bij gebrek aan een specifieke bepaling in de relevante (auteurs)wetgeving, speelt het klassieke verbintenisrecht, volgens welk afspraken tussen partijen niet bindend zijn ten aanzien van derden.
- 5.14. Deze oplossing zou echter een uitholling betekenen van de economische waarde van ARI-overeenkomsten en onzekerheid creëren ten aanzien van kabelexploitanten.

Wie van de betrokken partijen moet dan het risico dragen? Wij menen dat hier opnieuw het uitgangspunt van de interventie van de Europese wetgever beslissend moet zijn: een grote bescherming bieden aan de rechthebbenden.

Dit betekent dat niet de rechthebbenden maar de kabeldistributeur het risico moet dragen voor de uitzending. Voor de kabelexploitanten zal het dan zaak zijn om voldoende garanties te vragen van de omroepen.





## 6. TOEKOMST VAN SATCAB

- 6.1. In tegenstelling tot “zuster”-richtlijn TVZG 89/552, die twee keer is vernieuwd in 1997 en 2007 met het oog op de toepassing van de online levering van audiovisuele inhoud, is Satcab nooit gemoderniseerd. Een hervorming van Satcab vergelijkbaar met deze van TVZG is voorgesteld in het Europees Parlement in 2004, maar is gedurende lange tijd niet opgevolgd door de Europese Commissie<sup>115</sup>. De laatste evaluatie van Satcab dateert van 2002<sup>116</sup>. Sinds kort lijkt er echter voorzichtig beweging te komen vanuit Europese hoek.
- 6.2. Hierna komt de toekomst van Satcab aan bod, zoals gezien door de P.B. Hugenholtz, de Europese Commissie en de belanghebbende partijen.

### A. Doctrine

- 6.3. Wij hebben hiervoor kunnen vaststellen dat de bepalingen van Satcab zoals deze vandaag gedefinieerd zijn, steeds minder toepassing zullen vinden op nieuwe technologieën. Dit is het gevolg van het specifieke technische proces van doorgifte per kabel waarop Satcab indertijd een antwoord heeft willen geven. P.B. Hugenholtz stelt hierover dat, *“while the provisions of the Satellite and Cable Directive are gradually being superseded by the general regime of the Information Society Directive, the problems of multi-territorial rights clearance that the SatCab initiative intended to alleviate persist.”*<sup>117</sup>

Volgens P.B. Hugenholtz zal Satcab niet worden herzien: *“More likely, it will slowly fade away, as contractual practice, technological measures, media convergence and the “horizontal” rules of European copyright law gradually supersede it”.*

- 6.4. Dezelfde auteur stelt ook een oplossing voor om de veel bredere problemen die bestaan met betrekking tot auteursrechten binnen de EU op te lossen, met name een eengemaakt communautair auteursrecht: *“A truly structural and consistent solution, which would immediately remove all copyright-related territorial obstacles to the creation of a Single Market, could be the introduction of a truly European Community Copyright Law. It will be interesting to see if, fifteen years from now, this long-term solution has begun to materialise.”*

---

<sup>115</sup> Verslag over over “Televisie zonder grenzen”(2003/2033(INI)) Commissie cultuur, jeugd, onderwijs, media en sport door rapporteur Roy Perry, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2003-0251+0+DOC+PDF+V0//NL>.

<sup>116</sup> verslag van de Europese Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/83/EEG van de raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, COM/2002/0430 def.

<sup>117</sup> HUGENHOLTZ, P.B., *l.c.*, 17.

## B. Initiatief van de Europese Commissie

- 6.5. De Europese Commissie heeft op 22 oktober 2009 een discussiestuk gepubliceerd over de uitdaging om tot een Europese digitale interne markt te komen voor creatieve inhoud zoals boeken, muziek, films of videogames<sup>118</sup>.

Dit document is de aanzet geweest voor een discussie over een digitale interne markt voor creatieve online-inhoud.

- 6.6. De Europese Commissie neemt in het discussiestuk de volgende positie in:

*“Firstly, it should be noted that the outcome of the modernisation of the Television without Frontiers Directive shows that the European Parliament and the Member States generally accept the need for legislative single market solutions with regard to audiovisual content. In particular public service broadcasters appear to favour an extension of the scope of the Satellite and Cable Directive of 1993 to online delivery of audiovisual content, paralleling the scope of the new Audiovisual Media Services Directive. Transposing the rationale of this Directive to the Internet could imply that once an online service is licensed in one EU territory, for example the territory with which the service provider is most closely linked, then this license would cover all Community territories. The principal rationale for domiciling licensor and licensee in one territory is to identify the relevant territory in which the multi-territorial license can be obtained. In view of the important remit of public service broadcasters and their recognised role with regard to freedom of information and media pluralism in the EU, this option has therefore the potential to generate substantial public and political support across the EU Member States, in particular if the result would be directly beneficial to consumers. (...)*

*In order to create a more coherent licensing framework at European level, some stakeholders are suggesting a more profound harmonisation of copyright laws. A "European Copyright Law" (established, e.g., by means of an EU regulation) is often mooted as establishing a truly unified legal framework that would lead to direct benefits for the coherence of online licensing. A Community copyright title would have instant Community-wide effect, thereby creating a single market for copyrights and related rights. It would overcome the issue that each national copyright law, though harmonised as to its substantive scope, applies only in one particular national territory. A Community copyright would enhance legal security and transparency, for right owners and users alike, and greatly reduce transaction and licensing costs. Unification of EU copyright by regulation could also restore the balance between rights and exceptions – a balance that is currently skewed by the fact that the harmonization directives mandate basic economic rights, but merely permit certain exceptions and limitations. A regulation could provide that rights and exceptions are afforded the same degree of harmonization.”<sup>119</sup>*

- 6.7. Naar aanleiding van de publieke consultatie georganiseerd door de Europese Commissie in het kader van dit discussiestuk, hebben heel wat landen, instellingen, bedrijven en particulieren gereageerd.

---

<sup>118</sup> EC, DG INFOS en DG MARKT, “Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the future”, 22 oktober 2009, [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other\\_actions/col\\_2009/reflection\\_paper.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf).

<sup>119</sup> Ibid., 17.

Hierna volgt een overzicht van de standpunten van de betrokken partijen en de doctrine met betrekking tot Satcab.

## C. Omroepen

### 6.8. *European Broadcasting Union (EBU)*<sup>120</sup>

EBU pleit voor een uitbreiding naar een technologie-neutrale behandeling van het kabellicentiemodel voor gelijktijdige en volledige doorgifte van uitzendingen: *“the current limitation of the European licensing regime for the retransmission of broadcasts to cable (and microwave) platforms only is outdated. There are numerous other situations where a simultaneous and integral retransmission of broadcast channels takes place which, in economic terms, are fully comparable to the cable retransmission model.”*

Voor EBU moet de beslissende factor voor de toepassing van zulke regeling niet het mediaplatform zijn dat wordt gebruikt voor de doorgifte, zoals mobiele platforms en (gesloten network) IP platforms, al dan niet via DSL of het Internet, maar wel of een derde partij voor zijn eigen rekening commerciële aanbiedingen doet aan eindgebruikers, met name toegang tot kanalen voorzien aan betalende abonnees (onafhankelijk van de vraag of het platform gefinancierd wordt door reclame).

De Europese leveranciers van media zouden de “doorgifte-rechten” op de programma’s dan best in licentie kunnen geven aan doorgifte-operatoren, net zoals zij vandaag doen aan kabelmaatschappijen.

### 6.9. *Association of Commercial Television in Europe (ACT)*<sup>121</sup>

Ingeval Satcab zou worden herzien, is het voor ACT van vitaal belang om de volgende drie principes te behouden:

- [Behoud van het “country of origin” principe voor satelliet distributie];
- Contractuele vrijheid;
- De vrijstelling van de omroep conform artikel 10 Satcab.

---

<sup>120</sup> EBU, “EBU comments on the European Commission’s public consultation on its Reflection Document on “Creative Content in a European Digital Single Market””, 5 januari 2010, [http://www.ebu.ch/CMSImages/en/leg\\_pp\\_copyright\\_creative\\_content\\_online\\_050110\\_tcm6-67444.pdf](http://www.ebu.ch/CMSImages/en/leg_pp_copyright_creative_content_online_050110_tcm6-67444.pdf).

<sup>121</sup> ACT, “Creative content in a European digital single market: a reflection document, response from the Association of Commercial Television”, 5 januari 2010, [http://www.acte.be/EPUB/easnet.dll/GetDoc?APPL=1&DAT\\_IM=029621](http://www.acte.be/EPUB/easnet.dll/GetDoc?APPL=1&DAT_IM=029621).

- 6.10. Ook ACT onderlijnt dat het niet redelijk is dat een operator een business case maakt door gebruik te maken van inhoud die zij gratis verkrijgt of waarover niet direct met de omroep wordt onderhandeld: *“the fact that a channel can be received via a terrestrial signal does not automatically mean that it should be freely available on other distribution networks such as encrypted DTT, cable and IPTV. In these networks there is a third party operator involved who benefits commercially by charging a subscription fee to its end users or who may sell other services such as telephony, broadband or other television services. It is not reasonable that an operator should be able to build a business using content that it obtains from broadcasters for free or with a fee that is not negotiated directly with the broadcaster or its agent.”*<sup>122</sup>

#### **D. Kabelmaatschappijen: Cable Europe**<sup>123</sup>

- 6.11. Voor Cable Europe is een kritiek punt in het actuele systeem de inconsistente toepassing van Satcab op verschillende distributie technologieën: *“while satellite TV/direct-to-home, terrestrial TV and mobile TV are deemed direct communication to the public – for which all copyrights are cleared between CRMOS/producers and broadcasters-, cable TV- and internet-based IP TV are deemed secondary communication to the public and hence re-transmission – which require separate copyrights clearance. The activity of simulcasting of radio and television programmes over the Internet is also unclear. The regulatory differentiation between distribution platforms stems from the traditional analogue TV world in which satellite operators did not have a direct customer relationship. In today’s world, this differentiation is no longer valid”.*
- 6.12. Cable Europe staat achter het voorstel van de Europese Commissie om het toepassingsgebied van Satcab uit te breiden naar online levering van audiovisuele inhoud, parallel met het toepassingsgebied van de Richtlijn Audiovisuele Media. Dit denkproces moet echter zo ver mogelijk doorgetrokken worden teneinde te vermijden dat andere exploitatievormen (mobiel, vast, kabel, DTT enz.) uitgesloten zouden zijn van het toepassingsgebied. De herziening van Satcab moet op een technologie neutrale basis gebeuren voor zowel uitzendactiviteiten als doorgifte activiteiten.

Cable Europe ijvert daarnaast voor een erkenning van de ARI overeenkomsten en het invoeren van het principe van de *“one stop shop”*: *“Furthermore, Cable Europe believes that the system of collective management of rights should be recognized as having the same weight as ‘all rights included packages’ (ARI) provided by broadcasters who wish to do so to cable operators, as this would increase the overall efficiency of the rights clearance system. Broadcasters should indeed be able to offer these cleared packages legally, as intended by art. 10 Satcab.*

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>123</sup> Cable Europe, “Cable Europe Comments on the Commission’s Reflection Document on “Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the future”, 5 januari 2010, [http://www.cableeurope.eu/uploads/Publications/documents/4923\\_Cable%20Europe%20response%20to%20the%20Com's%20reflection%20paper\\_FINAL.pdf](http://www.cableeurope.eu/uploads/Publications/documents/4923_Cable%20Europe%20response%20to%20the%20Com's%20reflection%20paper_FINAL.pdf).

*This proposed new holistic approach to copyright clearing would then create a “one-stop-shop” for clearance of all content exploitation forms (fixed, mobile, online, cable, DTT, etc) both on the horizontal (i.e. multi-territory) and vertical (i.e. one negotiation partner only) level.”<sup>124</sup>*

- 6.13. Cable Europe is ook voorstander van een eengemaakt communautair auteursrecht. Zij beroept zich onder meer op een studie van IVIR:

*“At first blush, the potential advantages of a Community copyright are undeniable. A Community Copyright Regulation (or ‘European Copyright Law’) would immediately establish a truly unified legal framework. A Community copyright would have instant Community-wide effect, thereby creating a single market for copyrights and related rights, both online and offline. A Community copyright would enhance legal security and transparency, for right owners and users alike, and greatly reduce transaction costs. Unification by regulation could also restore the asymmetry that is inherent in the current acquis, which mandates basic economic rights, but merely permits limitations. A regulation would give rights and limitations equal status, and could restore the necessary ‘delicate balance’, provided it were the product of a transparent legislative process wherein all interests concerned are fairly represented.”<sup>125</sup>*

## **E. Rechthebbenden**

- 6.14. *International Federation of Film Distributors Associations (FIAD) – International Federation of Film Producers Associations (FIAPF) – Independent Film & Television Alliance (IFTA) – International Video Federation (IVF)<sup>126</sup>*

FIAD onderlijnt dat auteursrechten niet louter een vergoedingssysteem zijn voor rechthebbenden, maar ook een cruciaal strategisch instrument om zich te verzekeren van financiering en de exploitatie van werken door het verlenen van licenties aan commerciële gebruikers (film en video distributeurs, omroepen, online platformen enz.).

Wat betreft het idee van een communautair auteursrecht, stelt FIAD dat *“introducing a new Regulation on a “Community copyright title” alongside national titles would add an unnecessary layer of complexity. Simply replacing current national systems with a European Copyright title would appear premature and too complex given the strength of national preoccupations expressed at the adoption of the EU Copyright Directive.”*

De contractuele vrijheid en het exclusieve recht van rechthebbenden om de distributievoorwaarden van het werk te bepalen, inclusief de territoriale strekking van de rechten die in licentie worden gegeven, zijn cruciaal om inkomsten van audiovisuele inhoud te maximaliseren.

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>125</sup> IVIR, “The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy”, november 2006, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast\\_report\\_2006.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf), 219.

<sup>126</sup> FIAD - FIAPF – IFTA – IVF, “Submission in response to the Commission’s Reflection Document on Creative Content in a Digital Single Market: Challenges for the Future”, 4 januari 2010, [http://www.ivf-video.org/new/public/media/FIAD\\_FIAPF\\_IFTA\\_IVF\\_Creative\\_Content\\_in\\_Digital\\_Single\\_Market\\_Jan\\_4\\_2010.pdf](http://www.ivf-video.org/new/public/media/FIAD_FIAPF_IFTA_IVF_Creative_Content_in_Digital_Single_Market_Jan_4_2010.pdf).

*“Mandating a single clearance framework for the whole of Europe will not create a pan-European market or audience for European films: the audience must be attracted to films by topic, language, timing and mode of distribution, all items which are the subject of the special expertise of the producer and the various distributors. (...) All parties are best served by arms-length commercial negotiations based on the principle of contractual freedom and the exclusive rights established and protected by copyright law.”<sup>127</sup>*

6.15. *European Federation of Joint Management Societies of Producers for Private Audiovisual Copying (Eurocopya)*<sup>128</sup>

*“As the simultaneous & unabridged retransmission of TV programmes, initially limited to cable, has gradually spread to other types of networks (satellite, ADSL, mobile, etc..), one could envisage a possible extension of these provisions along a principle of technological neutrality (i.e. align other networks on the regime applicable to cable networks). As a matter of fact, such extension is already well underway in some Member States, through voluntary collective management agreements that could here be consolidated. Furthermore, some online services are also acts of simultaneous and unaltered retransmission of pre-existing TV programmes”.*

Om die reden zou het volgens Eurocopya gepast zijn om de bepalingen van artikel 9 Satcab van toepassing te verklaren op alle vormen van gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte aan het publiek door gelijk welke operator die niet de originele uitzender of omroep is: operatoren van kabel, satelliet, mobiele telefoon, IPTV enz.

Deze bepaling zou aldus de gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte van televisieprogramma's via het Internet dekken door om het even welke derde partij (operator) die deze verdeelt naar zijn abonnees. Deze operator zou dan onderworpen zijn aan een systeem van collectief beheer van rechten om doorgifte toe te staan of te verbieden. Dit zou individuele rechthebbenden niet verhinderen om individueel de uitzending van hun werken toe te laten (in overeenkomsten met de omroep zelf), of om – via hun collectieve beheersvereniging – zulke doorgifte te weigeren in gevallen waar deze in conflict zijn met de politiek van individueel rechtenbeheer en/of vooraf bestaande exploitatievormen van de doorgegeven programma's.

Eurocopya vraagt zich af of een Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie met betrekking tot Hoofdstuk II van Satcab niet zou kunnen volstaan om het actuele kader op korte tijd te moderniseren.

6.16. *Motion Pictures Association (MPA)*<sup>129</sup>

MPA stelt als volgt: *“Any evaluation of the re-transmission regime established by the Directive to determine whether it applies to other forms of retransmission (that might be considered functionally equivalent to cable retransmission such as IPTV services)*

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>128</sup> EUROCOPYA, “Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future”, 5 januari 2010, [http://www.eurocopya.org/devel/doc/EUROCOPYA\\_CreativeContent\\_Final\\_EN.pdf](http://www.eurocopya.org/devel/doc/EUROCOPYA_CreativeContent_Final_EN.pdf).

<sup>129</sup> MPA, “Response of the Motion Picture Association (MPA) to the European Commission’s Reflection Document”, 5 januari 2010, <http://www.mpaa.org/Resources/365b4fc9-30c2-4e91-8f05-8881f3eb9c61.pdf>.

*could only proceed on the basis that initial transmissions (for instance on-demand services as per the making available right) are NOT covered. Moreover, any such evaluation should be based on one of the cornerstones of the CabSat Directive, namely that retransmissions must be simultaneous, unaltered and unabridged. It should be noted that this must also be based on a technical environment that protects the signal against unauthorised access from outside of the retransmission territory. In other words, most cable systems are by their very nature territorial – indeed many are regional. Services deployed over the open internet, which in many cases are inserting advertising in or around the broadcast channels that they are streaming, would by definition not qualify under the terms of the CabSat Directive and would thus be subject to direct licensing.”*

*Wat betreft een herziening van Satcab, is MPA tegen een optie waarbij, “once an online service is licensed in one EU territory, for example the territory with which the service provider is most closely linked, then this license would cover all Community territories. This appears to be a suggestion that the CabSat Directive’s country-of-origin rule for communication to the public by satellite could be extended to the making available right thereby potentially impacting a whole range new on-demand services. It is worth noting that this country-of-origin rule is balanced by the Directive’s recognition of the principle of contractual freedom.”*

#### **F. Punt van overeenkomst tussen de betrokkenen**

- 6.17. Uit de sterk onderscheiden meningen lijkt toch één punt van overeenkomst te kunnen worden gedistilleerd: het bestaande Satcab regime is verouderd en het toepassingsgebied ervan zou moeten worden uitgebreid naar moderne vormen van gelijktijdige en integrale kabeldoorgifte (technologie-neutraal).

#### **G. Nieuw Groenboek van de Europese Commissie**

- 6.18. De Europese Commissie heeft op 13 juli 2011 een nieuw groenboek gepubliceerd met als titel “*Green paper on the online distribution of audiovisual works in the European Union: opportunities and challenges towards a digital single market*”<sup>130</sup>.

Net als het hiervoor besproken discussiestuk “*Content in a European Digital Single Market: Challenges for the future*”, vormt dit document de basis voor een publieke consultatie of en hoe het regelgevingskader moet worden aangepast.

Alle belanghebbende partijen worden opnieuw verzocht hun mening te geven over uiteenlopende aspecten van *online* distributie van audiovisuele werken. Reacties worden verwacht tegen 18 november 2011.

- 6.19. Wat betreft Satcab, neemt de Europese Commissie volgende standpunten in:

---

<sup>130</sup> E.C. DG Internal Market, “Green paper on the online distribution of audiovisual works in the European Union: opportunities and challenges towards a digital single market”, COM(2011) 427/4.



*“The question arises as to whether the technology-specific provisions of the Satellite and Cable Directive need to be reviewed to develop a framework for cross-border retransmission of audiovisual media services that is technology neutral with regard to the delivery platform. It could be argued that in practice this seems to be already applied in part, as broadband operators providing an analogous service – “simultaneous, unaltered and unabridged” retransmission - are included in global arrangements for cable redistribution. On-demand services and web originating streaming services (normally referred to as “webcasting”) are excluded.*

*Claims have also been made that rights clearance, under the current rules for cable retransmission in the Satellite and Cable Directive may require multiple transactions with different rights representative organisations, and that there could be a lack of clarity and certainty as to who has the mandate to licence which rights. In this context there has also been some debate around the need to maintain mandatory collective licensing for cable retransmission as opposed to giving freedom to rights owners to license on an individual basis.”<sup>131</sup>*

Eén van de vragen die wordt gesteld aan de betrokken partijen is als volgt:

*“What would be the costs and benefits of extending the copyright clearance system for cross-border retransmission of audiovisual media services by cable on a technology neutral basis? Should such an extension be limited to “closed environments” such as IPTV or should it cover all forms of open retransmissions (Simulcasting) over the internet?”<sup>132</sup>*

Deze nieuwe consultatieronde lijkt ons niet onmiddellijk veel nieuws aan het licht te zullen brengen. De standpunten van de betrokken partijen zijn in grote lijnen duidelijk geworden in de vorige ronde. Wij kunnen enkel hopen dat deze standpunten nog verder op punt zullen worden gezet en meer naar elkaar toe zullen groeien. Het valt te betwijfelen of dat in het licht van de meest recente rechtspraak inzake kabelrechten het geval zal zijn. De Europese Commissie zal niettemin een gemeenschappelijk draagvlak moeten definiëren en de noodzakelijke wetgevende stappen moeten ondernemen. Mogelijk zal zij eerst de tussenkomst van het Hof van Justitie willen afwachten.

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, 9.

<sup>132</sup> *Ibid.*, 14.

## 7. ALGEMENE CONCLUSIE

- 7.1. Uit onze analyse van artikel 51 e.v. AW en artikel 12 Berner Conventie is gebleken dat er zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer heel wat argumenten voor en tegen de toepassing van kabelrechten op directe injectie en versleutelde transmissie kunnen worden opgeworpen. De meerderheid van de Belgische, Nederlandse en Duitse doctrine neemt het standpunt *tegen* in.
- 7.2. Ons persoonlijk standpunt is dat directe injectie niet voldoet aan de voorwaarden van kabeldoorgifte, met name omwille van het feit dat de communicatie die uitgaat van de omroep naar de kabeldistributeurs niet te kwalificeren is als een “uitzending”. De voorbereidende werken van Satcab van de Europese Commissie laten hierover weinig twijfel bestaan. Ook de meest recente internationale rechtspraak en rechtsleer volgen deze opvatting. Samen met G. de Foestraets vinden wij dat een opdeling van directe injectie in een primaire uitzending en een secundaire mededeling aan het publiek artificieel.
- 7.3. De recente beslissing van de rechtbank van koophandel te Mechelen plaatst zich in een evolutie die reeds in 2005 in België was ingezet. De vraag of de kabeldistributeurs ingeval van directe injectie (of versleutelde transmissie via satelliet) als een publiek kunnen worden beschouwd, is volgens onze analyse echter onvoldoende gemotiveerd door de rechtbank van koophandel. Het vonnis is aldus een gemiste kans.

Zo heeft de rechtbank het Lagardère arrest van het Hof van Justitie op ongenueanceerde wijze toegepast. Het begrip “publiek” dat in dit arrest is geïnterpreteerd, is volgens ons enkel van toepassing in de specifieke context van mededeling aan het publiek per satelliet en kan niet zomaar worden toegepast op kabeldoorgifte.

De rechtbank heeft in haar vonnis ook geen rekening gehouden met het onderscheid tussen “(programmadragerende) signalen” en “programma’s” dat in Satcab wordt gemaakt in het kader van openbare mededeling per satelliet respectievelijk kabeldoorgifte.

Uit onze analyse is gebleken dat directe injectie niet onder de bescherming valt van artikel 11bis Berner Conventie, op grond van het feit dat de programmadragerende signalen niet draadloos verspreid worden en dus niet kwalificeren als een “uitzending”. Wat de versleutelde transmissie echter betreft, die wel draadloos gebeurt, kan op basis van de Berner Conventie (en de Conventie van Rome) niet worden uitgesloten dat dit een “uitzending” uitmaakt en onder de bescherming van artikel 11bis valt.

Het vonnis laat verder ook onduidelijkheid bestaan over het moment waarop de unieke openbare mededeling plaatsvindt. Het lijkt ons tegenstrijdig om enerzijds te stellen dat noch het transport door de omroep naar de kabeloperator, noch het transport van de programma’s door de kabelmaatschappijen openbare mededelingen zijn, maar anderzijds te oordelen dat het geheel van handelingen door de omroep en de kabeldistributeurs samen één enkele primaire uitzending (en dus openbare mededeling) uitmaken.

De rechtbank van koophandel heeft geen oordeel geveld over de mogelijke toepassing van de richtlijn Informatiemaatschappij op de transmissie die tot stand komt tussen omroepen en kabeloperatoren. Deze richtlijn is nochtans geconcipeerd om een ruime bescherming te bieden aan de rechthebbenden en introduceert een nieuwe term “wederdoorgifte” als één van de handelingen van mededeling aan het publiek. Bovendien laat de SGAE rechtspraak van het Hof van Justitie vermoeden dat de term “publiek” breed kan worden ingevuld en eventueel zelfs de ‘gemeenschap van kabelexploitanten’ kan bevatten.

Het vonnis laat heel wat vragen en opmerkingen open die waarschijnlijk finaal zullen moeten worden beantwoord door het Hof van Justitie. In die zin kan het vonnis van de rechtbank van koophandel de inleiding zijn van het finale hoofdstuk van dit thema. Als het Hof van Justitie de lijn van de rechtbank van koophandel te Mechelen volgt, betekent dit dat de klassieke kabelrechten weldra verleden tijd zullen zijn.

- 7.4. Gelet op het feit dat de openbare mededeling slechts tot stand kan komen door de deelname van twee partijen, is de meest prangende vraag wie verantwoordelijk is voor de kabeluitzending.

Ook hier zijn de meningen verdeeld. Aspecten waarmee in de rechtsleer rekening wordt gehouden, zijn onder meer wie het initiatief neemt voor de publieke mededeling, welke partij winsten maakt op basis van de programma-inhoud en wie controle heeft over de inhoud die aan het publiek wordt meegedeeld.

Wij gaan niet akkoord met de gedachte die doorschemert uit het vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen dat de kabeldistributeurs gereduceerd worden tot aannemers van de omroepmaatschappij en dat zij louter in opdracht van de omroepen hun technische kennis en infrastructuur ter beschikking stellen om de programmasignalen naar het grote publiek te transporteren.

Wij menen samen met O. Régnier en de rechtbank van eerste aanleg te Brussel<sup>133</sup> dat omroepen en kabeldistributeurs beide – solidair – verantwoordelijk zijn voor de kabeluitzending, gelet op hun afhankelijkheid van de programma’s (*content*) voor hun economisch model en de constitutieve technische rol die beiden vervullen bij het tot stand komen van de publieke mededeling. De kabeloperator bepaalt zelf wie zijn abonnees zijn en wie dus het publiek is van de mededeling en kiest welke kanalen aan dit publiek worden meegedeeld.

Beide actoren dienen bijgevolg ook toestemming te bekomen van de rechthebbenden om tot deze openbare mededeling te kunnen overgaan. Men zou kunnen spreken over een “gemeenschappelijke” of “solidaire” openbare mededeling om het specifieke karakter hiervan in de verf te zetten.

Deze oplossing lijkt ons alleszins het meest natuurlijke antwoord dat het dichtst bij de economische achtergrond van het probleem van de directe injectie en versleutelde transmissie staat. Bovendien biedt deze oplossing een hoge bescherming aan de rechthebbenden, één van de ankerpunten van de richtlijn Informatiemaatschappij.

---

<sup>133</sup> Vonnis van 27 januari 2005.

Het vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen heeft tot gevolg dat de toestemming van rechthebbenden aan een omroeporganisatie voor het uitzenden van programma's in geval van directe injectie verondersteld wordt zowel de transmissie van deze signalen aan de kabelexploitant te dekken als de mededeling van een onbepaald aantal derde kabelexploitanten aan hun respectieve abonnees.

Het lijkt ons moeilijk voor de rechthebbenden om het verlies van de kabelrechten te compenseren door hogere vergoedingen te eisen voor de (eenmalige) openbare mededeling door de omroep via het kabelnetwerk van de kabelmaatschappijen, aangezien zij hiervoor geen enkele (rechts)grond kunnen invoeren.

Na het vonnis verdwijnen de kabelmaatschappijen volledig van het toneel, en blijven tegenover de rechthebbenden enkel de omroepen aan de tafel zitten om te onderhandelen over de vergoedingen. Het is duidelijk dat de omroepen niet de prijs zullen willen betalen voor het verdwijnen van de kabelrechten en dus geen substantiële verhoging van de vergoedingen zullen aanvaarden.

- 7.5. Ook voor uitvoerende kunstenaars en de producenten heeft de directe injectie een aantal gevolgen. Uit onze studie is gebleken dat vanuit de doctrine stemmen opgaan om de dwanglicentie, geregeld in artikel 41 AW en voortvloeiend uit artikel 12 van de Conventie van Rome, van toepassing te verklaren ingeval van directe injectie. In dat geval verliezen uitvoerende kunstenaars en de producenten hun weigeringsrecht en komt een billijke vergoeding in de plaats. Gelet op de moeilijkheden die met name de de uitvoerende kunstenaars in het verleden hebben gekend om vergoedingen te bekomen voor hun kabelrechten, is de dwanglicentie in de praktijk mogelijks een valabel alternatief.

Deze vraag zal finaal echter door een rechtbank moeten worden beantwoord.

- 7.6. Een discussie die parallel loopt met het statuut van directe injectie, betreft de vraag of omroepen als een "uniek loket" kunnen optreden voor het regelen van alle auteursrechten en naburige rechten en of de ARI overeenkomsten tussen omroepen en kabelmaatschappijen tegenwerpelijk zijn aan de rechthebbenden.

Wij gaan niet akkoord met de uitspraak van de rechtbank van koophandel te Mechelen, die heeft geoordeeld dat de omroepen zelf de rechten voor doorgifte via de kabel kunnen verwerven en geldige ARI-overeenkomsten kunnen sluiten, zodat de beheersvennootschappen geen aanspraken meer kunnen laten gelden ten aanzien van de desbetreffende kabelmaatschappijen. De redenering van de rechtbank is geschoeid op een te ruime interpretatie van artikel 10 Satcab, dat een uitzondering vormt op het verplichte collectieve beheer van kabelrechten voor omroepen.

De rechtbank is zelfs nog verder gegaan, en heeft een vermoeden in het leven geroepen volgens welk een licentieovereenkomst tussen producenten en omroepen ook doorgifrechten bevat. Deze uitspraak is volgens ons *contra legem*.

Wij menen dat deze discussie niet wordt beslecht op basis van voornoemd artikel 10 Satcab. Bij gebrek aan een specifieke bepaling in de relevante (auteurs)wetgeving, speelt het klassieke verbintenissenrecht, volgens welk afspraken tussen partijen niet bindend zijn ten aanzien van derden.

Het feit dat hiermee de economische waarde van ARI-overeenkomsten in het gedrang wordt gebracht, is een gevolg dat volgens ons moet gedragen worden door de kabelexploitanten. Vanuit de bekommernis van de Europese wetgever om een grote bescherming te bieden aan de rechthebbenden, moet het risico voor de uitzending worden gedragen door de kabelexploitanten en niet de rechthebbenden. De kabelexploitanten dienen bijgevolg voldoende garanties te vragen van de omroepen.

#### 7.7. Is er nog een toekomst voor Satcab?

Hoewel sommige rechtsleer de toekomst van Satcab somber inziet, lijken zowel de Europese Commissie als de betrokken partijen toch nog een rol voor Satcab weggelegd te zien.

Uit de sterk onderscheiden meningen van de belanghebbende partijen komt één punt van overeenkomst naar voor: het bestaande Satcab regime is verouderd en het toepassingsgebied ervan zou moeten worden uitgebreid naar moderne vormen van gelijktijdige en integrale kabeldoorgifte, om te komen tot een technologie-neutraal model.

De nieuwe consultatieronde die de Europese Commissie in juli 2011 heeft ingezet met een nieuw Groenboek, lijkt ons niet onmiddellijk veel nieuws aan het licht te zullen brengen. Wij kunnen enkel hopen dat de standpunten van de betrokken partijen nog verder op punt zullen worden gezet en meer naar elkaar toe zullen groeien. Het valt te betwijfelen of dat in het licht van de meest recente rechtspraak inzake kabelrechten het geval zal zijn. De Europese Commissie zal niettemin een gemeenschappelijk draagvlak moeten definiëren en de noodzakelijke wetgevende stappen moeten ondernemen. Mogelijk zal zij daarvoor de tussenkomst van het Hof van Justitie willen afwachten.

## BIBLIOGRAFIE

ACT, "Creative content in a European digital single market: a reflection document, response from the Association of Commercial Television", 5 januari 2010, [http://www.acte.be/EPUB/easnet.dll/GetDoc?APPL=1&DAT\\_IM=029621](http://www.acte.be/EPUB/easnet.dll/GetDoc?APPL=1&DAT_IM=029621).

BERENBOOM, A., *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2008, 536 p.

BERENBOOM, A., "Bescherming van de houders van rechten en producten: hoe een billijke toegang tot kabelnetten te garanderen?", *Akten van de studiedag "Welke toekomst voor kabel distributie?"*, Brussel, DWCT 10 januari 2000, (97) 95-100.

BRISON, F., *Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar*, Brussel, Larcier, 2001, 727 p.

CARON, C., "La transmission d'oeuvres et d'interprétations vers et à partir d'un satellite ou vers un organisme de radiodiffusion par câble revêt-elle des monopoles?", *Revue mensuelle lexisnexis jurisclasseur*, oktober 2009, 8-14.

CORBET, J., "Verslag van 26 juli 2002 van de Europese Commissie", *A&M* 2003/3, 198-202.

DE FOESTRAETS, G., "Injection directe de programmes de télévision et droit d'auteur", *A&M* 1999, 416-423.

DE FOESTRAETS, G., "Télédistribution et droits voisins: vers une clarification des rôles", *A&M* 2005, 404-414.

DE VISSCHER, F. en MICHAUX, B., *Précis du droit d'auteur*, Brussel, Bruylant, 2000, 127.

DREIER, R. en SCHULZE, G., *Urheberrecht*, München, C. H. Beck, 2008, § 20.

EBU, "EBU comments on the European Commission's public consultation on its Reflection Document on "Creative Content in a European Digital Single Market"", 5 januari 2010, [http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg\\_pp\\_copyright\\_creative\\_content\\_online\\_050110\\_tcm6-67444.pdf](http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_pp_copyright_creative_content_online_050110_tcm6-67444.pdf).

EC, DG INFSO en DG MARKT, "Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the future", 22 oktober 2009, [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other\\_actions/col\\_2009/reflection\\_paper.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf).

EUROCOPYA, "Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future", 5 januari 2010, [http://www.eurocopya.org/devel/doc/EUROCOPYA\\_CreativeContent\\_Final\\_EN.pdf](http://www.eurocopya.org/devel/doc/EUROCOPYA_CreativeContent_Final_EN.pdf).

FIAD - FIAPF – IFTA – IVF, “Submission in response to the Commission’s Reflection Document on Creative Content in a Digital Single Market: Challenges for the Future”, 4 januari 2010, [http://www.ivf-video.org/new/public/media/FIAD\\_FIAPF\\_IFTA\\_IVF\\_Creative\\_Content\\_in\\_Digital\\_Single\\_Market\\_Jan\\_4\\_2010.pdf](http://www.ivf-video.org/new/public/media/FIAD_FIAPF_IFTA_IVF_Creative_Content_in_Digital_Single_Market_Jan_4_2010.pdf).

GHYS, M., “C’était un soir, messieurs, mesdames... mais la télé n’a jamais été en panne...”, *A&M* 2006, 221-231.

GOTZEN, F., “L’injection directe de signaux de diffusion dans le câble: une analyse en droit d’auteur”, <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

HAOUIDEG, H., “Diffusion en continu sur Internet, Le webcasting constitue-t-il une radiodiffusion au sens de l’article 41 de la L.D.A.”, *A&M* 2006, 10-20.

HUGENHOLTZ, P.B., “Copyright without Frontiers: is there a Future for the Satellite and Cable Directive?”, in *Die Zukunft der Fernsehrichtlinie/The Future of the 'Television without Frontiers' Directive*, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Band 29, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005 en <http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/copyrightwithoutfrontiers.html>.

HUGENHOLTZ, P.B., “Convergence, copyrights and transfrontier television”, *IRIS Plus* 2009-8 [http://www.obs.coe.int/oea\\_publications/iris\\_plus/iplus8\\_2009.pdf](http://www.obs.coe.int/oea_publications/iris_plus/iplus8_2009.pdf), 1-18.

IVIR, “The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy”, november 2006, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast\\_report\\_2006.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf).

MAND, D., *Das Recht der Kabelweiterleitung. Kabelweiterleitung von Rundfunkprogrammen im Lichte des §20b UrhG*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2004, 160 p.

MAQUA, A. en BATTARD, O., “l’injection directe: monstre du loch ness ou évidence?”, *Point(s) de vue*, juni 2011, 24.

MASTROIANNI, R., “Coherence: TwF, eCommerce and Cable and Satellite Directives: how to put them all together (at once)?”, in *Die Zukunft der Fernsehrichtlinie/The future of the “Television without Frontiers” Directive*, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Band 29, 2005, Baden-Baden, Nomos Verlag, 139-141.

MICHAUX, B., “Webcasting ou diffusion musicale sur internet: licence obligatoire ou droit exclusif des titulaires de droits voisins?”, *A&M* 2002/6, 480.

MPA, “Response of the Motion Picture Association (MPA) to the European Commission’s Reflection Document”, 5 januari 2010, <http://www.mpaa.org/Resources/365b4fc9-30c2-4e91-8f05-8881f3eb9c61.pdf>.

NORDEMANN, W., "A revolution of Copyright in Germany", in *Journal of the Copyright Society of the USA*, 2002, vol. 49, nr. 4, 1041-1046.

REGNIER, O., "Le régime des programmes must-carry et des programmes à injection directe", *A&M* 1997/4, 417-420.

SCHWARZ, M. EN HANSEN, G., "Aktuelle Fehlentwicklungen bei der Auslegung des Begriffs der Erstsendingung als Voraussetzung des Kabelweiterleitungsrechts", <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

SOLON, "Economic Impact of Copyright for Cable Operators in Europe, How revising the rights clearance system can contribute to economic development and to the emergence of innovative digital and pan-European services in the light of the i2010 initiative", <http://www.cableeurope.eu/uploads/2006%2005%2009%20Solon%20Study%20Final.pdf>.

VALCKE, P., "Mededeling aan het publiek per satelliet en doorgifte via de kabel" in BRISON, F. en VANHEES, H. (eds.), *Huldeboek Jan Corbet: de Belgische auteurswet. Artikelsgewijze commentaar*, Gent, Larcier, 2008, 259-299.

VALCKE, P., *Digitale diversiteit, Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Gent, Larcier, 2004, 828 p.

VISSER, D., "Primair openbaar maken via de kabel", *AMI* 2007-2, 37-44.

VON UNGERN-STERNBERG, J. in SCHRICKER, G. en LOEWENHEIM, U. (eds.), *Urheberrecht*, München, C. H. Beck, 2010, § 20.

WALLENTIN, T. en REIS, L., "Deliberations concerning the First broadcast of radio transmission as a prerequisite for the right to secondary exploitation by cable under Austrian law", <http://www.agicoa.org/english/silvergold/copycat.pdf> (consultatie 13 maart 2011), item 8 Enclosure 1.

WERKERS, E. en VAN EMELEN, T., "Hoofdstuk 2. Auteursrecht", in P. VALCKE en J. DUMORTIER, *Trends in digitale televisie: Juridische uitdagingen*, Brugge, die Keure, 2008, 179-191.

WIPO, "Protection of broadcasting Organizations", Technical background paper prepared by the Secretariat of WIPO, SCCR/7/8, [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_7/sccr\\_7\\_8.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_8.pdf).