

De techniek van directe injectie van programmadragende signalen in kabelnetwerken: auteursrechtelijke implicaties en actualiteit – Advies van 30 maart 2017 van de Raad voor de Intellectuele Eigendom

1) INLEIDING

Op 30 maart 2017 vond een vergadering van de Raad voor de Intellectuele Eigendom (sectie auteursrecht) plaats in het kader van de volgende opdracht, uitgaande van de Ministerraad: *“De regering belast de minister van Economie ermee om te onderzoeken of de huidige situatie van directe injectie via de kabel, in het licht van de rechtspraak van het HJEU, de werkzaamheden die momenteel plaatsvinden op het niveau van de Europese Unie en na raadpleging van de Raad voor de Intellectuele Eigendom, leidt tot rechtsonzekerheid en, zo ja, welke maatregelen zouden kunnen worden overwogen. Het resultaat van deze studie zal voor 30 april 2017 aan de regering worden voorgelegd.”*

Deze vergadering vond plaats aan de hand van een technisch werkdocument van de Dienst voor de Intellectuele Eigendom. Dit werkdocument werd aangevuld met de bemerkingen die de leden van de Raad op de vergadering van 30 maart formuleerden. Het huidig advies geeft dus een overzicht van de discussies binnen de Raad voor de Intellectuele Eigendom over dit onderwerp. Tevens zijn in bijlage bij dit advies de verschillende schriftelijke standpunten van de leden gevoegd.

a) PROBLEEMSCHETS

De auteursrechtelijk relevante problematiek rond de techniek van directe injectie is gerezen in het kader van richtlijn 93/83/EEG en de technologische evoluties die zich sindsdien hebben voorgedaan voor wat betreft de distributiewijze van omroepprogramma's. Die richtlijn maakte geen melding van deze techniek, waardoor het niet duidelijk was of het bij directe injectie om een kabeldoorgifte ging of niet. Dit probleem blijft zich stellen en kent nieuwe vormen aangezien directe injectie niet langer strikt via de kabel verloopt. In zijn traditionele vorm gaat het om een techniek¹, die door omroeporganisaties gebruikt wordt en waarbij TV- en radioprogrammasignalen meteen (exclusief)² worden geïnjecteerd in een kabelnetwerk zonder

¹ Er wordt hier een technische omschrijving gegeven van directe injectie en hoe deze techniek in praktijk verloopt.

Het betreft hier geen juridische definitie zoals in de zaak Sabam v. SBS.

² “Wat het gebruik van het woord “exclusief” betreft in deze omschrijving, kan vermeld worden dat sommige leden van de Raad van oordeel zijn dat dit geen onderdeel zou mogen uitmaken van de omschrijving, en dat andere leden van oordeel zijn dat dit wel onderdeel zou moeten uitmaken van de omschrijving. Ondanks dat het hier om een technische omschrijving van directe injectie gaat, kan hier verwezen worden naar randnummers 12 en 34 van het arrest SBS/Sabam (C-325/14). De prejudiciële vraag luidt als volgt (randnummer 12): *“Verricht een omroeporganisatie die haar programma's uitsluitend uitzendt via de techniek van directe injectie, i.e. een tweeledig proces waarbij zij haar programmadragende signalen gecodeerd via satelliet, een glasvezelverbinding of enig ander transportmiddel aanlevert aan distributeurs (satelliet, kabel of xDSL-lijn), zonder dat de signalen tijdens of naar aanleiding van deze aanlevering toegankelijk zijn voor het publiek, en waarbij vervolgens de distributeurs de signalen naar hun abonnees sturen zodat deze laatsten de programma's kunnen bekijken, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van [richtlijn 2001/29]”*. In het dispositief beantwoordt het Hof deze vraag als volgt

voorafgaandelijke uitzending (die toegankelijk is voor het publiek). De signalen worden vervolgens door (kabel)operatoren doorgegeven. Door het gebruik van deze techniek, rijzen er discussies tussen stakeholders omtrent de auteurs- en naburige rechten bij de mededelingen van beschermde werken die gepaard gaan met het aanbieden van TV- en radioprogramma's via deze techniek.

In dit advies wordt deze problematiek nader toegelicht via een analyse van de huidige relevante wetgeving en rechtspraak rond directe injectie door de Dienst voor de Intellectuele Eigendom. Daarbij wordt in eerste instantie het juridische kader bekeken, en worden vervolgens de mogelijke implicaties bekeken op de economische verhoudingen. Tevens worden de verschillende standpunten en opmerkingen van de leden van de Raad voor de Intellectuele Eigendom weergegeven in dit advies.

b) RECHTSONZEKERHEID

De VOORZITSTER vraagt of er op dit moment al een antwoord kan worden gegeven op de eerste vraag van de Ministerraad, namelijk of er wel degelijk sprake is van rechtsonzekerheid op het vlak van de kwalificatie van directe injectie.

Een GEBRUIKER vraagt zich af wat bedoeld wordt met "rechtsonzekerheid" aangezien er in verschillende relevante rechtszaken al recht is gesproken. Mede hierdoor zou er, volgens een RECHTHEBBENDE, geen onduidelijkheid meer zijn in die zin dat directe injectie slechts één mededeling aan het publiek uitmaakt en er dan geen sprake is van een doorgifte via de kabel. Een RECHTHEBBENDE stelt echter dat deze uitspraken incoherent en vaak contradictoir zijn.

De VOORZITSTER besluit deze eerste vraag te verruimen en eveneens te kijken naar de redenen van de heersende rechtsonzekerheid aangezien de uiteenlopende standpunten binnen de Raad toch wel wijzen op het bestaan van grote rechtsonzekerheid.

Een minderheid binnen de Raad geeft aan dat er geen rechtsonzekerheid is, aangezien er volgens deze minderheid op basis van richtlijnen 93/83/EG en 2001/29/EU werd beslist in rechtszaken, waaronder het cassatiearrest van 30 september 2016, dat er slechts één mededeling aan het publiek is in het geval van directe injectie.

De meerderheid binnen de Raad stelt echter dat er wel degelijk rechtsonzekerheid is in het kader van directe injectie. De redenen hiervoor verschillen per betrokkene:

(randnummer 34): "... dat een omroeporganisatie geen mededeling aan het publiek in de zin van deze bepaling doet wanneer zij haar programmadrage signalen uitsluitend aan de distributeurs van signalen doorgeeft zonder dat die signalen tijdens en naar aanleiding van die doorgifte toegankelijk zijn voor het publiek, en die distributeurs de signalen vervolgens naar hun respectievelijke abonnees sturen, zodat deze de programma's kunnen bekijken, tenzij de tussenkomst van de betrokken distributeurs slechts louter een technisch middel is, hetgeen ter beoordeling staat van de verwijzende rechter".)

- Het gebrek aan een definitie van directe injectie en verschillende redeneringen voor gerechtelijke uitspraken (RECHTHEBBENDE)
- Discrepancies tussen de taalversies (NL/FR) in richtlijnen en Belgische wetgeving (EXPERT)
- Directe injectie is een evoluerende techniek die niet uniform behandeld wordt. (RECHTHEBBENDE)

De VOORZITSTER geeft aan dat er op zijn minst onduidelijkheid blijkt te zijn over de techniek van directe injectie, en de praktische gevolgen ervan, gelet op het feit dat:

- er reeds een aantal procedures zijn geweest;
- er twee rechtsgronden zijn (richtlijnen 2001/29/EU en 93/83/EG) op basis waarvan uitspraken werden gedaan en waarbij die twee rechtsgronden niet steeds gezamenlijk in aanmerking werden genomen;
- er blijvende rechtszaken zijn die nog niet beëindigd werden.

2) CONTEXT

a) DE TECHNIEK VAN DIRECTE INJECTIE

Vooreerst dient gesteld te worden dat de gebruikte terminologie inzake directe injectie in dit advies kan afwijken van de terminologie uit de verschillende taalversies van relevante wetgeving en rechtspraak. Dit heeft echter geen gevolgen voor de juridische en economische beoordeling van de problematiek inzake directe injectie. Waar mogelijk, werd echter zo nauw mogelijk aangesloten bij de terminologie en definities uit relevante wetgeving en rechtspraak.

Zo kan uit de prejudiciële vraagstelling in de zaak SBS v Sabam³ een technische omschrijving van directe injectie worden onthouden. Daar wordt directe injectie als volgt omschreven: *“Verricht een omroeporganisatie die haar programma’s uitsluitend uitzendt via de techniek van directe injectie, i.e. een tweeledig proces waarbij [een omroeporganisatie haar] programma dragende signalen gecodeerd via satelliet, een glasvezelverbinding of enig ander transportmiddel aanlevert aan distributeurs (satelliet, kabel of xDSL-lijn), zonder dat de signalen tijdens of naar aanleiding van deze aanlevering toegankelijk zijn voor het publiek, en waarbij vervolgens de distributeurs de signalen naar hun abonnees sturen zodat deze laatsten de programma’s kunnen bekijken (...)”*⁴

Deze techniek wordt aangewend door omroeporganisaties en (kabel)distributeurs, onder meer, omdat de kwaliteit van programmadragende signalen niet vermindert in de loop van het

³ De prejudiciële vraag werd gesteld op het initiatief van het Hof van van Beroep te Brussel in het kader van een geding tussen SBS Belgium NV en Sabam over de verplichting een billijke vergoeding te betalen voor de distributie van programma’s via directe injectie. HvJ C-325/14, *SBS v. SABAM*, *Jur.*, I, 2015, 764.

⁴ Zie tevens voetnoot 2 in verband met het gebruik van het woord “exclusief” of “uitsluitend”.

uitzendproces. Het oppikken en doorgeven van signalen uit de ether of via satelliet, had namelijk kwaliteitsverlies tot gevolg. Bovendien wordt, via directe injectie, een tussenstap overbodig gemaakt en hierdoor gaan de kosten ook omlaag.

b) CONCRETE PROBLEMATIEK

Op basis van richtlijn 93/83/EEG⁵ (hierna SatKab-richtlijn) hebben enkel auteurs en naburige rechthebbenden het recht de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan via een systeem van verplicht collectief beheer, waarbij er mogelijk een uitzondering is voor de eigen uitzendingen van omroeporganisaties⁶. Er moet, voor het systeem van verplicht collectief beheer, wel sprake zijn van een kabeldoorgifte van tv- en radioprogramma's. De vraag rijst dus of er in geval van directe injectie sprake is van een doorgifte via de kabel, dan wel of er slechts sprake is van één enkele mededeling aan het publiek. Het antwoord op deze vraag wordt bemoeilijkt door de aanwezigheid van twee specifieke elementen bij directe injectie. Enerzijds gaat het namelijk om signalen die uiteindelijk steeds bestemd zijn voor het publiek, anderzijds is er een omroeporganisatie bij betrokken en gaat het dus om een andere organisatie dan de uiteindelijke distributeur.

Door het specifieke technische karakter van de directe injectie, hadden een aantal kabelmaatschappijen echter het standpunt ingenomen dat de manier waarop zij programma's verdelen niet beantwoordt aan de definitie van kabeldoorgifte. Volgens hen was er slechts sprake van één mededeling aan het publiek die wordt geïnitieerd door de omroepen (zie rechtspraak hierna). Dit had volgens de kabelmaatschappijen tot gevolg dat zij niet meer gehouden zijn tot een vergoeding aan de rechthebbenden.

Dit werd betwist door sommige rechthebbenden en collectieve beheersorganisaties die stelden dat het bij directe injectie nog steeds ging om een doorgifte via de kabel en, derhalve, om twee mededelingen aan het publiek: een eerste mededeling door de omroepen aan de kabeloperatoren en een tweede mededeling door de kabeloperatoren aan hun abonnees. Auteursrechtelijk gezien zou deze redenering impliceren dat er tweemaal (een keer per mededeling) rechten moeten worden betaald aan de rechthebbenden. In de Telenet-zaak (zie verder) hielden de meeste collectieve beheersorganisaties een iets genuanceerdere visie aan, daar zij stelden dat de handelingen van de kabeldistributeur een kabeldoorgifte uitmaakten. Volgens deze beheersorganisaties ging het hierbij niet noodzakelijk om een mededeling aan het publiek, maar wel om een *retransmission d'une première transmission*.

⁵ 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 .

⁶ Artikel 10 van de richtlijn 93/83/EG zorgt voor een uitzondering op deze verplichting voor 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.

Hierna schetsen we het huidige wettelijke kader in verband met directe injectie, waarna de relevante rechtspraak en rechtsleer worden bekeken.

3) HET HUIDIGE WETTELIJKE KADER

Vooreerst moet opgemerkt worden dat geen enkel wetgevend niveau specifiek melding maakt van “directe injectie”, maar het is vooral de wetgeving rond kabeldoorgiften en mededelingen aan het publiek die hier een belangrijke rol speelt. Indien het voorstel tot verordening⁷ uit de Copyright Package van 14 september 2016 wordt aangenomen, zal ook deze regeling van doorgiften (anders dan via kabel of open internet) relevant zijn voor de problematiek rond directe injectie.

In dat kader is er relevante wetgeving te vinden op het internationale, het Europese en het nationale niveau.

c) INTERNATIONAAL: ART. 11BIS VAN DE CONVENTIE VAN BERN

Op internationaal vlak is er artikel 11bis van de Conventie van Bern, waarin er sprake is van een mededeling aan het publiek door een andere organisatie dan diegene die het werk oorspronkelijk uitzond. Aangezien België verdragsluitende partij is bij deze Conventie, is het nuttig deze bepaling en de draagwijdte ervan te bekijken.

Artikel 11bis van de Conventie van Bern bepaalt namelijk, onder meer, het volgende:

- (1) *“Auteurs van literaire en artistieke werken genieten het exclusieve recht om toestemming te verlenen/te weigeren met betrekking tot:*
- (i) *Het uitzenden van hun werken of de mededeling ervan aan het publiek door enig ander instrument van draadloze verdeling van signalen, geluiden of beelden;*
 - (ii) *Eender welke mededeling aan het publiek via kabel of via “heruitzending” van de uitzending van hun werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie gebeurt dan de oorspronkelijke;*
 - (iii) *De publieke mededeling via luidspreker of een ander analoog instrument dat hun werk uitzendt via signalen, geluiden of beelden.”*

Het is dus vooral de tweede situatie die relevant is in het kader van directe injectie. Er wordt specifiek melding gemaakt van een andere organisatie dan diegene die het werk oorspronkelijk uitzond. Een mededeling aan het publiek via kabel (of draadloos) door een andere organisatie dan de oorspronkelijke omroeporganisatie (die toestemming moet krijgen van de auteur) is dus in principe onderworpen aan een vereiste van afzonderlijke toestemming vanwege de

⁷ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's.

rechthebbende. Artikel 11bis van de Conventie van Bern maakt bovendien geen onderscheid tussen doorgiften (zijnde mededelingen) die als doel hebben de kwaliteit van de ontvangen signalen te verbeteren en doorgiften die het publiek vergroten. Het artikel bepaalt ook niet dat de doorgevendende organisatie keuzes moet kunnen maken met betrekking tot de door te geven programma's of dat het oorspronkelijke programma ongewijzigd moet worden doorgegeven. Bijgevolg is elke doorgifte van de uitzending van programma's door een organisatie, anders dan de oorspronkelijke organisatie, onderworpen aan de toestemming vanwege de auteur van het doorgegeven werk en dit van zodra de doorgifte publiekelijk plaatsvindt.⁸

In de discussie rond directe injectie, zou artikel 11bis van de Conventie van Bern dan neerkomen op een vereiste van toestemming voor de kabeldistributeur, aangezien het gaat om een andere organisatie dan diegene die de oorspronkelijke mededeling aan het publiek deed. In deze hypothese doet de omroeporganisatie die oorspronkelijke mededeling en is er dus in feite sprake van twee mededelingen: één oorspronkelijke door de omroeporganisatie aan de kabeloperatoren en één door de kabeldistributeur aan hun abonnees. De vraag is evenwel of deze twee mededelingen allebei auteursrechtelijk relevante mededelingen aan het publiek zijn en derhalve onderworpen zijn aan auteursrechtelijke toestemming.

d) EUROPEES: SATKAB-RICHTLIJN EN ARTIKEL 3 VAN RICHTLIJN 2001/29/EG

De discussie rond directe injectie is ontstaan onder de gelding van richtlijn 93/83/EEG. Deze richtlijn voorziet in een systeem van verplicht collectief beheer van kabeldoorgiften dat van toepassing is op kabeldoorgiften van tv- en radioprogramma's uit andere Lidstaten. Artikelen 9 e.v. van de richtlijn voorzien dit verplicht collectief beheer, terwijl de definitie van een kabeldoorgifte voorzien is in artikel 1, lid 3 van de richtlijn.

De richtlijn definieert kabeldoorgiften van tv- en radioprogramma's als *“de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere Lidstaat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.”*

Daarnaast is er artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG dat stelt dat *“auteurs een exclusief recht hebben om 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.”*

⁸ P.W. HERTIN, W. NORDEMANN EN K. VINCK, *Droit d'auteur international et droits voisins dans les pays de langue allemande et les états-membres de la Communauté Européenne - Commentaire*, Brussel, Bruylant, 1983, 124.

e) NATIONAAL: ARTIKELEN XI.223 E.V. VAN HET WETBOEK ECONOMISCH RECHT

Artikelen XI.223 en volgende van het Wetboek Economisch Recht hernemen en implementeren artikelen 9 e.v. uit de richtlijn 93/83/EEG. Het gaat vrijwel om een kopie van de bepalingen inzake het verplicht collectief beheer van kabeldoorgifrechten, verruimd tot ook niet-grensoverschrijdende kabeldoorgiften. Voor de inwerkingtreding van deze bepalingen uit het Wetboek van Economisch Recht, waren diezelfde bepalingen te vinden in artikelen 51 tot en met 53 van de Auteurswet.

Tenslotte moet verwezen worden naar artikel I.16, 3° van het Wetboek Economisch Recht aangezien daarin de definitie van een doorgifte via de kabel is opgenomen.

4) RELEVANTE RECHTSPRAAK

De techniek van directe injectie kende in de jaren 90 een opmars en door de technologiespecificiteit van de richtlijn kwam er eind jaren 90 al een eerste zaak rond de status van deze techniek.

a) URADEX EN RTBF-ZAKEN

In 1997-1998 was er een eerste rechtszaak inzake de materie van directe injectie die zijn oorsprong vond in een contractuele regeling van vóór de SatKab-richtlijn en van vóór de inwerkingtreding van de Auteurswet. De beroepsvereniging van kabelmaatschappijen (RTD) had toen een kabelovereenkomst met een aantal omroeporganisaties en collectieve beheersvennootschappen. Uradex (thans Playright) was geen partij bij deze overeenkomst en wou, na het aflopen van de overeenkomst (na de inwerkingtreding van de SatKab-richtlijn), onderhandelingen starten met RTD in verband met de toestemming van en de vergoeding voor haar uitvoerende kunstenaars. RTD stelde toen een vordering in kortgeding in om voorlopige toelating te krijgen om werken en uitvoeringen van rechthebbenden door te kunnen geven via de kabel. Deze werd afgewezen en RTD werd veroordeeld om een voorlopige vergoeding te betalen aan de beheersvennootschappen op basis van de verdeelsleutel uit de vroegere kabelovereenkomst. Uradex viel hierbij uit de boot en dagvaardde RTD ten gronde.

In eerste aanleg⁹ werd de vordering van Uradex afgewezen op grond van het wettelijk overdrachtsmechanisme ten voordele van producenten uit het vroegere artikel 36 van de Auteurswet. De rechter verklaarde tevens artikel 41 van diezelfde wet van toepassing, volgens hetwelk uitvoerende kunstenaars zich niet kunnen verzetten tegen de uitzending via de omroep van een prestatie die op geoorloofde wijze is gereproduceerd of door de omroep is uitgezonden.

⁹ Rb. Brussel 4 juli 1997 en 13 augustus 1997.

Uradex ging hiertegen in beroep¹⁰ en haalde aan dat artikel 36 niet van toepassing was, maar dat dit wel het geval was voor artikel 51 van de Auteurswet. Het Hof van Beroep concludeerde dat het niet van belang is 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 tweemaal 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 beheer van toepassing op het onderdeel van de doorgifte. Kortom, ook bij directe injectie gaat het om een kabeldoorgifte volgens het Hof.

In 2005 kwam het tot een gelijkaardige zaak tussen de RTBF en een aantal kabelmaatschappijen, maar de conclusie was dit keer anders. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel beschouwde directe injectie niet als een doorgifte, waardoor de regeling van de toenmalige artikelen 51 e.v. van de Auteurswet niet van toepassing waren. De rechtbank haalt aan dat directe injectie van programma's wel een mededeling aan het publiek via de kabel uitmaakt, waarvoor de toestemming van rechthebbenden vereist is.

De rechtbank van eerste aanleg stelde wel dat het niet geheel duidelijk is wie er dan verantwoordelijk is voor de mededeling aan het publiek aangezien er argumenten zijn die beide partijen kunnen aanduiden¹¹:

- Kabeloperatoren ontvangen voordelen uit het mededelen, namelijk de prijs die abonnees betalen
- Omroeporganisaties zijn geen eigenaar van het kabelnetwerk
- De kabeloperator levert slechts technische middelen voor de directe injectie en neemt geen initiatief om de mededeling aan het publiek te doen.

De rechtbank te Brussel gaat verder door te stellen dat directe injectie slechts op technisch vlak verschilt van een kabeldoorgifte. Het is de manier waarop de uitzending op het kabelnetwerk terechtkomt die verschilt aangezien directe injectie een zekere exclusiviteit tot gevolg heeft. Door die exclusiviteit in de relatie omroep-kabeloperator gebeurt er uiteindelijk slechts één mededeling aan het publiek. De rechtbank haalt argumenten aan waardoor zowel de omroeporganisatie als de kabeloperator verantwoordelijk lijken voor die ene mededeling aan het publiek. Dit houdt in dat ze *beiden*¹² dan toestemming moeten vragen aan

¹⁰ Brussel 25 juni 1998, *I.R.D.I.* 1998, 332 en *A&M* 1999, 212.

¹¹ Rb. Brussel 27 januari 2005, *RTBF v. 13 kabelmaatschappijen*, *AM* 2005, 138-149.

¹² De rechter grijpt terug naar het louter technisch verschil tussen kabeldoorgiften en directe injectie. Directe injectie zou dezelfde functie dienen als een doorgifte, waarbij de verantwoordelijkheid voor de mededeling aan het publiek als volgt wordt beoordeeld: « *Certes, il n'y a, en ce cas, qu'une seule communication au public, qui se fait directement par le câble, mais le droit commun applicable en matière de droits d'auteur ne subordonne pas l'exigibilité des droits à l'existence d'une double communication au public. Si un tiers se charge de la communication au public d'une œuvre et en tire profit, il y a matière à perception des droits [...]* ». Dit zou neerkomen op de co-

rechthebbenden voor het uitzenden van programma's, maar de toestemming die de kabelmaatschappij¹³ moet krijgen, moet niet via een collectieve beheersorganisatie worden onderhandeld.

Een GEBRUIKER merkt, in het kader van de oudere nationale rechtspraak, op dat deze contradictoire beslissingen moeten wijken voor de huidige interpretatie door het HJEU. Hierdoor kunnen deze oudere vonnissen en arresten volgens deze GEBRUIKER niet langer gevolgd worden.

b) AIRFIELD

In 2011 rezen er twee gedingen waarbij Airfield en Canal Digitaal betrokken waren en waarbij Sabam en Agicoa Belgium aanvoerden dat Airfield een heruitzending¹⁴ van, door omroeporganisaties reeds uitgezonden, televisieprogramma's uitvoerde. Bijgevolg moest Airfield, volgens Agicoa en Sabam, toestemming verkrijgen voor het gebruik van het repertoire van auteurs wier rechten deze organisaties vertegenwoordigden.

Airfield en Canal Digitaal weerlegden dit door te stellen dat ze enkel televisieprogramma's aanboden aan het publiek via de Astrasatelliet. Ze deden dit in opdracht van de omroeporganisaties waarmee ze carriageovereenkomsten (bij indirecte doorgifte) of heads of agreement-overeenkomsten (bij directe doorgifte) sloten¹⁵¹⁶. Airfield en Canal Digitaal voerden

exploitatie door kabelmaatschappijen en omroeporganisaties bij directe injectie, waarbij ze solidair gehouden zijn tot het betalen van de vergoeding aan de rechthebbenden.

¹³ Volgens bepaalde rechtsgeleerden lijkt de rechter eveneens te stellen dat de kabelmaatschappij het voornaamste aanspreekpunt is voor de enige mededeling aan het publiek en dit om de redenen vermeld in de opsomming bovenaan deze bladzijde. Meer hierover: F. BRISON EN H. VANHEES, *De Belgische auteurswet: artikelsgewijze commentaar*, Gent, Larcier, 2008, 287-289. Een GEBRUIKER merkt op dat er ook andersluidende rechtsleer is, zoals VISSER, D., "Primair openbaar maken via de kabel", *AMI* 2007, p. 43)

¹⁴ Zie HvJ, C-431/09 en C-432/09, *Airfield N.V./Canal Digitaal B.V. v. Agicoa Belgium BVBA*, *Jur.*, I, 9363.

¹⁵ De feitenbeschrijving in verband met de hoofdgedingen vermeldt twee wijzen van doorgiften door Airfield en Canal Digitaal.

- Bij indirecte doorgifte van televisieprogramma's sturen omroeporganisaties hun programma dragende signalen via een vast verbinding naar apparatuur van Canal Digitaal. Deze signalen worden dan door Canal Digitaal versleuteld en via breedband verstuurd naar een station dat de signalen opstraalt naar de Astra-satelliet. Hiervoor worden de signalen nog gecodeerd en de decodeersleutel die het publiek nodig heeft, is verkrijgbaar via een abonnement bij Airfield.

o Deze indirecte doorgifte gebeurt ook als omroeporganisaties signalen via satelliet doorgeven, waarna Canal Digitaal deze gecodeerde signalen opvangt. Deze signalen worden dan opnieuw versleuteld en opgestraald naar de Astra-satelliet zoals eerder beschreven.

- Bij directe doorgifte van televisieprogramma's via het satellietpakket van Airfield versleutelen de omroepen de signalen zelf en stralen zij ze zelf op naar de satelliet. Airfield en Canal Digitaal komen dan enkel nog tussen om codeersleutels te voorzien.

¹⁶ Voor indirecte doorgiften sloot Airfield carriage-overeenkomsten met omroeporganisaties, waarbij er satelliettranspondercapaciteit werd onderverhuurd aan de omroeporganisaties. Andere verplichtingen van Airfield omvatten, onder meer, het ontvangen, versleutelen, e.d. van programma dragende signalen van omroeporganisaties.

Bij directe doorgifte van programma's ging het om beperktere heads of agreement-overeenkomsten waarbij omroeporganisaties Airfield toestemming gaven voor het simultaan bekijken, door de abonnees van Airfield, van

aan dat het dus de omroeporganisaties zijn die de eerste en enige uitzending per satelliet deden en dat zij enkel op technisch vlak tussenkwamen. Bijgevolg zouden enkel de omroeporganisaties een auteursrechtelijk relevante handeling stellen.

De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordeelde destijds dat Airfield en Canal Digitaal wel degelijk inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht waarvan Sabam en Agicoa het beheer uitoefenden. De zaak ging vervolgens naar het Hof van Beroep op initiatief van Airfield en Canal Digitaal. Daar werd de behandeling geschorst aangezien er prejudiciële vragen werden gesteld.

Het Europees Hof van Justitie verklaarde in haar arrest van 13 oktober 2011 voor recht:

“Artikel 2 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, moet aldus worden uitgelegd dat een aanbieder van een satellietpakket voor zijn interventie in de directe en de indirecte doorgifte van televisieprogramma’s als die welke in de hoofdgedingen aan de orde zijn, toestemming van de betrokken rechthebbenden moet verkrijgen, tenzij deze rechthebbenden met de betrokken omroeporganisatie zijn overeengekomen dat de beschermde werken ook via deze aanbieder aan het publiek worden meegedeeld, op voorwaarde dat, in dat laatste geval, de interventie van deze aanbieder deze werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk maakt.”

De motivering van dit antwoord is deels te vinden in het feit dat de directe en de indirecte doorgiften van programma’s wordt aanzien als één ondeelbare mededeling aan het publiek per satelliet aangezien ze, in casu, aan alle voorwaarden uit artikel 1, lid 2 van richtlijn 93/83/EEG voldoen. Dit wilt niet zeggen dat de interventie van de aanbieder van een satellietpakket in die mededeling niet onderworpen wordt aan een voorafgaandelijke toestemming van de betrokken rechthebbenden.

Artikel 2 van richtlijn 93/83/EEG vereist namelijk dat voor elke mededeling van beschermde werken via satelliet er toestemming moet verleend worden door de rechthebbenden. Die toestemming moet verkregen worden door de persoon die de mededeling opstart of er een interventie in uitvoert zodat door die mededeling een nieuw publiek wordt bereikt. Een persoon die louter fysieke installaties aanlevert voor die mededeling, moet deze toestemming echter niet verkrijgen. In casu is het de omroeporganisatie die de mededeling per satelliet opstart en dus moet zij die toestemming verkrijgen. Maar ook de interveniërende operatoren van een platform dat satellietpakketten aanbiedt, kunnen het werk bereikbaar maken voor een nieuw publiek en dit zou verder gaan dan enkel fysieke installaties ter beschikking te stellen. Daarnaast voert deze aanbieder een zelfstandige, winstgevende activiteit uit aangezien de abonnementsprijs niet aan de omroeporganisatie, maar aan de aanbieder van het pakket wordt betaald. Deze prijs wordt in feite betaald voor toegang tot meer dan de mededeling per

door hen uitgezonden tv-programma’s. Hiertegenover stond een vergoeding. Deze heads of agreement-verplichtingen waren ook te vinden in de eerder vermelde carriageovereenkomsten.

satelliet van één omroeporganisatie. Door verschillende mededelingen van verschillende omroepen te bundelen, ontstaat er een nieuw audiovisueel product waarbij de aanbieder van het pakket eindbeslissingen kan nemen. Het is dus ook deze aanbieder die het mogelijk maakt dat een nieuw publiek toegang krijgt tot beschermde werken en dus moet deze ook toestemming krijgen van rechthebbenden, tenzij rechthebbenden zijn overeengekomen met de betrokken omroeporganisaties dat de beschermde werken ook via dergelijke aanbieder mogen worden meegedeeld.

Na het arrest van het Hof van Justitie werd er in de zaak ten gronde beslist door het Hof van Beroep te Brussel¹⁷ dat *“zowel de directe als de indirecte doorgifte van televisieprogramma's door TV Vlaanderen (Airfield) voldoet aan alle cumulatieve voorwaarden van artikel 1, lid 2, sub a en c, van richtlijn 93/83 en bijgevolg een enkele mededeling aan het publiek per satelliet vormt en ondeelbaar is.”*

Volgens het Hof van Justitie betekent deze ondeelbaarheid van de mededeling aan het publiek per satelliet echter *“nog niet dat voor de interventie van de aanbieder van een satellietpakket in deze mededeling de [auteursrechtelijke] toestemming van de betrokken rechthebbenden niet is vereist”*. Volgens het Hof van Justitie is dergelijke toestemming nodig wanneer andere operatoren in de mededeling tussenkomen *“zodat door middel van deze mededeling de auteursrechtelijk beschermde werken toegankelijk worden voor een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek dat de auteurs van de beschermde werken niet voor ogen hadden toen zij aan een andere persoon toestemming verleenden”*. De toestemming is echter niet in alle gevallen vereist. In het arrest wordt namelijk gesteld dat dit niet het geval is wanneer de interventie *“uitsluitend bestaat in de loutere terbeschikkingstelling van fysieke installaties die deze mededeling mogelijk moeten maken of tot stand brengen”*.

Daarnaast oordeelt het Hof wat deze laatste discussie betreft:

“Er wordt aangetoond dat de toestemming die de rechthebbenden hebben verleend aan de omroeporganisaties ook de mededeling aan het publiek door TV Vlaanderen omvat. Het publiek dat de rechthebbenden voor ogen hebben bij het geven van deze toestemming is het publiek waarvan zij weten dat het door deze mededeling aan het publiek kan worden bereikt, met name het abonneepubliek van TV Vlaanderen. Het uitdrukkelijk toestemming verlenen om te verdelen via TV Vlaanderen houdt in dat het publiek dat TV Vlaanderen bereikt, in ogenschouw werd genomen op het moment van het verlenen van de toestemming.

Daarenboven wordt er niet aangetoond dat TV Vlaanderen de werken toegankelijk maakt aan een nieuw publiek, zijnde een publiek waarmee de rechthebbenden geen rekening hebben gehouden op het moment dat zij de hierboven bedoelde toestemming aan de omroeporganisaties verleenden om hun werken ook mee te delen via TV Vlaanderen.”

¹⁷ Brussel 9 juni 2015, 2008/AR/1758.

Het Airfield-arrest handelt dus over mededelingen aan het publiek per satelliet en niet over kabeldoorgiften of directe injectie, maar sommige partijen halen hier principes uit ter argumentering van het standpunt dat directe injectie wel een doorgifte is.

c) SBS/SABAM

In een geding (waarin nog geen definitieve uitspraak ten gronde is gedaan) tussen SBS en SABAM rees er eveneens een prejudiciële vraag. De aanleiding hiervoor was het gebruik van de directe injectietechniek door SBS voor haar uitzendingen. Sabam voerde hierbij aan dat SBS als omroeporganisatie een mededeling aan het publiek verricht als bedoeld in artikel 3 van richtlijn 2001/29, door via directe injectie uit te zenden. Bijgevolg is, volgens Sabam toestemming van rechthebbenden vereist met een bijhorende vergoeding. Dit werd – met verwijzing naar het tussenarrest in de Telenet-zaak (zie hierna) – betwist door SBS aangezien er volgens hen enkel een auteursrechtelijk relevante mededeling gebeurt door de kabeldistributeurs in het geval van directe injectie.

De rechtbank van koophandel te Brussel¹⁸ stelde destijds Sabam in het gelijk¹⁹ en SBS tekende beroep aan. De behandeling van de zaak werd ook hier geschorst in het kader van een prejudiciële vraag. Concreet werd gevraagd of een omroeporganisatie, die uitsluitend via directe injectie programma's transmittiert, ook een mededeling aan het publiek doet in de zin van artikel 3 van de richtlijn 2001/29/EG en dit zonder dat de signalen, tijdens of naar aanleiding van de aanlevering van signalen aan distributeurs, toegankelijk zijn voor het publiek. Er wordt ook nog verduidelijkt dat de distributeurs, na deze aanlevering door de omroeporganisaties, de signalen naar hun abonnees sturen zodat deze de programma's kunnen bekijken.

Hierbij valt op te merken dat in heel deze procedureslag tussen SBS en Sabam slechts zeer beperkt melding wordt gemaakt van richtlijn 93/83/EG. Het Hof van Justitie²⁰ verwijst geheel niet naar deze richtlijn, maar beoordeelt enkel directe injectie als mededeling aan het publiek door een omroeporganisatie in de zin van artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG²¹.

Het Hof Van Justitie verklaarde in haar arrest van 19 november 2015 dan ook voor recht:

“Artikel 3, lid 1, van 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 moet aldus worden uitgelegd dat een omroeporganisatie geen mededeling aan het publiek in de zin van deze bepaling doet wanneer zij haar programmadrage signalen uitsluitend aan de distributeurs van signalen doorgeeft zonder

¹⁸ Kh. Brussel, 17 mei 2013.

¹⁹ Volgens een RECHTHEBBENDE kreeg Sabam gelijk inzake een contractueel element van het geschil, hetgeen niets zegt over directe injectie.

²⁰ HvJ C-325/14, *SBS v. SABAM*, *Jur.*, I, 2015, 764.

²¹ Zie eerdere studie voor de Commissie:
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf.

dat die signalen tijdens en naar aanleiding van die doorgifte toegankelijk zijn voor het publiek, en die distributeurs de signalen vervolgens naar hun respectievelijke abonnees sturen, zodat deze de programma's kunnen bekijken, tenzij de tussenkomst van de betrokken distributeurs slechts louter een technisch middel is, hetgeen ter beoordeling staat van de verwijzende rechter."

Het Hof motiveerde dit antwoord door, in overwegende 15, te verwijzen naar een eerder arrest (het arrest Svensson) waarbij werd beslist dat het begrip "mededeling aan het publiek" twee cumulatieve elementen omvat: een "handeling bestaande in een mededeling" van een werk en de mededeling ervan aan een "publiek".

Elke doorgifte van beschermde werken valt onder het begrip "handeling bestaande in een mededeling". Daarnaast moet elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk via een specifieke technische methode, individueel door de auteur worden toegestaan. Het Hof beslist dan ook dat de handelingen van SBS wel degelijk handelingen zijn bestaande in mededelingen.

Daarbij is nog niet voldaan aan de voorwaarde dat de werken moeten worden meegedeeld aan een "publiek". Het Hof beschouwt dit publiek als een onbepaald aantal potentiële kijkers en dit impliceert een vrij groot aantal personen. In casu hebben potentiële kijkers nog geen toegang tot de meegedeelde werken aangezien de signalen slechts ter beschikking van bepaalde distributeurs worden gesteld. Bijgevolg is er niet voldaan aan de twee cumulatieve elementen van een mededeling aan het publiek.

Het Hof merkt wel op dat, bij directe injectie, het niet kan worden uitgesloten dat (onder omstandigheden) de abonnees van de distributeurs kunnen worden aangemerkt als het publiek waarvoor de oorspronkelijke doorgifte van de omroeporganisatie is bestemd. De distributeurs zelf maken immers geen deel uit van dat publiek, waardoor de abonnees geen nieuw publiek zijn aangezien de abonnees onrechtstreeks ook worden beoogd door de omroeporganisatie. Bijgevolg is er slechts één publiek: de abonnees van de distributeurs.

Het Hof verwijst vervolgens, in overwegenden 30 tot en met 33, naar het Airfield-arrest waarbij een ondernemer, met een zelfstandige en winstgevende activiteit in de vorm van de distributie van uitgezonden werken aan abonnees, niet altijd slechts technische middelen levert om de ontvangst van een oorspronkelijke uitzending te faciliteren. Toch sluit het Hof niet uit dat een distributeur zuiver technisch kan opereren en dus niet autonoom is ten opzichte van de omroeporganisatie. Als dit laatste het geval is, zijn de abonnees van de distributeur aan te merken als het beoogde publiek van de mededeling door de omroeporganisatie. Dan is alleen deze omroeporganisatie verplicht om voorafgaandelijke toestemming van rechthebbenden te bekomen.

d) TELENET

Op 12 april 2011 werd door de rechtbank van koophandel te Mechelen uitspraak gedaan in een geding dat door Telenet ingeleid werd tegen 11 collectieve beheersorganisaties. Ook hier kwamen vragen aan de orde betreffende het bestaan van één of twee auteursrechtelijke handelingen in geval van directe injectie en wie er dan verantwoordelijk is voor de mededeling van beschermde werken aan het publiek.

Telenet voerde aan dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt en tevens slechts één auteursrechtelijk relevante handeling omvat. Bijgevolg zou Telenet geen kabeldoorgifte- of andere auteursrechten verschuldigd zijn aan eender welke beheersvennootschap. De rechtbank onderzocht vervolgens of er bij directe injectie één of twee auteursrechtelijk relevante handelingen plaatsvinden. Er werd daarbij geoordeeld dat artikel 52 van de Auteurswet en artikel 11bis van de Conventie van Bern niet van toepassing zijn bij directe injectie omdat er geen primaire openbaarmaking is die gevolgd wordt door een tweede openbaarmaking. Kortom, bij directe injectie is er dus maar één mededeling aan het publiek. Er is, volgens de rechtbank, dan ook geen sprake van een kabeldoorgifte aangezien de signalen die de omroepen aan de distributeurs ter beschikking stellen op dat moment nog niet toegankelijk zijn voor het publiek. Het gaat immers om een beperkte kring van personen die de signalen enkel met professionele uitrusting kunnen ontvangen en dus niet om een onbepaald aantal kijkers. Telenet is dan ook geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd aan eender welke beheersvennootschap.

Op 4 februari 2013 gaat deze zaak naar het Hof van Beroep te Antwerpen waar het vonnis van de rechtbank te Mechelen hervormd wordt in die zin dat de directe injectie van programmadragerende signalen wel onder het regime van kabeldoorgiften valt²². Telenet zou, volgens het Hof, immers voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, via de kabel en aan het publiek, van een eerste uitzending van een televisieprogramma zorgen waarbij die uitzending voor ontvangst door het publiek bestemd was. Hierdoor ligt de verantwoordelijkheid voor kabeldoorgifrechten niet bij omroeporganisaties, maar bij de kabelmaatschappij. Het Hof van Beroep oordeelde eveneens dat dit tot gevolg had dat het collectief beheer van toepassing was, maar dat Telenet ook kan aantonen bevrijd te zijn omdat de toestemming reeds was verworven van de rechthebbenden, bijvoorbeeld in het kader van ARI-overeenkomsten.

Het duurt dan tot 30 september 2016 (zijnde na het SBS/Sabam-arrest geveld door het Hof van Justitie) vooraleer beslist wordt over de voorziening in cassatie. Het Hof van Cassatie vernietigt dan het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen voor wat betreft het luik directe injectie: *“Uit deze rechtspraak²³ volgt dat, afgezien van de vraag wie de rechten verschuldigd is, er in geval van directe injectie slechts sprake is van één mededeling aan het publiek, hetgeen de*

²² Het Hof van Beroep oordeelt echter wel dat er slechts één mededeling aan het publiek gebeurt bij directe injectie en dat deze mededeling in feite een kabeldoorgifte is die wordt gelijkgesteld met een primaire uitzending.

²³ Het Hof van Cassatie verwijst hierbij expliciet naar het arrest van het Europees Hof van Justitie in de zaak SBS Belgium tegen Sabam (C-325/14).

toepasselijkheid uitsluit van artikel 52 van de wet van 30 juni 1994 dat de doorgifte van een primaire uitzending aan een nieuw publiek veronderstelt.

De appelrechters stellen vast dat, te dezen, bij directie injectie “geen sprake is van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan [de eiseres] beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is,[...]” en dat “er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending”.

De appelrechters die vervolgens beslissen dat de eiseres “bij de directe injectie zorgt voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte door middel van de kabel aan het publiek van een eerste uitzending van een tv-programma die voor ontvangst van het publiek is bestemd” en dat “de directe injectie gedaan door de eiseres een kabeldoorgifte is in de zin van art. 52 Auteurswet 1994”, hetgeen inhoudt dat een zelfstandige handeling wordt gesteld waarmee het uitgezonden werk aan een nieuw publiek wordt medegedeeld, verantwoord en hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.”

Het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen werd dus, voor wat betreft directe injectie, verbroken en de zaak wordt verwezen naar het Hof van Beroep te Brussel.

Een GEBRUIKER haalt aan dat het Telenet-arrest en het SBS/Sabam-arrest volledig in lijn liggen van elkaar en dat geen van beide beslissingen zich uitspreken over de verantwoordelijkheid voor de unieke mededeling aan het publiek bij directe injectie. Het lijkt, volgens deze GEBRUIKER, beter om dit aan de rechtspraak over te laten, eerder dan aan de wetgever.

5) CONCLUSIE BETREFFENDE HET JURIDISCHE KADER INZAKE DIRECTE INJECTIE

Door de afwezigheid van een expliciete wettelijke regeling rond directe injectie en door uiteenlopende nationale rechtspraak, is er enige rechtsonzekerheid ontstaan over de auteursrechtelijke implicaties rond deze techniek.

Hierboven werd het wettelijk kader geschetst en werd er een overzicht gegeven van de belangrijkste Europese en nationale rechtspraak. Uit de analyse van deze rechtspraak blijkt dat er verscheidene hypothesen denkbaar zijn met het oog op de verdere auteursrechtelijke behandeling van de directe injectie van televisieprogramma's:

Hypothese 1: 2 mededelingen aan het publiek zonder doorgifte en verplicht collectief beheer

Er zijn twee mededelingen aan het publiek:

- eenmaal door de omroeporganisaties aan de kabeloperatoren (en eventueel/per definitie? parallel aan het algemeen publiek) en

- andermaal door de kabeloperatoren aan hun abonnees,

zonder dat de mededeling door de kabeloperator als een “doorgifte” met bijkomend verplicht beheer wordt gekwalificeerd. Hierdoor is tweemaal toestemming van de rechthebbenden vereist.

Discussie binnen de Raad voor de Intellectuele Eigendom

De FOD Economie verduidelijkt dat men met de uitdrukking “(en eventueel/per definitie? parallel aan het algemeen publiek)” de vraag wenst te stellen of het van belang is of parallel met de toezending van de programmadragende signalen van de omroeporganisatie naar de kabeloperator ook een mededeling aan het publiek wordt gedaan, om aan de eerste toezending de kwalificatie van mededeling aan het publiek te verlenen. Artikel 11bis, 2, (ii) van de Conventie van Bern voorziet immers in een exclusief recht voor de auteurs om toestemming te geven voor *eender welke mededeling aan het publiek via kabel of via “heruitzending” van de uitzending van hun werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie gebeurt dan de oorspronkelijke*, en aangezien deze eerste hypothese geïnspireerd is op artikel 11bis van de Conventie van Bern, wordt de vraag gesteld of het relevant is of parallel met de toezending van omroeporganisatie aan kabeloperator, een mededeling aan het algemene publiek wordt gedaan.

Een EXPERT verduidelijkt het bovenstaande door aan te halen dat de “heruitzending” van de uitzending van een werk volgens haar geen publieke mededeling veronderstelt. De tekst van de Conventie van Bern spreekt immers van een *transmission destinée au public*, waarbij het volstaat dat deze dus bestemd is voor het publiek. Men mag echter de autonome definitie van een kabeldoorgifte uit de SatKab-richtlijn niet linken aan artikel 11bis van de Conventie van Bern aangezien de richtlijn hier geenszins melding van maakt. Hierbij merkt de EXPERT op dat de richtlijn niet expliciet melding maakt van een vereiste van een voorafgaande mededeling aan het publiek, maar enkel van een *transmission*.

Een EXPERT vraagt zich af of de nationale wetgever ruimte zou hebben om directe injectie toch als een doorgifte te beschouwen indien directe injectie niet als een doorgifte wordt beschouwd door de Europese regelgeving en rechtspraak. De EXPERT vraagt zich af of dit, wat betreft het auteursrecht *sensu stricto*, wel verenigbaar is met het volledig geharmoniseerde Europese kader. Een GEBRUIKER repliceert dat het Hof van Cassatie dergelijke zienswijze al heeft verworpen.

De VOORZITSTER en een aantal RECHTHEBBENDEN besluiten dat de eerste hypothese onverenigbaar is met de huidige stand van de rechtspraak en wetgeving.

Hypothese 2: 2 mededelingen aan het publiek *met* systeem van doorgifte en verplicht collectief beheer

Volgens deze hypothese wordt de techniek van directe injectie van programma's aanzien als een "kabeldoorgifte" met het systeem van verplicht collectief beheer van kabeldoorgifrechten, zoals bepaald in richtlijn 93/83/EEG²⁴.

Discussie binnen de Raad voor de Intellectuele Eigendom

Een EXPERT haalt een verschil tussen de verschillende taalversies²⁵ van de relevante wetgeving aan, hetgeen zou kunnen wijzen op rechtsonzekerheid. De EXPERT vraagt zich nog af (zoals ook hierboven werd opgemerkt) wat er gebeurt als België directe injectie zou beschouwen als een kabeldoorgifte en de Europese Unie later (definitief) anders beslist. Een RECHTHEBBENDE geeft aan dat het mogelijk zou zijn om directe injectie te aanzien als een kabeldoorgifte, ook in de hypothese waarbij men er van uitgaat dat er slechts één mededeling aan het publiek gebeurt. De FOD Economie stelt dat dit eerder een subhypothese van hypothese 3 is en dat deze onverenigbaar lijkt met de huidige rechtspraak (zie verder).

Een GEBRUIKER haalt aan dat zowel de eerste als de tweede hypothesen juridisch onverdedigbaar zijn aangezien zij ingaan tegen een bindende beslissing van het HJEU in het SBS/Sabam-arrest die stelt dat de doorgifte van programma dragende signalen door omroepen aan kabeldistributeurs geen mededeling aan het publiek uitmaakt.

Een minderheid binnen de Raad pleit voor de tweede hypothese en verdedigt dat de meest eenvoudige oplossing voor de problematiek rond directe injectie bestaat in een verduidelijking van de definitie van een kabeldoorgifte, zodat directe injectie eronder valt. Een RECHTHEBBENDE onderbouwt dit op basis van het criterium dat de signalen uiteindelijk bestemd zijn voor het publiek en dat beide organismen (omroeporganisatie en kabeloperatoren) bij directe injectie beschermde werken exploiteren en elk op hun eigen markt opereren. Een RECHTHEBBENDE haalt echter aan dat dergelijke uitbreiding van de definitie van doorgifte via de kabel verder gaat dan een loutere verduidelijking inzake technologie-neutraliteit. Het zou ook ernstige gevolgen kunnen hebben voor de creatieve audiovisuele sector omdat deze oplossing in hogere vergoedingen zou resulteren. Hierdoor zou het voor omroeporganisaties financieel onmogelijk worden om nog grote investeringen te doen in lokale content. Een GEBRUIKER merkt op dat het de EU-lidstaten niet is toegelaten om het begrip "mededeling aan het publiek" ruimer te definiëren zodat het meer handelingen zou omvatten dan die waarop artikel 3, eerste lid van richtlijn 2001/29/EU betrekking heeft.

De tweede hypothese tracht dus het begrip "doorgifte" op Europees niveau te verduidelijken, maar dit kan op weinig bijval rekenen.

²⁴ Oftewel de artikelen XI.223 en volgende van het Wetboek Economisch Recht.

²⁵ Zo verwijst de NL-tekst van de definitie van "doorgifte via de kabel" in richtlijn 93/83/EG naar een uitzending, terwijl de Franse tekst spreekt van een "transmission". Hierbij wordt niet gespecificeerd of dit aan het publiek dient te gebeuren.

Hypothese 3: Er is slechts 1 mededeling aan het publiek.

Dan rest de discussie wie hier verantwoordelijk voor is en hoe deze gekwalificeerd wordt.

Recente Europese rechtspraak heeft getracht hier enigszins duidelijkheid rond te verschaffen. In het Airfield-arrest, dat handelde over mededelingen aan het publiek per satelliet, oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie dat: *“Artikel 2 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, moet aldus worden uitgelegd dat een aanbieder van een satellietpakket voor zijn interventie in de directe en de indirecte doorgifte van televisieprogramma’s als die welke in de hoofdingen aan de orde zijn, toestemming van de betrokken rechthebbenden moet verkrijgen, tenzij deze rechthebbenden met de betrokken omroeporganisatie zijn overeengekomen dat de beschermde werken ook via deze aanbieder aan het publiek worden meegedeeld, op voorwaarde dat, in dat laatste geval, de interventie van deze aanbieder deze werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk maakt.”*

Het aspect “nieuw publiek” lijkt hierbij een belangrijk element aangezien het Hof van Justitie, onder meer, overwoog dat ook de interveniërende operatoren van een platform dat satellietpakketten aanbiedt, het werk bereikbaar kunnen maken voor een nieuw publiek en dit zou verder gaan dan enkel fysieke installaties ter beschikking te stellen.

In het SBS/Sabam-arrest verklaarde het Hof van Justitie van de Europese Unie voor recht dat: *“Artikel 3, lid 1, van 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 moet aldus worden uitgelegd dat een omroeporganisatie geen mededeling aan het publiek in de zin van deze bepaling doet wanneer zij haar programmadragende signalen uitsluitend aan de distributeurs van signalen doorgeeft zonder dat die signalen tijdens en naar aanleiding van die doorgifte toegankelijk zijn voor het publiek, en die distributeurs de signalen vervolgens naar hun respectievelijke abonnees sturen, zodat deze de programma’s kunnen bekijken, tenzij de tussenkomst van de betrokken distributeurs slechts louter een technisch middel is, hetgeen ter beoordeling staat van de verwijzende rechter.”*

Daarmee lijkt het Hof van Justitie (en vervolgens het Hof van Cassatie in de Telenetzaak) het pleit te beslechten in de zin van hypothese 3, namelijk dat het bij directe injectie slechts om één mededeling aan het publiek gaat, maar dat de aan te wijzen verantwoordelijke partij (met betrekking tot die mededeling) onderworpen is aan de beoordeling van de feitenrechter. Het HJEU gaf in overwegenden 30 en volgende wel enkele indicaties terzake aan²⁶.

²⁶ HJEU arrest SBS – Sabam: *“(30) Het Hof heeft reeds geoordeeld dat de door een ondernemer als in casu aan zijn abonnees verrichte distributie van het uitgezonden werk een zelfstandige dienst vormt waarmee winst wordt beoogd, aangezien de abonnementsprijs door hen niet aan de omroeporganisatie, maar aan de ondernemer wordt betaald en niet voor eventuele technische prestaties verschuldigd is, maar voor de toegang tot de betrokken*

Ook het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 30 september 2016, via een verwijzing naar het SBS/Sabam-arrest, aangegeven dat directe injectie niet als kabeldoorgifte kan beschouwd worden. Daarmee geeft het Hof aan dat directe injectie, juridisch gezien, onder hypothese 3 valt. Op te merken valt dat het Hof van Cassatie uitspraak deed in een zaak waarbij artikel 52 van de Auteurswet (en per extensie richtlijn 93/83/EEG) de juridische grondslag was.

Discussie binnen de Raad voor de Intellectuele Eigendom

Deze derde hypothese wordt door de meerderheid binnen de Raad aangehangen, maar er worden verfijningen op voorgesteld. Zo wordt door een RECHTHEBBENDE voorgesteld om directe injectie te aanzien als één mededeling aan het publiek met 2 (of meer) operatoren én een systeem van collectief beheer. Dit voorstel kan op bijval rekenen, maar vereist verdere uitwerking. De FOD Economie vraagt zich dan ook af hoe rechthebbenden toestemming moeten geven en hoe er wordt geïdentificeerd wie de ene mededeling doet.

Een RECHTHEBBENDE is voorstander van het collectief beheer onder hypothese drie, maar stelt zich vragen met betrekking tot de mogelijkheid om dit collectief beheer op te leggen in nationale wetgeving, gelet op de Europese harmonisatie. Er wordt in dit verband opgemerkt dat een verplicht collectief beheer zou kunnen beschouwd worden als een beperking (cfr. *Soulier v. Doke*) van een exclusief recht.

Een andere RECHTHEBBENDE verwijst naar de eerder vermelde subhypothese waarbij hypothese 3 moet worden aangevuld met de betrokkenheid van 2 of meer operatoren. De vraag rijst dan echter of beide operatoren afzonderlijk, gedeeld, etc. verantwoordelijk zijn voor de ene mededeling aan het publiek. In dit kader merkt een RECHTHEBBENDE ook op dat derden kunnen interveniëren in het proces van directe injectie. Dan stelt zich de vraag of en in welke mate deze derden (mede)verantwoordelijk zijn, voor wat betreft auteurs- en naburige rechten, voor hun deel in het proces.

mededeling en daarmee tot de beschermde werken (zie naar analogie arrest Airfield en Canal Digitaal, C-431/09 en C-432/09, EU:C:2011:648, punt 80).

31 Een door een ondernemer verrichte doorgifte die plaatsvindt onder de in het voorgaande punt van het onderhavige arrest genoemde omstandigheden, is dus niet slechts een technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied mogelijk te maken of te verbeteren (zie naar analogie arrest Airfield en Canal Digitaal, C-431/09 en C-432/09, EU:C:2011:648, punt 79).

32 Toch valt niet uit te sluiten dat een distributeur geen autonome positie heeft ten opzichte van de omroeporganisatie en dat de door hem verrichte distributie zuiver technisch van aard is, zodat de tussenkomst van de distributeur slechts een technisch middel zou zijn in de zin van de rechtspraak van het Hof (zie met name arresten Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 194, en Airfield en Canal Digitaal, C-431/09 en C-432/09, EU:C:2011:648, punten 74 en 79).

33 Mocht dit het geval zijn, wat ter beoordeling van de verwijzende rechter staat, dan zouden de abonnees van de betrokken distributeurs kunnen worden aangemerkt als het relevante publiek van de door de omroeporganisatie verrichte mededeling, met als gevolg dat sprake zou zijn van „mededeling aan het publiek” door die omroeporganisatie.”

Een EXPERT en een GEBRUIKER merken op dat de steun voor de verfijnde versie van de derde hypothese voorbarig is aangezien er best kan worden gewacht op de economische studie. Het gaat namelijk om mogelijk aanzienlijke inkomsten en dus de economische realiteit. Ook over de verantwoordelijke partij(en) bij de ene mededeling aan het publiek bij directe injectie²⁷, is tot op heden nog geen definitieve uitspraak gedaan. Er wordt dus best gewacht op de afwikkeling van lopende zaken. Een EXPERT waarschuwt wel dat een juridisch kader niet louter aan de zaak van twee partijen mag opgehangen worden.

De VOORZITSTER besluit met de analyse dat de meerderheid binnen de Raad zich kan vinden in hypothese 3, mits verfijning of verduidelijking.

Algemene conclusie betreffende de 3 hypothesen

De Voorzitter besluit dat de vraag inzake welke hypothese het meest verkieslijk is, moeilijk kan beantwoord worden zonder inzicht in de economische impact van de verschillende oplossingen rond directe injectie. De FOD Economie verwijst naar de studie, die in volle uitvoering is, waarin het economisch aspect aan bod zal komen. Er wordt voorgesteld om de juridische hypothesen te beoordelen om dan het economisch kader eraan aan te passen.

Er wordt door verschillende RECHTHEBBENDEN een vierde hypothese voorgesteld, bestaande uit de status van directe injectie als zijnde één mededeling aan het publiek ten laste van de kabeldistributeur en dit in de vorm van een kabeldoorgifte. Een RECHTHEBBENDE verklaart dit door te stellen dat een doorgifte geen eerste mededeling aan het publiek vereist. Een EXPERT merkt op dat er in het midden wordt gelaten of er al dan niet verplicht collectief beheer bij deze hypothese komt kijken.

Een RECHTHEBBENDE stelt dat deze vierde hypothese zou ingaan tegen, onder meer, de uitspraak van het Hof van Cassatie in de Telenetzaak. Een andere RECHTHEBBENDE stelt dat die uitspraak ongegrond is door, onder andere, niet gebaseerd te zijn op de SatKab-richtlijn. Daarnaast wordt verduidelijkt dat de vierde hypothese zou stellen dat directe injectie één mededeling aan het publiek uitmaakt en dit via twee successieve operatoren en in de vorm van een doorgifte. Een GEBRUIKER voert aan dat er dan toch sprake is van twee mededelingen, hetgeen wordt gepareerd door de RECHTHEBBENDE met verwijzing naar het Airfield-arrest dat melding maakt van twee successieve operatoren.

De VOORZITSTER en een GEBRUIKER voeren aan dat deze vierde hypothese moeilijk verenigbaar is met het SBS/SABAM-arrest en na raadpleging van de Raad wordt besloten dat een meerderheid de derde hypothese blijft verkiezen (met eventuele verfijning of uitbreiding). Er wordt nota gemaakt van aangedragen subhypothesen van hypothese 3: het gaat om één mededeling aan het publiek, maar al dan niet in de vorm van een kabeldoorgifte.

²⁷ Volgens het SBS/Sabam-arrest.

6) MOGELIJKE IMPLICATIES OP ECONOMISCHE VERHOUDINGEN

Het juridische kader is een belangrijk element in het vinden van een oplossing voor het regime rond directe injectie. Daarnaast is er ook een onderliggende economische realiteit.

Derhalve rijst de vraag of er ten opzichte van de huidige situatie implicaties zijn voor de economische verhoudingen tussen de partijen, naargelang van de verschillende hypothesen:

Hypothese 1: 2 mededelingen aan het publiek zonder doorgifte en verplicht collectief beheer

Er zijn twee mededelingen aan het publiek:

- eenmaal door de omroeporganisaties aan de kabeloperatoren (en eventueel/per definitie (?) parallel aan het algemeen publiek) en
- andermaal door de kabeloperatoren aan hun abonnees,

zonder dat de mededeling door de kabeloperator als een “doorgifte” met bijkomend verplicht beheer wordt gekwalificeerd. Hierdoor is tweemaal toestemming van de rechthebbenden vereist.

Hypothese 2: 2 mededelingen aan het publiek *met* systeem van doorgifte en verplicht collectief beheer

De techniek van directe injectie van programma's wordt aanzien als een “kabeldoorgifte” waarbij het systeem van verplicht collectief beheer van kabeldoorgifrechten, zoals bepaald in richtlijn 93/83/EEG²⁸, van toepassing is.

Hypothese 3: Er is slechts 1 mededeling aan het publiek.

Dan rest de discussie wie hier verantwoordelijk voor is en hoe deze gekwalificeerd wordt.

Tijdens de vergadering wordt meermaals opgemerkt dat de economische realiteit niet van het juridische kader mag worden losgekoppeld. Een RECHTHEBBENDE stelt dat het actuele juridisch kader niet op de economische en technische realiteit past. Het is daarom niet correct om eerst het juridische kader te creëren en dit pas nadien af te stemmen op de economische realiteit. Andere RECHTHEBBENDEN beamen dat de juridische oplossing in het kader van directe injectie prioriteit moet verlenen aan een zo goed mogelijke aansluiting op de economische realiteit. Een GEBRUIKER haalt aan dat het efficiënter kan zijn om te wachten op de economische studie aangezien niemand nu een volledig beeld heeft van die economische realiteit. Daarnaast lijkt het ook opportuun om bepaalde rechtszaken af te wachten waarin nog

²⁸ Oftewel de artikelen XI.223 en volgende van het Wetboek Economisch Recht.

een definitieve uitspraak moet worden geveld. Er heerst echter enige verdeeldheid binnen de Raad inzake de beoordeling of het al dan niet opportuun is om deze rechtszaken af te wachten alvorens de problematiek rond directe injectie te beslechten.

De FOD Economie vat samen dat er ingevolge de vraag van de regering voor deze bijeenkomst een analyse werd gemaakt rond de techniek van directe injectie, en de juridische kwalificatie ervan. Er werd op basis van die analyse gevraagd of de Raad die analyse deelt. Hierbij bleek dat de derde hypothese op de meeste bijval kon rekenen, al stellen sommigen hier aanpassingen of verfijningen op voor. De vraag rest nu of en hoe er invloed zal zijn op geldstromen in de praktijk.

De VOORZITSTER besluit dat het mogelijks meer opportuun is om te kijken naar oplossingen met een draagvlak vanuit een economisch standpunt. Vervolgens kan bekeken worden of het juridisch kader dan nog standhoudt. De VOORZITSTER ziet wel een mogelijkheid om aan te dringen op een verduidelijking rond directe injectie in het licht van het voorstel dat op Europees niveau wordt uitgewerkt²⁹.

²⁹ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online-uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's.