

Hof van Cassatie van België

Arrest

I

Nr. C.14.0045.N

CODITEL, burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die haar activiteiten uitoefent onder de handelsnaam **NUMERICABLE**, met zetel te 1000 Brussel, Tweekerkenstraat 26,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Paul Alain Foriers en mr. Caroline De Baets, advocaten bij het Hof van Cassatie, beiden met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 149/20, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. **SOCIETE DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES**, afgekort **SACD**, vennootschap naar Frans recht, met zetel te 75009 Parijs (Frankrijk), rue Ballu 11bis,
2. **SOCIETE CIVILE DES AUTEURS MULTIMEDIAS**, afgekort **SCAM**, vennootschap naar Frans recht, met zetel te 75008 Parijs (Frankrijk), Avenue Velasquez 5,

3. **SOCIETE MULTIMEDIA DES AUTEURS DES ARTS VISUELS – MULTIMEDIA MAATSCHAPPIJ VAN DE AUTEURS VAN DE VISUELE KUNSTEN**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, afgekort SOFAM, met zetel te 1050 Brussel, Koninklijke Prinsstraat 87,

verweersters,

vertegenwoordigd door mr. Simone Nudelholc, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, waar de verweersters woonplaats kiezen,

in aanwezigheid van

1. **TELENET nv**, met zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4,

in bindendverklaring opgeroepen partij,

2. **BELGISCHE VERENIGING VAN AUTEURS, COMONISTEN EN UITGEVERS, SOCIETE BELGE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET EDITEURS**, afgekort SABAM, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1040 Brussel, Aarlenstraat 75-77,

in bindendverklaring opgeroepen partijen,

vertegenwoordigd door mr. Pierre Van Ommeslaghe, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 106, waar de in bindendverklaring opgeroepen partij woonplaats kiest,

3. **ASSOCIATION DE GESTION INTERNATIONALE COLLECTIVE DES OEUVRES AUDIO-VISUELLES**, afgekort AGICOA, vennootschap naar Zwitsers recht, met zetel te 1202 Genève (Zwitserland), rue Pestalozzi 1,

4. **AGICOA EUROPE BRUSSELS**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1000 Brussel, Kartuizersstraat 19/32,

5. **BEHEERS- EN BELANGENVENNOOTSCHAP VOOR AUDIOVISUELE PRODUCTEN – B.A.V.B.P. CABLE**, afgekort B.A.V.P., burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1000 Brussel, Kartuizersstraat 19C/30,

in bindendverklaring opgeroepen partijen,

vertegenwoordigd door mr. Simone Nudelholc, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, waar de in bindendverklaring opgeroepen partijen woonplaats kiezen,

6. **Christian CAUWE**, advocaat, met kantoor te 9051 Sint-Denijs-Westerm, Kerkwegel 1, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de vzw KONINKLIJKE VERENIGING DER BEELDENDE KUNSTENAARS VAN BELGIE, afgekort KVBKB,
7. **PLAYRIGHT**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, voorheen VERENIGING VOOR HET INNEN, HET VERDELEN EN DE VERDEDIGING VAN DE RECHTEN VAN DE VERTOLKENDE EN UITVOERENDE KUNSTENAARS, afgekort URADEX, met zetel te 1080 Sint-Jans-Molenbeek, Belgicalaan 14,

in bindendverklaring opgeroepen partij,

8. **SOCIETE DE L'INDUSTRIE MUSICALE – MUZIEKINDUSTRIE MAATSCHAPPIJ**, afgekort SIMIM, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3, bus 5,
9. **IMAGIA**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3, bus 5,

in bindendverklaring opgeroepen partijen,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de in bindendverklaring opgeroepen partijen woonplaats kiezen.

II

Nr. C.14.0217.N

TELENET nv, met zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Bergstraat 11, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. **BELGISCHE VERENIGING VAN AUTEURS, COMONISTEN EN UITGEVERS, SOCIETE BELGE DES AUTEURS, COMPOSITEURS et EDITEURS**, afgekort SABAM, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1040 Brussel, Aarlenstraat 75-77,

eerste verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Pierre Van Ommeslaghe, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 106, waar de eerste verweerster woonplaats kiest,

2. **PLAYRIGHT**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, voorheen VERENIGING VOOR HET INNEN, HET VERDELEN EN DE VERDEDIGING VAN DE RECHTEN VAN DE VERTOLKENDE EN UITVOERENDE KUNSTENAARS, afgekort URADEX, met zetel te 1080 Sint-Jans-Molenbeek, Belgicalaan 14,

tweede verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de verweerster woonplaats kiest,

3. **ASSOCIATION DE GESTION INTERNATIONALE COLLECTIVE DES OEUVRES AUDIO-VISUELLES**, afgekort AGICOA, vennootschap naar Zwitsers recht, met zetel te CH-1202 Genève (Zwitserland), rue Pestalozzi,

4. **AGICOA EUROPE BRUSSELS**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1000 Brussel, Kartuizersstraat 19/32,
5. **BEHEERS- EN BELANGENVENNOOTSCHAP VOOR AUDIOVISUELE PRODUCTEN**, afgekort BAVP, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1000 Brussel, Kartuizersstraat 19C/30,
6. **SOCIETE DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES**, afgekort SACD, société civile à capital variable (vertaald: burgerlijke vennootschap met veranderlijk kapitaal), vennootschap naar Frans recht, met zetel te 75009 Parijs (Frankrijk), rue Ballu 11bis,
7. **SOCIETE CIVILE DES AUTEURS MULTIMEDIAS**, afgekort SCAM, société civile à capital variable, (vertaald: burgerlijke vennootschap met veranderlijk kapitaal), vennootschap naar Frans recht, met zetel te 75008 Parijs (Frankrijk), Avenue Velasquez 5,
8. **SOCIETE MULTIMEDIAS DES AUTEURS ET DES ARTS VISUELS, MULTIMEDIA MAATSCHAPPIJ VAN DE AUTEURS VAN DE VISUELE KUNSTEN**, afgekort SOFAM, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1050 Elsene, Koninklijke Prinsstraat 87,

derde tot achtste verweersters,

vertegenwoordigd door mr. Simone Nudelholz, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, waar de verweersters woonplaats kiezen,

9. **Christian CAUWE**, advocaat, met kantoor te 9051 Sint-Denijs-Westrem, Kerkwegel 1, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de vzw KONINKLIJKE VERENING DER BEELDENDE KUNSTENAARS VAN BELGIE, afgekort KVBKB,

negende verweerder,

10. **SOCIETE DE L'INDUSTRIE MUSICALE – MUZIEKINDUSTRIE MAATSCHAPPIJ**, afgekort SIMIM, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3, bus 5,

11. **IMAGIA**, burgerlijke vennootschap onder de vorm van een cvba, met zetel te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3, bus 5,

tiende en elfde verweersters,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de verweersters woonplaats kiezen,

in aanwezigheid van

CODITEL, burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die haar activiteiten uitoefent onder de handelsnaam NUMERICABLE, met zetel te 1000 Brussel, Tweekerkenstraat 26,

in bindendverklaring opgeroepen partij,

vertegenwoordigd door mr. Paul Alain Foriers en mr. Caroline De Baets, advocaten bij het Hof van Cassatie, beiden met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 149/20, waar de in bindendverklaring opgeroepen partij woonplaats kiest.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 4 februari 2013.

Sectievoorzitter Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Christian Vandewal heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

In de zaak C.14.0045.N doet de eiseres bij akte neergelegd ter griffie op 23 september 2014 afstand van haar cassatieberoep.

In de zaak C.14.0217.N voert de eiseres in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

A. Voeging

1. De cassatieberoepen zijn gericht tegen hetzelfde arrest zodat zij gevoegd moeten worden.

B. Zaak C.14.0045.N

2. Akte van de afstand dient te worden verleend, evenals van het akkoord nopens de kosten.

C. Zaak C.14.0217.N

Eerste middel

Eerste onderdeel

Ontvankelijkheid

3. De eerste verweerster, evenals de derde tot en met de achtste verweersters voeren aan dat het onderdeel niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang: de beslissing van de appelrechters dat de eiseres verantwoordelijk is voor het toegankelijk maken van de beschermde werken, is naar recht verantwoord door de overweging dat de eiseres “*geen louter doorgeefluik*” is, “*diverse pakketten [samenstelt]*” en “*diverse mogelijkheden in[houdt]*”. Ook al zou het juist zijn dat er geen sprake is van kabeldoorgifte in de zin van artikel 1, lid 3, van de 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, vindt die beslissing een voldoende wettelijke grondslag in artikel 1, § 1, 4°, Auteurswet, zoals de eerste verweerster het stelt, of in deze richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 11*bis*, lid 1, 2°, van de Conventie van Bern en met artikel 3, lid 1, van de 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, zoals de derde tot en met de achtste verweersters het stellen.

4. De appelrechters oordelen:

“Telenet zorgt bij directe injectie voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van de kabel, aan het publiek, van een eerste uitzending, van een televisieprogramma die voor ontvangst van het publiek bestemd is.

Directe injectie is een kabeldoorgifte. Gelet op de wettelijke bepalingen is de toestemming van de rechthebbenden vereist. [...]

De vordering van Telenet die - tussen partijen - ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11.1 Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat Telenet bij directe injectie geen kabeldoorgifterechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de inzake zijnde beheersvennootschappen, wordt in hoger beroep afgewezen.”

5. De voorgestelde substituties van motieven strekken dus in werkelijkheid ertoe een bestreden beschikking door een andere te vervangen.

De gronden van niet-ontvankelijkheid van het onderdeel moeten worden verworpen.

Gegrondeid

6. Artikel 1, lid 3, van voormelde richtlijn 93/83/EEG van 27 september 1993 bepaalt dat 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.

Artikel 52 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, die de omzetting is van voormelde bepaling, bepaalt dat 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 radio-programma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn.

7. Uit de aldaar gebruikte term “doorgifte” en uit de Franse (“*retransmission*”), Duitse (“*Weiterverbreitung*”), Engelse (“*retransmission*”), Italiaanse (“*ritrasmissione*”) en Spaanse (“*retransmisión*”) taalversies van de richtlijn, volgt kennelijk dat “doorgifte via de kabel” van een “eerste uitzending” in de zin van die bepalingen een primaire uitzending aan het publiek veronderstelt, die via de kabel heruitgezonden wordt.

Een prejudiciële vraag desbetreffend dient gelet op het kennelijk karakter van de regel niet te worden gesteld.

8. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bij arrest van 19 november 2015 in de zaak SBS Belgium tegen Sabam - C-325/14 - voor recht verklaard: “*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 omroepmaatschappij 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*”.

Het Hof van Justitie overwoog hierbij:

“*22. In een situatie als in het hoofdgeding geeft de betrokken omroeporganisatie, zoals duidelijk blijkt uit de prejudiciële vraag, de programmadragende signalen evenwel door aan bepaalde individuele distributeurs zonder dat potentiële kijkers daar toegang toe kunnen hebben.*”

23. *De werken die worden doorgegeven door een omroeporganisatie als in het hoofdgeding, worden dus niet meegedeeld aan het “publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, maar wel aan bepaalde individuele ondernemers.*

24. *Vanwege het – in punt 15 van het onderhavige arrest in herinnering geroepen – cumulatieve karakter van de twee wezenskenmerken van een mededeling aan het publiek, valt de door een omroeporganisatie als in het hoofdgeding verrichte doorgifte in beginsel niet onder het begrip “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 omdat niet is voldaan aan de voorwaarde dat de beschermde werken worden meegedeeld aan een publiek.*

25. *Niettemin kan niet van meet af worden uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden abonnees van distributeurs als die in het hoofdgeding, kunnen worden aangemerkt als het “publiek” waarvoor de oorspronkelijke doorgifte van de omroeporganisatie bestemd is.*

26. *Om te beginnen staat vast dat distributeurs als in casu, anders dan instanties en bedrijven als de hotels in de zaken die hebben geleid tot de arresten SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764) en Phonographic Performance (Ireland) (C-162/10, EU:C:2012:141), in geen geval deel zijn van dat publiek.*

27. *Hieruit volgt dat de abonnees voor wie de door de betrokken distributeurs verrichte doorgifte bestemd is, bij voorbaat niet kunnen worden aangemerkt als een “nieuw”, niet met de oorspronkelijke mededeling van de omroeporganisatie beoogd, publiek (zie a contrario arrest SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punt 40).*

28. *Derhalve is in het hoofdgeding slechts sprake van één “publiek”, namelijk het publiek dat wordt gevormd door de optelsom van de abonnees van de distributeurs.*

29. *In dit verband volgt uit de bewoordingen van de vraag, zoals gesteld door de verwijzende rechter, dat de abonnees de televisieprogramma's kunnen bekijken door tussenkomst van die distributeurs.*

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 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”.

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

10. De appelrechters stellen vast dat, te dezen, bij directe 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”.

11. 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, verantwoorden hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

12. De overige voorgestelde prejudiciële vragen zijn niet dienstig ter oplossing van het voor het Hof aanhangig geding.

Overige grieven

13. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Voegt de zaken gekend onder de rolnummers C.14.0045.N en C.14.0217.N.

Verleent akte van de afstand in de zaak C.14.0045.N en van het akkoord van partijen nopens de kosten.

Bepaalt de kosten in de zaak C.14.0045.N voor de eiseres op 5.770,20 euro, voor de verwerende partijen en de derde, vierde en vijfde in bindendverklaring opgeroepen partijen op 464,27 euro, voor de tweede in bindendverklaring opgeroepen partij op 305,07 euro en voor de achtste en negende in bindendverklaring opgeroepen partij op 464,27 euro.

Rechtdoende in de zaak C.14.0217.N, vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dit de hogere beroepen ontvankelijk verklaart en voor recht zegt dat “*de digitale kabeldoorgifte bij simulcastzendingen, met name uitzendingen waarbij een simultane, ongewijzigde en integrale gelijktijdige uitzending plaatsvindt van een analoog en digitaal signaal, geen nieuwe vorm van kabeldoorgifte uitmaakt*”.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Verklaart het arrest bindend voor de tot bindendverklaring opgeroepen partijen.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Brussel.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smetryns, en de raadsheren Koen Mestdagh, Bart Wylleman en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 30 september 2016 uitgesproken door sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal Christian Vandewal, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

K. Vanden Bossche

K. Moens

B. Wylleman

K. Mestdagh

A. Smetryns

B. Deconinck

VOORZIENING IN CASSATIE

5

10 Voor : De burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **CODITEL**, die haar activiteiten uitoefent onder de handelsnaam **NUMERICABLE**, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Tweekerkenstraat 26, en ondernemingsnummer 0403.107.452

eiseres tot cassatie,

15

bijgestaan door Meesters Paul Alain FORIERS en Caroline DE BAETS en vertegenwoordigd door eerstgenoemde, beiden advocaat bij het Hof van Cassatie, kantoor houdend te 1050 Brussel, Louizalaan 149/20, en waar keuze van woonplaats wordt gedaan.

20

25 Tegen : 1. De vennootschap naar Frans recht **SOCIETE DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES**, afgekort « **SACD** », société civile à capital variable (vertaald : burgerlijke vennootschap met veranderlijk kapitaal), ingeschreven in het handels- en vennootschappenregister te Parijs (F) onder nr. D784.406.936, met maatschappelijke zetel in Frankrijk, te 75009 Parijs, rue Ballu 11 *bis*, en met vestiging in België, te 1050 Elsene, Koninklijke Prinsstraat 87, en ondernemingsnummer 0413.411.129,

30

35 2. De vennootschap naar Frans recht **SOCIETE CIVILE DES AUTEURS MULTIMEDIAS**, afgekort « **SCAM** », société civile à capital variable, (vertaald : burgerlijke vennootschap met veranderlijk kapitaal), ingeschreven in het handels- en vennootschappenregister te Parijs (F), met maatschappelijke zetel in Frankrijk, te 75008 Parijs, Avenue Velasquez 5, en met vestiging in België, te 1050 Elsene, Koninklijke Prinsstraat 87, en ondernemingsnummer 0425.440.416,

40 3. De burgerlijke vennootschap onder vorm van een CVBA **SOCIETE MULTIME-
DIAS DES AUTEURS ET DES ARTS VISUELS, MULTIMEDIA MAAT-
SCHAPPIJ VAN DE AUTEURS VAN DE VISUELE KUNSTEN**, afgekort
"SOFAM", met maatschappelijke zetel te 1050 Elsene, Koninklijke-
Prinsstraat, 87, en ondernemingsnummer 0419.415.330,

45 verweersters in cassatie,

In aanwezigheid van

50 1. De naamloze vennootschap **TELENET**, met vennootschapszetel te
2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, en ondernemingsnummer
0473.416.418 ;

55 2. De burgerlijke vennootschap onder de vorm van een CVBA **BELGI-
SCHE VERENIGING VAN AUTEURS, COMPONISTEN EN UITGE-
VERS, SOCIETE BELGE DES AUTEURS, COMPOSITEURS et
EDITEURS**, afgekort **SABAM**, met vennootschapszetel te 1040
Brussel, Aarlenstraat 75-77, en ondernemingsnummer 0402.989.270;

60 3. De vennootschap naar Zwitsers recht **ASSOCIATION DE GESTION
INTERNATIONALE COLLECTIVE DES OEUVRES AUDIO-
VISUELLES**, afgekort **AGICOA**, met vennootschapszetel in Zwitser-
land, te 1202 Genève, rue Pestalozzi 1, ingeschreven in het Zwitsers
65 register der rechtspersonen onder nr. ch-660-01-84-984-7 ;

70 4. De CVBA **AGICOA BELGIUM**, met vennootschapszetel gevestigd te
1000 Brussel, Kartuizerstraat 19 C/30, en ondernemingsnummer
0426.385.274;

75 5. De burgerlijke vennootschap onder de vorm van een CVBA **BE-
HEERS- EN BELANGENVENNOOTSCHAP VOOR AUDIOVISUELE
PRODUCTEN**, afgekort **BAVP**, met vennootschapszetel gevestigd
te 1000 Brussel, Kartuizerstraat 19/30, ingeschreven in de K.B.O.
onder nr. 0456.222.078;

6. De heer **Christian CAUWE**, advocaat te 9051 Sint-Denijs-Westrem,
Kerkwegel 1, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de vzw **KO-
NINKLIJKE VERENIGING DER BEELDENE KUNSTENAARS
VAN BELGIE**, afgekort **KVBKB**, met zetel gevestigd te 9000 Gent,

80 Familie Van Rysselberghedreef, 2B, en ondernemingsnummer
0408.088.007, hiertoe aangesteld bij beslissing van de algemene
vergadering van 7 oktober 2011 ;

85 7. De burgerlijke vennootschap onder de vorm van een CVBA **VER-
ENIGING VOOR HET INNEN, HET VERDELEN EN DE VERDEDI-
GING VAN DE RECHTEN VAN DE VERTOLKENDE EN UITVOE-
RENDE KUNSTENAARS, afgekort URADEX**, waarvan de bena-
ming bij buitengewone algemene vergadering van 20 juni 2011 is
gewijzigd in **PLAYRIGHT**, met vennootschapszetel gevestigd te 1080
90 Sint-Jans-Molenbeek, Belgicalaan 14, en ondernemingsnummer
0440.736.227;

95 8. De burgerlijke vennootschap onder de vorm van een CVBA **SOCIE-
TE DE L'INDUSTRIE MUSICALE – MUZIEKINDUSTRIE MAAT-
SCHAPPIJ, afgekort SIMIM**, met vennootschapszetel te 1200 Sint-
Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3-5, en ondernemingsnummer
0455.701.446;

100 9. De burgerlijke vennootschap onder de vorm van een CVBA **IMAGIA**,
met vennootschapszetel te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein
3-5, en ondernemingsnummer 0456.381.634 ;

105 partijen opgeroepen in gemeen- en bindendverklaring van het tussen te
komen arrest.

110 Aan de Heren Eerste Voorzitter en Voorzitter van het Hof van cassatie,

Aan de Dames en Heren Raadsheren in het Hof van cassatie.

Hooggeachte Dames en Heren,

115 Eiseres tot cassatie heeft de eer aan Uw beoordeling te onderwerpen het op tegenspraak
tussen partijen gewezen arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, eerste kamer, van
4 februari 2013 (rolnummers 2011/AR/1523, 2545, 2546, 2578 en 2582).

120

VOORWERP VAN HET GESCHIL EN VOORAFGAANDE PROCEDURE

1.

125 Het geschil betreft de zogenaamde “*directe injectie*” van radio - en voornamelijk televisie-
programma’s op kabelnetwerken, waarbij de programma’s (“*programmadragende signa-
len*”) rechtstreeks door de omroepen aan de kabelmaatschappijen worden overgemaakt
om via de kabelnetwerken aan de kabelabonnees te worden verdeeld.

130 Volgens de meeste collectieve beheersvennootschappen voor auteurs- en naburige rech-
ten (waaronder huidige verweersters) maakt dit een kabeldoorgifte uit in de zin van artikel
52 van de Auteurswet, zodat bij toepassing van artikel 53 van dezelfde wet, de kabel-
maatschappijen aan de collectieve beheersvennootschappen een vergoeding (rechten)
verschuldigd zouden zijn.

135 De kabelmaatschappijen (waaronder huidige eiseres) zijn daarentegen van oordeel:

140 1) dat directe injectie geen kabeldoorgifte in de zin van artikel 52 van de Auteurswet
uitmaakt omdat bij directe injectie, in tegenstelling tot bij de traditionele kabeldis-
tributie doe door voormelde bepaling is geïmagineerd, er slechts één mededeling aan
het publiek plaatsvindt en dus geen “*eerste primaire*” publieke uitzending met een
daaropvolgende tweede mededeling aan het publiek (d.i. (er is dus geen “*eerste*
primaire” maar een enige mededeling aan het publiek: eerste aspect), en

145 2) dat de kabelmaatschappijen bij deze enige mededeling aan het publiek geen toe-
lating vanwege de titularissen van auteurs- en naburige rechten moeten verkrij-
gen en hen bijgevolg geen vergoeding (rechten) verschuldigd zijn, nu hun tus-
senkomst de werken en prestaties niet toegankelijk maken voor een ander pu-
blik dan het publiek waarvoor de omroepen zelf reeds toelating van deze titula-
rissen verkregen en waarvoor ze vergoeding betalen (er is dus geen “*nieuw*” pu-
blik: tweede aspect).

155 De voormelde vraag betreffende het auteursrechtelijk statuut van directe injectie verdeelt
de rechtspraak. Hoewel de regel waarvan de beheersvennootschappen toepassing vra-
gen haar oorsprong vindt in een Europese Richtlijn (93/83 van 27 september 1993, arti-
kelen 1, § 3, en 8 t/m 12) en ook Richtlijn 2001/29 van 22 mei 2001 (art. 3, § 1) (“*Informa-
tiemaatschappij*”) aan de orde is, sprak het Hof van Justitie van de Europese Unie zich
hierover nog niet uit.

2.

160 Naast de zaak die tot het thans bestreden arrest heeft geleid, is er nog een zaak han-
 165 gende voor het Hof van Beroep te Brussel m.b.t. een geschil tussen eiseres en de drie
 verweersters SACD, SCAM en SOFAM, eveneens m.b.t. onder meer directe injectie.

Verwijzende naar de verdeeldheid van de rechtspraak over het auteursrechtelijk statuut
 165 van de directe injectie, wierp de rechtbank van koophandel te Brussel (17^{de} kamer), bij
 vonnis van 29 januari 2013 (A.R. 5865/11), de vraag op naar de noodzaak om terzake
 een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie te stellen en besliste zij tot her-
 opening der debatten. SACD, SCAM en SOFAM tekenden tegen dit vonnis hoger beroep
 aan, zodat er momenteel geen prejudiciële vraag meer aan de orde is.

170

3.

De zaak die tot het thans bestreden arrest heeft geleid, betreft een geschil tussen TE-
 LENET, een kabelmaatschappij zoals eiseres, en een aantal collectieve beheersvennoot-
 schappen voor auteurs- en naburige rechten, waaronder verweersters SACD, SCAM en
 175 SOFAM, met betrekking tot drie betwiste aspecten van de kabeldistributie, met name:

- 1) de digitale kabeldoorgifte bij simulcast uitzendingen;
- 2) de directe injectie; en
- 3) de doorgifte van programma's van omroepen met wie TELENET een "alle rech-
 180 ten inbegrepen" of "rechtenvrije" overeenkomst heeft afgesloten.

In die procedure nam TELENET zelf het initiatief om de beheersvennootschappen te
 dagvaarden teneinde voor recht te horen verklaren dat zij in deze drie situaties geen
 rechten voor doorgifte via kabel of andere auteursrechten verschuldigd is. Huidige cassa-
 185 tievoorziening betreft de voormelde zaak, beperkt tot het punt van de directe injectie.

Wat de directe injectie betreft, werd in eerste aanleg, bij vonnis van 12 april 2011, als
 volgt beslist:

190 *"De rechtbank zegt voor recht dat in de betwistingen tussen enerzijds TELENET en
 anderzijds AGICOA, AGICOA Belgium, BAVP, URADEX, SACD, SCAM, SOFAM,
 SIMMIM, IMAGIA, KVBKB en SABAM :*

- [...];
- 195 - *een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in
 de zin van artikel 52 auteurswet (artikel 11bis. 1.2° Conventie van Bern) en
 slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met
 name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 auteurswet (artikel 3
 richtlijn informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern), zodat TE-*

200 *LENET bij directe injectie geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de vermelde beheersvennootschappen;*

- [...];

205 - *TELENET geen auteursrechtelijke inbreuk begaat door omroepprogramma's te verspreiden die 1) [...] 2) direct in kabel worden geïnjecteerd, en/of 3) [...], en bijgevolg de toestemming van de vermelde beheersvennootschappen in deze situaties niet vereist is."*

4.

210 Tegen voormeld vonnis stelden de beheersvennootschappen hoger beroep in (vijf afzonderlijke verzoekschriften en dus vijf rolnummers).

215 Gelet op het belang van de vraag naar het auteursrechtelijk statuut van de directe injectie, diende eiseres op 24 februari 2012 een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst in ter ondersteuning van de argumentatie van TELENET op dat punt. De vrijwillige tussenkomst van eiseres tot cassatie werd ontvankelijk verklaard (pp. 39-40, randnr. 4.4. van het bestreden arrest).

Bij het thans bestreden arrest van 4 februari 2013 besliste het Hof van Beroep te Antwerpen, wat betreft de directe injectie, als volgt (pp. 46-51, randnr. 4.7.4) :

220

225 *" De vordering van TELENET die – tussen partijen – ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11.1. Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1. Conventie van Bern) zodat TELENET bij directe injectie geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de inzake zijnde beheersvennootschappen, wordt in hoger beroep afgewezen.*

230

Het bestreden vonnis wordt hervormd". (bestreden arrest, p. 50).

235 De oorspronkelijke vordering en tussenvordering van Telenet wat betreft de directe injectie werd dus afgewezen en partijen werden uitgenodigd om verder te concluderen over de bedragen die TELENET aan de beheersvennootschappen is verschuldigd (z. *dictum* pp. 55-56 van het bestreden arrest).

5.

240 Met het hiernavolgend cassatiemiddel komt eiseres op tegen voormelde beslissing over de door eiseres ondersteunde vorderingen van Telenet jegens SACD, SCAM en SOFAM m.b.t. de directe injectie.

245 De directe injectie ten aanzien van de naburige rechten waarvan de titularissen door andere beheersvennootschappen zijn vertegenwoordigd wordt niet besproken, hoewel de terzake geldende principes dezelfde zijn, nu de wetsbepalingen wat het exclusief recht tot mededeling aan het publiek betreft inhoudelijk dezelfde zijn (artikelen 35, §1, derde lid, en 39, § 1, vierde lid van de Auteurswet van 30 juni 1994) en de bepalingen inzake kabeldoorgifte gemeen zijn aan het auteursrecht en de meeste naburige rechten (artikelen 250 51, 52, 53, §§ 1 en 2, en 54 van dezelfde wet) (de naburige rechten van de omroeporganisaties daarentegen zijn aan bijzondere regels onderworpen: artikelen 44 en 53, § 3, van dezelfde wet).

6.

255 Er weze opgemerkt dat eiseres in haar verzoekschrift tot tussenkomst in hoger beroep *expressis verbis* enkel het hoger beroep van SACD, SCAM, en SOFAM tegen TELENET viseerde, weliswaar met vermelding van een verkeerd rolnummer (2011/AR/2545 i.p.v. 2011/AR/2546). Die materiële vergissing is in het arrest overgenomen onder de opsomming van de zaken en partijen (pp. 4-8), doch uit het arrest p. 46, randnr. 4.7.4.1. *in fine*, blijkt dat de appelrechters wel degelijk begrepen hebben dat de vrijwillige tussenkomst 260 van eiseres betrekking had op het hoger beroep van de drie verweersters op het punt van de directe injectie.

Wegens de samenvoeging van de hogere beroepen door de appelrechters heeft eiseres evenwel belang om het tussen te komen cassatiearrest gemeen en bindend te horen ver- 265 klaren aan alle hierboven te dien einde opgeroepen partijen.

ENIG MIDDEL**Geschonden wetsbepalingen**

270

- artikel 149 van de Grondwet,
- de artikelen 11, § 1, 2°) en 11*bis*, § 1, 2°) van de Conventie van Bern van 9 september 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals herzien te Parijs op 24 juli 1971, goedgekeurd bij Wet van 25 maart 1999 (hierna “Conventie van Bern”)

275

- artikel 1, § 3, van de Richtlijn 93/83/EG van de Raad (van de Europese Gemeenschappen) van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satelliet-omroep en de doorgifte via de kabel (hierna “Satelliet- en Kabelrichtlijn”)

280

- artikel 3, § 1, van de Richtlijn 2001/29 van het Europees Parlement en de Raad (van de Europese Unie) van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna “Richtlijn Informatiemaatschappij”)

285

- de artikelen 1, § 1, lid 4, en 52 van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (hierna “Auteurswet”), artikel 1 zoals gewijzigd door artikel 2, b) van de Wet van 22 mei 2005 houdende de omzetting in Belgisch recht van de Europese Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

290

Aangevochten beslissing

295

Het bestreden arrest wijst de oorspronkelijke vordering en tussenvordering van TELENET af als ongegrond waar deze ertoe strekten te zeggen voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 van de Auteurswet (artikel 11*bis*, § 1, 2° Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 van de Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern) waardoor TELENET geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten aan verweersters (of andere beheersvennootschappen zoals de in gemeen- en bindendverklaring opgeroepen partijen *sub 2 t/m 9*) verschuldigd zou zijn.

300

305

Het bestreden arrest beveelt vervolgens de heropening der debatten om TELENET toe te laten zich op de concrete vorderingen van de inzake zijnde beheersmaatschappijen te verweren en om de “*kabelmaatschappijen*” (men leze de beheersmaatschappijen), waaronder verweersters, toe te laten te preciseren voor welke uitzendingen zij aanspraak maken rechten en deze nauwkeurig te becijferen.

310 Het bestreden arrest motiveert de afwijzing van de vorderingen van TELENET m.b.t. de directe injectie als volgt (pp. 46-50 van het bestreden arrest) :

“4.7.4. *Directe injectie*

315 4.7.4.1. *TELENET vordert te verklaren voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11bis, § 1, 2° Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij*
320 *en artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat TELENET geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de beheersverenigingen.*

Dienvolgens, vraagt zij, vast te stellen dat [verweersters en de in gemeen- en bindendverklaring opgeroepen partijen sub 2 t/m 9] niet kunnen optreden wat de directe geïnjecteerde omroepen betreft, en vraagt zij om hun tegenvorderingen onontvankelijk te verklaren.

325

[Eiseres], de vrijwillig tussenkomende partij, ondersteunt de argumentatie en het standpunt van TELENET. Zij kan zich volledig vinden in het bestreden vonnis. Zelf is zij in een zaak betrokken met [verweersters] voor de rechtbank van koophandel te Brussel. Zoals hiervoor reeds vermeld, is zij enkel ter ondersteuning van TELENET vrijwillig tussengekomen in hoger beroep.

330

4.7.4.2. *Eén of twee handelingen ?*

335 *Partijen blijven betwisting voeren over de vraag of bij een directe injectie er al dan niet sprake is van één dan wel twee auteursrechtelijk relevante handelingen.*

Het hof oordeelt als volgt :

340 *Bij directe injectie sluit de omroep zich rechtstreeks aan op het netwerk van één of meerdere kabelmaatschappijen. Het omroepprogramma wordt niet eerst via de ether of satelliet uitgezonden en heruitgezonden via de kabel. De oorspronkelijke uitzending vindt plaats via het kabelnet.*

345

350 Bij "directe injectie" is er geen sprake van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan TELENET beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen voor het decoderen niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn.

355 Vermits het ter beschikking gesteld signaal niet voor het publiek toegankelijk is, maakt dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending en daaropvolgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending.

360 De eerste rechter oordeelde terecht (met verwijzing naar rechtspraak H.v.J. 14 juli 2005 (C-192/04), <http://eur-lex.europa.eu>) dat een beperkte kring van personen die signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd. Een publiek moet uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers zijn samengesteld.

365 In dit verband kan nog verwezen worden naar het arrest van het gerechtshof te 's Gravenhage van 10 april 2012 (zaak nummer 200.036.425/01), waar ook – met verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (onder meer het arrest "Hoteles", "Lagardère") – werd geoordeeld dat onder "publiek" dient te worden verstaan: "een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers".

370 In geval van "directe injectie" is er geen eerste primaire uitzending en een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte door TELENET. Er zijn met andere woorden geen twee auteursrechtelijke relevante handelingen.

375 Artikel 11.1 van de Conventie van Bern van 24 juli 1971 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst bepaalt: "Auteurs van toneelwerken, dramatische-muzikale werken en muziekwerken genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot: (1°) de openbare opvoering en uitvoering met alle middelen of werkwijzen; (2°) de openbare overbrenging met alle middelen van de opvoering en uitvoering van hun werken."

380 Artikel 11bis 1.2° van de Berner Conventie van 24 juli 1971 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst bepaalt: "Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot: ... (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".

385

Laatst aangehaald artikel verwijst naar een heruitzending door een andere organisatie dan dewelke de oorspronkelijke mededeling heeft verricht. De uitzending en heruitzending (of nog: secundaire uitzending) vereisen een publieke mededeling.

390

Zoals de eerste rechter terecht opmerkte ontvangt het publiek bij de “directe injectie” geen twee aparte mededelingen. Maar er is wel één mededeling en voor die mededeling is toestemming vereist.

395

In de door SIMIM/IMAGIA aangehaalde cassatierechtspraak (Cass. 8 oktober 1999, www.cass.be) was de context verschillend met onderhavig geschil.

Gelet op voorgaande is er bij directe injectie dus geen sprake van twee maar wel van één auteursrechtelijke handeling.

400

Het “Airfield-arrest”

Onder meer SIMIM/IMAGIA argumenteren dat de gelijkenissen van het Airfield-arrest met onderhavige zaak frappant zijn. Zij beweren dat TELENET het mogelijk maakt dat een nieuw publiek toegang krijgt tot de beschermde werken en ander beschermd materiaal, zodat zij de toestemming van de betrokken rechthebbenden moet verkrijgen.

405

TELENET is uiteraard een andere mening toegedaan.

410

Het kwestieuze arrest werd geveld nadat het bestreden vonnis in deze zaak was tussengekomen.

Het hof oordeelt als volgt:

415

Bij arrest van 13 oktober 2011 van het Hof van Justitie (<http://eurlex.europa.eu>) werd voor recht verklaard:

420

“Artikel 2 van richtlijn 93/82/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 kabel, moet aldus worden uitgelegd dat een aanbieder van een satellietpakket voor zijn interventie in de directe en indirecte doorgifte van televisieprogramma’s als die welke in de hoofdgedingen aan de orde zijn, toestemming van de betrokken rechthebbenden moet ver-

425 *krijgen, 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”.*

430 *Artikel 2 van genoemde richtlijn 93/83/EEG bepaalt: “Overeenkomstig de bepalingen van dit hoofdstuk kennen de Lid-Statens auteurs een uitsluitend recht toe de mededeling aan het publiek per satelliet van auteursrechtelijk beschermde werken toe te staan”.*

435 *[Eiseres] benadrukt terecht dat de feitelijke context waarbinnen het arrest tot stand kwam verschillend is met onderhavige zaak. In de zaak Airfield stelde het Hof van Justitie vast dat de programma’s reeds op een andere wijze aan het publiek werden openbaar gemaakt, afgezien van de kwestieuze interventie van Airfield die betrekking had op de doorgifte van de uitzendingen via satelliet.*

440

Hof van Justitie 13 oktober 2011:

445 *“45 Voorts moet met betrekking tot de feitelijke context van de prejudiciële vragen van meet af aan worden verduidelijkt dat de directe en de indirecte doorgifte van televisieprogramma’s niet de enige technieken van doorgifte van in het betrokken satellietpakket opgenomen programma’s zijn.*

*46 Deze programma’s worden immers ook buiten dat pakket door de omroeporganisaties uitgezonden op een wijze **waarop zij de kijkers rechtstreeks bereiken**, bijvoorbeeld via een vaste verbinding.*

450 *47 Deze indirecte en directe doorgifte komen dus **boven op deze uitzendwijzen** met de bedoeling het kijkerspubliek voor de betrokken uitzendingen te vergroten ...”*

455 *In het Airfield-arrest ging het om een secundaire uitgifte (de directe doorgifte kwam bovenop een uitzendwijze die toegankelijk was voor het publiek). De feitelijke context in het Airfield-arrest is dan ook verschillend met onderhavige zaak.*

460 *In onderhavig geval maakt de interventie van TELENET de werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk. Het programmadragende signaal dat aan TELENET wordt geleverd door de omroepen is immers niet voor het publiek bestemd, zodat er geen sprake is van een nieuw, ruimer publiek dat door TELENET zou worden bereikt.*

Principe

465

De vraag rijst wie bij directe injectie verantwoordelijk is voor de primaire uitzending via de kabel en wie de rechten hiervoor dient te regelen.

470

De eerste rechter oordeelde 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.

475

Het Hof oordeelt anders. TELENET is geen louter doorgeefluik. Zij stelt diverse pakketten samen en houdt diverse mogelijkheden in, zodat "een louter ter beschikking stellen" wordt overschreden.

480

Artikel 1 van de Auteurswet bepaalt: "§1 Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het op welke wijze of in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk te reproduceren of te laten reproduceren".

485

Dat recht omvat onder meer het exclusieve recht om toestemming te geven tot het bewerken of het vertalen van het werk.

Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht 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.

490

Alleen de auteur van een werk, van letterkunde of kunst heeft het recht de distributie van het origineel van het werk of van kopieën ervan aan het publiek, door verkoop of anderszins, toe te staan.

495

De eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Europese Gemeenschap van het origineel of een kopie van een werk van letterkunde of kunst door de auteur of met diens toestemming leidt tot uitputting van het distributierecht van dat origineel of die kopie in de Europese Gemeenschap.

500

Artikel 51 Auteurswet bepaalt: "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".

Artikel 52 Auteurswet bepaalt: "Onder doorgifte via 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,

505 ook per satelliet, van televisie- of radioprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn."

TELENET zorgt bij directe injectie voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van de kabel, aan het publiek, van een eerste uitzending,
510 van een televisieprogramma die voor ontvangst van het publiek bestemd is.

Directe injectie is een kabeldoorgifte. Gelet op de wettelijke bepalingen is de toestemming van de rechthebbenden vereist. Het bewijs van de toestemming kan gevraagd worden.

515

Alle overige argumentatie van partijen in dit verband, is niet van die aard om anders te oordelen.

De vordering van TELENET die – tussen partijen – ertoe strekt te horen zeggen
520 voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11.1. Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat TE-
525 LENET bij directe injectie geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de inzake zijnde beheersvennootschappen, wordt in hoger beroep afgewezen.

Het bestreden vonnis wordt hervormd."

530

NIET VERBODEN KOPIE

GrievensEerste onderdeel

535

1.

Om tot het besluit te komen dat de handelingen verricht door Telenet bij directe injectie een kabeldoorgifte uitmaken in de zin van artikel 52 van de Auteurswet (*“Directe injectie is een kabeldoorgifte”* : p. 50, midden) overweegt het bestreden arrest het volgende:

540

“Telenet zorgt bij directe injectie voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van de kabel, aan het publiek, van een eerste uitzending, van een televisieprogramma die voor ontvangst van het publiek bestemd is” (p. 50, al. 4).

545

2.

Deze overweging is een loutere weergave van artikel 52 van de Auteurswet, dat het begrip *“kabeldoorgifte”* definieert. Noch die overweging noch enige andere overweging van het arrest houden echter een toetsing in van die definitie aan de concrete feiten en handelingen van Telenet.

550

Zonder die toetsing is het besluit dat de door Telenet verrichte directe injectie een kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 van de Auteurswet niet wettig verantwoord (schending van artikel 52 van de Auteurswet), minstens is het niet voor wettigheidscontrole vatbaar en dus niet regelmatig gemotiveerd (schending van artikel 149 van de Grondwet).

555

3.

Bovendien is de boven vermelde overweging tegenstrijdig met andere overwegingen van het arrest, meer bepaald met de eerdere overwegingen waarin wordt vastgesteld dat er sprake is van één handeling nu:

560

- *“bij directe injectie (...) de oorspronkelijke uitzending [plaatsvindt] via het kabelnet”* (p. 46, voorl. al.);
- *“(...) er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending en daaropvolgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending”* (p. 47, al. 2);
- *“(...) er is geen primaire uitzending en een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte door TELENET”* (p. 47, al. 5).

565

570

De boven (onder punt 1) vermelde overweging daarentegen houdt de vaststelling in dat er bij directe injectie sprake is van “*een eerste uitzending*” die door Telenet wordt doorgegeven, wat het bestaan van twee afzonderlijke elementen of handelingen veronderstelt.

575

Welnu, het is tegenstrijdig om, enerzijds, vast te stellen dat er geen primaire uitzending is die Telenet daaropvolgend via de kabel doorgeeft en, anderzijds, vast te stellen dat Telenet door middel van de kabel een eerste uitzending doorgeeft. Met die tegenstrijdigheid in zijn motieven behept, is het arrest niet regelmatig gemotiveerd en schendt het bijgevolg artikel 149 van de Grondwet.

580

Tweede onderdeel

585 1.

In haar conclusie liet eiseres gelden dat de kabeldoorgifte in de zin van de artikelen 3, § 1, van de Kabel- en Satellietrichtlijn en 52 van de Auteurswet een eerste uitzending veronderstelt die voor ontvangst door het grote publiek bestemd is of die door het publiek kan worden ontvangen (p. 10, nr. 12, tweede en laatste al., en pp.10-11, nr. 13), terwijl dat bij directe injectie niet het geval is nu er “*geen “doorgifte” is van een “eerste uitzending” van programma’s bestemd voor het publiek in de zin van de Auteurswet en de Kabel- en Satellietrichtlijn, nu dergelijke eerste uitzending ontbreekt of omdat deze “uitzending” van het signaal door de omroep naar het kabelnetwerk op zich helemaal niet bestemd is voor het publiek (dit publiek is de uiteindelijke bestemming van de dienstverlening door de kabelmaatschappij, doch niet de bestemming van de uitzending door de omroep die hij in dit stadium niet eens kan opvangen)*” (p 15, nr. 14 (lees 16bis), laatste al., eerste streepje).

590

595

In dezelfde zin stelde Telenet in haar appelconclusies dat directe injectie niet onder de definitie van kabeldoorgifte van artikel 52 van de Auteurswet valt, nu er geen sprake is van een eerste uitzending van programma’s die direct, zonder tussenkomst van een derde, kunnen worden ontvangen door het publiek (derde en samenvattende beroepsconclusie, p. 51, nr. 63, in het bijzonder lid 3 en 4) en dit ongeacht de technische wijzen waarop omroepen de programmadragende signalen aan Telenet aanleveren, met name per satelliet aangeleverde (gecodeerde) signalen of via een ander technisch niet openbaar transportmiddel zoals een rechtstreekse glasvezelkabel (pp. 52-60, nrs. 65-73).

600

605

2.

Het bestreden arrest beantwoordt dit middel niet door te stellen dat “*Telenet geen louter doorgeefluik [is]*” en zij “*een louter ter beschikking stellen [van fysieke faciliteiten] overschrijdt*” (p. 49), wat geen verband houdt met het al dan niet bestaan van een eerste voor

610

615 het publiek toegankelijke uitzending betreft, noch door te stellen dat “*Telenet bij directe injectie [zorgt] voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van de kabel, aan het publiek, van een eerste uitzending, van een televisieprogramma die voor ontvangst van het publiek bestemd is*” (p. 50), wat een loutere herhaling is van de wetsbepaling maar geen analyse van de toepassingsvoorwaarden ervan.

620 Evenmin beantwoordt het arrest het boven vermeld verweer uit de conclusie van eiseres en Telenet in de overwegingen waarin het de toegankelijkheid voor het publiek van de programmadragerende signalen bij de overbrenging ervan tussen de omroepen en Telenet werd bespreekt en besluit tot niet-toegankelijkheid van de signalen voor het publiek, zodat er bij directe injectie geen voorafgaandelijk primaire publieke uitzending bestaat (pp. 46-47) en er bijgevolg geen sprake is van twee maar van één auteursrechtelijke handeling (p. 48, derde al.). Die motieven hebben immers betrekking op de vraag of directe injectie
625 al dan niet op zich één auteursrechtelijke relevante handeling uitmaakt (z. p. 47, al. 5, en p. 48, al. 3).

630 Die vraag betreft het andere aspect van het verweer van eiseres en van Telenet, volgens hetwelk er slechts één enkele mededeling is aan het publiek waarvoor de omroepen en niet de kabeloperatoren de toestemming van de auteursrechthebbenden nodig hebben, nu de kabeloperator geen nieuw publiek bereikt, namelijk geen ander publiek dan het publiek waarvoor de aan de omroepen verleende toestemmingen gelden. Dit aspect is te onderscheiden van de in dit onderdeel van het cassatiemiddel bedoelde vraag of er, bij gebrek aan een eerste primaire publieke uitzending, wel sprake kan zijn van een kabel-
635 doorgifte in de zin van artikel 52 van de Auteurswet.

3.

640 Bij gebrek aan antwoord op dit aspect van de conclusies van eiseres is het bestreden arrest niet regelmatig gemotiveerd en schendt het dus artikel 149 van de Grondwet.

Derde onderdeel

1.

645 Artikel 1, § 3, van de “Satelliet- en Kabelrichtlijn” (Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1999) bepaalt:

650 “*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 ander Lid-Staat, al dan*

niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn."

655 Dit Europees begrip "doorgifte via de kabel" ligt in het verlengde van het begrip "openbare mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke" zoals bedoeld in artikel 11 bis, § 1, 2°) van de Conventie van Bern.

660 De Belgische wetgever heeft deze bepaling van de Richtlijn omgezet (veralgemenend door het geografische kenmerk "uit een ander Lidstaat" weg te laten) door in artikel 52 van de Auteurswet identieke bewoordingen te gebruiken:

665 "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.

670 Het wettelijk begrip "doorgifte via de kabel" (of kabeldoorgifte) vereist dus twee verbonden maar onderscheiden elementen, met name, enerzijds, een eerste uitzending van programma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn en, anderzijds, de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte via een kabel- of microgolfsysteem van deze eerste uitzending.

675 Het eerste element, de eerste uitzending, dient op zichzelf reeds een mededeling aan het publiek uit te maken, los van het tweede element, dat bestaat uit de handeling van de kabeloperator. Het volstaat niet dat de programma's (inhoud van het eerste element) bestemd zijn voor ontvangst door het publiek via de kabeldoorgifte (tweede element). Er is vereist dat het publiek reeds bij dat eerste element toegang heeft tot de programma's.

680 Er is slechts sprake van de door de wet bedoelde eerste uitzending wanneer er, onafhankelijk van het tweede element (de doorgifte door de kabeloperator), een mededeling is aan een publiek. De door de wet (en richtlijn) bedoelde eerste uitzending dient bijgevolg voor het publiek toegankelijk te zijn, m.a.w. dient een publiek een effectieve toegang tot de programma's te kunnen krijgen zonder beroep te moeten doen op de door de kabeloperator verrichte handelingen.

685

690 Het publiek karakter van een mededeling zoals een uitzending, veronderstelt een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers, met een zekere *minimisdrempel*. Een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen valt niet onder dit begrip. Of de kabeloperator een al dan niet actieve rol speelt, doet niet terzake.

Uit het voorgaande volgt dat, om tot het besluit te komen dat de kabeloperator een door-
gifte in de zin van artikel 52 van de Auteurswet verricht (en bijgevolg een specifieke toe-
stemming van de auteursrechthebbenden nodig heeft), de rechter een voor het publiek
695 toegankelijke uitzending buiten enige handeling van de kabeloperator moet vaststellen.

3.

Het bestreden arrest komt tot het besluit dat directe injectie een kabeldoorgifte in hoofde
van Telenet uitmaakt, zonder de door de wet vereiste vaststelling te doen dat de betrok-
700 ken programma's, onafhankelijk van de tussenkomst van Telenet, toegankelijk zijn voor
het publiek. Bijgevolg schendt het bestreden arrest artikel 1, § 3, van de Kabel- en satel-
lietrichtlijn zowel als artikel 52 van de Auteurswet, alsook artikel 11bis, § 1, 2°) van de
Conventie van Bern.

705

4.

Het motief dat Telenet "geen louter doorgeefluik is", dat zij diverse pakketten (van pro-
gramma's) samenstelt en diverse mogelijkheden inhoudt, waardoor een louter ter be-
schikking stellen (van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken) wordt
710 overschreden (p. 49, derde laatste al.), kan niet in de plaats worden gesteld van de bo-
ven vermelde door de wet vereiste vaststelling.

Evenmin kan de vaststelling dat de betrokken programma's bestemd zijn voor ontvangst
door het publiek (zie arrest p. 50, al. 4) gelijkgesteld worden met de door de wet vereiste
715 effectieve toegankelijkheid bij de (eerste) uitzending en onafhankelijk van de doorgifte
door de kabeloperator.

De door de wet vereiste vaststelling wordt in het bestreden arrest zelfs tegengesproken,
nu de appelrechters bij het begin van hun onderzoek van de directe injectie het volgende
720 vaststellen (arrest pp. 46-47):

*"Bij "directe injectie" is er geen sprake van het opvangen en doorgeven van een
publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan TELENET beschik-
baar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat
725 niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen voor het decoderen
niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn.*

*Vermits het ter beschikking gesteld signaal niet voor het publiek toegankelijk is,
maakt dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire*

730 *publieke uitzending en daarop volgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending’.*

En verder nog (p. 47, midden):

735 *“In geval van “directe injectie” is er geen eerste primaire uitzending en een daaropvolgende kabeldoorgifte door TELENET.”*

In zoverre het bestreden arrest ervan uitgaat dat de kabeldoorgifte bestaat van zodra het programma dat het voorwerp ervan uitmaakt voor ontvangst door het publiek bestemd is, niettegenstaande het feit dat het signaal dat het programma inhoudt, en dus ook het programma zelf, bij de overbrenging tussen de omroep en de kabeloperator niet voor het publiek toegankelijk is, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting en schendt het alle in dit onderdeel vermelde wetsbepalingen.

745 5.

Ondergeschikt vraagt eiseres, vooraleer over voormelde grief uitspraak te doen, een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen met het oog op uitleg van artikel 1, § 3, van de Satelliet- en Kabelrichtlijn, welke vraag als volgt kan worden geformuleerd:

750

“Dient artikel 1, § 3, van de Richtlijn 93/83 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 aldus uitgelegd te worden dat er geen doorgifte via de kabel is wanneer de televisie- of radioprogrammadragende signalen in het kabelnetwerk worden geïnjecteerd ten gevolge van de overbrenging van deze signalen (programma’s) door de omroeporganisatie op een privé-wijze, d.i. zonder dat het publiek ze bij dit voorafgaande stadium kan ontvangen (“directe injectie”)?”

760

Vierde onderdeel

1.

In haar conclusie liet eiseres gelden dat :

765

- zoals door verweersters ook uitdrukkelijk erkend, “de televisieomroepen over algemene toestemmingen beschikken vanwege de auteursrechthebbenden (direct

770 of via hun collectieve beheersvennootschappen) voor de uitzending van hun programma's met alle mogelijke technieken, hetgeen, in het geval deze programma's via directe injectie in het kabelnetwerk worden uitgezonden noodzakelijk met inbegrip van doorgifte via de kabel is" (p. 14, nr. 16, derde lid, sub d) en p. 15, nr. 14 (lees 16bis), al. 1);

775 - "de mededeling aan het publiek door directe injectie in het kabelnetwerk dus een ondeelbare handeling (is) die onder de toestemming valt welke de omroepen van de rechthebbenden hebben verkregen voor de uitzending van hun programma's" (p. 14, nr. 16, al. 4);

780 - "de kabelmaatschappijen geen nieuw publiek (toevoegen) aan het publiek dat de rechthebbenden op het oog hadden en dus in aanmerking namen wanneer zij hun algemene toestemming aan de omroepen verstrekten voor de uitzending van hun programma's" (pp. 14-15, nr. 16, al. 4);

785 - "de verderleiding en verdeling van programma's na directe injectie immers op zich geen mededeling (is) aan het publiek door de kabelmaatschappij, vermits er geen nieuw publiek wordt toegevoegd aan het publiek dat de rechthebbenden reeds in aanmerking hebben genomen wanneer zij hun toestemming gaven en waarvoor zij ook worden vergoed door de omroepen" (p. 15, nr. 14 (lees 16bis), al. 3);

790 - directe injectie bijgevolg "geen mededeling is aan het publiek die kan toegeschreven worden aan de kabelmaatschappij, nu haar interventie het publiek niet verbreedt ten opzichte van het publiek dat de rechthebbenden op het oog hadden toen zij hun toestemming aan de omroep gaven om hun programma's uit te zenden" (p. 15, nr. 14 (lees 16bis), laatste al., tweede streepje).

795

In dezelfde zin zette Telenet in haar derde en samenvattende conclusie uiteen dat :

800 - er slechts sprake kan zijn van een tweede betaling van auteursrechten indien er een nieuw publiek is, met name een "*publiek dat de auteurs van de beschermde werken niet voor ogen hadden toen zij aan een andere persoon toestemming verleenden*" (met verwijzing naar het arrest *Airfield* van het Hof van Justitie, C-431 en 432/09, r.o. 72): "*In casu hebben ofwel de producenten van de omroepprogramma's de toestemming gegeven aan de omroepen voor primaire uitzending, ofwel de beheersvennootschappen aan de omroepen. Er kan met andere woorden bij directe injectie t.a.v. Telenet geen nieuw publiek bestaan aangezien het publiek dat aldus wordt bereikt hetzelfde publiek is dat met de eerste toestemming van de producenten/beheersvennootschappen werd beoogd. De kabel is voor vele omroepen overigens het exclusieve distributieplatform (geweest) zodat de toestemming die door de rechthebbenden aan deze omroepen werd verleend*"

805

810

geen ander publiek dan het kabelpubliek betreffen. Zonder verspreiding via de kabel was geen uitzending mogelijk” (pp. 4-5, nr. 4, b, al. 3);

815 - directe injectie slechts één mededeling aan het publiek is en geen kabeldoorgifte
gelet op de afwezigheid van een “*publiek*” bij de aanlevering van een televisie-
programma door de omroep aan Telenet en dat “*aangezien de omroepen reeds*
de primaire (omroep)rechten hebben afgedekt (met de beheersvennootschap-
pen, dan wel rechtstreeks met de producenten) of in hun bezit hebben omdat zij
820 *zelf de producent zijn van de programma’s, (kan) er geen sprake zijn van de be-*
taling van kabeldoorgifrechten/tweede betaling door Telenet” (p. 50, nr. 62, al. 2
en 3);

825 - zelfs in de veronderstelling dat de aanlevering van het signaal door de omroepen
aan Telenet een publiek karakter zou hebben omdat dit signaal *in fine* door het
publiek kan worden bekeken zodat er sprake zou zijn van een kabeldoorgifte, Te-
lenet geen mededeling aan het publiek doet omdat er geen nieuw, ruimer publiek
wordt bereikt: “*Het publiek dat de directe injectie-omroep voor ogen heeft is het-*
zelfde publiek dat door Telenet wordt bereikt. Dit is het grote verschil tussen Te-
830 *lenet en de satellietaanbieder Airfield/TV Vlaanderen. De kabel is nog steeds het*
belangrijkste distributiemedium in Vlaanderen. Het is onmogelijk om te beweren
dat wanneer rechthebbenden en omroepen primaire omroeprechten afdekken
voor Vlaanderen en Brussel, zij niet het Vlaamse/Brusselse kabelpubliek zouden
beogen” (pp. 89-90, nr. 98 in fine).

835 2.

Het bestreden arrest beantwoordt dit middel niet. Het arrest gaat immers noch in feite
noch in rechte in op die aanvoering van eiseres en Telenet dat er bij directe injectie geen
ander of nieuw publiek wordt bereikt dan het publiek waarvoor de omroepen de toe-
stemming van de auteurs of hun rechthebbenden hebben gekregen en waarvoor vergoe-
840 ding is betaald, zodat de kabeloperator niet aan een tweede toestemming en daarmee
verbonden betaling kan worden onderworpen.

Weliswaar wordt in het bestreden arrest vermeld dat bij directe injectie geen nieuw, rui-
mer publiek door Telenet wordt bereikt (p. 49, midden, van het bestreden arrest), maar
845 die overweging kadert in het onderzoek naar het al dan niet publieke karakter van de
aanlevering van de signalen (programma’s) door de omroepen aan Telenet (waarbij het
arrest vaststelt dat deze aanlevering niet publiek is).

850 Noch in de bedoelde overwegingen noch elders in het arrest wordt echter de in dit onder-
deel van het cassatiemiddel bedoelde vraag onderzocht van het al dan niet bestaan van
een verschil tussen het door de omroepen en de auteursrechthebbenden beoogde pu-
bliek en het door Telenet bereikte publiek. Evenmin wordt de weerslag onderzocht van de
door de omroepen verkregen toestemming en betaalde vergoeding op het rechtsstatuut

855 van de interventie van Telenet en de verplichting van deze laatste om een toestemming te verkrijgen en hiervoor te betalen.

3.

Bij gebrek aan antwoord op het boven vermeld verweer van eiseres, is het bestreden arrest niet regelmatig gemotiveerd en schendt het dus artikel 149 van de Grondwet.

860

Vijfde onderdeel

1.

865 In zoverre het bestreden arrest de beslissing dat Telenet bij directe injectie de toestemming van de auteursrechthebbenden moet verkrijgen en hen hiervoor dus bepaalde vergoedingen of rechten moet betalen, laat steunen op de enkele vaststelling (p. 49) dat “Telenet geen louter doorgeefluik is, dat zij diverse pakketten samenstelt en diverse mogelijkheden inhoudt zodat een louter ter beschikking stellen wordt overschreden”, schendt 870 het de artikelen 11, § 1, 2°) van de Conventie van Bern, 3, § 1 van de Richtlijn 2001/29 (“Informatiemaatschappij”) en 1, § 1, lid 4 van de Auteurswet.

2.

875 Artikel 11, § 1, van de Conventie van Bern van 24 juli 1971 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst bepaalt :

“ Auteurs van toneelwerken, dramatische- muzikale werken en muziekwerken genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot : ... (2°) de openbare overbrenging met alle middelen van de opvoering en uitvoering van hun werken.”

880

Artikel 3, § 1, van de Richtlijn 2001/29 (“Informatiemaatschappij”) luidt als volgt :

885 *“De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in 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.”*

Artikel 1, § 1, vierde lid, van de Auteurswet bepaalt :

890

“ Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het werk volgens ongeacht welk procedé, 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.”

895

Uit deze bepalingen volgt dat de auteur of zijn rechthebbende het exclusief recht heeft om het werk aan het publiek mee te delen, ongeacht de wijze waarop deze mededeling wordt verricht.

900 3.

Niet elke persoon die betrokken is bij handelingen die tot dit resultaat leiden of bijdragen, kan echter beschouwd worden als de persoon die de mededeling aan het publiek verricht, met financiële gehoudenheid tot gevolg. De precieze rol van de aangesproken persoon en de context dienen in acht te worden genomen om uit te maken of deze persoon verantwoordelijk is voor de mededeling aan het publiek.

905

Indien die persoon het werk beschikbaar stelt onder specifieke technische omstandigheden die verschillen van de werkwijze van een andere mededeling aan een publiek, moet deze onderscheiden beschikbaarstelling ook als een mededeling aan het publiek worden beschouwd en dient de persoon ook zelf de toestemming van de auteur of zijn rechthebbende te verkrijgen.

910

Het ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling aan het publiek. De persoon die enkel die handelingen stelt, verricht deze mededeling niet en kan hiervoor niet verantwoordelijk worden gesteld. De rechthebbenden kunnen van deze persoon dus geen vergoeding eisen.

915

Indien de tussenkomst van de aangesproken persoon zich niet tot zulke beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten beperkt, verricht die persoon wel een mededeling aan het publiek en dient hij de toestemming van de auteur of zijn rechthebbende te verkrijgen, tenzij deze en de derde die aan de bron van de betrokken mededeling ligt (bijvoorbeeld een omroeporganisatie) zijn overeengekomen dat het werk ook via die persoon aan het publiek wordt meegedeeld op voorwaarde dat, in dat laatste geval, de interventie van die persoon het werk niet voor een nieuw publiek toegankelijk maakt.

920

925

De persoon wiens handelingen bij een mededeling aan het publiek niet beperkt zijn tot de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten kan dus slechts tot vergoeding gehouden zijn indien het publiek dat door zijn handelingen wordt bereikt een nieuw publiek is in de zin dat dit publiek verschilt van het publiek dat wordt beoogd door de derde die aan de bron

930

van de mededeling ligt (bijvoorbeeld een omroeporganisatie) en waarvoor de auteur of zijn rechthebbende zijn toestemming heeft gegeven.

935 Het volstaat dus niet vast te stellen dat de betrokken persoon meer doet dan een beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten bij de mededeling aan het publiek. Er dient ook vastgesteld te worden dat het door hem bereikte publiek nieuw is, d.w.z. niet ingesloten ligt in het publiek dat reeds door de auteur of zijn rechthebbende werd beoogd bij een voorafgaandelijk verleende toestemming.

940 4.

Het bestreden arrest stelt het volgende in feite vast :

945 *“Bij directe injectie sluit de omroep zich rechtstreeks aan op het netwerk van één of meerdere kabelmaatschappijen. Het omroepprogramma wordt niet eerst via de ether of satelliet uitgezonden en heruitgezonden via de kabel. De oorspronkelijke uitzending vindt plaats via het kabelnetwerk.*

950 *Bij “directe injectie” is er geen sprake van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan TELENET beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen voor het decoderen niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn.*

955 *Vermits het ter beschikking gesteld signaal niet voor het publiek toegankelijk is, maakt dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending en daaropvolgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending.” (pp. 46-47 van het bestreden arrest).*

960 *“In geval van “directe injectie” is er geen eerste primaire uitzending en een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte door TELENET. Er zijn met andere woorden geen twee auteursrechtelijke relevante handelingen.” (p. 47 van het bestreden arrest).*

965 *“Zoals de eerste rechter terecht opmerkte ontvangt het publiek bij de “directe injectie” geen twee aparte mededelingen. Maar er is wel één mededeling...” (p. 48, eerste lid, van het bestreden arrest).*

970 Het bestreden arrest stelt niet vast dat Telenet de werken beschikbaar maakt onder specifieke technische omstandigheden die verschillen van een oorspronkelijke mededeling door de omroepen. Het arrest stelt integendeel vast dat de omroep zich bij de directe injectie rechtstreeks op het netwerk van de kabeloperator aansluit, zonder dat er sprake is van een voorafgaandelijke primaire publieke uitzending door de omroep.

975 Het bestreden arrest stelt vast dat bij directe injectie de oorspronkelijke uitzending via het kabelnetwerk plaatsvindt. Aldus vindt er één enkele mededeling plaats, waarvan de bron de omroep is, zonder een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte.

5.

980 Om te beslissen dat de kabeloperator Telenet verantwoordelijk is voor de mededeling en hiervoor de auteursrechten moet betalen, volstond het echter niet vast te stellen dat Telenet meer doet dan fysieke faciliteiten ter beschikking stellen om de mededeling (uitzending) mogelijk te maken, maar diende het arrest ook vast te stellen dat deze kabeloperator, door dat te doen, de werken beschikbaar maakt aan een nieuw publiek, d.i. een publiek dat verschilt van het publiek dat de omroeporganisatie beoogt wanneer deze het signaal bij de kabeloperator aanlevert en waarvoor de auteur of zijn rechthebbende zijn toestemming al heeft gegeven.

990 Bij gebrek aan deze tweede vaststelling, schendt het arrest de artikelen 11, § 1, 2° van de Conventie van Bern, 3, § 1 van de Richtlijn 2001/29 ("Informatiemaatschappij") en 1, § 1, lid 4, van de Auteurswet.

6.

995 Ondergeschikt vraagt eiseres dat een prejudiciële vraag aan het Hof van de Europese Unie zou worden gesteld met het oog op uitleg van artikel 3, §1, van de Richtlijn 2001/29/EG ("Informatiemaatschappij"), welke vraag als volgt kan geformuleerd worden:

1000 *"Dient artikel 3, § 1, van de 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 aldus uitgelegd te worden dat in een situatie waarbij*

- 1) *televisie- of radioprogramma's in een kabelnetwerk worden geïnjecteerd ten gevolge van de overbrenging van deze signalen (programma's) door de omroeporganisatie op een privé-wijze, namelijk zonder dat het publiek ze in dit voorafgaande stadium kan ontvangen ("directe injectie"), en*
- 2) *de kabeloperator meer doet dan louter fysieke faciliteiten ter beschikking stellen om de mededeling aan het publiek mogelijk te maken, en*

1005

- 1010 3) *de auteursrechthebbenden met de omroeporganisatie zijn overeengekomen dat de beschermde werken via de omroeporganisatie met alle technieken, met inbegrip van de kabel, aan het publiek worden meegegeeld, en*
- 1015 4) *de interventie van de kabeloperator deze werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk maakt, d.i. geen ander publiek dan dat beoogd door de sub 3) geviseerde overeenkomst, de kabeloperator voor zijn interventie in de mededeling aan het publiek de toestemming van de auteursrechthebbenden dient te verkrijgen ?”*

Toelichting

Inleiding

1020

1.

1025 De vermogensrechten van de auteur bestaan uit het reproductierecht (daartoe behoren het adaptatierecht, het vertaalrecht, het bestemmingsrecht, het distributierecht, het verhuurrecht en het leenrecht) en het openbaar mededelingrecht (artikel 1, § 1, van de Auteurswet van 30 juni 1994).

Het auteursrechtelijk statuut van de directe injectie betreft dit tweede recht, in twee aspecten.

1030

2.

1035 Enerzijds rijst de vraag of directe injectie geen kabeldoorgifte is in de zin van artikel 52 van de Auteurswet (artikelen 1, § 3, en 8 t/m 12 van de Richtlijn 93/83 van 27 september 1993, “de Satelliet- en kabelrichtlijn”). De definitie die de Belgische wetgever aan het begrip “kabeldoorgifte” heeft gegeven, vindt haar oorsprong in artikel 3 van de Satelliet- en kabelrichtlijn.

1040 Bij de traditionele doorgifte via kabel zendt de omroep het radio- of tv-signaal in de ether (zendmasten) uit. De kabeloperator vangt het signaal op afzonderlijke wijze op en brengt het vervolgens in zijn netwerk (meestal na een technische herwerking van het signaal). Het is ook mogelijk dat de kabeloperator het signaal van de omroep ontvangt langs een andere weg dan de uitzending door de omroep in de ether. Beide gevallen kenmerken zich door het feit dat de omroep, onafhankelijk van wat de kabeloperator doet, zelf tot uitzending overgaat en dus een publiek beoogt te bereiken en bereikt (bijvoorbeeld het publiek dat het signaal niet via kabel maar rechtstreeks uit de ether opvangt).

1045

De traditionele techniek van kabeldoorgifte omvat dus twee mededelingen aan het publiek:

- 1050 1) de mededeling (uitzending) door de omroep, en
2) de mededeling door de kabeloperator.

1055 Aangenomen wordt dat de kabeloperator bij dergelijke kabeldoorgifte, zoals traditioneel verricht en voor ogen gehad door de wetgever en rechtspraak, op zijn beurt zelfstandig een mededeling aan het publiek verricht en daarom de toestemming van de auteur of zijn rechthebbende moet verkrijgen (en meestal ook vergoedingen of "auteursrechten" moet betalen), dit bij toepassing van artikel 11*bis*, § 1, 2°, van de Conventie van Bern voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (goedgekeurd bij Wet van 25 mei 1999) en van artikel 51 van de Auteurswet (zie ook Cass. 3 september 1981, *Pas.* 1982, I, 8).

1060

Deze verplichting in hoofde van de kabeloperator wordt echter betwist indien deze traditionele wijze van kabeldistributie niet meer aan de orde is, met name bij directe injectie. Directe injectie is een recente techniek.

1065 Bij directe injectie sluit de omroep zich "rechtstreeks", bijvoorbeeld door middel van een glasvezelverbinding of een gecodeerde satellietverbinding, aan op het netwerk van de kabeloperator. Deze aanlevering heeft steeds een "privé"-karakter in die zin dat het publiek op dat moment geen toegang heeft (noch kan hebben) tot het signaal. De enige manier waarop de signalen het publiek effectief (kunnen) bereiken, is de handeling van
1070 de kabeloperator die ze aan zijn abonnees verdeelt na rechtstreekse aanlevering vanwege de omroep. Het bestreden arrest stelt dit in feite in juiste termen vast (pp.46-47)¹.

1075 Is deze techniek een kabeldoorgifte zoals gedefinieerd door de Satelliet- en Kabelrichtlijn (artikel 1, § 3) en de Auteurswet (artikel 52), d.w.z. een kabeldoorgifte die een afzonderlijke toestemming vereist? Volgens de meeste collectieve beheerverenootschappen voor auteurs- en naburige rechten wel. Volgens de kabeloperatoren niet omdat slechts één enkele publieke mededeling bestaat, nu de aanlevering van het signaal aan de kabeloperator privé blijft en het publiek daartoe geen toegang krijgt. Er is geen heruitzending van een eerste ("*primaire*") publieke uitzending. Deze problematiek maakt het voorwerp uit
1080 van het eerste, tweede en derde onderdeel.

¹ "Bij "directe injectie" is er geen sprake van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan TELENET beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen voor het decoderen niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn.

Vermits het ter beschikking gesteld signaal niet voor het publiek toegankelijk is, maakt dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending en daarop volgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending" (pp. 46-47 van het bestreden arrest).

3.

1085 Los van de toepassing van artikelen 51 en 52 van de Auteurswet, rijst anderzijds de vraag wie voor deze mededeling aan het publiek verantwoordelijk is ten aanzien van de auteursrechthebbende: de omroep of de kabeloperator? Hier komt de algemene regel van het exclusief recht van de auteur op de openbare mededeling (artikel 1, § 1, lid 4 van de Auteurswet) aan de orde, wat het tweede luik van het geschil en van de debatten uitmaakte en thans voorwerp is van het vierde en vijfde onderdeel.

1090 Volgens de collectieve beheervennootschappen is de kabeloperator verantwoordelijk ten aanzien van de auteursrechthebbende, in essentie omdat hij meer doet dan fysieke middelen ter beschikking stellen van de omroep om de mededeling aan het publiek mogelijk te maken en omdat hij daarbij een actieve en winstgevende rol speelt. De kabeloperatoren betwisten dit, nu, ongeacht hun rol, rekening moet worden gehouden met de omstandigheid² dat het bereikte publiek geen ander publiek is dan het publiek waarover de auteursrechthebbenden en de omroepen hun akkoorden hebben afgesloten en dat dus in aanmerking werd genomen voor de betalingen van de auteursrechten (dus geen "nieuw publiek" in vergelijking tot het publiek dat de omroepen beoogden wanneer zij hun signaal met toestemming van de auteursrechthebbenden ter beschikking stelden van de kabeloperatoren) ("Airfield" rechtspraak: *cfr. infra*).

1105 Nu directe injectie *in casu* de relevante manier is waarop de betrokken omroep de uitzending naar het publiek toe laat plaatsvinden en gelet op de algemene termen waarin de toestemming van de beheersvennootschappen aan de betrokken omroep is gegeven, moet deze handeling in hoofde van de kabeloperator niet meer nog eens afzonderlijk toegelaten worden.

De gedachtegang van het bestreden arrest

1110

4.

Het bestreden arrest (pp. 46-47) beschrijft de directe injectie in feite correct als volgt :

1115

"Bij "directe injectie" is er geen sprake van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan TELENET beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen voor het decoderen niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn.

² Die in de praktijk de regel is. Een andere theoretische hypothese wordt hier niet besproken (en werd dat evenmin voor de appelrechters), nl. de hypothese waarbij de omroep vanwege de auteursrechthebbenden geen toestemming voor directe injectie zou hebben verkregen. Eiseres maakt alle voorbehoud voor de juridische gevolgen van zulke situatie.

1120 *Vermits het ter beschikking gesteld signaal niet voor het publiek toegankelijk is, maakt dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending en daarop volgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending”.*

1125 Na eraan te hebben herinnerd dat een publiek een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers veronderstelt, besluit het bestreden arrest (p.47, midden) terecht :

« In geval van « directe injectie » is er geen eerste primaire uitzending en een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte door Telenet ».

1130

Dit betekent vanuit auteursrechtelijk standpunt dat, nu er geen uitzending is die het publiek bereikt, behalve deze via de injectie in het kabelnetwerk, er slechts één enkele mededeling aan het publiek plaatsvindt: *“er zijn met andere woorden geen twee auteursrechtelijke handelingen”* (p. 47, midden).

1135

Dit wordt nog verduidelijkt aan de hand van een verwijzing naar artikel 11 bis, §1, 2°, van de Berner Conventie, dat een heruitzending op het oog heeft door een andere organisatie dan deze die de oorspronkelijke mededeling heeft verricht. Nu in de tekst van de wet zowel de uitzending als de heruitzending (of nog: secundaire uitzending) elk een publieke mededeling vereisen (p. 47, *in fine*) en het publiek bij directe injectie geen twee aparte mededelingen ontvangt (p.48,al. 1), is er maar één auteursrechtelijke handeling (p.48,al. 3, en p.47, midden)

1140

5.

1145 Het bestreden arrest bespreekt vervolgens het arrest “*Airfield*” van het Hof van Justitie (13 oktober 2011, zaken C-431/09 en C-432/09) en onderstreept dat bij directe injectie de feitelijke toestand verschilt van de *Airfield* zaak waarin, buiten de interventie van de satellietoperator, de programma’s ook door de omroeporganisaties zelf werden uitgezonden op een wijze waarop zij de kijkers rechtstreeks bereikten, zodat de doorgifte door de satellietoperator bovenop deze uitzendwijzen (door de omroepen) plaatsvond (p. 49, eerste helft, van het bestreden arrest).

1150

In huidige zaak geldt het tegendeel, nu volgens het bestreden arrest, bij directe injectie *“de interventie van Telenet de werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk (maakt). Het programmadragende signaal dat aan Telenet wordt geleverd door de omroepen is immers niet voor het publiek bestemd, zodat er geen sprake is van een nieuw, ruimer publiek dat door Telenet zou worden bereikt”* (ibidem).

1155

1160 M.a.w., nu de aanlevering van het signaal door de omroep aan Telenet geen enkel publiek bereikt, kan er ook geen sprake zijn van een nieuw of ruimer publiek bij de daaropvolgende handeling (doorgifte) van de kabeloperator (om het publiek van de twee handelingen te kunnen vergelijken moet er tweemaal een publiek worden bereikt, hetgeen *in casu* niet het geval is).

1165 Uit de formulering en de context van de bedoelde overwegingen blijkt duidelijk dat wanneer het arrest vaststelt dat een nieuw of ruimer publiek ontbreekt, het nog niet ingaat op het middel van Telenet en eiseres volgens hetwelk de kabeloperator niet verantwoordelijk kan gesteld worden nu het bereikte publiek geen ander publiek is dan het publiek dat de omroep beoogt te bereiken en waarvoor aan de auteursrechthebbenden reeds vergoedingen (“auteursrechten”) werden betaald. De hier gemaakte vaststelling beperkt zich tot het gebrek aan enig publiek dat *door de handelingen* van de omroep *effectief* zou worden bereikt (er is geen primaire uitzending door de omroep, stelt het bestreden arrest vast). Het betreft niet de vraag naar het door de omroep *beoogde* publiek waarvoor de auteursrechthebbenden al hun toestemming hebben gegeven.

1175 Na deze tot dan toe correcte beoordeling van de directe injectie had men logischerwijze kunnen verwachten dat de appelrechters zouden besluiten dat Telenet geen kabeldoorgifte verricht in de zin van artikel 52 van de Auteurswet en dat zij vervolgens het andere luik van het debat zouden onderzoeken, namelijk of Telenet bij deze enige uitzending jegens de auteursrechthebbenden verantwoordelijk is, wat Telenet (zoals ook eiseres) betwistte bij gebrek aan een door Telenet “nieuw” bereikt publiek ten opzichte van het publiek waarvoor reeds aan de omroepen toestemming werd verleend.

6.
1185 Onder de titel “Principe” (p.49) onderzoekt het bestreden arrest vervolgens “*wie bij directe injectie verantwoordelijk is voor de [hoger vastgestelde] primaire uitzending via de kabel en wie de rechten hiervoor dient te regelen*”. Het arrest besluit dat directe injectie een kabeldoorgifte is in hoofde van Telenet (p. 50), met als gevolg dat Telenet de toestemming van de auteursrechthebbende moet verkrijgen en dat haar oorspronkelijke hoofdvordering ongegrond is.

1190 In de eerste plaats stellen de appelrechters dat zij, anders dan de eerste rechter, de rol van Telenet beoordelen: Telenet is geen louter doorgeefluik, zij stelt diverse pakketten samen en “*houdt diverse mogelijkheden in*”³, zodat een louter ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken wordt overschreden (p.49, derde lid onder “Principe”). Samenvattend: Telenet heeft een actieve rol.

³ Aldus het bestreden arrest. Men ziet niet precies in wat het bestreden arrest door deze zinsnede bedoelt.

Men ziet niet duidelijk in welk juridisch gevolg hieruit door de appelrechters getrokken wordt.

1200

Nadien citeert het bestreden arrest letterlijk artikel 1, §1, van de Auteurswet, lid 1 (reproductierecht), lid 2 (bewerk- en vertaalrecht), lid 4 (openbaar mededelingsrecht), lid 5 (distributierecht) en lid 6 (uitputting van dit recht). Verder citeert het nog letterlijk de artikelen 51 en 52 van de Auteurswet. Artikel 52 van de Auteurswet omvat een wettelijke definitie van de kabeldoorgifte, die tot gevolg heeft dat de handelingen van de kabeloperator aan de toestemming van de auteursrechthebbenden onderworpen zijn (zie artikel 51 van de zelfde wet).

1205

De volgende overweging is niets meer dan een quasi-letterlijke herhaling van de wettelijke definitie, zonder enige verdere verklaring voor de concrete situatie van Telenet. Zonder meer beslist het arrest vervolgens: directe injectie is een kabeldoorgifte. Alle overige argumentatie wordt niet onderzocht (p.50).

1210

Het enige concrete element tot staving van dit besluit, naast de letterlijke herhaling van wetsbepalingen, ligt wellicht in de vaststelling *supra* dat Telenet een actieve rol speelt (p.49, derde lid onder "Principe"). Nochtans is dit element niet relevant voor het wettelijk vereiste van een publieke uitzending, los van de handelingen van de kabeloperator, vereiste dat nodig is om te besluiten dat er een kabeldoorgifte is in de zin van artikel 52 van de Auteurswet. Het bestreden arrest stelt een dergelijke afzonderlijke publieke uitzending niet vast (derde onderdeel). Integendeel, maakt het eerst de tegenovergestelde vaststelling (eerste onderdeel, tweede grief). Dienaangaande beantwoordt het de conclusies van eiseres en Telenet niet (tweede onderdeel).

1215

1220

Mocht het bestreden arrest zo moeten worden gelezen dat de actieve rol van Telenet bij directe injectie volstaat om haar auteursrechtelijke verantwoordelijkheid mee te brengen, los van het begrip "*kabeldoorgifte*" (artikel 52 van de Auteurswet) maar in het kader van het algemeen exclusief recht tot mededeling aan het publiek (art. 1, §1, lid 4 van dezelfde wet), dan gaat het arrest aan een essentieel punt voorbij, namelijk de weerslag van de door de kabeloperatoren ingeroepen overeenkomsten tussen de auteursrechthebbenden en de omroepen met betrekking tot het toegelaten en door de directe injectie bereikte publiek (viijfde onderdeel). In elk geval wordt het verweer dat eiseres en Telenet specifiek in dit opzicht aanvoerden niet beantwoord (vierde onderdeel).

1225

1230

1235

Bij het derde onderdeel

7.

"*Doorgifte via kabel*" is een wettelijk gedefinieerd begrip.

1240 Artikel 1, § 3, van de Kabel- en Satellietrichtlijn 93/83 bepaalt immers:

1245 *“In deze richtlijn wordt verstaan onder “doorgifte via kabel”: 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”⁴.*

1250 Er dient opgemerkt dat de Nederlandstalige versie het woord “doorgifte” gebruikt voor alle wijzen van overbrenging via kabel zowel als voor de specifieke doorgifte zoals bedoeld in de voormelde bepaling van de richtlijn. Sommige auteurs en rechterlijke beslissingen hanteren voor dit specifieke begrip de duidelijkere term “heruitzending”.

1255 In artikel 52 van de Auteurswet gebruikt de Belgische wetgever gelijkaardige bewoordingen:

1260 *“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”⁵.*

1265 Twee elementen zijn dus vereist:

- 1) “een eerste uitzending, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van de televisie- of radioprogramma’s die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn”, en
- 1265 2) “de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek” van de eerste uitzending.

1270 In beide elementen is er sprake van “het publiek” in die zin dat zowel de eerste uitzending als de kabeldoorgifte (of heruitzending) elk naar een publiek dienen gericht te zijn, m.a.w. dat in het ene en het andere geval afzonderlijk dient te worden vastgesteld dat een publiek toegang tot de uitzending (en de programmadragerende signalen) krijgt of kan krijgen.

⁴ Eigen onderlijning.

⁵ Eigen onderlijning.

1275 De voorbereidende werken bij de Richtlijn 93/83 (document (COM) 92 (526-final-SYN
358 van 2 december 1992)) bevestigen dat de “doorgifte via kabel” een eerste (initiële)
uitzending van de programma’s veronderstelt die bestemd is om ontvangen te worden
door het publiek. Aanvankelijk maakte het voorstel van de Europese Commissie immers
een onderscheid tussen de “doorgifte via kabel” en de “uitzending van de omroep” (“re-
transmission par câble” en “l’émission de radiodiffusion”). Het begrip “uitzending bestemd
om door het publiek te worden ontvangen” had daarbij betrekking op de eerste uitzending
1280 van het programma. De tekst van artikel 1, § 3, van de Richtlijn brengt beide onderschei-
den definities gewoon samen (blz. 8 en 37). Daarenboven preciseert de definitie van de
(eerste) uitzending dat er sprake moet zijn van een uitzending “draadloos of met draad,
via hertzgolven of via satelliet” (“sans fil ou avec fil, par ondes hertziennes ou par satellit-
té”), wat artikel 11bis, §1 van het Unieverdrag van Bern parafraseert en aldus de wil van
1285 de Europese wetgever bevestigt om met de eerste uitzending ook een uitzending aan het
publiek te viseren.

De huidige tekst van de Richtlijn en de Auteurswet moet in die zin worden uitgelegd.

1290 Tot een vergelijkbaar oordeel komt het Hof te 's-Gravenhage in zijn arrest van 10 april
2012, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. De “doorgifte via ka-
bel” veronderstelt of is hetzelfde als een “heruitzending” van een eerste voor het publiek
bestemde “uitzending” (Hof 's-Gravenhage, 10 april 2012, *NORMA (Naburige Rechten
Organisatie voor Musici en Auteurs) / Vereniging NLKABEL e.a.*, zaaknummer 271796/
1295 HA ZA 06-2844, in het bijzonder punt 4.11) (*I.E.R.*, 2012, p. 330).

Het Hof van Justitie zelf merkte al in dezelfde zin op dat het stelsel van de kabeldoorgifte
onder artikel 8 van de Satelliet- en Kabelrichtlijn tot doel heeft elke doorgifte of uitzending
die via haar technische werkwijze kan ontvangen worden auteursrechtelijk te bescher-
1300 men (7 maart 2013, zaak C-607/11, *ITV Broadcasting*, punten 24 en 25). Dit wijst erop
dat het Hof hoogst waarschijnlijk van oordeel is dat er van kabeldoorgifte in de zin van ar-
tikel 8, en dus ook in de zin van artikel 1, § 3, van de Richtlijn slechts sprake is wanneer
de eerste uitzending publiek is, m.a.w. toegankelijk is voor het publiek.

1305 8.
Daartoe volstaat dus niet dat in de eerste fase de programma’s uiteindelijk voor ont-
vangst door het publiek bestemd zijn. Zoals hierboven aangetoond, dient het eerste ele-
ment zelf een openbaarmaking te zijn, m.a.w. een mededeling aan het publiek *per se*, los
van het tweede element (de doorgifte door de kabeloperator), dat zodoende een “*heruit-*
1310 *zending*” uitmaakt.

Weliswaar heeft de omroep bij directe injectie als doel de door hem aan de kabeloperator
aangeleverde programmadrage signalen, en bijgevolg de programma’s zelf, op het
einde van het proces bij het publiek (de kabelabonnees) te laten terechtkomen, maar dit

1315 staat niet gelijk met het door de wettelijke definitie vereiste effectief bestaan van een uitzending naar het publiek, los van de tussenkomst van de kabeloperator.

De stelling (van de beheersvennootschappen) dat het “voor het publiek bestemd” karakter van de betrokken programma’s volstaat om tot kabeldoorgifte te besluiten, berust op een te letterlijke en verkeerde lezing van artikel 1, § 3, van de Satelliet- en Kabelrichtlijn (en van artikel 52 van de Auteurswet).

1320

9.

Het publiek karakter van de eerste uitzending (eerste element) betekent dat de inhoud toegankelijk wordt gemaakt voor een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers. Hiermee kan niet gelijkgesteld worden een beperkt aantal professionele dienstverleners uit de mediasector (HvJ, 14 juli 2005, “Lagardère Active Broadcast”, zaak C-192/04, *Jur.*, blz. I-7199, punten 31 e.v.).

1325

Het begrip “publiek” vervat in het begrip “openbare mededeling” is overigens een communautair begrip, bij toepassing van de Richtlijn 2001/29 van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (“de Richtlijn Informatiemaatschappij”). In dit kader wordt eveneens nadruk gelegd op het onbepaald karakter van het aantal potentiële kijkers of luisteraars (HvJ, 7 december 2006, *SGAE / Rafaël Hoteles*, zaak C-306/05, punt 37).

1330

1335

10.

Om te besluiten dat aan de wettelijke definitie van de kabeldoorgifte wordt voldaan, dient de rechter dus niet alleen vast te stellen dat de kabeloperator zelf tot een doorgifte aan het publiek overgaat (tweede element). Hij moet ook een eerste uitzending van de betrokken programma’s aan het publiek, onafhankelijk van de handelingen (doorgifte) van de kabeloperator, vaststellen (eerste element).

1340

Het bestreden arrest doet deze vaststelling niet en schendt hierdoor de wettelijke definitie van de kabeldoorgifte. Integendeel, het arrest stelt uitvoerig vast dat er geen publiek bestaat waarop de aanlevering van de signalen door de omroepen aan Telenet gericht zou zijn (pp.46-49). Zo stelt het o.m. “dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk primaire publieke uitzending en daaropvolgende kabeldoorgifte” (p.47, bovenaan; eigen onderlijning). Het hof van beroep kon dan ook niet wettig besluiten dat directe injectie een kabeldoorgifte in de zin van artikel 52 van de Auteurswet uitmaakt (en dat Telenet uit diens hoofde auteursrechtelijk aansprakelijk is).

1345

1350

1355 11.

Bij het onderzoek naar dit eerste bestanddeel van de kabeldoorgifte is de al dan niet “actieve” of “winstgevende” rol van de kabeloperator zonder enige relevantie. Hierover: Hof Den Haag, 10 april 2012, reeds geciteerd, zaak 200.036.425/01, *NORMA t. ZIGGO e.a.*, punt 44, met verwijzing naar de arresten van het HvJEU van 4 oktober 2011 (“Premier League”, zaken C-403/08 en C-429/08) en van 15 maart 2012 (“*Phonographic Performance*”, zaak C-162/10).

1360

Weliswaar kan deze rol mogelijkwijze van belang zijn in het kader van een andere discussie, met name van het algemeen openbaar mededelingsrecht (art. 1, §1, lid 4 Auteursrecht) (zie *infra*: vierde en vijfde onderdeel). Maar bij de toepassing van het bijzonder regime van de kabeldoorgifte dat het bestreden arrest *in casu* van toepassing verklaart, in het bijzonder wat betreft de verantwoordelijkheid van de kabeloperator, dienen de toepassingsvoorwaarden ervan strikt nageleefd te worden en dus alle wettelijke vereiste bestanddelen van de kabeldoorgifte vastgesteld te worden.

1365

1370

11.

Rechtspraak en rechtsleer zijn verdeeld over het auteursrechtelijke statuut van de directe injectie.⁶

1375

De hier verdedigde stelling dat directe injectie geen kabeldoorgifte is zoals gedefinieerd door de Satelliet- en Kabelrichtlijn (en dus art. 52 Auteursrecht) wordt gedeeld door:

1380

- Hof Den Haag, 10 april 2012, hoger vermeld;
- Rechtbank Brussel, 27 januari 2005, *Auteurs & Media*, p. 138, met verwijzing (p.142) naar F. de Visscher en B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, p.127, nr. 152 (en de voetnoot 265) (men ziet ook deze auteurs, p.125, nr. 149 en de voetnoot 255);

1385

- G. de Foestraets, ‘Injection directe des programmes de télévision et droits d’auteur’, *Auteurs & Media*, 1994, p.416 ;
- A. Maqua & O. Battard, ‘L’injection directe : monstre du Loch Ness ou évidence ?’, in *Regulations* (viermaandelijks informatieblad van de *Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*), nr. 48, april-juni 2011, p. 25);

1390

- G. de Foestraets, « L’adaptation du droit d’auteur aux évolutions techniques en matière de télédistribution », *I.R.D.I.*, 2011, pp. 257-265 (z. pp. 261-264 in het bijzonder) ;
- A. Maqua & F. Vanbossele, « De Coditel à Telenet, le nouveau périmètre de la « communication au public » des programmes de télévision linéaires », *Revue du droit des technologies de l’information*, 2011, nr. 44, pp. 5-25 (zie p.24, nr. 46 in het bijzonder);

⁶ Zie ook een overzicht door P. Valcke in *Jan Corbet Huldeboek – De Belgische Auteurswet - Artikelsgewijze commentaar*, 3^{de} uitgave, Brussel, Larcier, 2012, onder art. 52, pp. 318-322.

- 1395 - G. de Foestraets, noot onder het bestreden arrest, *I.R.D.I.*, 2013, pp. 181-185.
- Het arrest van 19 juni 2009 van de Hoge Raad (*I.E.R.*, 2010, p.24) gaat in dezelfde zin, waar wordt geoordeeld dat de aanlevering van de programmasignalen tussen *Chellomedia* en de kabelkopstations via een gecodeerde satellietverbinding geen afzonderlijke openbaarmaking is (met verwijzing naar voorvermelde HvJEU arresten van 14 juli 2005 (1400 *Lagardère*) en 7 december 2006 (*Rafaël Hoteles*)).
- Het door het Hof van Beroep te Brussel ingenomen standpunt (25 juni 1998, *Auteurs & Media*, 1999, p. 212, punt 3.3, pp. 218-219) steunt op de onjuiste rechtsopvatting dat de bestemming naar het publiek volstaat en bevat geen onderzoek noch vaststelling over (1405 het al dan niet publiek karakter van de initiële aanlevering tussen de omroep en de kabeloperator).
- Het vonnis van de rechtbank van koophandel van Mechelen van 3 november 2011 (*Auteurs & Media*, 2013, p. 237) is niet relevant voor de hier aan de orde zijnde problematiek, nu het een geschil betreft tussen Telenet en een omroeporganisatie die niet onderworpen is aan het kabeldoorgifte-regime (art. 10 Satelliet- en Kabelrichtlijn; artikel 53, § 3, Auteurswet). (1410)
12. (1415
- Subsidiair vraagt eiseres dat een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zou worden gesteld zoals door Telenet geformuleerd in haar derde en samenvattende conclusie voor de appelrechters (pp. 133-134), in het bijzonder *sub a*) en b)).
- Eiseres stelt dus de volgende formulering voor :
- 1420
- 1425 *“Dient artikel 1, § 3, van de Richtlijn 93/83 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 aldus uitgelegd te worden dat er geen doorgifte via de kabel is wanneer de televisie- of radioprogrammadragende signalen in het kabelnetwerk worden geïnjecteerd ten gevolge van de overbrenging van deze signalen (programma’s) door de omroeporganisatie op een privé wijze, m.n. zonder dat het publiek ze bij dit voorafgaande stadium kan ontvangen (“directe injectie”)?”*
- 1430 Verweersters stelden in hun conclusies trouwens ook subsidiair voor om prejudiciële vragen te stellen (tweede conclusie, tevens syntheseconclusie, pp. 105-106).

Bij het vierde onderdeel

1435

13.

Eiseres en Telenet voerden uitdrukkelijk aan dat Telenet zelf geen verantwoordelijkheid draagt voor de door de verweersters vermelde mededeling aan het publiek, nu het door haar getroffen publiek geen ander publiek is dan het publiek dat de auteursrechthebbenden (de verweersters) al hebben toegelaten in overeenkomsten met de omroeporganisaties voor de uitzending met alle mogelijke technieken, met inbegrip van de doorgifte via de kabel (*cf.* vijfde onderdeel). Dit verweermiddel wordt noch in feite noch in rechte beantwoord.

1440

1445

Bij het vijfde onderdeel

14.

Indien het bestreden arrest zo moet worden begrepen dat, los van de vraag nopens de kabeldoorgifte in de zin van artikel 52 van de Auteurswet, de aangevochten beslissing verantwoord wordt door de vaststelling dat Telenet een actieve rol speelt in de vastgestelde “*één auteursrechtelijke handeling*”, m.n. “*de primaire uitzending via de kabel*”, dan worden de regels inzake het exclusief recht van de auteur op de mededeling aan het publiek geschonden.

1450

1455

In het derde onderdeel wordt aangetoond dat voormelde vaststelling het besluit niet kan rechtvaardigen volgens hetwelk directe injectie in hoofde van Telenet een kabeldoorgifte is in de zin van artikel 52 van de Auteurswet.

1460

Hier staat het algemeen stelsel van het openbaar mededelingsrecht op het spel (artikel 1, §1, lid 4, van de Auteurswet). Dit stelsel wordt thans in essentie beheerst door de Europese rechtspraak, voornamelijk op basis van artikel 3, § 1, van de Richtlijn 2001/29 (“Informatiemaatschappij”). Verschillende situaties werden door het Hof van Justitie onderzocht en onderscheiden.

1465

15.

In een recent arrest (7 maart 2013, zaak C-607/11, *ITV Broadcasting*) was er (samengevat) sprake van internetdiensten waarbij gebruikers televisieprogramma’s kunnen ontvangen terwijl deze ook door de televisiezenders (via zendmasten en satelliet) worden uitgezonden. In zulke omstandigheden bestaan twee onderscheiden doorgiften die technisch verschillen.

1470

1475 Het Hof heeft beslist “*dat de Uniewetgever, door een regeling vast te stellen voor situaties waarin een bepaald werk meermaals wordt gebruikt, heeft gewild dat elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk waarbij een specifieke technische werkwijze wordt gebruikt, in beginsel individueel door de auteur van het betrokken werk wordt toegestaan*” (punt 24).

Met als gevolg:

1480

1485 “*Aangezien een beschikbaarstelling van de werken via wederdoorgifte op internet van een via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending gebeurt volgens een specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling, moet zij worden beschouwd als een “mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van Richtlijn 2001/29. Bijgevolg kan een dergelijke wederdoorgifte niet gebeuren zonder de toestemming van de auteurs van de wederdoorgegeven werken wanneer zij aan het publiek worden meegedeeld*” (punt 26).

1490 Het Hof beslist weliswaar dat in deze context, het bezwaar volgens hetwelk de beschikbaarstelling van de werken op internet (*in casu*) een louter technisch middel vormt om de ontvangst van de via zendmasten uitgezonden televisie-uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren niet doeltreffend is (punt 27). Maar dit is omdat het gebruik van het technisch middel *in casu* niet beperkt was tot het behoud of de verhoging van de kwaliteit van de ontvangst van een reeds bestaande doorgifte (*cfr.* punt 1495 29).

1500 De specifieke context wordt benadrukt: “*In de onderhavige zaak bestaat de interventie van TVC evenwel in een doorgifte van de betrokken beschermde werken die verschilt van de doorgifte door de betrokken omroeporganisatie. De interventie van TVC heeft geenszins tot doel de kwaliteit van de ontvangst van de doorgifte door deze organisatie te behouden of te verhogen...*” (punt 30).

1505 Weliswaar wordt ook de relevantie ontkend van de vraag of er sprake is van een nieuw publiek dat door de aangesproken persoon wordt bereikt ten opzichte van het publiek dat reeds door de auteursrechthebbenden in aanmerking werd genomen (punten 37-39). Het Hof onderstreept echter nogmaals de specificiteit van de zaak die “*betrekking (heeft) op de doorgifte van de werken die zijn opgenomen in een uitzending via zendmasten en de beschikbaarstelling van deze werken op internet*”. Dan “*moet elk van deze twee doorgiften individueel en afzonderlijk door de betrokken auteurs worden toegestaan aangezien beide doorgiften onder specifieke technische omstandigheden gebeuren, met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek*” (punt 1510 39; eigen onderlijning).

16.
1515 Dit is niet te vergelijken met directe injectie.

1520 Zoals door het bestreden arrest vastgesteld, is er bij directe injectie geen sprake van twee naar een publiek gerichte mededelingen: *“Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending”* (p. 47 van het bestreden arrest, bovenaan). De aanlevering van de signalen aan Telenet is niet voor het publiek bestemd (p. 49, midden). De situatie verschilt dus duidelijk van het geschil dat tot het arrest van 7 maart 2013 heeft geleid. Nergens is er in het bestreden arrest sprake van twee verschillende technieken om, afzonderlijk, een publiek te bereiken.

17.
1525 Het voor huidig geschil meest relevante arrest van het Hof van Justitie is het *“Airfield”* arrest van 13 oktober 2011 (zaken C-431/09 en C-432/09). De feitelijke context was verschillend, maar het arrest bevat een belangrijke precisering wat betreft het publiek karakter, zoals vereist bij de mededeling aan het publiek dat onder het exclusief recht van de auteur valt (artikel 1, §1, lid 4, van de Auteurswet; artikel 3, §1, van de Richtlijn Informatiemaatschappij).
1530

1535 In deze zaak stonden de handelingen van Airfield op het spel waarbij Airfield, zoals in herinnering gebracht door het bestreden arrest (p. 49, eerste helft), televisieprogramma's per satelliet aan het publiek doorgeeft *naast andere uitzendwijzen* van dezelfde programma's door de omroeporganisaties zelf. Dit verschilt dus van de directe injectie, aldus – terecht – het bestreden arrest.

1540 Nochtans maakt de satellietdistributie door Airfield als dusdanig één enkele mededeling aan het publiek uit (naast de uitzendingen door de omroeporganisaties zelf) (punten 51 t/m 69). De vraag is vervolgens - ofschoon de omroeporganisatie die aan de bron van deze mededeling ligt hiervoor auteursrechtelijk aansprakelijk is (punten 55 en 75) – of *“voor de interventie van de aanbieder van het satellietpakket in deze mededeling de toestemming van de betrokken rechthebbenden niet is vereist”* (punt 70).

1545 *In casu* stelde het Hof van Justitie vast *“dat de omroeporganisaties toestemming van de betrokken rechthebbenden hebben voor mededeling van hun werken per satelliet, maar dat de aanbieder van het satellietpakket geen soortgelijke toestemming heeft gekregen”* (punt 48).

1550 Deze vaststelling is niet zonder belang, nu uit het arrest blijkt dat rekening dient gehouden te worden met de aan de omroeporganisaties verleende toestemming.

1555 Het Hof brengt zijn rechtspraak nopens de mededeling aan het publiek in herinnering, namelijk dat de toestemming van de auteursrechthebbenden “moet worden verkregen door met name de persoon die deze mededeling opstart of die daarin een interventie uitvoert 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 (zie naar analogie inzake het begrip mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van richtlijn 2001/29, arrest van 7 december 2006, SGAE, C-306/05, Jurispr. blz. I-11519, punten 40 en 42, en beschikking van 18 maart 2010, Organismos Sillogikis Diacheirsis Dimiourgoun Theatrikon kai Optiokakoustikon Ergon, C-136/09, punt 38).” (punt 72) (eigen onderlijning).

1565 “De betrokken persoon hoeft deze toestemming echter niet te verkrijgen wanneer zijn interventie tijdens de mededeling aan het publiek volgens punt 27 van de considerans van richtlijn 2001/29 uitsluitend bestaat in de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties die deze mededeling mogelijk moeten maken of tot stand brengen” (punt 74).

1570 Voor de beoordeling of deze persoon al dan niet auteursrechtelijk verantwoordelijk is, speelt het “nieuw” karakter van het bereikte publiek ten opzichte van het publiek dat de auteurs bij hun toestemming aan de omroeporganisaties beogen, inderdaad een essentiële rol.

1575 Luidens het arrest is de vraag van belang of andere operatoren dan de omroeporganisatie zelf (die de toestemming van de auteurs dient te verkrijgen: punt 75) “tijdens een mededeling als die welke in de hoofdingen aan de orde is, een interventie uitvoeren zodat zij de beschermde werken toegankelijk maken voor een ruimer publiek dan dat waarop de betrokken omroeporganisatie doelde, dat wil zeggen een publiek dat de auteurs van deze werken niet voor ogen hadden toen zij toestemming verleenden voor het gebruik van hun werken door de omroeporganisatie. In dat geval valt de interventie van deze operatoren dus niet onder de aan deze omroeporganisatie verleende toestemming” (punt 76) (eigen onderlijning). “In omstandigheden als die in de hoofdingen kan dat met name het geval zijn wanneer een operator de kring van de kijkers of luisteraars die tot deze mededeling toegang hebben, opentrekt en de beschermde werken dus voor een nieuw publiek toegankelijk maakt” (punt 77).

1590 In casu stelt het Hof van Justitie dat de actieve en betalende rol van de aanbieder van het satellietpakket ertoe leidt dat deze “de kring van personen die toegang tot de televisieprogramma’s hebben, opentrekt en het mogelijk maakt dat een nieuw publiek toegang krijgt tot de beschermde werken en ander beschermd materiaal.” (punt 82).

1595 Dit betekent nochtans niet dat deze aanbieder van een satellietpakket in alle gevallen de toestemming van de auteursrechthebbenden moet verkrijgen, nu het Hof van Justitie het

volgende belangrijke voorbehoud formuleert, in overeenstemming met zijn hierboven herinnerde rechtspraak m.b.t. het vereiste van een nieuw publiek: de toestemming van deze rechthebbenden moet niet verkregen worden wanneer:

1600 “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.” (punt 83) (z. ook het *dictum*).

1605

In het arrest van 7 december 2006 (*Rafaël Hoteles*, zaak C-306/05) was er al sprake van het criterium van een nieuw publiek om uit te maken of er sprake is van een publieke mededeling (punten 40-42). Het arrest “*Premier League*” van 4 oktober 2011 (zaken C-403/08 en C-429/08) bevestigt de regel (punt 197).

1610

Hieruit volgt dat de persoon wiens handelingen bij een mededeling aan het publiek niet beperkt zijn tot de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten slechts verantwoordelijk kan worden gesteld indien het door haar handelingen getroffen publiek een nieuw publiek uitmaakt, in die zin dat dit publiek verschilt van het publiek dat beoogd wordt door de omroeporganisatie die aan de bron is van de mededeling en waarvoor de auteur of zijn rechthebbende zijn toestemming heeft gegeven.

1615

Daartoe volstaat het niet vast te stellen dat de betrokken persoon meer doet dan een beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten bij de mededeling aan het publiek. Daarbij dient ook nog vastgesteld te worden dat het door hem bereikte publiek niet ingesloten ligt in het publiek dat reeds door de auteur of zijn rechthebbende wordt toegelaten.

1620

18.

1625 Het bestreden arrest doet deze vaststelling niet en schendt dus de toepasselijke regels inzake mededeling aan het publiek.

19.

Een prejudiciële vraag hieromtrent dient desnoods gesteld te worden.

1630

Deze vraag zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

“Dient artikel 3, § 1, van de 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 aldus uitgelegd te worden dat in een situatie waarbij

1635

- 1640 1) *televisie- of radioprogramma's in een kabelnetwerk worden geïnjecteerd ten gevolge van de overbrenging van deze signalen (programma's) door de omroeporganisatie op een privé wijze, m.n. zonder dat het publiek ze bij dit voorafgaande stadion kan ontvangen ("directe injectie"), en*
- 2) *de kabeloperator meer doet dan louter fysieke faciliteiten ter beschikking te stellen om de mededeling aan het publiek mogelijk te maken, en*
- 3) *de auteursrechthebbenden met de omroeporganisatie zijn overeengekomen dat de beschermde werken via de omroeporganisatie met alle technieken, met inbegrip van de kabel, aan het publiek worden meegedeeld, en*
- 1645 4) *de interventie van de kabeloperator deze werken voor geen nieuw publiek toegankelijk maakt, m.n. geen ander publiek dan dat beoogd door de sub 3) geïndiceerde overeenkomst,*
de kabeloperator voor zijn interventie in de mededeling aan het publiek de toestemming van de auteursrechthebbenden dient te verkrijgen ?"

1650

1655

1660

1665

OM DEZE REDENEN,

1670 Besluiten ondergetekende advocaten bij het Hof van Cassatie, voor eiseres in cassatie, dat het U behage, hooggeachte Dames en Heren, het bestreden arrest - wat betreft zijn beslissing over de directe injectie - te vernietigen, te bevelen dat van de vernietiging melding gemaakt wordt in de kant van het bestreden arrest, de zaak en partijen naar een ander hof van beroep te verwijzen, en over de kosten uitspraak te doen als naar recht.

Ondergeschikt verzoekt eiseres dat U, hooggeachte Dames en Heren, vooraleer uitspraak te doen over het cassatiemiddel, de in het middel voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zou stellen.

1675

Brussel, 14 januari 2014

Voor eiseres tot cassatie,

haar raadsliden,

1680

Caroline De Baets

Paul Alain Friers

1685

NIET VERBETERDE KOPIE

VOORZIENING IN CASSATIE

1690

VOOR: De naamloze vennootschap **TELENET**, met vennootschapszetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, en ondernemingsnummer 0473.416.418,

Eiseres in cassatie,

1695

Vertegenwoordigd en bijgestaan door meester Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25, waar woonplaats wordt gekozen.

1700

TEGEN: 1. De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BELGISCHE VERENIGING DER AUTEURS, COMPONISTEN EN UITGEVERS – SOCIÉTÉ BELGE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS**, handel drijvend onder de benaming **SABAM**, met maatschappelijke zetel te 1040 Brussel, Aarlenstraat 75-77, en ondernemingsnummer 0402.989.270;

1705

2. De BV CVBA **PLAYRIGHT**, voorheen de **VERENIGING VOOR DE INNING, DE VERDELING EN DE VERDEDIGING VAN DE RECHTEN VAN VERTOLKENDE EN UITVOERENDE KUNSTENAARS**, afgekort **URADEx**, met maatschappelijke zetel te 1080 Brussel, Belgicalaan 14, en ondernemingsnummer 0440.736.227;

1710

3. De vennootschap naar Zwitsers recht **ASSOCIATION DE GESTION INTERNATIONALE COLLECTIVE DES OEUVRES AUDIOVISUELLES**, afgekort **AGICOA**, ingeschreven in het Zwitsers register der rechtspersonen onder nr. CH-660.0.1.84.984.7, wiens kantoren gevestigd zijn te CH-1202 GENEVE / ZWITSERLAND, rue Pestalozzi, die woonstkeuze doet bij haar raadsman mr. An-Marie VANDROMME, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3,

1715

4. De BV CVBA **AGICOA EUROPE BRUSSELS**, met vennootschapszetel te 1000 Brussel, Kartuizerstraat, 19/32, en ondernemingsnummer 0426.385.274;

1720

1725

5. De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BEHEERS- EN**

BELANGENVENNOOTSCHAP **AUDIOVISUELE**

PRODUCTEN, afgekort **BAVP**, met vennootschapszetel te 1000 Brussel, Kartuizerstraat, 19C/30 en ondernemingsnummer 0456.222.078;

- 1730 6. De vennootschap naar buitenlands recht **SOCIÉTÉ DES AUTEURS ET COMPOSITEURS DRAMATIQUES**, afgekort **SACD**, met maatschappelijke zetel te 75009 Parijs (Frankrijk) rue Ballu 11bis, ingeschreven in het handels- en vennootschapsregister van Parijs (Frankrijk) onder het nummer D 784 406936, met zetel van het bijhuis in België te 1735 1050 Elsene, koninklijke-Prinsstraat, 87 en ondernemingsnummer 0413.411.129;
- 1740 7. De vennootschap naar buitenlands recht **SOCIÉTÉ CIVILE DES AUTEURS MULTIMEDIA**, afgekort **SCAM**, met maatschappelijke zetel te 75008 PARIJS (Frankrijk), avenue Velasquez 5, met zetel van het bijhuis in België te 1050 Elsene, Koninklijke-Prinsstraat, 87 en ondernemingsnummer 0425.440.416;
- 1745 8. De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **MULTIMEDIA MAATSCHAPPIJ VAN DE AUTEURS VAN DE VISUELE KUNSTEN – SOCIÉTÉ MULTIMEDIA DES AUTEURS DES ARTS VISUELS**, afgekort **SOFAM**, met vennootschapszetel te 1050 Elsene, Koninklijke-Prinsstraat, 87 en ondernemingsnummer 1750 0419.415.330;
- 1755 9. Meester **Christian CAUWE**, advocaat met kantoor te 9051 Sint-Denijs-Westrem, Kerkwegel 1, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de vereniging zonder winstoogmerk **KONINKLIJKE VERENIGING VAN DE BEELDENDE KUNSTENAARS VAN BELGIË**, afgekort **KVBKB**, met zetel gevestigd te 9000 Gent, Familie van Rysselberghedreef 2b en met ondernemingsnummer 0408.088.007, hiertoe aangesteld bij beslissing van de algemene vergadering van 7 oktober 2011;
- 1760 10. De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **SOCIÉTÉ DE L'INDUSTRIE MUSICALE – MUZIEKINDUSTRIE MAATSCHAPPIJ**, afgekort **SIMIM**, met vennootschapszetel gevestigd te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3 bus 5 en met ondernemingsnummer 1765 0455.701.446;

11. DE BV CVBA **IMAGIA**, met vennootschapszetel gevestigd te 1200 Sint-Lambrechts-Woluwe, Almaplein 3 bus 5 en met ondernemingsnummer 0456.381.634;

Verweerders in cassatie,

1770

In aanwezigheid van: De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **CODITEL BRABANT**, afgekort **CODITEL**, die har activiteiten uitoefent onder de handelsnaam NUMERICABLE met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Tweekerkenstraat 26, en ondernemingsnummer 0403.107.452;

1775

Partij opgeroepen in gemeenverklaring,

1780 Aan de Heren Eerste Voorzitter en Voorzitter van het Hof van Cassatie,

Aan de Dames en Heren raadsheren in het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Dames en Heren,

1785

1. Eiseres dient cassatieberoep in tegen het arrest door het hof van beroep te Antwerpen (1^{ste} kamer) uitgesproken op vier februari 2013 (A.R. nrs. 2011/AR/1523, 2011/AR/2545, 2011/AR/2546, 2011/AR/2578, 2011/AR/2582).

1790

Dit cassatieberoep is samenhangend met het cassatieberoep eerder door partij in gemeenverklaring Coditel tegen het bestreden arrest ingediend (A.R. nr. C.14.0045.N).

1795 **2.** De uitspraak in deze procedure heeft betrekking op een geschil tussen
 Telenet, enerzijds, en de beheersvennootschappen Sabam en de Belgische
 auteursrechtelijke beheersvennootschappen anderszijds, aangaande de door deze
 beheersvennootschappen - ten onrechte - als kabeldoorgifte gekwalificeerde
 1800 uitzending via het kabelnet van Telenet van een aantal omroepprogramma's in het
 kader van "Telenet Digitale Televisie".

3. Voor een goed begrip van het geding is het belangrijk de historiek van
 kabeldoorgifte en directe injectie in België in herinnering te brengen, evenals de wijze
 waarop de desgevallend verschuldigde auteursrechten contractueel (kunnen) worden
 1805 geregeld.

Aanvankelijk werden omroepprogramma's enkel via de ether uitgezonden door
 middel van zend- en ontvangstantennes. Het betreft een overdracht van radio- en
 televisiesignalen door elektromagnetische golven waarvan de frequentie wordt
 uitgedrukt in Hertz. De radio- en televisiesignalen werden uitgezonden via in
 1810 Europees verband afgesproken vaste frequenties voor ontvangst en uitzending.

De op deze wijze uitgezonden omroepprogramma's zijn bestemd voor rechtstreekse
 ontvangst door het publiek en betreffen voornamelijk binnenlandse en buitenlandse
 openbare omroepen. Dit is een "mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 1
 Auteurswet (cf. infra), en meer bepaald een zogenaamde primaire of eerste
 1815 uitzending, waarvoor de betrokken omroep de toestemming (de primaire
 uitzendrechten) van de auteursrechthebbenden moet verwerven.

Meer en meer ontstond echter de behoefte om radio- en televisiesignalen via
 gemeenschappelijke antenne-installaties te ontvangen en onder een beperkt aantal
 gebruikers te verdelen. Een klassiek voorbeeld waren de appartementsgebouwen die
 zelf een antenne-installatie bekostigden en de ontvangen signalen via een kabel
 1820 onder hun bewoners verdeelden.

Dit resulteerde later in gemeentelijke bedrijven die zich groepeerden. De NV Coditel
 nam in België het initiatief in 1960 te Saint-Servais bij Namen. Al gauw volgden Luik,
 1825 Verviers, Visé en vanaf 1964 werd dat voorbeeld gevolgd door een aantal
 gemeentebesturen in de Brusselse agglomeratie. Zo ontstonden diverse
 kabelmaatschappijen die elk een aantal gemeenten en/of steden bedienden (zuivere
 intercommunales), al dan niet in samenwerking met de private sector (gemengde
 intercommunales). De bedoeling was toen om televisie via een kabel ter beschikking
 1830 te stellen van kijkers die woonden in gebieden waar individuele antenneontvangst
 ontoereikend bleek. De noodzaak van kabeldistributie werd nog scherper aangevoeld
 omdat de zendkracht van de omroepen uit de naburige landen toen zeer gering was.
 De eerste kabeldistributeurs zorgden er dus voor dat de beeldkwaliteit van de

1835 zenders sterk verbeterde en dat het aantal omroepen dat kon bekeken worden toenam.

4. Over de auteursrechtelijke implicaties van de kabeldoorgifte heeft er veel discussie bestaan.

1840 Uiteindelijk werd beslist dat wanneer het programmadragende, ongecodeerde en dus voor het publiek bestemde ethersignaal dat de primaire uitzending door de omroeporganisatie uitmaakt, door een kabelmaatschappij wordt gecapteerd (via een antenne) en (opnieuw) gelijktijdig, ongewijzigd en integraal doorgegeven wordt aan het algemeen publiek, dit ook een “mededeling aan het publiek” in auteursrechtelijke zin uitmaakt, met name een secundaire uitzending (kabeldoorgifte) waarvoor
1845 eveneens de toestemming van de auteursrechthebbenden/omroepen moet worden verkregen, in principe door de kabelmaatschappij.

Deze problematiek werd beslecht in het Coditel-arrest van het Hof van Cassatie (Brussel 30 maart 1979, *JT* 1979, 502 bevestigd door Cass. 3 september 1981, *Pas.* 1982, I, 8; HvJ. 18 maart 1980, Coditel I, C-62/79, *Jur.* 1980, I-881).

1850 Het *Coditel*-arrest is *in casu* achterhaald aangezien het auteursrecht in Europa inmiddels werd geharmoniseerd in diverse Europese Richtlijnen die werden omgezet in de Belgische wetgeving (artikel 52 Auteurswet) zodat richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd met toepassing van de rechtspraak terzake van het Europees Hof van Justitie.

1855 Bovendien – en belangrijker – is dat er *in casu* geen sprake is van een eerste primaire publieke uitzending die vervolgens door een ander organisme wordt doorgegeven, maar van een andere uitzendvorm, nl. *directe injectie* in de kabel (cf. *infra*).

1860 Voor alle duidelijkheid, Telenet trekt de Coditel-rechtspraak helemaal niet in twijfel: een kabelretransmissie van een eerste voor het publiek toegankelijke uitzending is een tweede relevante auteursrechtelijke handeling.

De discussie *in casu* heeft echter geen betrekking op het publiek karakter van de doorgifte door Telenet, maar wel van het door de omroep aan Telenet aangeleverde omroepsignaal.

1865

5. Vanaf het eind van de jaren '80 zijn de kabelmaatschappijen inderdaad omroepprogramma's gaan verspreiden via de kabel die niet het voorwerp uitmaakten van een primaire uitzending maar die via een glasvezelkabel (bijvoorbeeld VMMA) of via een gecodeerd satelliet signaal (bijvoorbeeld SBS in de eerste jaren) “punt naar

1870 punt” werden aangeleverd aan de kabelmaatschappij voor mededeling aan het publiek over het kabelnet.

Het betrof hier bijna uitsluitend commerciële omroepprogramma’s die geen zendinstallaties hebben, niet ongecodeerd via de ether werden uitgezonden en aldus direct worden ingevoerd in het kabelnetwerk en dan voor de eerste keer worden gedistribueerd door de kabelmaatschappij voor ontvangst door het publiek (de kabelabonnees).

Dit wordt een directe injectie genoemd (zodat van directe injectieomroepen of “DI-omroepen” wordt gesproken voor omroepen die volgens deze techniek uitzenden).

1880 In het geval van directe injectie, leveren de omroepen hun signaal dus rechtstreeks – “punt naar punt” – aan de kabelmaatschappij, via gecodeerde satelliet, of een directe vaste glasvezelverbinding. Het gaat dus niet om het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal maar om het rechtsreeks en voor de eerste maal beschikbaar maken aan kabelabonnees van een speciaal daartoe enkel aan de kabelmaatschappijen ter beschikking gesteld niet-publiek programmadragend signaal.

Het signaal dat aan de kabelmaatschappijen aangeleverd wordt is dus niet voor het publiek toegankelijk, doordat het ofwel via een directe glasvezelverbinding gaat ofwel via een versleuteld (gecodeerd) satelliet signaal.

1890 **6.** De hoofddiscussie in onderhavige procedure is de vraag naar de auteursrechtelijke gevolgen van directe injectie, en in het bijzonder of er een bijkomende betaling moet worden verricht door Telenet aan de beheersvennootschappen, naast de betalingen die de omroepen reeds doen voor het verwerven van de primaire uitzendrechten.

1895 De beheersvennootschappen menen dat dit het geval is omdat er bij directe injectie een kabeldoorgifte is in de zin van artikel 52 Auteurswet (cf. infra).

Telenet meent dat dit niet het geval is aangezien directe injectie een primaire draadomroep betreft waarvoor de omroepen de rechten afdekken.

1900 Telenet heeft bovendien met het merendeel van de commerciële omroepen zogenaamde “All Rights Included” contracten gesloten (Alle Rechten Inbegrepen-overeenkomsten, hierna ook omschreven als ARI-overeenkomsten).

1905 In dergelijke ARI-overeenkomsten – die een (inter)nationale praktijk zijn geworden – wordt uitdrukkelijk bevestigd dat het de omroepen zelf zijn die alle relevante auteursrechten moeten regelen – hetzij met de beheersvennootschappen, hetzij met de rechthebbenden rechtstreeks - zodat hun programma’s rechtenvrij aan kabelmaatschappijen zoals Telenet worden aangeleverd voor verdeling over het

kabelnet. Het zijn dus de betrokken omroepen die de rechten met de betrokken rechthebbenden (al dan niet vertegenwoordigd door de beheersvennootschappen) regelen.

1910 Het bestaan van een ARI-overeenkomst is een bijkomende reden waarom Telenet voor de meeste commerciële omroepen geen betalingen verschuldigd is aan de beheersvennootschappen.

1915 Telenet is enkel een bijkomende betaling verschuldigd indien via het kabelnetwerk van Telenet omroepen worden doorgegeven die niet direct geïnjecteerd worden (en dus het voorwerp uitmaken van een primaire uitzending gevolgd door een simultane kabeldoorgifte) en waarmee Telenet geen ARI-overeenkomst heeft.

7. Bij vonnis van 12 april 2011 werd dit geschil in het voordeel van Telenet beslecht.

1920 De rechtbank van eerste aanleg te Mechelen oordeelde meer bepaald als volgt:

“- de digitale kabeldoorgifte bij simulcast uitzendingen, met name uitzendingen waarbij een simultane, ongewijzigde en integrale gelijktijdige uitzending plaatsvindt van een analoog en digitaal signaal, geen nieuwe vorm van kabeldoorgifte uitmaakt.

1925 *- een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 auteurswet (artikel 11bis, §1, 2° C onventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de in de zin van artikel 1 auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat Telenet bij directe injectie geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de*

1930 *vermelde beheersvennootschappen.*

1935 *- Telenet geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan vermelde beheersvennootschappen, wanneer Telenet met een omroeporganisatie, een “alle rechten inbegrepen” of rechtenvrije overeenkomst heeft afgesloten, waarin ondermeer de toestemming voor kabeldoorgifte of voor de uitzending/mededeling van programma’s in het algemeen wordt verleend aan Telenet.*

1940 *- Telenet geen auteursrechtelijke inbreuk begaat door omroepprogramma’s te verspreiden die 1) simulcast worden verspreid via het kabelnetwerk en waarvoor reeds een overeenkomst bestaat, 2) direct in de kabel worden geïnjecteerd, en/of 3) het voorwerp uitmaken van een rechtenvrije overeenkomst met de betrokken omroeporganisatie waarbij de kabeldoorgifrechten reeds werden verworven door de omroeporganisatie, en bijgevolg de toestemming van de beheersvennootschappen in deze situaties niet vereist is.”*

1945 8. Het bestreden arrest voegt de hogere beroepen tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg samen, verklaart de tussenkomst van Coditel ontvankelijk, bevestigt het bestreden vonnis waar dit de hoofdvorderingen en vorderingen in tussenkomst van Telenet ontvankelijk verklaarde en ook de oorspronkelijke tegenvorderingen ontvankelijk verklaarde, bevestigt het bestreden vonnis waar dit tussen partijen voor recht besliste dat de digitale kabeldoorgifte bij simulcastuitzendingen, met name uitzendingen waarbij een simultane, ongewijzigde en integrale gelijktijdige uitzending plaatsvindt van een analoog en digitaal signaal, geen nieuwe vorm van kabeldoorgifte uitmaakt maar wijst het overige van de oorspronkelijke vordering en tussenvordering van Telenet af en heropent daarop het debat.

1955

9. Tegen dit arrest voert eiseres twee cassatiemiddelen aan.

NIET VERBETERDE KOPIE

1960 **EERSTE MIDDEL TOT CASSATIE****Geschonden wetsbepalingen:**

- 1965 - De artikelen 11, § 1, 2° en 11bis, § 1, 2° van de Conventie van Bern van 9 september 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals herzien te Parijs op 24 juli 1971, goedgekeurd bij wet van 25 maart 1999 (hierna Conventie van Bern);
- 1970 - Artikel 1, § 3 van de richtlijn nr. 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 (hierna SatKab-richtlijn);
- Artikel 3, § 1 van de richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna Auteursrechtrichtlijn)
- 1975 - De artikelen 1, § 1, vierde lid en 52 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (hierna Auteurswet), artikel 1 zoals gewijzigd door de wet van 22 mei 2005 tot omzetting van de Auteursrechtrichtlijn;

1980 **Aangevochten beslissing:**

Na bevestiging van de beslissing van de eerste rechter inzake 'Simulcast' beoordeelt het hof van beroep de zgn. 'directe injectie'.

- 1985 Het hof besluit dat "de vordering van TELENET die – tussen partijen – ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11.1 Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat TELENET bij directe injectie geen kabeldoorgiftereden of andere auteursrechten verschuldigd is aan de inzake zijnde beheersvennootschappen, [...] in hoger beroep [wordt] afgewezen." (cf. p. 50 van het arrest).
- 1990

Onder de titel 'Eén of twee handelingen?' (p. 46, randnummer 4.7.4.2) oordeelt het hof van beroep in dat verband het volgende

- 1995 *"4.7.4. Directe injectie*
- 2000 *4.7.4.1. TELENET vordert te verklaren voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11bis, §1, 2° Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn informatiemaatschappij en artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat TELENET geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de beheers- verenigingen.*
- 2005 *Dienvolgens, vraagt zij, vast te stellen dat de [appellanten] niet kunnen optreden wat de directe geïnjecteerde omroepen betreft, en vraagt zij om hun tegenvorderingen onontvankelijk te verklaren.*
- 2010 *CODITEL, de vrijwillig tussenkomende partij, ondersteunt de argumentatie en standpunt van TELENET. Zij kan zich volledig vinden in het bestreden vonnis. Zelf is zijn een zaak betrokken met SACD, SCAM en SOFAM voor de rechtbank van koophandel te Brussel. Zoals hiervoor reeds vermeld, is zij enkel ter ondersteuning van TELENET vrijwillig tussengekomen in hoger beroep.*
- 2015 *4.7.4.2. Eén of twee handelingen ?*
- Partijen blijven betwisting voeren over de vraag of bij een directe injectie er al dan niet sprake is van één dan wel twee auteursrechtelijk relevante handelingen.*
- Het hof oordeelt als volgt:*
- 2020 *Bij directe injectie sluit de omroep zich rechtstreeks aan op het netwerk van één of meerdere kabelmaatschappijen. Het omroepprogramma wordt niet eerst via de ether of satelliet uitgezonden en heruitgezonden via de kabel. De oorspronkelijke uitzending vindt plaats via het kabelnet.*
- 2025 *Bij 'directe injectie' is er geen sprake van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan TELENET beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen van het decoderen niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn.*
- Vermits hen ter beschikking gesteld signaal niet voor het publiek toegankelijk is, maakt dat er bij directe injectie geen sprake is van een voorafgaandelijk*

2030 *primaire publieke uitzending en daaropvolgende kabeldoorgifte. Er is slechts sprake van één doorgifte die gelijk te stellen is met een primaire uitzending.*

2035 *De eerste rechter oordeelde terecht (met verwijzing naar rechtspraak H.v.J. 14 juli 2005 (C-192/04), <http://eur-lex.europa.eu>) dat een beperkte kring van personen die signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd. Een publiek moet een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers zijn samengesteld.*

2040 *In dit verband kan nog verwezen worden naar het arrest van het gerechtshof te s'Gravenhage van 10 april 2012 (zaak nummer 200.036.425/01), waar ook – met verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (onder meer het arrest 'Hoteles' , 'Lagardère') – werd geoordeeld dat onder 'publiek' dient te worden verstaan : 'een onbepaald aantal potentiële luisteraars en kijkers'.*

2045 *In geval van 'directe injectie' is er geen eerste primaire uitzending en een daaropvolgende secundaire kabeldoorgifte door TELENET. Er zijn met andere woorden geen twee auteursrechtelijke relevante handelingen.*

2050 *Artikel 11.1 van de Conventie van Bern van 24 juli 1971 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst bepaalt: 'Auteurs van toneelwerken, dramatische- muzikale werken en muziekwerken genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot: (1°) de opvoering en uitvoering van hun werken, met inbegrip van openbare opvoering en uitvoering met alle middelen of werkwijzen; (2°) de openbare overbrenging met alle middelen van de opvoering en uitvoering van hun werken'.*

2055 *Artikel 11bis 1.2° van de Berner Conventie van 24 juli 1971 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst bepaalt: 'Auteurs van werken van letterkunde en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot: ... (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'.*

2060 *Laatst aangehaald artikel verwijst naar een heruitzending door een andere organisatie dan dewelke de oorspronkelijke mededeling heeft verricht. De uitzending en heruitzending (of nog: secundaire uitzending) vereisen een publieke mededeling.*

2065 *Zoals de eerste rechter terecht opmerkte ontvangt het publiek bij de 'directe injectie' geen twee aparte mededelingen. Maar er is wel één mededeling en voor die mededeling is toestemming vereist.*

2065 *In de door SIMIM/IMAGIA aangehaalde cassatierechtspraak (Cass. 8 oktober 1999, www.cass.be) was de context verschillend met onderhavig geschil.*

Gelet op voorgaande is er bij directe injectie dus geen sprake van twee maar wel van één auteursrechtelijke handeling.

Het 'Airfield-arrest'

2070 *Onder meer SIMIM/IMAGIA argumenteren dat de gelijkenissen van het Airfield-arrest met onderhavige zaak frappant zijn. Zij beweren dat TELENET het mogelijk maakt dat een nieuw publiek toegang krijgt tot de beschermde werken en ander beschermd materiaal, zodat zij de toestemming van de betrokken rechthebbenden moet verkrijgen.*

2075 *TELENET is uiteraard een andere mening toegedaan.*

Het kwestieuze arrest werd geveld nadat het bestreden vonnis in deze zaak was tussengekomen.

Het hof oordeelt als volgt:

2080 *Bij arrest van 13 oktober 2011 van het Hof van Justitie (<http://eur-lex.europa.eu>) werd voor recht verklaard:*

2085 *'Artikel 2 van richtlijn 93/82/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 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'.*

2090

2095 *Artikel 2 van genoemde richtlijn 93/83/EEG bepaalt 'Overeenkomstig de bepalingen van dit hoofdstuk kennen de Lid-Statens auteurs een uitsluitend recht toe de mededeling aan het publiek per satelliet van auteurs-rechtelijk beschermde werken toe te staan'.*

2100 *CODITEL benadrukt terecht dat de feitelijke context waarbinnen het arrest tot stand kwam verschillend is met onderhavige zaak. In de zaak Airfield stelde het Hof van Justitie vast dat de programma's reeds op een andere wijze aan het publiek werden openbaar gemaakt, afgezien van de kwestieuze interventie van Airfield de betrekking had op de doorgifte van de uitzendingen via satelliet.*

Hof van Justitie 13 oktober 2011:

2105 '45 Voorts moet met betrekking tot de feitelijke context van de prejudiciële vragen van meet af aan worden verduidelijkt dat de directe en de indirecte doorgifte van televisieprogramma's niet de enige technieken van doorgifte van in het betrokken satellietpakket opgenomen programma's zijn.

2110 46 Deze programma's worden immers ook buiten dat pakket door de omroeporganisaties uitgezonden op een wijze **waarop zij de kijkers rechtstreeks bereiken**, bijvoorbeeld via een vaste verbinding.

2115 47 Deze indirecte en directe doorgifte komen dus **boven op deze uitzendwijzen** met de bedoeling het kijkerspubliek voor de betrokken uitzendingen te vergroten...'

In het Airfield-arrest ging het om een secundaire uitgifte (de directe doorgifte kwam bovenop een uitzendwijze die toegankelijk was voor het publiek). De feitelijke context in het Airfield-arrest is dan ook verschillend met onderhavige zaak.

2120 In onderhavig geval maakt de interventie van TELENET de werken niet voor een nieuw publiek toegankelijk. Het programmadragerende signaal dat aan TELENET wordt geleverd door de omroepen is immers niet voor het publiek bestemd, zodat er geen sprake is van een nieuw, ruimer publiek dat door TELENET zou worden bereikt.

2125 *Principe*

De vraag rijst wie bij directe injectie verantwoordelijk is voor de primaire uitzending via de kabel en wie de rechten hiervoor dient te regelen.

2130 De eerste rechter oordeelde 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 hof oordeelt anders. TELENET is geen louter doorgeefluik. Zij stelt diverse pakketten samen en houdt diverse mogelijkheden is, zodat 'een louter ter beschikking stellen' wordt overschreden.

2135 Artikel 1 van de Auteurswet bepaalt: '§1 Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht op het op welke wijze of in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk te reproduceren of te laten reproduceren'.

2140 *Dat recht omvat onder meer het exclusie recht om toestemming te geven tot het bewerken of het vertalen van het werk.*

2145 *Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht om het werk volgens ongeacht welk procedé, 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.*

Alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst heeft het recht de distributie van het origineel van het werk of van kopieën ervan aan het publiek, door verkoop of anderszins, toe te staan.

2150 *De eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Europese Gemeenschap van het origineel of een kopie van een werk van letterkunde of kunst door de auteur of met diens toestemming leidt tot uitputting van het distributierecht van dat origineel of die kopie in de Europese Gemeenschap.*

2155 *Artikel 51 Auteurswet bepaalt: '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'.*

2160 *Artikel 52 Auteurswet bepaalt: 'Onder doorgifte via 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'.*

2165 *TELENET zorgt bij directe injectie voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van de kabel, aan het publiek, van een eerste uitzending, van een televisieprogramma die voor ontvangst van het publiek bestemd is.*

Directe injectie is een kabeldoorgifte. Gelet op de wettelijke bepalingen is de toestemming van de rechthebbenden vereist. Het bewijs van de toestemming kan gevraagd worden.

2170 *Alle overige argumentatie van partijen is dit verband, is niet van die aard om anders te oordelen.*

2175 *De vordering van TELENET die – tussen partijen – ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat een directe injectie van een omroepprogramma geen kabeldoorgifte uitmaakt in de zin van artikel 52 Auteurswet (artikel 11.1 Conventie van Bern) en slechts één relevante auteursrechtelijke handeling door de omroep uitmaakt, met name één mededeling aan het publiek in de zin van artikel 1 Auteurswet (artikel 3 Richtlijn Informatiemaatschappij en*

artikel 11.1 Conventie van Bern) zodat TELENET bij directe injectie geen kabeldoorgifrechten of andere auteursrechten verschuldigd is aan de inzake zijnde beheersvennootschappen, wordt in hoger beroep afgewezen.

2180 *Het bestreden vonnis wordt hervormd.*

Ten overvloede:

Wat het geval 'Yelo' betreft:

2185 *Onder andere SIMIM/IMAGIA houden voor dat TELENET recent de Yelo-dienst heeft ontwikkeld waardoor TELENET-klanten overal te lande op hun pc, smartphone, gsm, tablet enz. de door TELENET doorgegeven programma's kunnen bekijken.*

Vermits SIMIM/IMZGIA hieraan geen verdere juridische gevolgen knopen, wordt hierop niet verder ingegaan.

2190

2195 **Eerste onderdeel:** schending van artikel 1, § 3 van de SatKab-richtlijn en van artikel 52 van de Auteurswet.

2200 **1.** De artikelen 48 t.e.m. 54 van de Auteurswet bevatten een bijzondere regeling voor mededelingen aan het publiek, nl. de uitzending van programma's via satelliet en de doorgifte via kabelnetwerken.

Die bepalingen zetten de SatKab-richtlijn om.

2205 Artikel 51 van de Auteurswet bevestigt het exclusieve recht van de auteurs en houders van naburige rechten om de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan. De kabelmaatschappijen zijn dus verplicht om de toelating van de rechthebbenden te verkrijgen voor kabeldoorgifte van hun werken.

Als heruitzending van de kabel zich niet voordoet, zijn er geen claims van individuele rechthebbenden en hoeft die bescherming niet te worden geboden.

2. Artikel 52 van de Auteurswet, dat artikel 1, § 3 van de SatKab-richtlijn omzet, definieert 'doorgifte via de kabel' als 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 voor het publiek bestemd zijn.

Deze formulering wijst erop dat 'doorgifte via de kabel' een eerdere openbaarmakingshandeling ('eerste uitzending') veronderstelt.

Dit blijkt ook uit de Franse, Duitse en Engelse taalversies van de SatKab-richtlijn, waarin 'eerste uitzending' en 'doorgifte' zijn weergegeven als 'transmission initiale' en 'retransmission par câble', 'Erstsendung' en 'Kabelweiterverbreitung', respectievelijk 'initial transmission' en 'cable retransmission'.

Een en ander strookt met de strekking van de SatKab-richtlijn, die volgens de considerans daarvan (punt 28) beoogt de doorgifte via de kabel van een eerste uitzending uit een andere lidstaat mogelijk te maken, zonder dat daaraan afbreuk kan worden gedaan door individuele rechthebbenden.

Indien derhalve geen sprake is geweest van een eerste uitzending die voor ontvangst door het publiek bestemd is, kan van een "doorgifte via de kabel" evenmin sprake zijn.

3. Te dezen stelt het hof van beroep vast dat er bij directe injectie geen sprake is van het opvangen en doorgeven van een publiek toegankelijk signaal, maar van een rechtstreeks aan eiseres beschikbaar maken van een daartoe enkel aan haar ter beschikking gesteld signaal dat niet voor het publiek toegankelijk is, aangezien de middelen voor het decoderen niet aan het publiek ter beschikking gesteld zijn, dat er m.a.w. geen sprake is van een "voorafgaandelijk primaire publieke uitzending" (cf. p. 46, in fine en p. 47, eerste en tweede alinea van het arrest).

Niettemin neemt het hof aan dat er sprake is van één doorgifte (cf. p. 47, tweede alinea), dat eiseres meer is dan een louter doorgeefluik dat fysieke faciliteiten ter beschikking stelt en dat zij bij directe injectie voor de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte door middel van de kabel zorgt, m.a.w. dat directe injectie een kabeldoorgifte is die de toestemming van de rechthebbenden behoeft (cf. p. 49, derde laatste alinea en p. 50, vierde en vijfde alinea van het arrest).

4. Uit die overwegingen volgt dat het hof van beroep niet de juridisch geëigende gevolgen verbindt aan de vaststelling dat er van een eerdere mededeling aan het

2245 publiek geen sprake is, m.a.w. dat de voorafgaande primaire openbaarmaking ontbreekt.

Zonder die primaire openbaarmaking kan er ook geen sprake zijn van “doorgifte via de kabel” waarvoor eiseres overeenkomstig artikel 52 van de Auteurswet verantwoordelijk is.

2250 De beslissing dat directe injectie een kabeldoorgifte is die overeenkomstig artikel 52 van de Auteurswet de toestemming van de rechthebbenden vereist, is dan ook niet naar recht verantwoord (schending van art. 1, § 3 van de SatKab-richtlijn en van art. 52 van de Auteurswet).

2255 **Tweede onderdeel:** schending van de artikelen 11, § 1, 2° en 11bis, § 1, 2° van de Conventie van Bern, van artikel 3, § 1 van de Auteursrechtlijn en van artikel 1, § 1, vierde lid van de Auteurswet.

2260 1. Uit de artikelen 11, § 1, 2° en 11bis, § 1, 2° van de Conventie van Bern volgt dat auteurs van toneelwerken, dramatisch-muzikale werken, muziekwerken en werken van letterkunde en kunst het uitsluitend recht genieten om toestemming te verlenen tot de openbare overbrenging met alle middelen van de opvoering en uitvoering van hun werken.

2265 Overeenkomstig artikel 3, § 1 van de Auteursrechtlijn voorzien de lidstaten ten behoeve van auteurs in 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.

2270 Artikel 3, § 1 van de Auteursrechtlijn moet zo worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een lidstaat een ruimere bescherming kan bieden aan de houders van een auteursrecht door te bepalen dat het begrip mededeling aan het publiek een groter aantal handelingen omvat dan die waarop deze bepaling betrekking heeft (cf. HvJ nr. C-466/12, Svensson, overw. 41).

2275 Volgens artikel 1, § 1, vierde lid van de Auteurswet heeft alleen de auteur van een werk van letterkunde of kunst het recht 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.

2280 **2.** Zelfstandige handelingen waarmee het uitgezonden werk aan een nieuw publiek wordt meegedeeld behoeven de toestemming van de auteur of zijn rechthebbende. De auteur die toestemming geeft voor een mededeling aan het publiek houdt rekening met het publiek waarvan hij weet dat het door die mededeling aan het publiek wordt bereikt of kan worden bereikt.

2285 De persoon die deze mededeling opstart of die daarin een interventie uitvoert 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, behoeft hiervoor de toestemming van de auteur (cf. HvJ nrs. C-431/09 en C-432/09, Airfield, overw. 72).

2290 Het betreft die situaties waarin een ondernemer door zijn bewuste interventie een uitzending met beschermde werken toegankelijk maakt voor een nieuw publiek waarmee de betrokken auteurs geen rekening hebben gehouden toen zij de betrokken uitgezonden doorgifte hebben toegestaan (cf. HvJ nr. C-607/11, ITV/TV Catchup, overw. 38).

2300 **3.** Te dezen overweegt het hof van beroep bij de beantwoording van de vraag wie bij directe injectie verantwoordelijk is voor de primaire uitzending via de kabel en wie de rechten hiervoor dient te regelen dat eiseres geen louter doorgeefluik is, dat zij diverse pakketten samenstelt en diverse mogelijkheden inhoudt, zodat van een louter ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten door de kabelmaatschappij geen sprake is, in tegenstelling tot wat de eerste rechter aannam (cf. p. 49 van het arrest, onder 'Principe').

2305 **4.** Indien wordt vastgesteld dat de omroepen met de aanlevering van programmadragende signalen aan de kabelexploitanten geen openbaarmakingshandeling verrichten, dan kan ook niet gezegd worden dat die kabelexploitanten een interventie verrichten waardoor een mededeling van de omroepen toegankelijk wordt gemaakt voor een 'ruimer' publiek dan waarop de
2310 initiële toestemming van de rechthebbende betrekking had (cf. HR 28 maart 2014, nr. 12/03490, ECLI:NL:HR:2014:73, overw. 4.3; in diezelfde zin concl. A-G VERKADE inzake de stichting Naburige Rechten Organisatie voor Musici en Auteurs (NORMA) t. Vereniging NLKabel et al., zaak nummer 12/03490, p. 34-35, nr. 5.30.3).

2315 Nu het arrest in voorliggend geval uitdrukkelijk vaststelt dat het programmadragend signaal dat aan eiseres wordt geleverd door de omroepen niet voor het publiek bestemd is, zodat er geen sprake is van een nieuw ruimer publiek dat door eiseres zou worden bereikt (zie p. 49, vierde alinea), kon het hof van beroep dan ook niet wettig aannemen dat eiseres door haar interventie een mededeling aan het publiek doet die de initiële toestemming van de rechthebbenden overstijgt en is het arrest in

2320 zoverre niet naar recht verantwoord (schending van artikel 3, § 1 van de Auteursrechtlijn, van artikel 1, § 1, vierde lid van de Auteurswet en, voor zoveel als nodig, van de artikelen 11, § 1, 2° en 11bis, § 1, 2° van de Conventie van Bern).

Toelichting:

2325 Bij het eerste onderdeel

De art. 48 t.e.m. 54 van de Auteurswet bevatten een bijzondere regeling voor mededelingen aan het publiek, nl. de uitzending van programma's via satelliet en de doorgifte via kabelnetwerken.

2330 Die bepalingen zetten de SatKab-Richtlijn om.

Artikel 51 van de Auteurswet bevestigt het exclusieve recht van de auteurs en houders van naburige rechten om de doorgifte via de kabel van hun werken en prestaties toe te staan. De kabelmaatschappijen zijn dus verplicht om de toelating van de rechthebbenden te verkrijgen voor kabeldoorgifte van hun werken.

2335 Als heruitzending van de kabel zich niet voordoet, zijn er geen claims van individuele rechthebbenden en hoeft die bescherming niet te worden geboden (vgl. concl. A-G VERKADE inzake de stichting Naburige Rechten Organisatie voor Musici en Auteurs (NORMA) t. Vereniging NLKabel et al., zaak nummer 12/03490, p. 29, nr. 5.19.2, <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2013:1093>).

2340 Artikel 52 van de Auteurswet, dat artikel 1, derde lid van de SatKab-Richtlijn omzet, definieert 'doorgifte via de kabel' als 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 voor het publiek bestemd zijn.

2345 Met verwijzing naar het hiervoor geciteerde arrest van het Hof van Justitie inzake ITV heeft de Nederlandse Hoge Raad recent geoordeeld dat deze formulering van 'doorgifte via de kabel' een eerdere openbaarmakingshandeling ('eerste uitzending') veronderstelt.

2350 Gelet op het belang van deze beslissing worden de bewuste overwegingen in extenso geciteerd:

"Onder 'doorgifte via de kabel' verstaat art. 1 lid 3 SatKabRichtlijn "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." Deze formulering wijst erop dat 'doorgifte via de

2355

2360 *kabel' een eerdere openbaarmakingshandeling ('eerste uitzending') veronderstelt. Dit blijkt ook uit de Franse, Duitse en Engelse taalversies van de SatKabRichtlijn, waarin 'eerste uitzending' en 'doorgifte' zijn weergegeven als 'transmission initiale' en 'retransmission par câble', 'Erstsendung' en 'Kabelweiterverbreitung', respectievelijk 'initial transmission' en 'cable retransmission'.*

Een en ander strookt met de strekking van de SatKabRichtlijn, die blijkens de considerans daarvan (punt 28) beoogt de doorgifte via de kabel van een eerste uitzending uit een andere lidstaat mogelijk te maken, zonder dat daaraan afbreuk kan worden gedaan door individuele rechthebbenden.

2365 *Deze uitleg stemt voorts overeen met de punten 20 en 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn. Blijkens punt 20 bestaat samenhang tussen de Auteursrechtlijn en (onder andere) de SatKabRichtlijn. Daarom komt bij de uitleg van de begrippen 'doorgifte via de kabel' en 'eerste uitzending' ook gewicht toe aan*
 2370 *de Engelse en Franse taalversies van deze considerans, alwaar in punt 23 wordt gesproken van 'transmission' en van 'retransmission'. In dit verband is mede van belang dat het HvJEU in zijn arrest van 7 maart 2013, zaak C-607/11 (ITV/TVCatchup), ECLI:NL:XX:2013:BZ4617, heeft geoordeeld (in punt 23) dat uit punt 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn blijkt dat het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek zich uitstrekt tot elke doorgifte of*
 2375 *wederdoorgifte van een werk aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending; (in punt 24) dat de Uniewetgever, door een regeling vast te stellen voor situaties waarin een bepaald werk 'meermaals wordt gebruikt', heeft gewild dat elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk waarbij een specifieke technische werkwijze wordt*
 2380 *gebruikt, in beginsel individueel door de auteur van het betrokken werk wordt toegestaan; en (in punt 25) dat deze vaststellingen worden bevestigd door de art. 2 en 8 van de SatKabRichtlijn, op grond waarvan een 'nieuwe toestemming' is vereist voor een gelijktijdige, ongewijzigde en integrale 'doorgifte', per satelliet of kabel, van een 'eerste uitzending' van radio- of televisieprogramma's die beschermde werken*
 2385 *bevatten. Ook hieruit volgt dat het begrip 'doorgifte via de kabel' een eerdere 'mededeling aan het publiek' veronderstelt."*

(cf. HR 28 maart 2014, nr. 12/03490, ECLI:NL:HR:2014:73, overw. 4.1.3, te raadplegen via <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2014:735>)

2390 *Indien derhalve geen sprake is geweest van een eerste uitzending die voor ontvangst door het publiek bestemd is, kan van een "doorgifte via de kabel" evenmin sprake zijn (cf. HR 28 maart 2014, nr. 12/03490, ECLI:NL:HR:2014:73, overw. 4.2.2).*

Bij het tweede onderdeel

2395 Uit het tweede onderdeel moet vanzelfsprekend niet worden afgeleid dat er geen rechten moeten worden betaald.

Er moeten primaire draadomroeprechten worden betaald, met name door de omroepen. Telenet betaalt hiervoor substantiële vergoedingen aan de omroepen.

2400

TWEEDE MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wetsbepalingen:

2405

- Artikel 4, derde lid van het Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie, zoals gecoördineerd door het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007, goedgekeurd bij enig art. Decr. D. Gem. Parl. 19 mei 2008 (*BS* 15 juli 2008 (eerste uitg.)), bij art. 1 Decr. Fr. Gem. Parl. 23 mei 2008 (*BS* 15 juli 2008 (eerste uitg.)), bij art. 1 Decr. W. Parl. 22 mei 2008 (*BS* 29 mei 2008 (eerste uitg.)), en, voor wat betreft de materies waarvan de uitoefening door de Franse Gemeenschap aan het Waalse Gewest is overgedragen, bij art. 1 Decr. W. Parl. 22 mei 2008 (*BS* 30 mei 2008 (tweede uitg.)), bij art. 2 Decr. Verg. fr. Gem. Comm. 12 juni 2008 (*BS* 26 augustus 2008 (eerste uitg.)), bij art. 2 Ord. Br. H. Parl. 10 juli 2008 (*BS* 6 augustus 2008), bij art. 2 Ord. Ver. Verg. Gem. Gem. Comm. 10 juli 2008 (*BS* 6 augustus 2008), bij art. 2 Decr. VI. Parl. 10 oktober 2008 (*BS* 5 november 2008) en bij art. 2 Wet 19 juni 2008 (*BS* 19 februari 2009 (ed. 1), Addendum, *BS* 27 november 2009 (ed. 4)), (hierna VEU);

2410

2415

2420

- De artikelen 9, § 1 en 10 van de richtlijn nr. 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 (hierna SatKab-richtlijn);

2425

- Artikel 53 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (hierna Auteurswet);

Aangevochten beslissing:

2430 Onder randnummer 4.7.5 op p. 51 van het arrest beoordeelt het hof van beroep het verweer van eiseres over de zgn. 'ARI-overeenkomsten'.

2435 Zij hield voor dat indien haar verweer inzake directe injectie niet werd gevolgd er in ieder geval geen bijkomende vergoeding verschuldigd was, aangezien er met de meeste omroeporganisaties 'alle rechten inbegrepen' distributieovereenkomsten waren gesloten, zodat eiseres voor de omroepprogramma's geen auteursrechten moest betalen (cf. o.m. p. 92 e.v. van de derde en samenvattende beroepsconclusie van eiseres inzake 2011/AR/2545).

2440 Het hof van beroep oordeelt onder verwijzing naar artikel 53 van de Auteurswet dat het recht van de auteur en van de houder van naburige rechten om doorgifte via de kabel toe te staan uitsluitend kan worden uitgeoefend door de beheersvennootschappen en dat de uitzondering hierop in het derde lid van die bepaling enkel ziet op de eigen uitzendingen van een omroeporganisatie.

Bij gebrek aan omzetting van de laatste alinea van artikel 10 van de SatKab-Richtlijn zou dat begrip 'eigen uitzending' niet de rechten door auteursrechthebbenden aan de omroeporganisaties overgedragen kunnen omvatten.

2445 Het hof van beroep heropent dan het debat, zodat de beheersvennootschappen zouden verduidelijken voor welke uitzendingen zij vergoeding vragen en eiseres desnoods aan de hand van overeenkomsten zou aantonen dat zij bevrijd is (cf. p. 51-54 van het arrest).

2450 **Grief:** schending van artikel 4, derde lid VEU, van de artikelen 9, § 1 en 10 van de SatKab-richtlijn en van artikel 53 van de Auteurswet.

2455 1. Volgens artikel 53, § 1 van de Auteurswet kan het recht van de auteur en van de houders van naburige rechten om de doorgifte via de kabel toe te staan of te verbieden, uitsluitend door vennootschappen voor het beheer van de rechten worden uitgeoefend.

Volgens artikel 53, § 3 van de Auteurswet is het eerste lid niet van toepassing op de rechten die een omroeporganisatie in het kader van haar eigen uitzendingen uitoefent.

2460 De Belgische wetgever heeft met artikel 53 van de Auteurswet de omzetting in Belgisch recht van de artikelen 9 en 10 van de SatKab-richtlijn beoogd.

Volgens artikel 9, § 1 van de SatKab-richtlijn dragen de lidstaten 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

2465 of te verbieden uitsluitend door maatschappijen van collectieve belangenbehartiging kan worden uitgeoefend.

Volgens artikel 10 van diezelfde richtlijn dragen de lidstaten er zorg voor dat artikel 9 (het verplicht collectief beheer) *“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.”*

2470

2. Te dezen stelt het hof van beroep vast dat de laatste zinsnede van artikel 10 van de SatKab-richtlijn *“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”* niet is overgenomen in de Belgische wetgeving, zodat eiseres zich dan ook niet kan steunen op deze zinsnede tegenover de beheersvennootschappen om voor te houden dat de uitzondering op artikel 53, § 3 van de Auteurswet (het verplicht collectief beheer) zowel geldt voor de eigen uitzendingen als voor die door andere auteursrechthebbenden zijn overgedragen aan de omroeporganisaties (cf. p. 52, zesde en zevende alinea van het arrest).

2475

2480

3. De beslissing dat de laatste zinsnede van artikel 10 van de SatKab-richtlijn niet in de Belgische wetgeving is overgenomen en eiseres dus niet kan voorhouden dat de uitzondering van artikel 53, § 3 van de Auteurswet ook geldt voor rechten door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten aan de omroeporganisatie overgedragen is strijdig met de wil van de wetgever zoals die in de omzettingwetgeving tot uitdrukking is gebracht (schending van de art. 9, § 1 en 10 van de SatKab-richtlijn zoals omgezet door art. 53, § 1 en 3 van de Auteurswet).

2485

2490

Zij strijdt ook met de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie die overeenkomstig artikel 4, derde lid VEU op de nationale rechter rust.

De verplichting van de lidstaten om het met de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken impliceert voor de nationale rechter dat hij bij de toepassing van het nationale recht zijn nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde dit doel te bereiken (cf. HvJ 14/83, Von Colson, Jur. 1984, 1909, overw. 26; HvJ 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, 3985, overw. 9; HvJ C-286/06, Impact, 2008, overw. 101).

2495

Het Hof van Justitie oordeelde weliswaar dat die verplichting tot richtlijnconforme interpretatie principiële beperkingen kent zoals die volgen uit algemene rechtsbeginselen van rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht en dat het nationale recht niet contra legem kan worden geïnterpreteerd maar die beginselen komen hier niet in het gedrang.

2500

2505 Het hof van beroep heeft dan ook niet al het mogelijke gedaan om een met de SatKab-richtlijn strijdig resultaat te voorkomen (vgl. HvJ nrs. C-397/01 tot en met C-403/01, Pfeiffer, overw. 116-118).

2510 De beslissing dat eiseres niet kan voorhouden dat de uitzondering van artikel 53, § 3 van de Auteurswet ook geldt voor rechten door andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten aan de omroeporganisatie overgedragen schendt dus eveneens artikel 4, derde lid VEU.

Toelichting:

2515 Artikel 53, § 3 van de Auteurswet bepaalt dat het verplicht collectief beheer niet geldt voor de rechten die een omroeporganisatie in het kader van haar eigen uitzendingen uitoefent.

2520 Art. 10 van de SatKab-Richtlijn bepaalt dat de Lidstaten er zorg voor dragen dat artikel 9 (het verplicht collectief beheer) *“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.”*

Het verslag van de Europese Commissie van 26 juli 2002 over de toepassing van de SatKab-Richtlijn stelt over die bepaling het volgende:

2525 *“In art. 10 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*
 2530 *doorgeven van programma's zonder dat de rechthebbenden verplicht vertegenwoordigd zijn door een maatschappij voor collectieve belangenbehartiging.”*

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0430:FIN:NL:PDF>)

2535 De Belgische wetgever heeft met art. 53 van de Auteurswet onmiskenbaar zowel de artikelen 9 als 10 van de SatKab-Richtlijn in het Belgische recht willen omzetten (cf. amendement nr. 279 van de regering bij het wetsontwerp betreffende het auteursrecht, de naburige rechten en het kopiëren voor eigen gebruik van geluids- en audiovisuele werken, *Parl.St.* Kamer 1991-92, nr. 473/31, 8-9 en verslag namens de commissie voor de justitie bij het wetsontwerp betreffende het auteursrecht, de

2540 naburige rechten en het kopiëren voor eigen gebruik van geluids- en audiovisuele werken, *Parl.St.* Kamer 1991-92, nr. 473/33, 262, 264).

De beslissing van het hof dat de laatste zinsnede van art. 10 van de SatKab-Richtlijn niet in de Belgische wetgeving is overgenomen en eiseres dus niet kan voorhouden dat de uitzondering van art. 53, § 3 van de Auteurswet ook geldt voor rechten door
2545 andere auteursrechthebbenden en/of houders van naburige rechten aan de omroeporganisatie overgedragen is niet alleen vanuit die optiek onwettig.

Ze strijdt ook met de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie die overeenkomstig artikel 4, derde lid van het Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie, zoals gecoördineerd door het Verdrag van Lissabon van 13
2550 december 2007, op de nationale rechter rust.

De verplichting van de lidstaten om het met de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken impliceert voor de nationale rechter dat hij bij de toepassing van het nationale recht zijn nationale recht moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde dit doel te bereiken (cf. HvJ 14/83, Von Colson, *Jur.* 1984, 1909, overw. 26; HvJ 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, 3985, overw. 9; HvJ C-286/06, Impact, 2008, overw. 101).

Het Hof van Justitie oordeelde weliswaar dat die verplichting tot richtlijnconforme interpretatie principiële beperkingen kent zoals die volgen uit algemene rechtsbeginselen van rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht (cf.
2560 HvJ 80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, 3986, overw. 13; HvJ C-387/02 - C-391/02 – C/4038/02, Berlusconi, 2005, overw. 74) en dat het nationale recht niet contra legem kan worden geïnterpreteerd (cf. recent HvJ C-105/03, Pupino, 2005, overw. 47) maar die beginselen komen hier niet in het gedrang.

Het hof van beroep heeft dan ook niet al het mogelijke gedaan om een met de SatKab-Richtlijn strijdig resultaat te voorkomen (vgl. HvJ nrs. C-397/01 tot en met C-403/01, Pfeiffer, overw. 116-118).

2570

BIJ DEZE BESCHOUWINGEN,

2575 Besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie, voor eiseres, dat het u, Hooggeachte Dames en Heren, behage, het bestreden arrest te vernietigen, de zaak en partijen te verwijzen naar een ander hof van beroep, en over de kosten uitspraak te doen als naar recht.

2580 Brussel, 2 mei 2014

Voor eiseres in cassatie,

Haar raadsman,

Bruno Maes

2585

Bijgevoegd stuk:

2590 Kopie van het exploit van betekening van het bestreden arrest met keuze van woonplaats door derde verweerster in cassatie.

NIET VERBETERDE KOPIE