

Retransmission d'émissions par câble

**Etude sur l'efficacité de la gestion et acquisition
des droits de retransmission par câble**

TABLE DES MATIERES

Introduction et vue d'ensemble	iii
Résumé.....	v
Contributions aux rapports nationaux	vii
PREMIERE PARTIE: PARTIE GENERALE.....	1
A. DISPOSITIONS INTERNATIONALES	2
1) Article 11bis de la Convention de Berne.....	2
a) <i>Rejet de la notion de "nouveau public" comme critère déterminant.....</i>	<i>2</i>
b) <i>Différence entre une transmission par câble originale et une retransmission par câble</i>	<i>3</i>
c) <i>Exercice du droit à certaines conditions</i>	<i>4</i>
d) <i>Article 8 du Traité OMPI sur le droit d'auteur</i>	<i>4</i>
2) <i>Quid d'un futur traité sur la protection du droit voisin des radiodiffuseurs?.....</i>	<i>4</i>
B. LOIS ET USAGES EN EUROPE	5
1) Jurisprudence.....	5
a) <i>Jurisprudence Coditel (affaire 62/79, arrêt du 18 mars 1980, et affaire 262/81, arrêt du 6 octobre 1982 - Coditel/Ciné Vog Films)</i>	<i>5</i>
b) <i>Jurisprudence concernant l'hôtel Rafael (Affaire C-306/05, Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 décembre 2006 - Rafael/SGAE).....</i>	<i>6</i>
2) Directive sur le satellite et câble de 1993.....	7
3) Conseil de l'Europe.....	9
a) <i>Arrangement européen pour la protection des émissions de télévision (1960)</i>	<i>9</i>
b) <i>Recommandation de 2002 sur les droits des organismes de radiodiffusion (Rec(2002)7).....</i>	<i>9</i>
4) Dispositions nationales en vigueur.....	10
C. NOUVELLES PLATEFORMES/NOUVELLES TECHNOLOGIES DE RETRANSMISSION.....	12
1) Situation générale	12
2) Développements nationaux	13
D. ANALYSE D'UNE SUGGESTION DE METTRE L'OBLIGATION DE REGLEMENT DES DROITS DE RETRANSMISSION A LA CHARGE DES RADIODIFFUSEURS.....	13
1) Aspects juridiques	13
2) Aspects économiques et pratiques.....	15
a) <i>Négociations à cent pour cent individuelles.....</i>	<i>15</i>
b) <i>Négociations individuelles avec chaque radiodiffuseur mais collectives avec les ayants droit (ou la plupart d'entre eux)</i>	<i>15</i>
c) <i>Obligation des radiodiffuseurs d'acquérir les droits pour le compte du câblo-opérateur.....</i>	<i>16</i>
d) <i>Accord de licence "global"</i>	<i>16</i>
PART II: NATIONAL REPORTS.....	17
TABLE OF CONTENTS	18
<i>Anglais uniquement</i>	

Introduction et vue d'ensemble

Ce document examine si un régime obligatoire d'acquisition des droits d'auteur tel que le proposent les câblo-opérateurs, est réalisable et se justifie. Sous un tel système, les câblo-opérateurs pourraient acquérir les droits nécessaires à la redistribution des chaînes TV dont ils souhaitent offrir le contenu à leur public en concluant uniquement des accords individuels directement et uniquement avec les radiodiffuseurs respectifs, ce qui leur éviterait d'établir des rapports contractuels avec tout autre détenteur de droits relatifs au contenu (ou parties du contenu) de ces chaînes

L'étude "Solon" de 2006, commanditée par les principaux câblo-opérateurs européens, argue de négociations complexes que les câblo-opérateurs doivent mener avec de nombreuses sociétés de gestion du droit d'auteur, et de difficultés qu'ils rencontrent parfois dans l'acquisition des droits nécessaires pour pouvoir offrir leurs services. Selon les câblo-opérateurs, ces complications entraînent des frais de transaction élevés et les exposent à l'insécurité dans leurs activités, ce qui ne les incite guère à investir dans de nouveaux services. Pour surmonter ces difficultés, l'étude "Solon" recommande une stratégie conjuguant les options suivantes:

- 1) un système "tous droits inclus": les câblo-opérateurs devaient pouvoir obtenir directement et uniquement auprès des radiodiffuseurs concernés, tous les droits nécessaires à leurs activités de distribution;
- 2) un "régime de licences centralisé": les radiodiffuseurs et les câblo-opérateurs devraient pouvoir négocier des contrats d'exploitation de droits auprès d'une seule société de gestion collective de leur choix.

Selon les estimations de l'étude Solon, une combinaison de ces deux options permettrait aux câblo-opérateurs d'économiser 50% du montant total moyen de leurs coûts pour acquérir les droits d'auteur.¹

En ce qui concerne la première de ces options stratégiques², les câblo-opérateurs proposent qu'il soit possible, pour diminuer les coûts moyens d'acquisition des droits, d'acquérir directement et seulement auprès des radiodiffuseurs l'ensemble des droits de retransmission par câble des chaînes. Ceci équivaldrait à obliger les radiodiffuseurs à acquérir pour le compte des câblo-opérateurs les droits de retransmission nécessaires auprès de tous les autres ayants-droit.³ Les radiodiffuseurs, du moins ceux que représente l'Union Européenne de Radio-télévision, sont fermement opposés à cette idée. Selon eux, un tel schéma d'acquisition obligatoire déplacerait la responsabilité juridique et financière de l'acquisition des droits de retransmission par câble, actuellement portée par les câblo-opérateurs, sur les radiodiffuseurs et l'opération ne profiterait qu'aux câblo-opérateurs.

¹ Pour le texte exhaustif de l'étude Solon 2006 - disponible uniquement en anglais - voir sur http://www.cableeurope.eu/uploads/documents/pub27_en-2006_05_09_solon_study_final.pdf (résumé: pages 10/11).

² Cette deuxième option - "régime de licences centralisé" - fait actuellement l'objet d'un débat nourri avec notamment la question, encore ouverte, de savoir si cette option est susceptible de réduire ou au contraire d'augmenter les frais de transaction; elle n'est pas développée dans le présent document.

³ Cette suggestion n'est pas tout à fait nouvelle puisque l'on en trouve une référence dans un rapport, publié en juillet 2002 par la Commission européenne, concernant la transposition de la directive 2003 sur le satellite et câble dans les pays membres de l'UE; le rapport en question peut être consulté sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/documents_en.htm#reports.

L'étude qui suit entend donc démontrer, détails à l'appui, que le régime proposé d'acquisition des droits d'auteur pour une redistribution par câble des chaînes de télévision, indépendamment des conflits qu'il crée avec l'actuel cadre juridique international et européen, s'appuie largement sur des hypothèses irréalistes et risque de conduire à une gestion des droits moins efficace et à des coûts plus importants que ceux qu'occasionneraient des accords multilatéraux.

L'étude comprend une première partie *générale* et une deuxième partie contenant les *rapports nationaux* de quelques pays européens sélectionnés. La partie générale présente les dispositions les plus pertinentes des lois et décisions judiciaires internationales et européennes, et comprend une analyse des accords conclus actuellement au niveau national. Elle propose aussi quelques réflexions sur l'opportunité d'appliquer le cadre législatif actuel aux nouveaux médias et/ou nouvelles techniques de retransmission d'émissions, et se livre à une dernière évaluation de l'obligation faite (comme cela est proposé) aux radiodiffuseurs d'acquiescer les droits de retransmission. Quant aux rapports nationaux (en anglais seulement), qui émanent respectivement de la Belgique, des pays nordiques (sauf la Finlande), de l'Allemagne, des Pays-Bas et de la Suisse, on y trouvera les détails non seulement de la transposition nationale effective des règles européennes et internationales concernant la retransmission par câble, mais aussi de la jurisprudence et des aspects pratiques et économiques d'accords conclus localement. Ces rapports nationaux ont été préparés à partir des contributions de certains Membres de l'UER et/ou des juristes les représentant, tandis que la partie générale émane pour l'essentiel du Département des affaires juridiques et publiques de l'UER.

Genève, le 14 novembre 2007

Résumé

- **Le contrat de licence de retransmission par câble des chaînes de radiodiffusion, qui fait intervenir plusieurs sociétés de gestion collective et autres groupes d'ayants droit, correspond à une pratique bien ancrée depuis plusieurs décennies, et de tous les modèles économiques c'est celui qui occasionne le moins de frais de négociation et d'administration.**
- **Le contrat de licence global (c'est-à-dire multilatéral), autrement dit, un contrat unique impliquant d'une part toutes les catégories d'ayants droit et d'autre part les câblo-opérateurs (ou leur association nationale), est l'option que les radiodiffuseurs privilégient. Même dans les pays où les câblo-opérateurs refusent d'entrer en matière pour un contrat de licence global, il a été donné à des groupes réunissant plusieurs ayants droit d'accorder une licence d'exploitation de leur répertoire à ces opérateurs.**
- **La proposition des câblo-opérateurs de faire porter aux radiodiffuseurs la responsabilité d'acquérir et d'administrer tous les droits de retransmission par câble au nom des opérateurs du câble est inacceptable pour les radiodiffuseurs et occasionnerait une hausse des frais de transaction et d'administration. Quant à savoir quels droits de retransmission (et de qui) le radiodiffuseur aimerait acquérir, la réponse devrait être laissée au libre choix du radiodiffuseur. Par conséquent, cette proposition est à rejeter sans l'ombre d'une hésitation.**

Le modèle d'acquisition des droits que proposent les câblo-opérateurs dans l'étude Solon, où le radiodiffuseur serait obligé d'obtenir tous les droits relatifs aux chaînes de télévision que l'opérateur du câble souhaite offrir à ses abonnés payants, part manifestement de l'intention de déplacer sur les radiodiffuseurs la responsabilité juridique et financière actuellement assumée par les câblo-opérateurs. De toute évidence, ce serait la négation même des schémas de licences bien établis qui depuis des années facilitent grandement la retransmission par câble de programmes de télévision. En outre, pour les raisons qui vont être décrites ci-après, réduire le rôle des radiodiffuseurs à celui d'une agence de règlement des droits pour le compte des câblo-opérateurs et leur faire assumer le coût des activités de distribution par câble, n'est ni justifié sur le plan juridique ni réalisable dans les faits.

- ❖ En droit d'auteur, la *raison d'être* du droit exclusif de retransmission par câble est *l'avantage économique escompté* du fait de cette activité par le câblo-opérateur. Ceci découle de l'article 11bis (1)(ii) de la Convention de Berne, de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, des lois nationales sur le droit d'auteur et des recommandations européennes. Par conséquent, étant donné que les câblo-opérateurs utilisent les programmes de télévision (et les droits afférents) à leurs fins commerciales propres, ils ont l'obligation juridique et financière d'acquérir les droits de retransmission par câble auprès de tous les ayants droit concernés.
- ❖ L'acte de retransmission par câble, pour lequel les consommateurs doivent payer un abonnement, procède de l'exploitation et de la gestion du seul câblo-opérateur. Etant donné que celui-ci *poursuit un but commercial* en vendant aux consommateurs les programmes retransmis, les responsabilités au regard du droit d'auteur pour ces retransmissions ne devraient être placées sur aucun des ayants droit présents dans la chaîne de valeurs.

- ❖ En prévision des retransmissions par câble simultanées, complètes et sans changement d'émissions (étrangères), la directive sur le satellite et câble de 1993 a introduit un régime simplifié d'acquisition des droits qui facilite la délivrance de *licences collectives* pour les droits de retransmission de certains ayants droit. Ce système, qui simplifie la vie des utilisateurs de droits d'auteur lorsqu'ils veulent obtenir les droits de retransmission qui leur sont nécessaires, a été adopté *précisément à la demande des câblo-opérateurs*.
 - ❖ C'est à dessein que la directive sur le satellite et câble de 1993 donne aux radiodiffuseur la *souplesse* nécessaire pour négocier leurs droits de la manière qu'ils jugent appropriée. Avec le modèle proposé dans l'étude Solon, le radiodiffuseur serait seul à assumer le risque économique des négociations de l'ensemble des droits de retransmission.
 - ❖ Le modèle proposé augmenterait donc le volume de négociations puisqu'il faudrait davantage de discussions entre les radiodiffuseurs et les autres ayants droit; *les frais de transaction et d'administration seraient de ce fait plus élevés*.
 - ❖ Contrairement à ce qui arrive lorsque des contrats de licence multipartites réunissent à la même table les ayants droit et les câblo-opérateurs, avec le modèle proposé les radiodiffuseurs ne pourraient pas prévoir avec assez de certitude si leurs chaînes seront un jour retransmises (le cas échéant, dans quels pays et à quelles conditions commerciales). Ils n'auraient de ce fait aucune *base sûre pour négocier* avec les autres ayants droit.
 - ❖ Aujourd'hui, les droits de retransmission sont payés par les câblo-opérateurs en fonction de l'utilisation/consommation effective, c'est-à-dire sur la base du schéma d'abonnement effectif et des chaînes retransmises. Avec le modèle proposé, les sociétés de gestion collective devraient demander aux radiodiffuseurs de payer *sans savoir à l'avance quelle sera le volume réel des retransmissions*, autrement dit, quelles seront les chaînes retransmises et dans quelles conditions commerciales elles le seront (système d'abonnement, redevance, etc.). Il en résulterait également des *surcoûts de négociation inutiles et injustifiés*.
 - ❖ Un exemple qui illustre encore mieux ces difficultés est celui des retransmissions d'émissions sur les *nouvelles plateformes de distribution* parce que les radiodiffuseurs et autres ayants droit ne savent pas à l'avance selon quels modèles économiques fonctionnent les opérateurs de nouvelles plateformes.
 - ❖ Les opérateurs de nouvelles plateformes de distribution ne bénéficient pas expressément d'un régime obligatoire de licences collectives pour acquérir les droits de retransmissions dont ils ont besoin. Par conséquent, le cadre juridique des retransmissions simultanées, complètes et sans changement d'émissions de télévision est clairement le cas d'école justifiant *l'existence d'un système similaire d'acquisition des droits* pour les retransmissions d'émissions par ces autres opérateurs de plateformes de distribution.
-

Contributions aux rapports nationaux

Pour la Belgique:

Mme Carine Doutrelepont, Doutrelepont & Associés, Bruxelles, Belgique
M. Koen Lemmers, Doutrelepont & Associés, Bruxelles, Belgique

Pour les pays nordiques:

M. Steen Lassen, Lassen Ricard, Copenhague, Danemark
Mme Terese Foged, Lassen Ricard, Copenhague, Danemark

Pour l'Allemagne:

M. Peter Weber, ZDF, Mayence, Allemagne
M. Michael Krause, WDR/ARD, Cologne, Allemagne

Pour les Pays-Bas:

M. Rick van den Dolder, NPB/NOS, Hilversum, Pays-Bas

Pour la Suisse:

M. Hermann Stern, Zurich, Suisse

PREMIERE PARTIE

PARTIE GENERALE

A. DISPOSITIONS INTERNATIONALES

1) Article 11bis de la Convention de Berne

La retransmission par câble est réglementée par l'article 11bis 1) de la Convention de Berne et par l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (voir ci-après). Ce dernier réaffirme le droit de communication au public, y compris le droit de mise à disposition.

L'article 11bis 1) de la Convention de Berne dit en substance:

"Les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser:

1° la radiodiffusion de leurs oeuvres ou la communication publique de ces oeuvres par tout moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;

2° toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'oeuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;" (...)

Du droit d'un auteur d'autoriser la diffusion il est question dans l'article 11bis 1)1° de la Convention de Berne, tandis que l'article 11bis 1)2° de la Convention confère aux auteurs le droit d'autoriser la retransmission (par câble ou autre moyen) des émissions. Le texte de l'article 11bis 1) de la Convention est un compromis pour mettre d'accord ceux qui souhaitaient étendre la protection des auteurs à ce nouveau type de représentation, et ceux qui voulaient éviter toute extension de leurs droits. La Convention définit en termes très larges le droit exclusif de communication publique et couvre la retransmission d'une émission dans la mesure où elle est effectuée par un organisme autre que celui d'origine.

a) Rejet de la notion de "nouveau public" comme critère déterminant

Le droit de retransmission par câble est indépendant du droit de radiodiffusion. Si l'émission originale est retransmise par une entité autre que l'organisme d'origine, l'article 11bis 1)2° de la Convention sous-entend que ceci est à considérer comme un nouvel acte de communication publique et comme tel exige l'autorisation de l'auteur. Le critère de "l'organisme autre que celui d'origine" est déterminant.

Comme l'explique Claude Masouyé dans son Guide de la Convention de Berne (Genève, 1978) qui n'a certes pas force de loi mais peut néanmoins faciliter l'interprétation de ladite Convention, lorsque l'auteur autorise la radiodiffusion de son oeuvre, il prend en considération uniquement les usagers directs, c'est-à-dire les détenteurs d'appareils de réception qui captent directement l'émission.

Une des caractéristiques de la retransmission par câble est d'être un service destiné à un cercle ouvert (c'est-à-dire non quantifiable à l'avance) de téléspectateurs (normalement les abonnés du câblo-opérateur). Mais il ne s'agit pas nécessairement d'un public "nouveau" par rapport à ceux qui reçoivent l'émission originale. Même si c'est le même public qui reçoit, grâce à son abonnement au câble, une chaîne qu'il capte déjà par des moyens hertziens (terrestres), la retransmission par câble de la même chaîne est encore considérée comme un nouvel acte de communication au public. Dans les annales de l'article 11bis 1)2° de la Convention il y eut un débat entre les pays membres quant à savoir s'il fallait fixer comme critère déterminant le fait que l'organisme qui retransmet l'émission s'adresse à un "nouveau public". Pour finir, cette idée a été écartée à la suite d'une proposition de la Belgique, et l'on a préféré retenir comme (seul) critère déterminant celui de *l'existence d'un autre organisme ("another organization") utilisant le programme diffusé pour ses propres activités*. Dans le même temps, il fut clarifié qu'un simple intermédiaire technique (tel que l'opérateur télécoms local ou les réémetteurs) n'était pas à prendre en considération.⁴

Le libellé de cette clause n'exclut pas la possibilité, lorsque la retransmission de l'émission atteint un nouveau public, comparé à celui de l'émission originale, de prendre en compte ce facteur comme un critère déterminant *additionnel*. Mais s'agissant de savoir, sur le plan juridique, si la retransmission constitue un acte pertinent au regard du droit d'auteur, il faut bien comprendre que le critère du public n'est pas une condition *sine qua non* de l'applicabilité de l'article 11bis 1)2° de la Convention. En revanche, il ressort des annales de cette clause que l'élément décisif est le fait de savoir si l'organisme retransmetteur utilise l'émission à ses propres fins commerciales. Cela signifie que pour déterminer l'existence d'une retransmission avérée selon l'article 11bis 1)2°, il faut se polariser sur les *avantages économiques* obtenus (ou escomptés) du fait de la retransmission par l'"autre organisme".

b) Différence entre une transmission par câble originale et une retransmission par câble

Une explication s'impose: les câblo-opérateurs peuvent non seulement redistribuer les émissions hertziennes terrestres de type traditionnel des radiodiffuseurs établis, mais également transmettre des émissions originales par câble, c'est-à-dire diffuser leurs propres signaux porteurs de programmes pour une réception directe par le public en général. Il s'agit dans ce dernier cas d'un acte de radiodiffusion *par diffusion filaire* et le câblo-opérateur doit alors acquérir les droits nécessaires pour diffuser de tels programmes, dans les mêmes conditions qu'un organisme de radiodiffusion. Souvent, ce genre de programmation originale est simplement intégré dans l'ensemble de programmes offerts au consommateur, autrement dit, offerte avec les chaînes des autres radiodiffuseurs.

En revanche, l'acte de *retransmission* par câble implique que la communication concerne l'émission *d'un tiers*, c'est-à-dire un programme existant destiné à la réception par le public. Toutefois, le libellé de l'article 11bis 1)2° de la Convention n'exige pas qu'il y ait eu une communication "antérieure". Le rejet de la notion de "nouveau public" comme critère déterminant enlève également toute importance au fait qu'il y ait eu un public antérieurement. En outre, même s'il n'y a eu aucune émission *avant* la retransmission, le fait est que le câblo-opérateur n'a aucune responsabilité éditoriale en ce qui concerne les programmes diffusés qu'il retransmet. En réalité, on se trouve aujourd'hui (et ce sera encore davantage le cas dans le futur) en présence de diverses émissions *parallèles* (simultanées) et il n'y a aucune raison de ne pas appliquer l'article 11bis 1)2° de la Convention à la retransmission de *toute* émission de ce type tant que cette retransmission est le fait d'un "*autre organisme*". Il se peut qu'une telle retransmission aille de pair, sur un plan purement technique, avec un signal *différent du signal original* (par exemple, diffusé en clair). Toutefois, le but de l'article 11bis 1)2° de la Convention est de protéger les auteurs contre une nouvelle forme d'utilisation qui vise à générer de nouvelles recettes pour "l'autre organisme". Le fait que les câblo-opérateurs poursuivent leurs propres objectifs commerciaux en offrant l'émission aux consommateurs

⁴ Voir, par exemple, Walter, GRUR Int. 1974, page 119 et suivantes.

prouve à l'évidence que de telles intentions existent bel et bien. On peut ajouter également que l'objet de la protection juridique des radiodiffuseurs (en tant que titulaires de droits voisins) est l'*émission* en tant que bien immatériel, ce qui dépasse la notion de signal de transmission en tant qu'objet quasi matériel.

c) Exercice du droit à certaines conditions

L'article 11bis 2) de la Convention permet aux pays de l'Union de Berne de fixer les conditions d'exercice du droit. Les pays peuvent simplement réduire la marge d'application du droit ou soumettre cette application à des conditions spécifiques. Mais si l'on retient l'interprétation générale de cette clause (voir, par exemple, le Guide OMPI mentionné précédemment), un pays membre peut parfaitement remplacer ce droit exclusif par un régime de licence obligatoire, pour autant qu'il institue parallèlement un droit à rémunération équitable, ce droit pouvant être créé par un accord à l'amiable, à défaut par une autorité compétente. C'est ainsi que dans les pays de l'Union européenne, la retransmission d'émissions par câble, simultanée, complète et sans changement fait l'objet d'un régime de licences collectives obligatoires pour certains ayants droit, conformément à la directive sur le satellite et câble de 1993 (Directive du Conseil 1993/83/CEE du 27 septembre 1993; voir ci-après).

d) Article 8 du Traité OMPI sur le droit d'auteur

L'article 8 du Traité OMPI sur le droit d'auteur de 1996 (WCT) doit sa raison d'être à la prise en compte des nouveaux modes de communication, c'est-à-dire ce qu'il est convenu d'appeler "l'ordre du jour numérique"; il confirme la réalité d'un droit exclusif très large de communication au public. Rappelant l'article 11bis 1) de la Convention de Berne, l'article 8 spécifie que le droit de communication au public peut être exercé par des moyens avec ou sans fil.⁵ Il maintient de ce fait entièrement le régime institué par l'article 11bis de la Convention de Berne.

Cette analyse ne saurait être complète sans faire état également d'une Déclaration commune concernant l'article 8 du traité OMPI sur le droit d'auteur, où on lit ce qui suit: "*il est entendu que la simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication ne constitue pas une communication au public au sens du présent traité ou de la Convention de Berne. Il est entendu en outre que rien, dans l'article 8, n'interdit à une Partie contractante d'appliquer l'article 11bis.2)* [de la Convention de Berne]". Un groupe hôtelier a (vainement) tenté de faire jouer cette disposition en sa faveur pour échapper à l'obligation de demander l'autorisation des auteurs (voir ci-après).

2) Quid d'un futur traité sur la protection du droit voisin des radiodiffuseurs?

A l'ordre du jour des sessions ordinaires du Comité permanent de l'OMPI sur le droit d'auteur et droits connexes (SCCR) s'inscrivent notamment les travaux préparatoires à un éventuel traité sur la protection des droits voisins des radiodiffuseurs. Une Conférence diplomatique de l'OMPI (à l'origine prévue en novembre/décembre 2007) ne se matérialisera probablement pas cette année, en revanche il faut préciser qu'il existe déjà un projet de texte de traité ("Projet révisé de traité de l'OMPI pour la protection des organismes de radiodiffusion").

Un droit exclusif fondamental, sinon unique, qui est inscrit dans ce projet de texte de futur traité est le *droit de retransmission*, établi aussi bien pour des retransmissions en simultané et en différé, ainsi que

⁵ L'article 8 du traité OMPI sur le droit d'auteur dit en substance: "*Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1° et 2), 11 ter.1)2°), 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'oeuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs oeuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée.*" [Sans italiques dans le texte original].

pour des retransmissions "par quelque moyen que ce soit".⁶ Cette proposition reflète le fait que la Convention de Rome de 1961 couvre uniquement la "réémission" (comme droit exclusif des radiodiffuseurs), laquelle est définie dans cette Convention comme une retransmission simultanée uniquement par des moyens sans fil; or, maints pays du monde ont déjà instauré un droit de retransmission plus étendu, comme cela ressort d'une analyse juridique comparative de l'OMPI, faite en 1998 sur les droits voisins des radiodiffuseurs.⁷ Dans sa propre proposition de texte de traité de l'OMPI, la Communauté européenne prévoit également ce droit exclusif sans limites (sauf pour la durée).

B. LOIS ET USAGES EN EUROPE

Il convient de rappeler que si l'Union européenne n'est pas, comme telle, signataire de la Convention de Berne, elle n'en est pas moins tenue d'en respecter les dispositions, en vertu de l'article 9 de l'Accord GATT/ADPIC dont elle partie prenante.

1) Jurisprudence

La jurisprudence européenne dans le secteur de la distribution par câble a été marquée par deux décisions majeures qui ont montré la voie d'une interprétation des règles internationales applicables aux retransmissions par câble. Ces affaires ont apporté la réponse à deux sortes de questions à propos du droit de communication au public au moyen du câble.

a) Jurisprudence Coditel (affaire 62/79, arrêt du 18 mars 1980, et affaire 262/81, arrêt du 6 octobre 1982 - Coditel/Ciné Vog Films)

Cette jurisprudence Coditel témoigne de la volonté de la Cour européenne de se préoccuper d'aspects particuliers du droit d'auteur dans le contexte de plusieurs autres questions. Une société de production cinématographique française avait accordé une licence de droit d'auteur exclusive pour sept ans sur son film à une société de distribution belge, valable sur le territoire belge. Ce film a été projeté dans les salles de cinéma en Belgique puis a été diffusé par une chaîne de télévision allemande. Cette émission a été captée en Belgique par une société de distribution par câble, Coditel, qui l'a distribuée à ses abonnés. Le distributeur belge considérait que la retransmission sur le réseau du câblo-opérateur belge compromettrait son exploitation commerciale du film et a donc assigné Coditel en justice.

Sur la question du droit d'auteur, la Cour d'Appel a considéré que les sociétés Coditel avaient procédé à une communication du film au public parce qu'elles avaient capté le film lors de sa diffusion par un organisme de radiodiffusion allemand. La Cour a conclu que les sociétés Coditel auraient dû demander l'autorisation du distributeur belge pour retransmettre le film sur leurs réseaux. Ce raisonnement de la Cour d'Appel a eu pour conséquence que l'autorisation donnée par le titulaire du droit d'auteur à la télévision allemande ne comprenait pas celle de relayer le film sur les réseaux de câblodistribution situés hors d'Allemagne, ou du moins ceux existant en Belgique.

⁶ Dans la version actuelle du Projet révisé de proposition de base (SCCR/15/2), ce droit est décrit comme suit: "*Les organismes de radiodiffusion jouissent du droit exclusif d'autoriser la retransmission de leurs émissions par quelque moyen que ce soit, y compris la réémission, la retransmission par fil et la retransmission sur des réseaux informatiques.*"

⁷ Voir également l'étude de l'OMPI sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/scrr_1/scrr_1_3.pdf, page 13.

b) *Jurisprudence concernant l'hôtel Rafael (Affaire C-306/05, Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 7 décembre 2006 - Rafael/SGAE)*

La première question qui se posait ici tenait à l'interprétation des dispositions de la directive sur le satellite et câble de 1993. Un hôtel en Espagne avait installé des télévisions dans les chambres de ses clients; la société de gestion des droits espagnole SGAE a attaqué l'hôtel au motif d'une violation du droit d'auteur, considérant être en présence d'un acte de communication au public par fil. Il s'agissait pour la Cour de déterminer si le fait, pour l'hôtel, de capter des signaux de télévision par satellite ou par voie terrestre et de les distribuer par câble dans ses différentes chambres est un acte de communication au public. Les doutes quant à la réponse venaient du fait que le public était constitué non par une pluralité de personnes présentes en même temps mais par une succession de personnes (comme c'est le cas dans des chambres d'hôtel).

Un cas semblable est signalé en 2000 (affaire EGEDA, C-293/98 [2000] ECR I-629), également en Espagne. Appelée en l'espèce à répondre à la même question que dans l'affaire ci-dessus, la Cour de justice des CE a conclu qu'il s'agissait d'un aspect ne relevant pas de la directive sur le satellite et câble mais à apprécier selon le droit national, ceci en dépit des conclusions de l'Avocat-général La Pergola qui soutenait qu'une telle utilisation d'un appareil de télévision constituait un acte de communication au public.

La Cour a confirmé son arrêt rendu dans l'affaire EGEDA en concluant à l'inapplicabilité de la directive sur le satellite et câble. Le texte applicable, selon elle, était la directive 2001/29 CEE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Relevant que ladite directive ne précisait pas ce qu'il faut entendre par "communication au public", la Cour a renvoyé au vingt-troisième considérant de la directive, où il est précisé que la notion de communication au public doit être entendue au sens large. Dans cet ordre d'idées, la Cour avait déjà considéré que le terme "public" désignait un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels (affaire C-89/04 Mediakabel [2005] ECR I-4891; affaire C-192/04 Lagardère Active Broadcast [2005] ECR I-7199).

Sur cette question de "public", selon la Cour, il y avait lieu de tenir compte non seulement des clients qui sont installés dans les chambres de l'établissement hôtelier, mais également des clients présents dans tout autre espace dudit établissement et qui ont à leur portée un appareil de télévision qui y est installé. La Cour a estimé que le public d'un hôtel constitue un public "nouveau",⁸ et qu'il n'est pas déterminant à cet égard que les clients de l'hôtel aient ou n'aient pas mis en marche l'appareil de télévision; l'élément déterminant est que les clients aient accès à cet appareil. Toujours selon la Cour, le caractère privé d'une chambre d'hôtel ne s'oppose pas à ce qu'une communication au moyen d'appareils de télévision soit qualifiée d'acte de communication au public (la Cour a ainsi statué contradictoirement à l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour suprême d'Espagne).

La Cour a conclu que cette distribution par l'hôtel constituait un acte de communication au public au sens de l'article 11bis 1)2°) de la Convention de Berne, en tant que "communication faite par un autre organisme que celui d'origine".⁹ Elle a en outre souligné que l'intervention de l'hôtel donnant accès aux émissions "doit être considérée comme une prestation de service supplémentaire accomplie dans le but d'en retirer un certain bénéfice. Il ne saurait, en effet, être sérieusement contesté que l'offre de ce service a une influence sur le standing de l'hôtel et, partant, sur le prix des chambres. Dès lors, même à considérer,

⁸ Les références de la Cour de justice européenne à un "public nouveau", dans ses observations liminaires 40 à 42 peuvent être déconcertantes dans la mesure où ce critère n'est pas déterminant pour l'application de l'article 11bis 1)2°) de la Convention de Berne (voir plus haut). Mais leur intention est certainement de montrer que le fait d'atteindre un nouveau public avec cette redistribution est un facteur *supplémentaire* concourant à l'applicabilité de la disposition citée.

⁹ Voir, en particulier, les motifs de décision n° 40, 44 et 46.

ainsi que le fait valoir la Commission des Communautés européennes, que la poursuite d'un but lucratif ne soit pas une condition nécessaire à l'existence d'une communication au public, il est en tout état de cause établi que le caractère lucratif de la communication existe dans des circonstances telles que celles de l'espèce au principal." Cette constatation confirme que la "raison d'être" - mentionnée ci-dessus - d'un droit de retransmission distinct est le *bénéfice économique escompté* de l'activité de retransmission.

La Cour a également jugé non recevable l'argument de l'hôtel selon lequel celui-ci aurait simplement fourni des installations techniques (ou physiques) permettant de regarder les émissions originales, et devrait donc bénéficier d'une exemption au titre de la déclaration commune concernant l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

Dans ses conclusions finales, la Cour déclare: "*Si la simple fourniture d'installations physiques ne constitue pas, en tant que telle, une communication au sens de la directive 2001/29/CE [...], la distribution d'un signal au moyen d'appareils de télévision par un établissement hôtelier aux clients installés dans les chambres de cet établissement, quelle que soit la technique de transmission du signal utilisée, constitue un acte de communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de cette directive*".

2) Directive sur le satellite et câble de 1993

Dans le but de promouvoir la disponibilité des services de radiodiffusion de pays de l'UE dans tous autres pays de l'Union européenne, cette directive a notamment instauré un système simplifié d'acquisition des droits, pays par pays, pour la retransmission par câble simultanée, complète et sans changement d'émissions étrangères. A la faveur d'une plus grande sécurité juridique garantie sur une base contractuelle pour ces méthodes de retransmission, la directive a voulu abolir les obstacles à la radiodiffusion transfrontière, dus aux différences de législation entre les Etats contractants. Cependant, les considérants de la directive ne laissent aucun doute: la retransmission par câble est un acte relevant du droit d'auteur et qui, dans plusieurs pays, relève même de droits voisins du droit d'auteur.¹⁰ Parallèlement, en prévoyant que le droit d'accorder ou de refuser l'autorisation de retransmission par câble d'une émission ne puisse être exercé que par une société de gestion collective, la directive reconnaît qu'un tel régime est nécessaire pour aider les utilisateurs du droit d'auteur à obtenir, avec une seule licence délivrée par une telle société de gestion, les droits dont ils ont besoin pour toutes les oeuvres incluses dans leurs retransmissions. En outre, il faut savoir que ce système a également été adopté à la demande pressante des câblo-opérateurs, et non à la demande des titulaires de droits.¹¹

Dans son rapport du 26 juillet 2002 sur l'application (et l'avenir) de la directive¹², la Commission européenne écrit que les articles 8, 9 et 10 posent "le principe d'une relation contractuelle entre les détenteurs de droits d'auteur et de droits voisins et les distributeurs par câble (article 8), les premiers ne pouvant exercer leur droit que par l'intermédiaire d'une société de gestion collective, cette gestion bénéficiant également aux non membres de la même catégorie (article 9)". Pour citer la Commission, cette obligation de gestion collective des droits "répondait, lors de l'adoption de la directive, à un besoin d'équilibre entre l'exercice du droit exclusif et l'assurance pour le distributeur par câble que l'ensemble des droits d'auteur et droits voisins seraient acquis pour les programmes faisant l'objet de la retransmission grâce, en particulier, à l'extension de la gestion collective aux non membres qui garantissait au distributeur par câble la représentation complète du répertoire géré de manière collective".

¹⁰ Voir considérant 27: "*considérant que la retransmission par câble de programmes à partir d'autres Etats membres constitue un acte relevant du droit d'auteur et, le cas échéant, de droits voisins du droit d'auteur; qu'un distributeur par câble doit donc obtenir, pour chaque partie d'un programme retransmis, l'autorisation de tous les titulaires de droits;*"

¹¹ Voir considérant 10: "*considérant que, en particulier, les distributeurs par câble ne peuvent actuellement être certains d'avoir acquis réellement tous les droits liés aux programmes [faisant l'objet de tels accords;]*"

¹² Rapport consultable sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/documents_fr.htm#reports.

L'article 10 de la directive traite de l'exercice du droit de retransmission par câble par les organismes de radiodiffusion: "*Les Etats membres veillent à ce que l'article 9 ne s'applique pas aux droits exercés par un organisme de radiodiffusion à l'égard de ses propres émissions, que les droits en question lui appartiennent ou qu'ils lui aient été transmis par d'autres titulaires de droits d'auteur et/ou de droits voisins.*" Cette disposition exclut les radiodiffuseurs du régime de licence obligatoire prévu à l'article 9. Une des principales raisons de cette exclusion est que les radiodiffuseurs sont bien moins nombreux et bien plus facilement repérables que la foule d'ayants droit des programmes radiodiffusés que le câblo-opérateur souhaite inclure dans son offre. Une licence collective n'est donc pas jugée nécessaire ou appropriée dans le cas des radiodiffuseurs. Ainsi, grâce à l'article 10 de la directive sur le satellite et câble, les radiodiffuseurs se voient conférer à dessein la capacité de négocier leurs propres droits (acquis et voisins) avec les câblo-opérateurs locaux, *indépendamment* des autres ayants droit.

Comme l'explique la Commission dans son rapport, "dans le cadre de l'article 10, la particularité de la situation de l'organisme de radiodiffusion a été prise en compte. (...) Dans ce contexte, latitude lui a été reconnue de négocier l'acquisition des droits liés à la retransmission des programmes sans que les ayants droit soient obligatoirement représentés par une société de gestion collective. (...) Quant à l'alternative introduite par l'article 10, elle introduit une flexibilité qui devrait être de nature à répondre aux différents besoins des parties concernées par la retransmission par câble. En tout état de cause, il appartient à l'organisme de radiodiffusion de décider d'intervenir ou non pour le transfert des droits liés à la retransmission par câble qui ne lui appartiennent pas en tant que tels et dont l'acquisition pour une retransmission particulière incombe directement au câbleur."

A propos de la nature spécifique des relations contractuelles qui s'établissent le cadre d'une retransmission par câble, le rapport conclut que "la gestion collective obligatoire étendue assure une sécurité juridique quant au règlement des droits pour tous les ayants droit et reste un principe essentiel dans le contexte de la retransmission par câble." La Commission remarque d'autre part que "l'examen des législations nationales permet de constater que les dispositions de la directive concernant la liquidation des droits liés à la retransmission par câble ont été correctement transposées dans l'ensemble des Etats membres". Elle note que des mécanismes devant faciliter les négociations ont déjà été mis en place dans quelques Etats membres. Elle encourage les initiatives en faveur d'une amélioration des conditions de négociation, mais prend le parti de ne pas fixer ces conditions "afin de ne pas remettre en cause le principe de la liberté contractuelle".

Le rapport évoque aussi l'idée de créer, relativement aux retransmissions par câble, une obligation pour l'organisme de radiodiffusion de négocier avec les sociétés de gestion collective d'un seul Etat membre (conformément au droit applicable dans cet Etat membre) un contrat "tous droits acquis" qui détermine la rémunération due pour la retransmission initiale. La Commission reconnaît que "certains organismes de radiodiffusion gèrent l'acquisition de tous les droits liés à la retransmission par câble, pour le compte du distributeur par câble qui reste responsable juridiquement pour l'acquisition de tels droits." Mais la Commission n'explique pas que seules les chaînes paneuropéennes ou transnationales créées spécifiquement pour une réception à l'échelle de l'Europe privilégient ce modèle d'acquisition des droits; et l'on comprend aisément qu'un organisme de radiodiffusion transnational préfère évidemment acquérir lui-même les droits de retransmission par câble, parce que cela correspond à ses objectifs commerciaux propres d'offrir ses services à l'échelle paneuropéenne. Cela explique que ce concept du "tous droits acquis" ne s'applique normalement pas aux chaînes nationales "généralistes" qui se concentrent sur une

audience nationale. La Commission ajoute, qui plus est, que ce concept "ne peut être concrétisé par un mécanisme reposant sur l'organisme de radiodiffusion, car la responsabilité juridique et l'engagement financier liés aux droits pour la retransmission incombant initialement au distributeur par câble pourraient s'avérer trop lourds pour certains organismes de radiodiffusion. L'on mettrait donc en place un système de guichet unique avec le risque qu'il soit une coquille vide, *étant donné les difficultés concrètes de mise en oeuvre qui seraient rencontrées par un certain nombre d'organismes de radiodiffusion quant à la détermination de la rémunération.*" [Sans italiques dans le texte original]

La Commission conclut néanmoins que "le guichet unique, pour le transfert des droits liés à la retransmission par câble, constitue un enjeu considérable et va dans le sens de la dynamique du marché intérieur. Il doit donc faire l'objet de réflexions approfondies notamment dans un contexte plus horizontal lié aux développements induits par l'émergence de la société de l'information dans laquelle les principes acquis pour le transfert des droits sont appelés à évoluer." (Au sujet des diverses options de guichet unique, et de leurs incidences, on se reportera au chapitre D.2 ci-après).

3) Conseil de l'Europe

a) Arrangement européen pour la protection des émissions de télévision (1960)

Cet arrangement a pris effet le 1er juillet 1961. Les amendements apportés ultérieurement par plusieurs protocoles faisant obligation aux pays adhérents potentiels de devenir également parties à la Convention de Rome, l'ont privé d'une grande partie de son intérêt, tant et si bien qu'actuellement ses dispositions ne sont contraignantes que pour un nombre limité de pays (Allemagne, Danemark, France, Norvège, Royaume-Uni et Suède).

En revanche, les droits minimaux reconnus par l'article 1§1 b) de l'Arrangement européen sont plus étendus que ceux qu'accorde la Convention de Rome, dans la mesure notamment où ils comprennent le droit exclusif de "*distribution au public de ces émissions [de télévision] par fil*". Les parties à l'Arrangement sont autorisées à exercer ce droit sous réserve de certaines restrictions, non essentielles.¹³

b) Recommandation de 2002 sur les droits des organismes de radiodiffusion (Rec(2002)7)

En 2002, le Conseil de l'Europe a émis une recommandation¹⁴ qui encourage tous les Etats membres à accorder aux organismes de radiodiffusion, placés sous leur juridiction, en particulier le droit exclusif "*d'autoriser ou d'interdire la retransmission de leurs signaux radiodiffusés avec ou sans fil, que ce soit de manière simultanée ou sur la base de fixations*".

¹³ Voir également l'étude de l'OMPI (cité dans la note 4) au bas de la page 8.

¹⁴ Recommandation Rec(2002)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à accroître la protection des droits voisins des organismes de radiodiffusion.

Voir sur http://www.ebu.ch/CMSImages/fr/leg_ref_coe_r2002_7_nr_110902_fr_tcm7-4414.pdf.

4) Dispositions nationales en vigueur

Ce paragraphe brosse un tableau sommaire des règles nationales et arrangements contractuels en vigueur dans les pays dont les rapports nationaux sont joints en annexe.¹⁵

- Règles nationales appliquées aux retransmissions par câble

Les rapports sur la situation nationale en terme de retransmissions par câble reflètent les diverses tendances décrites précédemment. Tous les pays concernés étant des Etats membres de l'Union européenne, sauf la Suisse et la Norvège, il s'avère qu'ils ont transposé les instruments européens et internationaux de manière homogène dans leurs textes de loi.

Dans la législation des différents pays dont les rapports figurent en annexe, la retransmission par câble est considérée comme un acte de communication au public, conformément à l'article 11 de la Convention de Berne et/ou des directives européennes. Aucun texte de loi ne fait une quelconque distinction entre la retransmission de programmes nationaux et celle de programmes étrangers. En outre, les pays dont la situation a été examinée, jusques et y compris la Norvège, ont tous appliqué uniformément le modèle de gestion des droits proposé par la directive sur le satellite et câble.

Les législations allemande, belge et néerlandaise spécifient que le droit de retransmission par câble doit être exercé par le truchement de sociétés de gestion collective; les organismes de radiodiffusion font exception à la règle et peuvent exercer leurs droits de retransmission à titre individuel. Dans les pays nordiques, la loi prévoit l'exercice des droits exclusivement par le biais de contrats collectifs étendus, avec la même exception pour les organismes de radiodiffusion qui peuvent conclure individuellement des contrats de licence avec les câblo-opérateurs.

La seule exception est la Suisse où les radiodiffuseurs sont légalement obligés d'exercer leurs droits de retransmission par câble vis-à-vis des câblo-opérateurs par le biais de sociétés de gestion collective (seules entités habilitées à traiter avec les câblo-opérateurs).

- Jurisprudence nationale

En matière d'exercice des droits de retransmission par câble, deux types de procédure judiciaire sont à signaler en particulier, portant respectivement sur les réseaux de réception collective de signaux de télévision par satellite (SMATV) et sur l'interaction entre les règles de must carry et le droit de retransmission par câble.

En ce qui concerne la question des réseaux SMATV, la plupart des pays considèrent habituellement que la retransmission par ces très petits réseaux ne nécessite pas d'autorisation ou est un acte de communication ne relevant pas du droit d'auteur. En Allemagne, par exemple, l'usage établi par les sociétés de gestion collective veut qu'en présence de moins de 75 foyers TV, la retransmission des programmes soit dispensée de toute autorisation et ne donne lieu à aucune rémunération des ayants droit. En Belgique, la loi et la jurisprudence déterminent que l'étroitesse des liens entre les occupants d'un immeuble fait que la communication revêt un caractère privé.

A cet égard, les Pays-Bas sont un cas à part puisque leur Cour suprême a estimé qu'il faut entendre par "toute autre entité" une entité autre que l'organisateur de l'émission, y compris s'il s'agit d'un très petit

¹⁵ Il s'agit de l'Allemagne, de la Belgique, des Pays-Bas, de la Suisse et des "pays nordiques" (Danemark, Suède, Norvège et Islande, excepté la Finlande qui doit encore achever de mettre au point les arrangements).

réseau de distribution par câble. Le seul cas où une exemption serait permise est, selon la Cour suprême, celui d'une retransmission s'opérant dans le cercle familial.

En ce qui concerne les règles de must-carry, tous les pays cités ont explicitement reconnu dans leur législation ou dans leur jurisprudence que les règles de must carry et les règles relatives au droit d'auteur forment deux catégories distinctes, et que les règles de must carry ne dispensent donc pas les câblo-opérateurs de rémunérer les radiodiffuseurs, au titre du droit d'auteur, pour la retransmission de leurs émissions par câble. Les câblo-opérateurs continuent de contester cette obligation de rémunération pour le must carry, lorsqu'elle existe, ainsi que les paiements au titre du droit d'auteur, mais les pouvoirs publics et les autorités judiciaires s'en tiennent à leur analyse.

Notons cependant que dans quelques pays, par exemple la Suède, l'organisme public de radiodiffusion a décidé de verser de son plein gré, pour le compte des câblo-opérateurs, une rémunération au titre du droit d'auteur à la société de gestion nationale, pour les chaînes bénéficiant du must carry.

- Administration des droits de retransmission par câble

Dans les pays mentionnés, aucun législateur n'a envisagé de faire porter aux organismes de radiodiffusion la responsabilité de rassembler tous les droits et de fonctionner comme un guichet unique en ce qui concerne les droits de distribution par câble. Le régime applicable est à double voie: les câblo-opérateurs sont censés négocier collectivement avec les sociétés de gestion et individuellement avec les radiodiffuseurs. Dans les faits, c'est dans un contexte global que les radiodiffuseurs de ce pays mènent leurs négociations. Dans tous les pays étudiés, la situation est la suivante: soit il existe un contrat global (c'est le cas le plus fréquent), soit ce contrat global a été dénoncé ou n'a pas été renouvelé. Et si ce contrat global a été dénoncé, ou n'a pas été renouvelé, c'est parce les câblo-opérateurs en ont décidé ainsi, unilatéralement, comme on l'a vu en Belgique et aux Pays-Bas.

Il n'est aucun pays où les radiodiffuseurs nationaux jouent le rôle d'un guichet unique comme le voudraient les câblo-opérateurs. Seules quelques chaînes transnationales font exception à la règle (voir les explications sous B.I.2 ci-dessus).

Les pays nordiques ont adopté le régime de l'accord collectif étendu qui autorise le câblo-opérateur à utiliser tous les programmes des chaînes avec lesquelles il a passé un accord, même si les auteurs ne sont pas représentés par la société de gestion collective qui doit assurer la représentation juridique d'une multitude d'auteurs. Les auteurs non représentés peuvent alors demander la rémunération qui leur revient, encore faut-il qu'ils la réclament (habituellement) dans les trois ans qui suivent l'exploitation de leur oeuvre, comme c'est le cas en Suède.

Un sérieux problème surgit dans l'administration des droits de retransmission, si les négociations entre les ayants droit et les câblo-opérateurs échouent. Dans quelques pays, l'Allemagne par exemple, la loi prévoit une obligation de négocier, parfois désignée par "licence obligatoire". Les parties sont ainsi tenues de négocier des conditions (raisonnables) pour la retransmission par câble. Mais cette obligation n'entre pas en ligne de compte lorsque l'une des parties a des raisons objectives de refuser ces conditions.

En cas d'échec des négociations, la plupart des législations ont prévu une procédure permettant de débloquer la situation. Cette procédure varie selon le pays; en Allemagne par exemple, elle prend la forme d'un arbitrage par le Bureau fédéral des brevets dont les propositions sont contraignantes pour les parties, à moins que celles-ci ne saisissent les tribunaux. En Belgique, la loi prévoit un système de médiation qui toutefois n'est pas contraignant. Au Danemark et en Norvège, c'est un tribunal du droit d'auteur (une commission en Norvège) qui fait office d'arbitre. Ces tribunaux sont habilités à donner les autorisations nécessaires et à fixer les conditions de la retransmission par câble.

En Suisse, où les radiodiffuseurs doivent également se faire représenter par une société de gestion collective, les tarifs proposés par ces sociétés doivent être approuvés par la Commission fédérale.

C. NOUVELLES PLATEFORMES/NOUVELLES TECHNOLOGIES DE RETRANSMISSION

1) Situation générale

Les diverses nouvelles plateformes numériques disponibles aujourd'hui ouvrent plusieurs possibilités de retransmission simultanée d'émissions (diffusées par voie terrestre ou par satellite direct dans les foyers) par delà les frontières, en particulier pour tous les citoyens de l'Union européenne qui n'ont pas accès aux services traditionnels par câble. De ce fait, les câblo-opérateurs et certains fournisseurs de services numériques par satellite ne sont pas les seuls acteurs sur le marché de la retransmission d'émissions. Sur ce marché, en effet, on trouve maintenant aussi des opérateurs de réseaux DSL ou IPTV, de téléphonie mobile et autres plateformes numériques (comme la TNT), qui fonctionnent exactement selon le même modèle économique.¹⁶

Evidemment, dans la mesure où toute nouvelle forme de distribution de ce type comprend la retransmission d'émissions diffusées par un tiers, ces retransmissions ne peuvent se matérialiser que si les droits nécessaires sont obtenus. Assimiler les systèmes de retransmission par ondes ultracourtes (sans fil) à des systèmes de retransmission par câble, comme le fait l'article premier, alinéa 3 de la directive sur le satellite et câble, est en soi déjà la preuve qu'au départ l'intention était bel et bien d'appliquer dans un contexte plus large le système simplifié d'acquisition des droits de distribution par câble mis en place par cette directive. Puisque le raisonnement qui est à la base de ce système simplifié est dicté, non par les caractéristiques techniques de celui-ci, mais par la *nature commerciale* du service de retransmission offert par l'opérateur tiers (uniquement aux abonnés de ses services payants), il serait légitime que ce même système soit élargi - par le biais d'une révision de la directive ou tout autre moyen approprié - à la retransmission d'émissions simultanée, complète et sans changement par des opérateurs tiers exploitant "pour leur propre compte" les émissions dans des conditions analogues, quel que soit le moyen technique qu'ils utilisent.

Le public aurait ainsi un choix plus grand de plateformes de transmission pour recevoir ses programmes favoris, ce qui répondra à une demande croissante de services pour une écoute décalée ou nomade. Toutes ces nouvelles techniques de retransmission, vues sous l'angle des consommateurs, servent au fond à faciliter la réception, et elles peuvent très bien être utilisées ensemble. Dans bien des cas, le consommateur peut du reste déjà recevoir le même signal diffusé, soit individuellement par la voie hertzienne en clair (dans le pays même ainsi que dans les zones frontalières) ou au moyen d'une parabole. D'un point de vue politique, ce contexte de réception des émissions par satellite justifie que la retransmission par câble fasse l'objet d'une procédure d'obtention des droits facilitée, ce qui devrait donc aussi être le cas d'une nouvelle plateforme de distribution qui assurerait la même fonction que le câble. Concrètement, c'est déjà partiellement une réalité puisque les opérateurs de réseaux à large bande (DSL ou IPTV) demandent eux-mêmes à être compris dans les contrats généraux existants relatifs à la redistribution par câble, et à bénéficier de conditions identiques ou similaires. De même, dans quelques pays, les câblo-opérateurs eux-mêmes souhaitent une clarification juridique établissant que la retransmission complète, sans changement et ininterrompue par des opérateurs tiers est un acte relevant du droit d'auteur (c'est le cas par exemple en Allemagne).

¹⁶ Il y aura bien entendu bientôt des chaînes de radio ou de télévision qui se consacreront spécialement à la diffusion sur la Toile (Télévision sur Internet), mais si ce service est assuré directement par les radiodiffuseurs on ne pourra pas parler d'activité de retransmission par un autre organisme.

Par conséquent, pour sauvegarder l'égalité de traitement, il faudrait étendre le système simplifié d'obtention des droits de distribution par câble à tous les cas comparables de *retransmission d'émissions par des opérateurs commerciaux tiers utilisant des plateformes "nouveaux médias" à fil, mobiles et autres sans fil*, tels que les réseaux à large bande, la téléphonie mobile et les plateformes terrestres ou satellitaires ("bouquets"), pour autant que cette retransmission soit simultanée, complète et sans modification et notamment que chaque abonné au service de retransmission soit clairement identifiable et que l'accès au service de programme concerné lui soit facturé par l'opérateur tiers.

2) Développements nationaux

La situation nationale peut varier d'un pays à l'autre. Ainsi, en Belgique, Suisse et dans les pays nordiques, par exemple, les textes de loi utilisent des formules techniquement neutres. Le traitement législatif des retransmissions y est souvent très large et inclut une gamme étendue de techniques, avec ou sans fil, telles que la TV sur l'Internet (IPTV) et la téléphonie mobile. Ailleurs, par exemple en Allemagne et aux Pays-Bas, la loi donne une définition de la "retransmission par câble" (Allemagne) ou du "réseau de radiodiffusion" (Pays-Bas) qui couvre semble-t-il seulement un petit nombre de techniques se limitant aux réseaux filaires.

La plupart des pays cités ont cependant conclu des accords avec les opérateurs de plateformes DSL, IPTV ou mobiles et dans les faits suivent, même si la législation n'est pas claire, un raisonnement par analogie avec les caractéristiques d'un réseau par câble. Parfois (par exemple en Allemagne), il est clair que la loi n'envisage pas pour l'instant d'autres techniques sans fil que la radiodiffusion hertzienne en clair.

D. ANALYSE D'UNE SUGGESTION DE METTRE L'OBLIGATION DE REGLEMENT DES DROITS DE RETRANSMISSION A LA CHARGE DES RADIODIFFUSEURS

1) Aspects juridiques

La situation juridique décrite dans les chapitres précédents ne laisse aucun doute: la retransmission par des câblo-opérateurs (ou d'autres tiers) constitue en termes de droit d'auteur un acte distinct mettant en jeu un droit exclusif des auteurs (dont l'exercice peut être subordonné à certaines conditions dans les limites permises par la Convention de Berne). L'arrêt le plus récent de la Cour de justice européenne, à propos de la distribution d'émissions dans des chambres d'hôtel, confirme également que la redistribution d'émissions au public à des fins lucratives (le public représentant un enjeu économique) ne saurait prétendre au bénéfice d'une exemption au titre de l'article 8 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, au motif qu'il s'agirait simplement d'une fourniture de "facilités techniques". En outre, il apparaît qu'il soit de plus en plus admis en Europe et même dans le monde, que *toute forme* de retransmission d'émissions devrait également faire l'objet d'un droit exclusif des radiodiffuseurs formant partie intégrante de leurs droits voisins propres. Ce cadre juridique fait porter au câblo-opérateur la responsabilité d'acquiescer les droits de retransmission par câble auprès de tous les ayants droit concernés, et donne par la même occasion une incitation claire pour un traitement similaire des autres opérateurs de services de retransmission d'émissions.

Le modèle de guichet unique proposé par les câblo-opérateurs part apparemment du principe d'un transfert de la responsabilité légale de ces derniers sur les organismes de radiodiffusion: bien que l'acte de retransmission soit le fait du câblo-opérateur et que le consommateur doive payer pour ce service un abonnement au câble, les câblo-opérateurs voudraient néanmoins que les radiodiffuseurs prennent à leur charge le coût de cette activité. Or, cela mettrait les radiodiffuseurs dans une situation de simples entités de règlement des droits pour des activités menées par les câblo-opérateurs. Etant donné que ceux-ci font le commerce des programmes diffusés en les vendant aux consommateurs, rien ne justifie de faire porter entièrement les responsabilités en matière de droit d'auteur pour ces retransmissions à l'un des ayants droit de la chaîne de valeurs. D'autre part, c'est à dessein que l'article 10 de la directive sur le satellite et câble a donné aux radiodiffuseurs la souplesse nécessaire pour négocier leurs droits de la manière qu'ils jugent la plus appropriée.

Considéré dans une perspective historique, un modèle comme celui qui est proposé irait apparemment à contre-courant. Devant l'attitude des câblo-opérateurs qui nient systématiquement l'existence même de règles fondamentales en matière de droit d'auteur, les ayants droit ont dû livrer pendant plusieurs décennies des batailles judiciaires (cela a duré plus de quinze ans en Belgique ainsi qu'en Allemagne, au Danemark et en Suisse) avant que les câblo-opérateurs ne daignent négocier avec les représentants des ayants droit. Pour les titulaires de droits, le simple fait d'obtenir que leurs droits soient reconnus, s'est avéré un exercice très onéreux.

Dans la mesure où les câblo-opérateurs se plaindraient des *frais qu'engendrent les négociations* avec "plusieurs sociétés de gestion collective et groupes d'ayants droit", il y aurait également une contradiction dans leur attitude. En effet, dans les pays où il existe un contrat global unique incluant toutes les catégories d'ayants droit (où l'on est donc en présence d'un authentique système de guichet unique), les câblo-opérateurs ont décidé unilatéralement de se retirer de ces contrats globaux et de mener des négociations séparées; l'exemple le plus récent est celui des Pays-Bas où pendant plus de vingt années d'usages harmonieux voyant les câblo-opérateurs acquérir les droits collectivement auprès de toutes les catégories d'ayants droit, ces mêmes distributeurs par câble ont commencé à négocier séparément avec les groupements d'auteurs et les producteurs de films d'une part et, d'autre part avec les différents radiodiffuseurs, essayant de semer la confusion quant à une possible séparation des diverses catégories de droits. Ce changement dans le mode de négociation, décidé sans qu'aucun groupe d'ayants droit n'ait donné son consentement, est en contradiction avec le désir affirmé des câblo-opérateurs de voir les négociations simplifiées.

En outre, avec le modèle proposé, les négociations entre les parties concernées ne seraient pas plus efficaces et moins compliquées qu'auparavant. En effet, le radiodiffuseur devrait traiter avec tous les autres groupes d'ayants droit avant de pouvoir enfin conclure le contrat avec le câblo-opérateur. C'est dire que le modèle proposé ne ferait qu'ajouter encore des *étapes de négociation* par rapport au déroulement des choses avec des "accords globaux" rassemblant toutes les parties autour de la même table. Et ces phases de négociation supplémentaires seraient encore plus compliquées puisque, à chaque étape des négociations menées par le radiodiffuseur, il y aurait une inconnue, à savoir la position finale du câblo-opérateur concerné. Le radiodiffuseur devrait d'abord négocier avec les autres ayants droit, peut-être même uniquement à titre préliminaire, sans aucune possibilité pour lui ou pour les autres ayants droit de savoir quelle sera l'issue de ses négociations avec le câblo-opérateur. Lorsqu'ils négocient avec les autres ayants droit, les radiodiffuseurs ne peuvent pas prévoir avec suffisamment de certitude si leurs chaînes seront retransmises dans le futur (et dans quels pays et circonstances elles le seront); ils ne pourraient donc s'appuyer sur des éléments sûrs pour négocier avec les autres ayants droit. Le radiodiffuseur n'aurait pas non plus la possibilité de rouvrir des négociations avec les autres groupes d'ayants droit après avoir pris des arrangements avec le câblo-opérateur.

Pour illustrer cette difficulté, on peut également évoquer les retransmissions d'émissions par le biais des *nouvelles plateformes de distribution* puisque, dans ce secteur, les modèles économiques propres aux opérateurs de nouveaux médias n'étaient auparavant pas connus des radiodiffuseurs, pas plus que des autres ayants droit.

De ce fait, les négociations dans le cadre du modèle proposé prendraient la forme d'une partie de ping pong se disputant sur deux tables (ou plus). Il est donc prévisible que, dans les faits, le modèle proposé ferait traîner les négociations en longueur au lieu d'en accélérer le processus, et se solderait par une hausse indue du montant total des frais administratifs (voir également ci-après).

Il faut également souligner que *d'autres opérateurs actifs dans le secteur des retransmissions d'émissions* (notamment l'offre d'émissions par DSL ou IPTV (et dans certains cas par satellite numérique) ne *bénéficient pas vraiment d'un régime similaire ou plus favorable en ce qui concerne l'acquisition des droits*. Il existe parmi les radiodiffuseurs et autres ayants droits, et dans une certaine mesure aussi chez les nouveaux opérateurs eux-mêmes qui offrent des services de retransmission, un large consensus voulant que le même régime simplifié d'acquisition des droits s'applique par analogie à des formes similaires de retransmission simultanée, complète et sans changement. Mais ceci n'est pas encore expressément inscrit dans un texte de loi (en tout cas pas dans une législation européenne). En fait, ce sont ces opérateurs de nouvelles plateformes qui pourraient avoir le plus de raisons de se plaindre de ne pouvoir encore bénéficier d'un régime de licences collectives obligatoires car pour le moment ils sont, du point de vue strictement juridique, dans une position de négociation plus difficile que les câblo-opérateurs pour acquérir les droits de retransmission nécessaires.

Enfin, on relèvera qu'en Allemagne le nouveau projet d'amendement de la loi sur le droit d'auteur prévoit qu'à la demande d'une société de gestion collective, d'un radiodiffuseur ou d'un câblo-opérateur, tous les ayants droit impliqués dans le même service de programmes puissent être contraints de mener des négociations conjointes.

2) Aspects économiques et pratiques

Puisqu'il existe pour les parties concernées (câblo-opérateurs, radiodiffuseurs et autres groupes d'ayants droit, y compris producteurs de films) diverses possibilités de négocier (en partie) séparément et (en partie) conjointement les droits de retransmission par câble, on pourrait, à titre de comparaison, distinguer entre plusieurs modèles de négociation fondamentaux présentant divers degrés de "collectivisme" et en évaluer les incidences économiques.

a) Négociations à cent pour cent individuelles

Dans ce modèle, le câblo-opérateur négocie individuellement et séparément avec chaque radiodiffuseur et chaque autre catégorie d'ayants droit (cinéma, musique, arts graphiques, etc.). On imagine aisément que de tous les modèles de négociation possibles, celui-ci occasionnera de loin les coûts de transaction et de négociation les plus élevés; or c'est cette situation que la directive de 1993 sur le satellite et câble voulait précisément éviter autant que possible.

b) Négociations individuelles avec chaque radiodiffuseur mais collectives avec les ayants droit (ou la plupart d'entre eux)

Dans ce modèle, les câblo-opérateurs négocient individuellement avec chaque radiodiffuseur pour ses chaînes de programmes, mais dans le même temps négocient collectivement avec les autres groupes d'ayants droit (par exemple, les producteurs de films négocient séparément par l'intermédiaire de leur société de gestion collective, l'AGICOA qui toutefois, dans ces négociations, est souvent rejointe par une

société de gestion de la CISAC représentant les autres ayants droit). Ce modèle, qu'explorent actuellement plusieurs pays, serait exécutable dans les cas où le câblo-opérateur ne souhaiterait retransmettre qu'un nombre limité de chaînes, mais les frais de transaction/négociation augmenteraient évidemment de manière exponentielle avec le nombre de chaînes (des différents radiodiffuseurs) que le câblo-opérateur entend offrir (par exemple, en rassemblant plusieurs chaînes dans divers "bouquets" composés par thème, langue et/ou région pour attirer un plus grand nombre d'abonnés). C'est dire qu'un jour ou l'autre, ce modèle ne serait plus approprié.

c) Obligation des radiodiffuseurs d'acquérir les droits pour le compte du câblo-opérateur

Comme cela a été expliqué précédemment, ce modèle compliquerait encore les négociations et entraînerait, qui plus est, des frais de transaction/négociation *supplémentaires* par rapport au modèle précédent puisqu'il impliquerait que des négociations *complémentaires* soient menées entre les radiodiffuseurs et les autres groupes d'ayants droit. Au fond, les sociétés de gestion locales s'occupent à présent d'acquérir les droits pour toutes les chaînes retransmises, tandis que dans le cadre du modèle proposé par les câblo-opérateurs, les droits devraient être obtenus séparément par chaque radiodiffuseur, ce qui entraînerait inévitablement une hausse substantielle du coût total d'acquisition des droits. Non seulement ceci priverait les sociétés de gestion de la possibilité de participer aux négociations directes avec le câblo-opérateur, mais en outre le risque financier lié à toutes les négociations serait entièrement assumé par le radiodiffuseur. Toutefois, dans le système actuel, les droits sont rémunérés par le câblo-opérateur en fonction de l'utilisation/consommation effective (c'est-à-dire sur la base du type d'abonnement que propose le câblo-opérateur et des chaînes qu'il retransmet), tandis qu'avec le modèle proposé les sociétés de gestion devraient s'adresser au radiodiffuseur pour la rémunération sans savoir d'avance quelle serait l'ampleur réelle des retransmissions, c'est-à-dire quelles chaînes seraient effectivement retransmises et sur quelle base commerciale elles le seraient (système d'abonnement, paiements, etc.), ce qui entraînerait presque à coup sûr une augmentation (injustifiée) des coûts de négociation.

d) Accord de licence "global"

Dans ce modèle, toutes les parties intervenant dans le même service de programmes se réunissent à la même table pour négocier. Plusieurs pays appliquent déjà ce schéma depuis de nombreuses années. Il se décline en plusieurs variantes permettant de créer des liens encore plus étroits entre les parties; il peut s'agir aussi bien de négociations communes menées par la plupart ou pratiquement tous les radiodiffuseurs étrangers (par exemple, toutes les chaînes publiques ou commerciales) avec les câblo-opérateurs, que de négociations communes menées par le biais d'une "association" nationale pour le compte des câblo-opérateurs du même pays. Ces variations sur le même modèle existent déjà dans presque tous les pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est et dans une certaine mesure aussi en Suisse.

C'est la piste que privilégient les ayants droit parce qu'elle occasionne manifestement le moins de frais de transaction/négociation. Cette approche semble indiquer, qui plus est, qu'une obligation de licence collective *également pour les radiodiffuseurs étrangers*, pourrait être une mesure réglementaire envisageable pour faciliter encore la conclusion de tels contrats de retransmission par câble.

PART II

NATIONAL REPORTS

TABLE OF CONTENTS

BELGIUM	20
I. LEGAL ASPECTS.....	20
A. National regulation with regard to cable retransmission	20
1. Implementation of European and international treaties.....	20
2. Court cases on cable retransmission	22
3. Treatment of new technology	25
B. Administration of cable retransmission rights	26
II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS	27
A. National cable market	27
B. Cable retransmission agreements.....	29
 THE NORDIC COUNTRIES (DENMARK, NORWAY, SWEDEN AND ICELAND)	 34
I. LEGAL ASPECTS.....	34
A. National regulation with regard to cable retransmission	34
1. Implementation of European and international treaties.....	34
2. Court cases on cable retransmission	35
3. Treatment of new technology	37
B. Administration of cable retransmission rights	38
II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS	40
A. National cable market	40
B. Cable retransmission agreements.....	41
 GERMANY	 44
I. LEGAL ASPECTS.....	44
A. National regulation with regard to cable retransmission	44
1. Implementation of European and international treaties.....	44
2. Court cases on cable retransmission	46
3. Treatment of new technology	47
B. Administration of cable retransmission rights	48
II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS	49
A. National cable market	49
B. Cable retransmission agreements.....	49
 THE NETHERLANDS	 52
I. LEGAL ASPECTS.....	52
A. National regulation with regard to cable retransmission	52
1. Implementation of European and international treaties.....	52
2. Court cases on cable retransmission	53
3. Treatment of new technology	53
B. Administration of cable retransmission rights	54
II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS	54
A. National cable market	54
B. Cable retransmission agreements.....	55

SWITZERLAND	57
I. LEGAL ASPECTS	57
A. National regulation with regard to cable retransmission	57
1. Implementation of international treaties	57
2. Court cases on cable retransmission	57
B. Administration of cable retransmission rights	57
II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS	58
A. National cable market	58
B. Cable retransmission agreements	58

BELGIUM

I. LEGAL ASPECTS

A. National regulation with regard to cable retransmission

1. Implementation of European and international treaties

The 27 September 1993 EC Directive on the coordination of certain rules concerning copyright and related rights applicable to satellite broadcasting and cable retransmission (the "Cable and Satellite Directive") has established a minimum set of rules applicable to cable retransmission which has to be implemented by Member States.

In Belgium, these rules have been implemented in the Law of 30 June 1994 related to Copyright and Related Rights (hereafter "The Belgian Copyright Law"). This legislation is national, as copyright is a matter falling within the competence of the Ministry of the Economy.

- **Definition of cable retransmission**

Article 52 of the Belgian Copyright Law defines cable retransmission as "the simultaneous, unaltered and unabridged retransmission by a cable or microwave system for reception by the public of an initial transmission by wire or over the air including by satellite or of television/radio programmes intended for reception by the public".

This definition is built on the model of the Cable and Satellite Directive. Under the definition, the criterion for defining cable retransmission appears to be, both in the EC Directive and in the Belgian Law, the fact that the retransmission of an initial transmission is made by a third party (cable or microwave system). Such a criterion, distinguishing primary broadcasting and secondary retransmission, is also the one initially laid down in Article 11bis of the Berne Convention (cable retransmission by "an organization other than the original one").

In this definition of cable retransmission, two entities are active: the cable operator and the broadcaster.

- **The Belgian model for the management of cable rights**

The Belgian model for the management of cable retransmission rights comes from the one set up by the 1993 Cable and Satellite Directive.

Article 51 of the Belgian Copyright Law states that copyright and related rightholders have the exclusive right to authorize the cable retransmission of their works.

Article 53 mentions that exclusive right may be exercised only by collecting societies, with the exception for broadcasters, in respect of their own transmission rights which may be exercised individually (irrespective of whether these rights are their own or have been transferred to them by other rightholders).

The Belgian/EC model for the management of cable rights is thus a fragmented one. It is a very simple dual model, whereby the cable operator faces only two kinds of entities for rights acquisition: the broadcasters and the collecting societies.

The *ratio legis* of this model imposed by the EC Directive, which makes the collective management of rights compulsory for all rightholders (except for broadcasters), is to ensure better legal security by enabling global coverage of the cable rights.

The European Commission chose to entrust the collecting societies with this task of providing better security, putting them in the centre of the system. In practice, this collective system imposed by the EC Directive, has brought real improvements to the management of cable rights, compared to the previous system whereby cable operators were obliged to negotiate with each individual rightholder and were never sure to have identified them all.

All the current national copyright laws of EU Member States, which have to implement the Cable and Satellite Directive, are built on this model.

In this Belgian/EC model, the legislator has in no way considered entrusting broadcasters with the task of gathering all rights and acting as a one-stop-shop for cable rights. Any other model, such as the one proposed by the Solon Report, whereby a cable operator may only enter into an agreement with a broadcaster who should have acquired all rights, will be contrary to EC legal rules and to most of the national rules of Member States.

Belgium applies the Berne Convention and does not accept cable operators' claim regarding the service area and, consequently, does not exonerate cable operators from asking the rightholders' authorization or from paying copyright fees for the cable retransmission of national television channels.

- **SMATV and cable rights**

The Belgian Copyright Law treats in the same way the retransmission by cable and the retransmission by microwaves, as Article 52 defines the cable retransmission as being the retransmission "by cable or by microwave system (...)".

The Law does not distinguish between large cable systems and small cable systems (SMATV).

Article 52 defines the cable retransmission as a retransmission "intended for reception by the public".

Under Article 11bis of the Berne Convention, the authorization of rightholders is needed for the communication of the broadcast programmes when the latter are communicated to the public.

Thus, no authorization is needed when the communication is made in the family circle. Article 22.3 of the Belgian Copyright Law states that the communication made "in the family circle is private and not subject to copyright payment". The concept of "family circle" refers to a limited and defined group of persons who have a close relationship, such as family or friends. Over this close circle, the solution has been discussed.

- **National channels and cable rights (the "service area" question)**

Article 11bis of the Berne Convention states that Member States' legislations "shall not in any circumstances be prejudicial to (...) the right of the author to obtain equitable remuneration".

However, the Berne Convention does not establish any distinction between the different channels, whether national or foreign. Thus, historically, in Belgium as in some other EC countries, cable operators have tried not to pay a fee for the cable retransmission of national channels, claiming that the rights for such a retransmission have already been paid within the primary retransmission agreement which the broadcaster concluded with the rightholders. They claim that the unabridged and unaltered cable retransmission takes place in the same geographical "service area" and with the same audience as that of the primary transmission for which the rights have already been paid.

Such a claim is contrary to Article 11bis of the Berne Convention, which provides that any retransmission to the public by an organization other than the initial one constitutes a new act of communication and, as such, shall be subject to the authorization of the rightholders and subject to remuneration.

The only sector in which the rules are not harmonized between the operators is the audiovisual sector, but this has nothing to do with copyright. In Belgium, audiovisual legislation is not a national matter but falls within the competence of the Communities. In the French-speaking Community Decree of 27 February 2003 some rules apply only to coaxial cable operators. This is, for example, the case for must-carry rules, which apply to networks defined as "coaxial networks" (Definition, Article 1.36, which means that it should not apply to DSL cable networks which are not "coaxial" networks. Another example of such a different regime may be found in the must-carry system applying to Hertzian (free-to-air) terrestrial digital operators (Article 84 of the Decree), which is less extensive than the one applying to cable networks.

Nonetheless, such audiovisual rules have nothing to do with the copyright legislation governing cable retransmission, the latter already being technologically neutral vis-à-vis new technology.

2. Court cases on cable retransmission

The Brussels Court of First Instance has, in several recent decisions, confirmed the legal pertinence of the fragmented model of managing cable rights.

These decisions also confirmed that a new communication to the public is completed by cable operators and that the task of obtaining the preliminary written authorization from the rightholders relies on the cable operators.

- On 3 September 1981 the Belgian Court of Cassation (which is the highest judiciary court) decided (Pas. 1982, I, 8) that cable retransmission constitutes a communication to the public. Consequently, cable operators are obliged to obtain the authorization of rightholders.

- The "must-carry" decisions of the Brussels Court of First Instance (Decisions of 4 July 1997 - RTBF, BRT v. RTD - and of 27 January 2005 - RTBF v. 13 cable operators) established that the must-carry obligations do not exempt cable operators from obtaining authorization from rightholders and from paying the latter a fee for the exploitation of the television programmes on cable.

Moreover, in the 2005 decision the Court decided that a direct "injection" of a television programme on cable constitutes a communication to the public only and exclusively by the cable distributor (there is no communication to the public by the broadcaster) and that such an injection by cable operators is subject to the authorization of rightholders.

- In another decision, dated 28 February 2003 (TF1 and crts v. RTD and crts), the Brussels Court of First Instance examined the question of the copyright and neighbouring rights payment by the Belgian cable operators for the distribution on their cable networks of the television channels of several national broadcasters in the EU (TF1, France 2, France 3, ARD, ZDF, etc.). The Court recalled that the broadcasters have the exclusive right to authorize or refuse the cable distribution of their works, and that for the grant of their own and acquired rights they may fix a remuneration to be paid by cable operators.

- **SMATV case-law**

Some court decisions tried to determine when a communication is directed to the public or intended for the family circle. From this point of view, the location where it takes place is not relevant: a private household may be a public place if it is opened up to the general public for a special event. The fact that payment is requested is not relevant (Cassation, 26 February 1960, Pas., 1960, I, 745). A public communication takes place when it is intended for general public (and not to a closed group of persons) (Cass. 26 May 1972, Pas., p. 885).

Some operators of SMATV (small master antennas) have claimed that such a retransmission to a small number of subscribers within a building or a specific block of buildings or in the rooms of a hotel does not constitute a "communication to the public".

Belgian case-law has considered that flat owners in multiple dwellings who equip the building(s) to receive television channels via a collective antenna have between them such a close relationship that the communication has a private character, and is thus not subject to any authorization from rightholders or to any payment (Brussels Appeal Court, Coditel, 30 March 1979).

The Brussels Appeal Court decided that the public character of the communication is linked to the fact that the retransmission is directed to the general public (i.e. an indefinite number of persons without any link between them and in which anyone could participate), which is the case with the retransmission by a cable network. In contrast, a collective antenna can be used only by a limited number of defined persons, linked by joint ownership in a building or a small group of buildings.

In Belgium, the cable retransmission in hotel rooms is considered a public communication, and the criterion of the family circle excludes a private communication. In France, the Court of Cassation also came to the same conclusion (Cass. Fr., 6 April 1994, CNN c. Novotel).

- **Must-carry rules**

- **Cable operators ask not to pay for must-carry channels**

In the Belgian French-speaking Community, must-carry status is granted by the 27 February 2003 Decree to some national television channels under some conditions (Article 48 *et seq.*).

Must-carry status is also granted to television channels from other EU countries which fulfil some criteria (Article 82).

Article 82§3 of the Decree states that cable operators must distribute, in a simultaneous and unchanged way, the television channels from other Member States with which the French-speaking community has signed a convention whereby the television channels have a financial obligation to contribute to cultural promotion in the Community and in the EU. So far, no television channel has signed such a convention.

Article 82§1 of the Decree states that cable operators must distribute international television channels in whose capital the public television channel RTBF has a share. On this basis, TV5 was granted must-carry status for years, but it has to be stressed that, recently, the Belgian Council of State cancelled the must-carry status of TV5. In its decision of 17 May 2006 (UPC Belgium, Coditel, Brutele and Wolu TV, no. 158.928) the Council of State considered that:

"TV5 is a company, which proceeds of a collaboration with the RTBF, governed by the law of France. In a world where the international co-operation takes more and more importance, it cannot reasonably be considered that any undertaking in which an institution of the French Community takes a limited participation, would thus automatically fall under the competence of the Belgian French-speaking Community. In the case of TV5, the link with the Belgian French-speaking Community is too loose and the fact that it has been granted a must carry status does not imply that this status has been given on a well-founded basis."

Historically, in Belgium as well as in other EC countries cable operators have always tried not to pay a fee for the cable retransmission of must-carry channels, claiming that the must-carry obligation is not compatible with the obligation of asking the broadcaster for the retransmission authorization requested by the copyright law and paying a corresponding fee to the broadcaster.

However, in Belgium, case-law has come to the opposite conclusion.

In a decision dated 4 July 1997 (RTBF, BRT v. RTD), the Brussels Court of First Instance decided that the obligation imposed on the cable operators to distribute a certain number of television programmes ("must-carry rules") did not exempt them from obtaining authorization from the rightholders and from paying them a fee for the exploitation of their programmes on cable. The Court distinguishes the must-carry obligation - which falls within the scope of administrative law - and the obligation to obtain the authorization of the broadcasters in exchange for adequate remuneration - which falls in the scope of private law. The Court added that, in this matter, there is no need to distinguish between national and foreign broadcasters.

In a decision dated 27 January 2005 (RTBF v. 13 cable operators) the Brussels Court of First Instance confirmed its previous decision in a case in which the RTBF was opposed to cable operators on similar questions.

The Court stated once more that the obligation to distribute certain programmes ("must-carry rules") does not exempt cable operators from asking for the authorization of the broadcasters and from paying the corresponding rights' fees. The Court recalled that a cable retransmission constitutes a new communication to the public and that such communication is subject to the authorization of the rightholders.

- Moreover, cable operators request that a must-carry retransmission should be subject to financial compensation by the broadcaster

Cable operators asked for compensation for the costs in connection with the transport of the signal of the must-carry television channels on cable networks. However, no payment obligation has been fixed by the Belgian Community legislators.

Indeed, from a private law perspective, cable operators do not deliver a service to the broadcasters, since they distribute in their own interest (on their account) which is a distinctive act of communication. They take the initiative for the transmission; they choose their public (the subscribers) and act as the exploiters of the programmes rather than as mere technical service providers. In other words, pretending that cable operators are only transport operators boils down to refusing their capacity of rights users. However, the Coditel judgments made it clear that under Belgian law, in line with article 11bis of the Berne Convention, the cable operators are rights users.

The RTBF/Cable operator decisions confirm that the must carry obligation does not exempt the cable operators from the obligation to pay the rightholders for the exploitation of the protected works by the cable networks.

In the Flemish Decree on radio and television (of 4 March 2004), no obligatory payment has been fixed for the must-carry transmission, although such obligation is not excluded. However, Article 128 states explicitly that the transmission of regional channels is free within the region of each of these channels.

3. Treatment of new technology

Cable operators claim that the existing legal rules are not technologically neutral as, among television channels distributors, only the cable networks face strict, extensive rules.

Such a statement is not correct. In Belgium, the rules applying to the management of cable rights do not distinguish between operators.

Indeed, Article 52 of the Belgian Copyright Law defines a cable retransmission as being "the simultaneous, unaltered and unabridged retransmission by a cable or microwave system for reception by the public of an initial transmission, by wire or over the air, including that by satellite, of television or radio programmes intended for reception by the public".

Even if article 52 of the Belgian Copyright Law does apply explicitly only to cable transmission, two observations can be made:

- not only coaxial cable operators but every cable operator is concerned (DSL, ...);
- in any event, the international rules – and more precisely article 11bis of the Berne Convention - have to be applied to all other retransmission operators not

mentioned in Article 52 (e.g. mobile television). This disposition obliges retransmitting third parties to negotiate with the right holders.

From this perspective, Belgian law is technologically neutral as far as the obligation to negotiate with the rightholders is concerned, although a difference could be noted between the collective negotiations and the individual negotiations (the obligation for collective negotiations only refers to the technology mentioned in Article 52).

In Belgium, the legislator did not introduce any exceptions to the dual fragmented model for the acquisition of cable rights, which asks that the cable rights be acquired by the operator from the broadcaster and the collecting societies.

B. Administration of cable retransmission rights

- **Relevant regulation on collecting societies, including the scope of administration of retransmission rights via collecting societies**

In Belgium, the collective management of cable rights is a legal obligation.

Article 53§1 of the Belgian Copyright Law states that "copyright and related rights may only be exercised via a collecting society", which is the model contained in the 1993 Cable and Satellite Directive.

On the basis of the Directive, Article 53§2 adds that when a rightholder has not entrusted any collecting society with the management of its rights, those rights shall be managed by the collecting society active for rights of the same category.

Only the broadcasters' own and acquired rights may be exercised on an individual basis by broadcasters (Article 53§3).

As mentioned above, such a cable retransmission model is a dual one: it is only one organization - the cable operator - that has the task of acquiring cable rights, on the one hand with the broadcaster for its own and acquired rights and, on the other, with the collecting societies for the rights not owned by the broadcaster.

The Belgian Copyright Law also contains some provisions on the competence of collecting societies. For example, Article 65 states that the collecting societies have the competence to conclude global agreements, and Article 73 gives collecting societies the power to introduce actions before a court to protect the rights which they manage.

In Belgium, the most important collecting societies are:

- SABAM (music rights)
- SACD-SCAM (literary, audiovisual and multimedia rights)
- SINIM-IMAGIA (rights of music producers)
- PROCIBEL (private copying rights)
- SOFAM (visual arts rights)
- BELFITEL (film producers' rights)
- URADDEX (performers' rights)
- SAJ (rights of journalists).

- **Description of the arbitration system and relevant arbitration decisions**

The arbitration technique is an alternative dispute resolution technique which makes it possible to find more adequate solutions to some disputes than would be found by a court. The decisions of arbitrators are binding on the parties. When many parties are involved, as in the cable retransmission, this system has proved particularly quick and efficient.

The Belgian Copyright Law does not provide for an arbitration system in the case of a dispute between cable operators and rightholders regarding cable rights, but only for a mediation system.

Article 54 of the Law contains the possibility of mediation if it appears impossible to conclude a cable distribution agreement, stating that "the parties may call upon three mediators". In the wording of the Law, such mediation is not compulsory for the parties, which have no obligation to use this alternative dispute resolution technique, as also recalled by the Brussels Court of First Instance of 27 January 2005, which mentions on the basis of Article 54 that "the parties may use mediation".

Moreover, if the parties decide to conduct mediation, the mediator's final decision is not binding on the parties, which are entitled to ignore it.

In the mediation system, the courts remain competent if mediation has failed.

During the long dispute in Belgium between cable operators and rightholders, mediation was organized at the end of the 1990s after the global contract had ended, but it failed.

This dispute lasted for about ten years. To remedy such a situation and to propose a resolution procedure which is more efficient than the optional mediation system, a member of the Belgian Senate, Mr Philippe Monfils, proposed introducing into the Copyright Law a compulsory arbitration system for cable retransmission disputes (Senate documentation No. 2-533/1, session of 24 October 2002). The project consisted of establishing a commission, to be composed of an equal number of members appointed by each party.

However, the Monfils proposition received a negative opinion from the Belgian Council of State (Senate Doc, No. 2-533/2), which decided that the compulsory arbitration system established by the proposal was in contradiction with Article 11 of the 1993 Cable and Satellite Directive, which only establishes a non-compulsory mediation system. Consequently, the proposition was given up.

II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS

A. National cable market

In 1980 the total number of cable subscribers in Belgium was 2,308,254.

On 30 September 2005 this number reached about 4,000,000 for the whole territory of Belgium, which could be split into about 2,500,000 for the Flemish-speaking part of Belgium (Flanders) and about 1,500,000 for the French-speaking part (Wallonia and Brussels).

| The subscribers are divided among 19 companies (cf. Annex 1).

| About 60 television channels (national and foreign channels) are distributed on cable networks (see Annex 2).

- National cable companies and other platform operators, business models (e.g. with regard to triple play), annual turnover, etc.

Currently, in Belgium, the television retransmission market is split between the main operators:

- cable operators
- BELGACOM
- the platform Be TV originally dedicated to satellite dishes
- TV Vlaanderen (satellite platform)
- mobile operators as BELGACOM Mobile

Be TV is only active in pay-TV programmes. Cable operators and BELGACOM compete on the triple play market (television, telephony, the Internet).

Digital terrestrial television has just started in Belgium on an experimental basis.

- **Cable operators**

All cable companies in Belgium offer optional digital services, in addition to their basic analogue television services. Most of them also offer voice telephony service and ADSL Internet connections.

- **French-speaking area (Wallonia)**

Two groups of cable companies are operating:

Three purely public companies (100% held by public local authorities): Ale-Teledis, Inatel and Brutele. Recently, Ale-Teledis and Brutele joined to create a common entity, Voo, to develop triple-play services in Wallonia.

Seven cable companies are "mixed companies", held by public local authorities and the private electricity company Electrabel/Suez, the latter being in charge of running the cable companies. Recently, these seven companies, as well as Inatel, decided to sell their cable activities. Ale-Teledis and Telenet announced that they were interested in buying them.

- **Brussels area**

Four cable companies are operating in Brussels:

- two private companies: Coditel, controlled by the cable operator Altice-Cinven, active in France, and UPC, mainly controlled by the US cable operator Liberty Global;

- two companies run by local authorities: Brutele and Wolu-TV.

- Flanders

Two groups are operating:

- Telenet, representing more than 1,600,000 subscribers and already offering the triple play. It is now owned by a US company, Liberty Global.

- four purely public companies (owned by local authorities), Interelectra, Integan, PBE and WVEM, representing about 800,000 subscribers. Internet connections for the Interkabel area are also sold by Telenet.

- **BELGACOM**

One and a half years ago, Belgacom, the longstanding public telephone operator, also entered television activities. It proposes a digital DSL bouquet, with about 150 television channels, which now reaches about 100,000 subscribers. It also offers a mobile 3G TV platform, currently offering about 20 television channels.

- **Be TV**

Be TV is a satellite platform, only active in digital subscription and pay-per-view TV. It currently has fewer than 100,000 subscribers. It is facing difficulties in developing because, two years ago, it lost the contract it has long had with the Belgian Football Federation.

The main shareholders of Be TV are the cable operators of Wallonia.

- **Digital terrestrial television**

Digital terrestrial television has just started, with the public television channel RTBF using some digital frequencies that have been attributed to it under the contract signed with the Government. It may be received with a small antenna and a decoder.

The Flemish public broadcaster VRT is broadcasting for more than 4 years via BVB-T. More investments are planned. In the management contract between the VRT and the Flemish Government it has been stipulated that all VRT radio and television channels have to be universally available in Flanders and Brussels for free via DVB-T. Multiplex capacity has been created.

So far, no call for proposals has been launched by the Belgian authorities to attribute digital terrestrial frequencies. If such a launch does occur, Belgacom has announced it would be interested.

In Flanders, as has been stressed, the VRT is making growing efforts to develop its digital capacity via ether.

B. Cable retransmission agreements

In Belgium, cable activities developed very early on, and the country acted as a laboratory for cable retransmission agreements.

- **Description of global agreements**

In 1978, on the initiative of the EBU on behalf of the broadcasters, negotiations started to resolve the question of cable retransmission rights in Belgium. The collecting society AGICOA represented the film industry, CISAC represented the musical and literary rights and AID (the International Alliance for Distribution by cable) represented the cable operators.

To facilitate the acquisition of cable retransmission rights and to replace the contracts signed by cable operators with each broadcaster and with each collecting society, a global contract was signed in 1983, gathering cable operators, broadcasters and collecting societies.

This contract was signed by:

- the broadcasters BRT (the name has changed in VRT), RTBF, TF1, A2, FR3, NOS, ARD, ZDF, RTL and the BBC
- SABAM on behalf of the authors for musical and literary rights
- RTD (Union professionnelle de Radio Télé-Distribution).

The contract authorizes the simultaneous, unaltered and unabridged retransmission of 18 channels among those of the above-mentioned broadcasters, in exchange for a global sum to be shared among all rightholders.

The global amount to be paid by cable operators for all rights included was fixed at 15% of the average of the annual subscription fee they charged to their subscribers. On this basis, in 1992 the average annual cable subscription fee paid by subscribers amounted to 2,917 BEF (72.31 Euros) and the corresponding copyright/related rights remuneration to 439 BEF (10.83 Euros per year per subscriber). This was based on a distribution of 16 (in Brussels 17) programs, to choose by the customer out of 21 authorized TV channels. In 1995, this remuneration was 539 BEF (13.36 Euros per year per subscriber). If the cable operator wanted to retransmit more, the subscriber had to pay a fixed supplementary amount per extra TV channel.

The amount of copyright/related rights was split among the right holders.

The global contract concerning the authorisation for 18 programmes, signed in 1983, remained in force for six years until 31 December 1988. It was used as a model in many European countries (Scandinavia, for example). From 1990 onwards, also RAI and RTL+ signed the contract, whereas ITV abstained. In 1992, ITV and Arte signed too.

It came to an end in 1996 because right-holders and cable operators could not come to a new agreement regarding the copyright and related rights remuneration based on a new situation created by the arrival on the market of a large number of new broadcast programmes.

Instead of negotiating a new global contract, RTD decided, for the future, to negotiate separately with the different collecting societies and also separately with broadcasters for the programmes they intended to retransmit on their networks.

- **Description of individual contracts (apart from global contracts)**

Today, cable retransmission rights are negotiated on the basis of individual contracts.

Cable operators negotiate separately with the different collecting societies and with each of the broadcasters for the programmes they intended to retransmit on their networks. Cable operators play on the existing competition among the individual broadcasters and between the broadcasting organizations and the other rightholders, trying to pay a fee which is as low as possible. The cable operators wished to conclude agreements with right-holder groups individually, regardless of the increase in transaction costs following on from the additional negotiations.

The content of these individual contracts is confidential, but it is known that the average price paid by cable operators for the rights of a foreign broadcast channel is comparable to the rights' fee under the previous agreement.

As the remuneration is negotiated by cable operators taking into account the importance of the audience of each programme, it is clear that there may be an important difference in the amounts paid to each television channel, both national and foreign.

ANNEX 1

Belgian cable operators and the number of cable subscribers on 30 September 2005

AIESH	15,454
ALE-TELEDIS	312,658
BRUTELE	288,832
CODITEL BRABANT	136,163
IDEA	134,795
IGEHO	96,336
INATEL	136,497
INTEGAN	218,126
INTERELECTRA	308,844
INTEREST	24,041
INTERMOSANE	53,206
PBE	52,145
SEDITEL	108,386
SIMOGEL	23,344
TELELUX	91,912
TELENET	1,790,796
WOLU TV	20,275
WVEM	191,932
TOTAL	4,003,742

ANNEX 2

Distribution and penetration of TV channels of cable basic offer on 30 September 2005

Programmes	Sociétés	Nombre d'abonnés desservis				
		1	2	3	4	S
TVI	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
KETNET/CANVAS	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
LA UNE	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
LA DEUX	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
Club RTL	15	13,341	1,163,014	358,430	14,420	1,549,205
ARTE	19	814,857	1,163,014	358,430	14,420	2,350,721
NEDI	15	2,467,878	508,315	358,430	0	3,334,623
NED2	17	2,467,878	970,295	358,430	14,420	3,811,023
NED3	11	2,467,878	6,944	358,430	0	2,833,252
TF1	15	142,916	1,163,014	358,430	14,420	1,678,780
FR2	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
FR3	19	867,580	1,163,014	358,430	14,420	2,403,444
RTL+	2	1,366	61,461	0	14,420	77,247
ARD	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
ZWF	17	2,467,878	1,051,224	358,430	14,420	3,891,952
WDR3	9	1,187,418	57,994	0	14,420	1,259,832
SWF	3	0	109,596	0	14,420	124,016
ITV	2	360,742	0	0	0	360,742
BBC1	18	2,467,878	1,153,393	358,430	0	3,979,701
BBC2	13	2,466,512	545,032	358,430	0	3,369,974
RAI UNO	18	1,279,780	1,163,014	358,430	14,420	2,815,644
VTM	13	2,467,878	57,512	358,430	0	2,883,820
TV5	16	47,453	1,163,014	358,430	14,420	1,583,317
TV REG.LOC.	19	2,462,528	1,163,014	358,430	14,420	3,998,392
SAT1	2	0	17,684	0	14,420	32,104
MTV	18	2,467,878	1,095,720	358,430	14,420	3,936,448
Euronews	16	351,288	1,163,014	358,430	14,420	1,887,152
CNN	17	807,495	1,079,292	229,629	0	2,116,416
RTPi	8	346,675	485,903	229,629	0	1,062,207
TVE Int.	18	727,909	1,147,560	358,430	14,420	2,248,319
TRT Int.	11	1,282,814	658,086	358,430	0	2,299,330
RTL-Tvi	19	2,467,878	1,163,014	358,430	14,420	4,003,742
CNBC/NGC	10	2,459,150	663,909	106,661	0	3,229,720
VT4	9	2,461,899	0	358,430	0	2,820,329
Cartoon Network	4	1,688,103	0	235,462	0	1,923,565
MCM	13	30,469	1,153,393	358,430	0	1,542,292
Kanaaltwee	10	2,467,878	0	358,430	0	2,826,308
BBC WORLD	9	609,584	242,355	229,629	14,420	1,095,988
TMF	6	2,412,359	0	0	0	2,412,359
RTM	6	0	429,677	358,430	0	788,107
ERT	5	7,362	285,605	358,430	0	651,397
TV Polonia	1	266,666	0	0	0	266,666
HSE	3	0	555,523	0	0	555,523
Event TV	17	2,412,359	1,063,838	358,430	0	2,235,759
Kanaal Z/Canal Z	17	2,466,512	936,962	358,430	14,420	3,776,324
Kindernet	1	0	0	0	14,420	14,420
FR5	4	5,979	243,632	106,661	0	356,272
Vitaya	7	2,461,899	0	102,693	0	2,564,592
Kanal 3	2	0	322,279	0	14,420	336,699
DSF	1	0	9,621	0	14,420	24,041
PR07	1	0	2,677	0	14,420	17,097
JimTV	7	2,419,721	0	0	0	2,419,721
AB3	15	5,979	1,163,014	358,430	0	1,527,423
AB4	12	11,975	1,130,049	338,155	0	1,480,179
PlugTV	7	11,975	629,624	358,430	0	1,000,029
Vijftv	4	2,093,548	0	102,693	0	2,196,241

1. Communauté flamande (sans Bruxelles) / Wallonia (without Brussels) / 3. Brussels / 4. German Community / 5. Total for Belgium

THE NORDIC COUNTRIES (DENMARK, NORWAY, SWEDEN AND ICELAND)

Introduction

UBO (the Union of Broadcasting Organizations) is an umbrella organization which encompasses organizations in all the Nordic countries: in Denmark, including Greenland and the Faeroe Islands, UBOD, in Norway UBON, in Sweden UBOS, and in Iceland UBOI.

The UBO organizations are associations of broadcasting organizations with respect to the retransmission of their broadcast signals, first and foremost by wire, i.e. normally in cable networks, but also wireless, via satellite etc.

Co-operation with national collecting societies

Each of the UBO organizations cooperates closely with the national collecting societies: Copydan and KODA in Denmark, Norwaco in Norway, Copyswede, FRF and IFPI in Sweden and IHM in Iceland. Through this cooperation the UBO organizations and the national collecting societies are able to offer cable networks a single global agreement, thereby clearing all necessary rights for the retransmission of a large number of radio and television channels in accordance with Articles 8 and 9 of the Cable and Satellite Directive.

I. LEGAL ASPECTS

A. National regulation with regard to cable retransmission

1. Implementation of European and international treaties

National legislation in the Nordic countries is very similar with regard to copyright, including cable retransmission.

- **Denmark**

The Danish Copyright Act, Section 35, - on the right to retransmission provided that the conditions for extended collective license are fulfilled - provides that¹:

"(1) Works which are broadcast wireless on radio or television may be retransmitted simultaneously and without alteration via cable systems and may in the same manner be retransmitted to the public by means of radio systems, provided the requirements regarding extended collective license according to section 50 have been met. The provision of the first sentence shall not apply to rights held by broadcasters.

(2) Notwithstanding the provision of subsection (1), works forming part of a wireless radio or television broadcast received by means of the receivers' own antennae, may be retransmitted via cable systems consisting of more than two connections.

¹ Translation by the Danish Ministry of Culture. The Danish Consolidated Act on Copyright 2006 can be found in English at www.kum.dk/sw832.asp.

(3) The owner of a system as mentioned in subsection (1) is responsible for an agreement being made regarding radio and television broadcasts via the systems. If remuneration paid by the owner according to an agreement made in accordance with subsection (1) or an order from the Copyright License Tribunal under section 48(1), is fixed as an amount per connection, the user of the individual connection is under an obligation to pay the owner a corresponding amount."

- **Norway**

The Norwegian Copyright Act, section 34, - on the right to retransmission provided that the conditions for extended collective license are fulfilled - provides that²:

"Works that are lawfully included in a broadcast may, by simultaneous and unaltered retransmission, be communicated to the public when the person effecting the retransmission fulfils the conditions for an extended collective licence pursuant to section 36, first paragraph, or retransmits with the permission of a commission pursuant to the provisions of section 36, second paragraph.

The exclusive right of the author as regards retransmission may only be exercised through an organization approved in terms of section 38 a.

Retransmission of works originally broadcast by wire is not covered by this section."

- **Sweden**

The Swedish Copyright Act, Article 42 f, - on the right to retransmission provided the conditions for extended collective license are fulfilled - provides that³,

"Anyone is entitled to transmit to the public (retransmit), simultaneously and in an unaltered form, by wireless means or by wire, works which form part of a wireless sound radio or television broadcast, provided that an extended collective license applies pursuant to Article 42 a.

The provisions of the first Paragraph do not apply to works where the retransmission right belongs to the sound radio or television organization that carries out the original transmission."

2. Court cases on cable retransmission

In Denmark the national television channels DR1, DR2 and TV2 are must carry. There are similar provisions on must-carry channels in the other Nordic countries.

In Denmark, Norway and Iceland cable networks pay for the retransmission of national must-carry channels.

² Translation from www.lovdato.no

³ Translation by Government offices of Sweden.

In Sweden the public service broadcaster SVT – until February 2009 - pays on behalf of the cable operators the copyright remuneration to the national collecting society Copyswede regarding retransmission by wire.

For some time certain cable networks in Denmark have been raising objections to their payment for must-carry channels. However, the Copyright Licence Tribunal and the courts have several times maintained that the cable networks have to pay.

The Copyright Licence Tribunal's decision No. 16 of 27 June 1987 did not specifically deal with the question of payment for national channels, but the Tribunal defined the tariff, where there is no distinction between national must-carry channels and other channels.

In the Copyright Licence Tribunal's decision No 19 of 6 July 1987 the defendants (the cable networks) claimed (see the decision, page 13, first paragraph) that to the extent that they only retransmitted DR's programmes they were to be exempt from payment. The Tribunal's decision regarding this question is (see the decision, page 14, last paragraph) that they also have to pay in such a case. In other words, the Tribunal maintains that it is legal to collect remuneration, even if cable networks only retransmit must-carry channels.

In a judgment by the Western division of the High Court, fourth section, No. B 605/1989 of 17 May 1991 it appears from the Court's grounds that the Court first refers to the Tribunal's award No. 19, where "the Tribunal found no basis for exempting Danish channels when the amount of remuneration should be calculated".⁴ The Court then stated:

"The licence to Danmarks Radio does not comprise the collection of compulsory licence for Danish programmes, and there is no hindrance for Danmarks Radio as producer and rights holder to receive as well license as part of the compulsory licence from the same television viewers.

Hereupon, and as it is neither found to be contrary to a principle of equality before the law that no compulsory licence should be collected with a minor group of cable television viewers, who cannot receive foreign programmes, the claimant should be entitled to collect compulsory licence for the defendant as effected. As a consequence of the above a judgment is to be delivered in support of the claimant's claim".⁵

In the Copyright Licence Tribunal's decision No. 70 of 16 December 1997 the cable networks in the case had accepted payment for must carry channels, and they only claimed that as a consequence of the already paid licence and the must-carry obligation the remuneration had to be smaller for must-carry channels. The Tribunal rejected this, (see the grounds, page 29, last paragraph) and stated that the national television channels shall be treated on equal terms with the foreign ones:

"In support of the claim that the basic tariff should comprise six television channels instead of three against a simultaneous increase of the basic tariff from 55.45 DKK to 60.00 DKK the defendants have stated that the remuneration for cable retransmission of national television channels should be essentially smaller than the remuneration for cable retransmission of foreign television channels. However, as well the preparatory works to the amending act of 1985 as the preparatory works to the amending act of 1996 have expressly dissociated from the proposal that national television channels should be kept outside the regulation of cable retransmission

⁴ Translation by UBO

⁵ Translation by UBO.

entitled to copyright and thus be free, and the Tribunal finds that these preparatory works should be understood in the way that it has also been a condition that national television channels should be comprised on equal terms with the foreign ones by the stipulation of the remuneration scheme. This has also expressly or conditionally been made the basis as well in the Compulsory Licence Tribunal's [now the Copyright License Tribunal's] decision of 27 June 1986 and 6 July 1987 as in the Western division of the High Court's judgment of 17 May 1991. To this comes that the defendants' proposal would imply an essential reduction of the total remuneration, which the Tribunal finds unreasonable."⁶

More recently, a judgment from the Eastern division of the High Court, 23rd section, in the case No. B-648-04 of 20 January 2005 stated that cable networks shall pay the copyright remuneration for retransmission of must-carry channels. The Court declared in its grounds (page 13) that:

"As stated it follows from the Copyright Act that cable retransmission of as well Danish as foreign television broadcasts are subject to copyright, and that the provisions in the Radio and Television Act does not aim at any limitation in the rights holders' right to remuneration according to the Copyright Act to the extent unchanged and simultaneous cable retransmission is effected with authority in the Copyright Act, S.35(2) or subject to permission from the Copyright Licence Tribunal.

The cable remuneration scheme in the Copyright Act is not contrary to article 11bis in the Berne Convention, which is no hindrance to copyrights being protected to a greater extent than stipulated in the provision. Likewise there is no reason to maintain that the stipulation is contrary to the EU directives claimed by the defendant."⁷

In Norway some cable networks have also opposed payment for national must-carry channels, but the Copyright Licence Tribunal has decided that they should also pay for the retransmission of such channels. Thus, in decisions dated 22 December 2004 and 29 September 2005 the Tribunal confirmed this. In a default judgment on 24 November 2006 the district Court of Nord-Trom also confirmed this.

3. Treatment of new technology

It follows from the quotations from the copyright acts in I.A.1. above that the extended collective licence is technology neutral and therefore applies to all forms of retransmission, including cable, IPTV, DVB-T, satellite and mobile television retransmission.

UBO's co-operation with the national collecting societies is also technology neutral and covers retransmission both by wire and wireless (satellite etc.).

The national collecting societies and UBO have entered into several contracts with cable networks about IP-based retransmission (IPTV, also called DSL). Retransmission to mobile telephones (e.g. 3G) is just beginning, and in 2007 UBOD and Copydan have entered into two agreements with mobile telephone operators (3G), while agreements with other operators are pending.

⁶ Translation by UBO.

⁷ Translation by UBO.

As regards DVB-T, retransmission is relevant only for foreign channels, as distribution of national channels via DVB-T is a primary broadcast. The national collecting societies and UBO are prepared for such licensing and have taken initiatives to that effect, for example in Denmark, UBOD and Copydan are in the process of negotiating a DVB-T retransmission agreement.

B. Administration of cable retransmission rights

- **Denmark**

The Danish Copyright Act, Section 50, with common provisions on the extended collective licence states:

"(1) Extended collective licence according to sections 13, 14, and section 16 b, section 17(4), section 23(2) and sections 30, 30 a and 35 may be invoked by users who have made an agreement on the exploitation of works in question with an organization comprising a substantial number of authors of a certain type of works of the same nature although the authors of those works are not represented by the organization.

(2) The extended collective licence gives the user right only to exploit the works of the unrepresented authors in the manner and on the terms that follow from the agreement made with the organization and from the provisions mentioned in subsection (1).

(3) Rightholder organizations who make agreements of the nature mentioned in subsection (1), shall be approved by the Minister for Culture. Only one organization can be approved for each type of works. The Minister may decide that an approved organization in certain fields shall be a joint organization comprising several organizations which meet the conditions of subsection (1)."

The Danish Copyright Act section 48(1) on the Copyright License Tribunal provides that:

"If an organization approved in accordance with section 50(3) or a broadcaster unreasonably refuses to consent to retransmission via cable systems or wireless of works and broadcasts that are broadcast by wireless simultaneously and without alteration or if such retransmission is offered on unreasonable terms, the Copyright Licence Tribunal may upon request grant the necessary permission and lay down the conditions in this respect. The provision of section 50(1), second sentence, shall apply correspondingly. The Copyright Licence Tribunal's decisions as described in the first sentence are not binding on radio and television companies."

The Minister for Culture in Denmark has approved the two collecting societies Copydan and KODA.

Copyright Licence Tribunal Case regarding the Tariff - Denmark

In the Copyright Licence Tribunal's decision No. 16 of 27 June 1987 the Tribunal defined the tariff, which can be seen below in II.B.1., for distribution in basic packages (the "general Copydan tariff"). The tariff has been used since, only indexed every year.

- **Norway**

The Norwegian Copyright Act, sections 36 and 38a, with common provisions on a extended collective licence provides that:

"§ 36. When there is an agreement with an organization referred to in section 38 a which allows such use of a work as specified in sections 13b, 14, 16a, 17b, 30, 32 and 34, a user who is covered by an agreement shall, in respect of rightholders who are not covered, have the right to use in the same field and in the same manner works of the same kind as those to which the agreement (extended collective licence) applies.

As regards the retransmission of works pursuant to section 34, where negotiations on an agreement as referred to in the first and second sentences of the first paragraph, or negotiations with a broadcasting organization concerning an agreement, are refused or no agreement has been entered into within six months after the commencement of negotiations, each of the parties may demand that permission and conditions for retransmission be determined in a binding manner by a commission pursuant to section 35, second paragraph. The provisions of the first paragraph shall apply correspondingly in such cases."

"§38a. Agreements intended to have an effect as specified in section 36, first paragraph, shall be entered into by an organization which in the field represents a substantial part of the authors of the works used in Norway, and which is approved by the Ministry. For use in certain specified fields, the King may decide that the organization which is approved shall be a joint organization for the right holders concerned.

The King may issue further provisions regarding the supervision of the organizations and funds which receive remuneration for further distribution."

The Norwegian Ministry of Culture has approved the collecting society Norwaco.

Furthermore, Norwaco has been approved as the organization for collection and distribution under the Norwegian Copyright Act, section 45 b, regarding remuneration for cable retransmission of sound fixations of the performances of performing artists.

The Copyright License Tribunal in Denmark and Norway

In Denmark and Norway there is a Copyright Licence Tribunal (in Norway called a commission in English; see above I.A.1) which has the authority to lay down the conditions for retransmission if a collecting society or a broadcaster offers this on unreasonable terms.

- **Sweden**

The Swedish Copyright Act, Article 42 a, with common provisions on an extended collective licence provides that:

"An extended collective licence as referred to Articles 42 b–42 f applies to the exploitation of works in a specific manner, when an agreement has been concluded concerning such exploitation of works with an organization representing a substantial number of Swedish authors in the field concerned. The extended collective licence confers to the user the right to exploit works of the kind referred to in the agreement despite the fact that the authors of those works are not represented by the organization. ...

When a work is being exploited pursuant to Articles 42 b–42 d, or 42 f, the following applies. The conditions concerning the exploitation of the work that follow from the agreement apply. In respect of the remuneration deriving from the agreement and in respect of other benefits of the organization that are essentially paid out of the remuneration, the author shall be treated in the same way as those authors who are represented by the organization. Without prejudice to what has been said now, the author has, however, always a right to remuneration for the exploitation,

provided he forwards his claims within three years from the year in which the works was exploited. Claims for remuneration may be directed towards the organization.

As against the user exploiting a work pursuant to Article 42 f claims for remuneration may be forwarded only by the contracting organizations. All such claims shall be forwarded at the same time."

In Sweden the collecting society is Copyswede (co-operating with IFPI and FRF).

- **Iceland**

In Iceland the collecting society is IHM.

It follows from these provisions in the Copyright Acts of the Nordic countries that a cable network via the extended collective licence, i.e. consent from the collecting societies, and consent from the broadcasting organization - via UBO for the UBO members' channels - can obtain permission for the cable retransmission of broadcast signals.

The law does not distinguish between foreign channels and national must-carry television channels, just as the law does not distinguish between large cable systems and small cable systems (SMATV).

II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS

A. National cable market

- **Denmark**

Denmark has a population of 5.5 million. There are about 2.5 million television households, and the cable market covers about 1.6 million households. The biggest cable operator, Yousee (formerly known as TDC), has about one million connected households. The second largest cable operator is Telia Stofa, which supplies cable networks with about 600,000 households with channels or services them. However, Denmark has many small cable networks, and there are about 6,000 cable networks in Denmark.

- **Norway**

Norway has a population of 4.6 million. The cable market covers about 950,000 cable households. Canal Digital retransmits channels to about 386,000 households, and Get to about 340,000 households. The remaining 224,000 or so cable households are supplied by smaller cable networks.

- **Sweden**

Sweden has a population of 9 million. There are about 2.5 million cable households and the largest cable operator – by far - Comhem retransmits channels to about 1.75 million of these. The second and third largest cable operators are Tele2Vision, which has about 300,000 connections, and Canal Digital, with about 220,000 connections.

- **Iceland**

Iceland has a population of 300,000. The cable operator Skjárinn has about 8,700 connections and 365 Media about 9,000 connections.

B. Cable retransmission agreements

In 2007, the tariffs for the UBO channels are the following:

- **Denmark**

Distribution in basic packages (also called the "general Copydan tariff"), per year:

The first three channels (including radio channels under the Copydan tariff), basic rate in total	DKK 68.64 / EUR ⁸ 9.22
The 4th, 5th and 6th channel, each	DKK 15.19 / EUR 2.04
The 7th, 8th, 9th, 10th, 11th and 12th channel, each	DKK 7.59 / EUR 1.02
The 13th channel, each further channel, each	DKK 4.65 / EUR 0.62
(Average price per channel based on the average of 14 channels retransmitted by each cable network: DKK 12.08 / EUR 1.62)	

Radio channels outside the general Copydan tariff, per year per household:

One or two channels in total	DKK 3.20 / EUR 0.43
3 or 4 radio channels in total	DKK 6.11 / EUR 0.82
5-12 radio channels in total	DKK 11.66 / EUR 1.57
More than 12 radio channels in total per each further channel	DKK 1.41 / EUR 0.19

Distribution in standard add-on packages, per year:

Each television channel	DKK 33.25 / EUR 4.47
Each radio channel	DKK 5.04 / EUR 0.68

UBOD, i.e. the broadcasters, receives 36% of the remuneration, but only 25% for radio channels outside the general Copydan tariff.

⁸ Tariffs converted into EURO according to the exchange rate of 29 June 2007.

- Norway

Large cable networks – distribution in both basic and add-on packages⁹:

Total number of connections to UBON channels	Price/connection /month	Price/connection /year
1,200,000	NOK 1.456 / EUR 0.183	NOK 17.472 / EUR 2.192
1,250,000	NOK 1.444 / EUR 0.181	NOK 17.328 / EUR 2.174
1,300,000	NOK 1.431 / EUR 0.179	NOK 17.172 / EUR 2.154
1,350,000	NOK 1.419 / EUR 0.178	NOK 17.028 / EUR 2.136
1,400,000	NOK 1.407 / EUR 0.176	NOK 16.884 / EUR 2.118
1,450,000	NOK 1.394 / EUR 0.175	NOK 16.728 / EUR 2.098
1,500,000	NOK 1.382 / EUR 0.173	NOK 16.584 / EUR 2.080
1,550,000	NOK 1.369 / EUR 0.172	NOK 16.428 / EUR 2.061
1,600,000	NOK 1.357 / EUR 0.170	NOK 16.284 / EUR 2.043
1,650,000	NOK 1.344 / EUR 0.169	NOK 16.128 / EUR 2.023
1,700,000	NOK 1.332 / EUR 0.167	NOK 15.984 / EUR 2.005
1,750,000	NOK 1.320 / EUR 0.166	NOK 15.840 / EUR 1.987
1,800,000	NOK 1.307 / EUR 0.164	NOK 15.684 / EUR 1.967
1,850,000	NOK 1.295 / EUR 0.162	NOK 15.540 / EUR 1.949
1,900,000	NOK 1.282 / EUR 0.161	NOK 15.384 / EUR 1.930
1,950,000	NOK 1.270 / EUR 0.159	NOK 15.240 / EUR 1.912
2,000,000	NOK 1.258 / EUR 0.158	NOK 15.096 / EUR 1.894
2,050,000	NOK 1.245 / EUR 0.156	NOK 14.940 / EUR 1.874
2,100,000	NOK 1.233 / EUR 0.155	NOK 14.796 / EUR 1.856
2,150,000	NOK 1.220 / EUR 0.153	NOK 14.640 / EUR 1.836
2,200,000	NOK 1.208 / EUR 0.152	NOK 14.496 / EUR 1.818

Small cable networks - remuneration per year per channel in basic packages:

For each of the first two channels	NOK 20.15 / EUR 2.53
For each of the next two channels	NOK 16.80 / EUR 2.11
For each of the next two channels	NOK 13.95 / EUR 1.75
For each of the next two channels	NOK 11.20 / EUR 1.40
For the 9th channel and each further channel	NOK 7.85 / EUR 0.98

Remuneration for retransmission in add-on packages:

	Per month	Annually
For each television channel	NOK 2.30 / EUR 0.29	NOK 27.60 / EUR 3.46

⁹ Tariffs converted into EURO according to the exchange rate of 29 June 2007

- **Sweden**

Main agreement – analogue distribution¹⁰

Television:

	Per month	Annually
The first two channels in total	SEK 6.20 / EUR 0.67	SEK 74.40 / EUR 8.04
Each additional channel	SEK 1.60 / EUR 0.17	SEK 19.20 / EUR 2.07

Radio:

Each channel per year SEK 1.50 / EUR 0.16

Supplementary agreement - add-on packages - digital distribution:

Television:

Per Nordic channel per month	SEK 3.90 / EUR 0.42
Per other channel per month	SEK 2.20 / EUR 0.24

- **Iceland**

Remuneration per year¹¹:

For the first three channels in total	ISK 1,449 / EUR 17.20
For each of the next three channels	ISK 322 / EUR 3.82
For each of the next six channels	ISK 201 / EUR 2.39
For each of the next channels	ISK 94 / EUR 1.12

Conclusion

It follows on from the above that the present clearance scheme in the Nordic countries is very rational; it functions in an optimal way. Thus, collecting societies for 15-20 categories of different rights together with broadcasting organizations conclude so-called global licence agreements with cable networks in accordance with Article 8 of the Satellite/Cable Directive. Approximately 10,000 cable networks in the Nordic countries are served by the present clearance scheme.

The present scheme has been working for more than 20 years with the notification of the competition authorities responsible.

¹⁰ Tariffs converted into EURO according to the exchange rate of 29 June 2007.

¹¹ Tariffs converted into EURO according to the exchange rate of 29 June 2007.

GERMANY

I. LEGAL ASPECTS

A. National regulation with regard to cable retransmission

1. Implementation of European and international treaties

The legal framework of cable retransmission under German copyright law is primarily based upon the following provisions:

- Article 20 UrhG (right of broadcasting):

The right of broadcasting is the right to make the work accessible to the public by wireless broadcasting, such as radio or television transmission, satellite transmission, cable transmission or by similar technical devices.

- Article 20b UrhG (cable retransmission):

(1) The right to retransmit a transmitted work in the framework of simultaneous, unaltered and unabridged retransmission of a programme by a cable or microwave system (cable retransmission) may be exercised by a collecting society only. This shall not apply to rights that a broadcasting organization exercises in respect of its transmissions.

(2) If the author has granted the right of cable retransmission to a broadcasting organization or to the producer of an audio recording or a film, the cable operator shall nevertheless pay reasonable remuneration for the cable retransmission. The claim to remuneration may not be waived. It may only be assigned in advance to a collecting society and shall only be exercisable by a collecting society. This provision shall not run counter to collective agreements or works agreements of broadcasters if the author is thereby granted reasonable remuneration for each cable retransmission.

The cable retransmission right authorizes the cable operators responsible to supply simultaneously integral programmes broadcast by terrestrial, cable or satellite via the cable network in unaltered form to the households connected. Based on Article 20b sec. 1 UrhG the different cable operators in Germany need the permission of collecting societies as well as of broadcasters for the retransmission of programmes.

In respect of the broadcasters 20b UrhG does not distinguish between national and foreign television-channels. Consequently, the provision clarifies that also the retransmission of national channels is a copyright-relevant act, which has to be remunerated (BT-Drucks 13/1496, p. 9/13) It hereby goes beyond the scope of application of the Cable and Satellite Directive, which applies only to cross-border retransmission.

Article 20b sec. 2 UrhG sets up separate remuneration right for the author vis-à-vis cable operators, which may not be waived and which in advance can be assigned only to a collecting society. Cable operators have to pay reasonable remuneration to the author, even if the author has granted retransmission rights to a broadcaster or the producer of an audio recording or a film.

In order to ensure the possibility of one single contract under which the cable operator can acquire the necessary rights and fulfil legal payment obligations the so-called global cable agreement remains of vital importance. The most recent amendment to the German Copyright Act provides a clause stating that on the request of a broadcaster or the cable operator all rightowners (including the collecting societies) involved in a programme have to negotiate together.

In practice, broadcasters have entered into agreements with unions setting up remuneration rules for their employees and freelancers in compliance with Article 20b sec. 2 sentence 4 UrhG. Such agreements preclude claims for remuneration by the collecting societies in respect of the employee's rights. Those agreements, concluded both with unions and collecting societies, ensure that public service broadcasters own all cable retransmission rights with regard to own and commissioned productions. Authors of and performers in those productions receive in return equitable remuneration out of the broadcaster's remuneration share.

- Article 87 sec. V UrhG

Broadcasters and cable operators shall be mutually required to conclude a contract on reasonable terms regarding cable retransmission within the meaning of the first sentence of Article 20b sec. 1 UrhG unless there is an objective reason justifying refusal to conclude the agreement; the requirement imposed on a broadcasting organization shall also apply to broadcasting rights granted or transferred to it in respect of its own transmission.

Article 87 sec. V UrhG aims at promoting a widespread cable retransmission. As Article 20b UrhG does not apply to neighbouring rights Article 87 sec. 5 UrhG imposes a mutual obligation to broadcasters and to the cable operators to negotiate reasonable terms on cable transmission in respect of the transmission rights of the broadcasting services, which include the derived rights granted or transferred to the broadcasting service in respect of its own transmission. The provisions limit the contractual freedom of the parties. According to the opinion of the German legislator, this does not contradict the principle of contractual freedom for rights acquisition as provided in Article 9 of the Cable and Satellite Directive. The reason for this is that Article 12 of the directive demands efficient legislation to guarantee that the involved contractual parties for cable retransmission do not refuse or hinder without justified reasons negotiations on cable retransmissions.

Article 87 sec. 5 UrhG is widely called an "obligation to contract" or rather a "compulsory licence". Both terms go too far, as the provision merely stipulates an "obligation to negotiate" by introducing a right to refuse to conclude the agreement in case of "objective grounds". The "objective grounds" may concern legal (e.g. media law provisions of the Federal States) as well as material aspects. For example, providing an analogue signal of the programme may be regarded as "objective grounds" for refusing to conclude an agreement on cable retransmission of a digital signal of the same programme if the cable operator intends to use the digital signal for packaging encryption or other interference in broadcasters' neighbouring rights. These limitations match the requirements of the Cable and Satellite Directive of 1993, which allows limitations of the right in respect to transmission technologies or languages (Recital 16).

In case of failure to conclude an agreement under Article 87 sec. 5 UrhG the arbitration rules of the Copyright Administration Act apply. In compliance with Article 14c sec. 2 UrhG the arbitration board at the German Federal Patent Office is empowered to make proposals for interlocutory agreements, which are binding until a decision is taken on the merits of the case.

Hence, in case parties do not agree to this proposal they can appeal under § 16 sec 4 UrhWG to court. The court decides on the obligation of the parties to conclude a contract, as well as on the content. Most importantly, this decision by the Court of First Instance (*Oberlandesgericht*) - or, if parties appeal against the decision to the court, the decision of the Federal Court of Justice is binding for the parties.

- Article 13 b sec. 3 UrhWG (Copyright Administration Act)

If a rightholder has not assigned administration of the cable retransmission right within the meaning of Article 20b sec. 1 sentence 1 Copyright Act in advance to a collecting society, the collecting society which ordinarily exercises such rights is deemed to be empowered to administer its rights. If different collecting societies are to be considered, those societies are deemed to be empowered to administer its rights jointly. Sentences 1 and 2 do not apply to rights held by a broadcasting organization with respect to the retransmission of its programme.

Article 13 sec. 3 implements the so-called "outsider-rule" of the Cable and Satellite Directive. It applies to rightholders who have not assigned the administration of their cable retransmission rights to collecting societies. The provision stipulates a legal fiction, empowering collecting societies to administer retransmission rights notwithstanding the fact that the rightholder has not assigned them.

2. Court cases on cable retransmission

One central issue in Article 20 and Article 20b UrhG is to draw a line between the transmission and the mere reception of a programme in respect of cable retransmission. Problems particularly arise where common antennas (so-called small systems) are connected to single households in apartment buildings or to single rooms in hotels.

Another example is cable retransmission in areas actually covered by the terrestrial or cable signal of the broadcasting service, in which the reception of the signal is, for example, due to bad landscape conditions - blocked or hampered (so called *Abschattungsgebiete* - areas affected by shadowing affects). From the view of the *Versorgungsbereichstheorie* developed in German copyright literature (re-)transmissions in such areas shall not be deemed as a copyright-relevant transmission. However, in 2000 the German Federal Court of Justice stated (GRUR 2000, 699, 700f. - Kabelweitersendung) that this theory does not comply with German copyright law, as Article 20 and Article 20b UrhG do not refer to the ranks of the receivers of the signal. Nevertheless, it is acknowledged that in the described facts a more flexible interpretation of the (re-)transmission right is necessary: if retransmission connects only a very small number of households to the broadcasting signal the transmission right shall not be applicable or, rather, shall be deemed to be granted through an implicit contract.

Admittedly, the question remains as to what quantity of households connected should be regarded as a "small number" in this context. A proposal submitted by the GEMA, the German collecting society for musical works, in the late 1990s provided for a number of 75 households, but was never confirmed by the legislator or court decisions. However, the current agreements between the collecting societies GEMA, VG Media (a collecting society founded by private broadcasters) and the cable operators are still referring to this number.

3. Treatment of new technology

Article 20b UrhG provides a legal definition of the term "cable retransmission", which - by its exact wording - covers only a small range of technology, namely transmission by cable and by microwave systems. However, the term cable comprises a multitude of different types of technology, and in particular transmission via DSL. Thus, German broadcasters, such as RTL, ProSiebenSat1, ARD and ZDF have already entered into contracts on retransmission of their programmes via the "T-Home" IPTV-platform (based on VDSL technology) of the Deutsche Telekom, thus regarding DSL as a particular form of cable retransmission. Moreover, the collecting societies regard DSL as cable retransmission and negotiate payments.

On the other hand, the provision currently does not apply to wireless retransmission technology other than microwave systems. Thus, in Germany the treatment of new wireless retransmission technology e.g. mobile platforms or satellite retransmission platforms within the meaning of Article 20b UrhG, is not expressly regulated by law.

Wireless technology like those taking the wording of Article 20b UrhG as a basis are only covered by the general transmission right of Article 20 UrhG, which would mean that the rights-clearing system for cable retransmission could not be applied. As this would render the administration of retransmission under German Copyright law difficult in respect of new technology, "microwave systems" is widely construed as a general term for wireless technology. However, this is difficult from a technical point of view, since the term "microwave systems" cannot be equated with "wireless transmission". Thus, there are still strong demands for clarification of the wording of Article 20b UrhG towards a more technologically independent approach.

In addition, Article 20b UrhG nowadays has to cope with new transmission platforms, which combine different business models. The issue of "encrypted digital satellite retransmission" may serve as an example for the current dimension of cable retransmission in the legal context. In Germany the satellite operator SES ASTRA, or rather its subsidiary APS (Astra Platform Services), and private broadcasters considered a system of generally encrypted digital retransmission of programmes via satellite (the so-called *Grundverschlüsselung*) based on the platform Entavio (ex "Dolphin") initiated by APS. These suggestions aimed at establishing a new type of "pay-TV", since customers of the programmes transmitted must at least pay a monthly fee for decrypted reception even of free-TV programmes, in favour of APS as well as the broadcasters involved.

This envisaged system apparently not only blurs the borders between pay-TV and free-TV but challenges the scope of Article 20b UrhG. At first, since encrypted transmission via satellite can hardly be defined as transmission via a "microwave system" Article 20b UrhG does not apply from a technical point of view. More importantly, the intended system goes far beyond mere "retransmission of programmes" within the original meaning of Article 20b UrhG, since it would in fact allow the introduction of numerous different business models aimed at collecting charges from the end-users, thereby being completely flexible in respect of the payment system and the prevailing programme to which it applies. Introducing a general fee for reception of programmes would, for instance, raise the question of whether broadcasters need to acquire pay-TV rights.

However, the anti-trust authority in Germany has raised doubts as to whether the envisaged platform is in compliance with the respective legislation. Owing to these statements, the

commercial free-TV broadcasters have withdrawn, for the time being, their plans to encrypt the satellite transmission.

Furthermore, Article 20b UrhG is only applicable to the simultaneous, unaltered and unabridged retransmission of a programme. Therefore retransmission of single parts of such programmes or at times other than the original signal is not subject to Article 20b UrhG. Thus, new additional services provided by the cable operators, such as time-shifted viewing or near-on-demand based services, are not covered by Article 20b UrhG.

B. Administration of cable retransmission rights

As already partly outlined above, collecting societies play an important role in the administration of retransmission rights under German copyright law. The collecting societies grant cable network operators and operators of small antenna systems the rights of cable retransmission in compliance with Sections 20 and 20b of the German Copyright Act, except for the rights of broadcasters, as Article 20b sec. 1 UrhG does not apply to those.

In short, the collecting societies in Germany are involved in the following aspects of cable retransmission:

- exercising the rights under Article 20b sec. 1 UrhG
- exercising the rights of the authors under Article 20b sec. 2 UrhG
- exercising the rights of "outsiders" under Article 13 sec. 3 UrhWG

Article 11 sec 1 UrhWG obliges collecting societies, with respect to the rights administered by it, to agree with any person on a licence, provided that equitable remuneration is paid. GEMA, the collecting society for musical works, and the other seven collecting societies (e.g. VG Wort, VG Bild-Kunst, GVL) as well as the - private and public - broadcasting companies are currently negotiating new general agreements with the associations of cable network operators KDG, ISH and IESY. In the past, the rightowners concluded a general agreement also with ANGA, the Association of Private Cable Network Operators and similar organizations.

One remaining issue in the context of the obligation to contract in Article 11 UrhWG is the application of Article 11 sec. 2 UrhWG in practice. The provision reads as follows:

"Should no agreement be reached with respect to the amount of remuneration to be paid for the grant of a licence or for an approval, the licence or approval should be deemed to have been granted if the remuneration demanded by the collecting society has been paid without prejudice, or if such remuneration is deposited in favour of the collecting society."

This provision raises the question of how to proceed if cable operators refuse to pay any remuneration at all. In such a case the broadcaster would have to prohibit the cable retransmission of its programmes. The broadcaster would be forced to file for injunctive relief. Consequently, the programme concerned would not be transmitted to millions of households. The legal issue behind this situation is the fact that German procedural law does not recognize any type of interlocutory injunction for recovery and it could take years to obtain any decision on the payment. Thus, in the end only the collecting societies would be in a position to exercise their right to prohibit the retransmission of programmes.

The latest development on the part of the German law is the involvement of collecting societies in the negotiating process under Article 87 sec. 5 UrhG. The German legislator recently decided on an amendment to the provision (Article 87 sec. 5 sentence 2) which would set up a claim for joint negotiations between broadcasters and cable operators, including the participation of collecting societies. The aim of this amendment is to promote trilateral agreements between all rightholders involved in order to render the costs for cable retransmission more transparent and calculable.

II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS

A. National cable market

Germany has a population of approximately 82 million. Currently, there are 33.904 million television households in Germany. 51.8% of these households (approximately 18 million) receive television services via cable and 15.2% via digital cable.

The three major players in the German cable market are the company successors to the former DTAG (Deutsche Telekom):

- Kabel Deutschland GmbH (KDG); approximately 9,581,000 customers
- Unity Media (a co-operation of the companies ish and iesy); approximately 5,095,000 customers
- Kabel Baden-Württemberg (Kabel BW); approximately 2,300,000 customers

Since all of them have taken over certain regions of the former DTAG network they are also called *Regionalgesellschaften*. Their networks cover a total range of about 17 million households either directly (6.5 million) or via the delivery of their signals to smaller cable operators on the so-called net level 4 (10.5 million). The distinction between different levels of the network is a specific feature of the German cable market (see page 40 ff. of the Solon Study). The cable operator on level three runs a reception unit and delivers the signals either to individual homes connected directly or to a level four operator who takes over the signals at a certain point at the border of a property and provides the signals within a smaller network to several buildings, for instance.

Almost all level four operators are organized in three umbrella organizations such as ANGA, FRK and GdW, the last of these representing house building companies. The complete turnover of the German cable operators is estimated at 2,300 million Euros. The share of the *Regionalgesellschaften* is 1,829.3 million Euros.

On their analogue networks cable operators normally offer, at most, 33 TV channels. Most of these services are also simulcast when the networks are digitized. Furthermore, in digital cable they can offer several packages of, for instance, foreign language channels, special interest programmes or pay TV-services. Only very few cable operators offer content themselves.

B. Cable retransmission agreements

The contractual relations between broadcasters and cable operators in Germany are widely influenced by the market strength of the cable operators. With regard to their dominant position the above-mentioned major level three operators are still today in a position to claim carriage

fees from each broadcaster for all the programmes distributed. As a result, all broadcasters have concluded so-called distribution agreements with the *Regionalgesellschaften* especially determining the payments but also the technical parameters of the retransmission.

The smaller cable operators represented by the above-mentioned umbrella organizations are not asking broadcasters to pay any carriage fee for the distribution of their services. Nonetheless, distribution agreements are concluded with them too in order to have clear appointments on the technical standards of retransmission.

In parallel to those distribution agreements separate contracts are concluded with regard to the licence under copyright. Those agreements are concluded as global contracts, which means that on the rightholder's side all the relevant collecting societies (GEMA, VG Wort, VG BildKunst, GVL, AGIOCA, VFF, VGF and GÜFA) are parties to the contract, as well as the broadcasters concerned. The internal split between rightholders mentions the fact that 15% of the total revenue coming from the global agreement was dedicated to the retransmission of radio services.

The last global contract with DTAG expired at the end of 2002. It included all the national broadcasters (public services and commercial) as well as several EBU broadcasters. The licence granted under this agreement covered only the cable retransmission of terrestrial television and radio programme services. When an extension of this agreement was negotiated in late 2002, all relevant commercial broadcasters in the RTL Group and Pro 7/Sat 1 jointly founded a special collecting society called VG Media to administer broadcasters' neighbouring rights.

All the other broadcasters which were party to the old DTAG global contract - German public services broadcasters, the EBU broadcasters, some commercial radio stations but also some private television stations of minor importance - together with the above-mentioned collecting society (jointly called the "Münchner Gruppe") concluded a new global contract for the period 2003-2006. The global agreement between this group and the *Regionalgesellschaften* successors to DTAG covers the cable retransmission of both satellite and terrestrial programmes. It was concluded as a settlement. The rights covered by this agreement include not only all the collecting societies' rights with regard to the broadcaster members of the Münchner Gruppe (e.g. EBU Members) but also the collecting societies' rights with regard to the services of the broadcaster members of VG Media. Regarding broadcasters' neighbouring rights, solely those of the broadcaster parties to this contract are included and solely for those television and radio services individually listed in an annexe to the contract (especially EBU broadcasters).

In parallel to this agreement VG Media also concluded bilateral contracts with the above-mentioned level three cable operators. The tariff which VG Media published in 2003 guaranteed cable operators that they would be held harmless against claims by broadcasters possibly outside a global contract.

Both agreements mentioned before expired by the end of 2006. Despite several negotiations no follow up contract was achieved. The collective of right-holders now intends to publish a tariff and to offer to the cable operators to conclude a new agreement on this basis. If this should be rejected, then the German copyright administration law provides for the possibility to appeal to an arbitration board.

Besides the above-mentioned agreements, rightholders in the Münchner Gruppe have also concluded global contracts with ANGA, FRK and GdW, the umbrella organizations of the level

four operators. These contracts cover all networks connecting more than 75 households. Since those operators do not claim any carriage fees, they pay a lower licence fee.

Several operators started to offer DSL in summer 2006. Again, the members of the Münchener Gruppe granted an interim licence for a limited period during show-cases of several providers, such as Deutsche Telekom.

From a copyright perspective rightholders are prepared to treat this kind of retransmission similarly to a cable retransmission, and the same contractual principles apply. So there is, on the one hand, a global contract providing the licences under copyright and, in parallel, a distribution agreement between broadcasters and operators with regard to the details of the retransmission. Broadcasters do not pay any carriage fees for the retransmission of their services

Cable operators are lobbying strongly for a clarification of copyright law, aiming at a clear statement that not only retransmission via cable is a copyright relevant act but so too are all other forms of complete, unchanged and unabridged retransmissions insofar as they are economically comparable (a technologically neutral approach).

THE NETHERLANDS

I. LEGAL ASPECTS

A. National regulation with regard to cable retransmission

1. Implementation of European and international treaties

- Article 11bis 1 sub. 2 BC has been implemented in Article 12 sub 6 of the Copyright Act: CA (*Auteurswet*) as follows: As a separate communication (to the public) is not considered the simultaneous broadcasting of a work contained in a radio or television programme by the same organism that originally broadcasts that programme.

(For small antenna systems, see I.A.2 below.)

- In 1996 the Cable and Satellite Directive was implemented in the CA and the Neighbouring Rights Act: NRA (*Wet op de naburige rechten*) in the 26a - 26c resp. Article 14a, - 14d.

Article 26a par. 1 CA: The right to authorize the simultaneous, unchanged and unabridged transmission of a work embodied in a radio or television programme by a broadcasting network as meant in Article 1 sub q of the Media Act: MA (*Mediawet*) can only be exercised by corporate bodies which, pursuant to their statutes, set out to represent the interest of rightowners by exercising their above-mentioned accrued rights.

Article 26a par. 4 CA: This article is not applicable to rights as meant in paragraph 1 which accrue to a broadcasting organization with respect to its own broadcasts.

Article 1 sub q MA defines a broadcasting network as follows: electronic communication network as meant in Article 1.1 sub e of the Telecommunication Act: TA (*Telecommunicatiewet*) which is being used, mainly using cables, for disseminating programmes.

Article 1.1 sub e TA defines an electronic communications network as follows: transmission systems, including switching or routing apparatus and other means, that make it possible to transmit signals via cables, radio waves, optic or other electromagnetic means, including satellite networks, fixed or mobile terrestrial networks, electricity networks, as far as these are used for the transmission of signals and networks for radio and television broadcasts and cable television networks, regardless of the nature of the transmitted information.

- Treatment of (national) channels

All channels (both national and foreign) can authorize/prohibit cable retransmission on the basis of their (own or licensed) copyright on their programmes or their neighbouring right as broadcaster (Article 8.1.a NRA) and are therefore entitled to demand remuneration for their own/licensed rights. The national channels, however, always run the risk of political interference.

2. Court cases on cable retransmission

- Supreme Court 30-10-1981 (NJ 1982, p. 435) & Supreme Court 25-5-1984 (NJ 1984, p. 697): the relay by a central antenna system in Amstelveen of a programme constitutes a separate/additional communication to the public. Under Article 11 bis 1 BC it does not matter that the audience could have received the programme also with its own antenna. The broadcaster and the signal transmitter constitute one organization, and the central antenna system is a separate organization, which needs separate authorization.

- Supreme Court 24-12-1993 (NJ 1994, p. 641) small cable systems: another body must be understood as a body other than the organization which is responsible for the broadcast. It is not the task of the court to create criteria, such as the limited number of connections, the character, purpose or the way the antenna system is organized, under which these systems should be exempted from the authorization of rightowners. Only if these systems are used for carrying programmes into circles of families, friends, or other circles with close personal connections are exempt from authorization.

- Court of first instance Amsterdam, 7-4-2005 (AMI 2005, p. 201) - Buma c.s. v. Kabelexploitanten): in this case between the cable operators of Vecai against the societies BUMA/AGICO/SEKAM/CISAC, the court held that the collecting societies could not be compelled against their wish to negotiate their cable retransmission rights only with the broadcasters.

- The must-carry rules apply to operators of broadcasting networks. The (genuine) must-carry rules are laid down in Article 82i of the Media Act.

Broadcasting networks must carry:

- the domestic national channels: three television and five radio channels operated by NOS/NPB;
- the regional television and radio channel which is offered in the province where the cable operator delivers his services;
- the local television and radio channel which is offered in the community where the cable operator delivers his services;
- two television and two radio channels of the VRT;
- the additional local television and radio channels aimed at specific groups (in age or minorities) which might be offered in the community where the cable operator delivers his services, up to a limit of two television and five radio channels;

Besides these (genuine) must-carry rules, there are the (pseudo) must-carry rules laid down in Article 82k MA: if the (real) must-carry television channels are under 15 in number and there are fewer than 25 radio channels, the broadcasting network has to fill the remaining channels up to those numbers in accordance with the advice of the Programme Council established by the City Council where the broadcasting network delivers its services.

3. Treatment of new technology

Because of the limitation of "broadcasting network" in Article 1 sub q MA by the addition "mainly using cables" it is doubtful whether the Cable and Satellite Directive has been

implemented in a technically neutral way and it is more likely that it mainly refers to cable systems. In practice, however, NOS/NPB and the collective rights organizations consider exploitation of programme services by other third parties (telecom operators or mobile telephone companies) by nature as identical to cable distribution. Those parties are therefore offered similar contracts at similar prices.

B. Administration of cable retransmission rights

On the basis of the above quoted Article 26a par. 1 CA cable retransmission rights can only be exercised by corporate bodies which, pursuant to their statutes, represent the interests of rightowners with respect to these rights.

In the Netherlands the most important collecting societies in relation to cable retransmission rights are:

- BUMA (musical rights and rights of other Cisac organizations)
- SENA (phonogram producers and artists, with respect to phonograms)
- SEKAM (national producers of films and television productions)
- AGICOA (foreign film producers)
- NORMA (artists and actors).

Government supervision (by the Supervisory Board) is limited to those societies which are entrusted with mandates laid down by law. With respect to cable retransmission this concerns only BUMA and SENA.

There is no arbitration system, and nor are there any decisions. The mediation paragraph of the Cable and Satellite Directive has been implemented in Article 26c CA, but does not seem ever to have been used.

II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS

All statistical data under this Section date from December 2006.

A. National cable market

Of a total of 7,091,000 television households, 6,230,000 (90%) are dependent for the reception of television programmes on cable retransmission (2005 figures).

- **National cable companies**

There are 662 cable operators, split among 24 entities. The major cable operators are:

	Analogue households	Annual turnover	Internet connections	VOIP/ Telephone connections
UPC	2.2 million	?	544,000	336,000 + 61,300
Essent/Kabelcom	1.7 million	432.5 million	531,000	Mobile connections 20,000

Casema	1.3 million	416 million together with Multikabel	?	200,000 together with Multikabel
Multikabel	315,000		?	

UPC is owned by Liberty Global, which operates worldwide. In 2006 the investment company Cinven Limited-Warburg Pincus LLC acquired the ownership first of Multikabel, thereafter of Casema, and recently of Essent/Kabelcom. According to financial newspaper reports, the acquisition of Casema/Multikabel involved 2.1 billion Euros, and the acquisition of Essent/Kabelcom 2.6 billion Euros. Other newspapers reported the figure of 5.2 billion Euros for the complete transaction. The average price paid per connection is supposed to be approximately 1,575 Euros.

These main cable operators with a (cable) market share of 80% all offer triple play and are in fierce competition with the telephone operators KPN and Versatel/Tele 2. KPN is said to have lost 600,000 telephone subscribers to cable, whereas telephone subscribers are three times more profitable than subscribers to television programmes.

There are approximately one million digital cable households.

- **Other platform operators**

- Canaal Digitaal: offers both technical satellite transmission services to broadcasters and a satellite bouquet on a subscription basis to the public. Since NOS pays for the transmission services, the public can receive the national public broadcasting channels free of charge by acquiring a set-top-box and a smart card (for copyright reasons) against (technical) cost price. Free-to-air foreign broadcasts are, of course, receivable without charge. For private national broadcasters a subscription fee has to be paid, as well as for some non-free-to-air foreign channels. Canaal Digitaal has a reach of approximately 650,000 households.

- Digitenne/KPN offers both technical digital terrestrial television transmission services to broadcasters and programmes through third-party operators (such as Scarlet) on a subscription basis to the public. DTTV has replaced the analogue television transmission of NOS. NOS has its own multiplex and pays for the transmission services. The public can receive the national public channels free of charge on acquiring the necessary technical equipment, but has to acquire a subscription for any other channels through the third-party operators. DTTV reaches 245,000 households. Tele2 reaches 100,000 IPTV households.

B. Cable retransmission agreements

- **Global Agreement**

The global cable contract was cancelled by VECAI (branch organization of the major cable operators) on behalf of the majority of the cable systems (6,063,639 households as of 1 April 2005). It is still in force for cable systems with 144,403 households, except for the BBC.

This contract covered/covers the programmes of NOS, VRT, RTBF, ARD (WDR, SW3 N3), ZDF, BBC (1+2), TF1, FRANCE 2+3, RTL Television Germany, RAI (Undo) and RTVE (i). The collecting societies who were/are party to this contract: BUMA (also on behalf of the

CISAC organizations) SEKAM and AGICOA. Under this contract the cable operator paid/pays a fee per subscriber per quarter of the year based on the amount of the non-national programmes carried. The fee was/is calculated per four non-national programmes carried.

A similar contract was concluded by the same parties with KPN (telecom) for the distribution by IPTV. The fee is 0.11 per programme per month. This contract was cancelled by NOS as of 1 January 2007 for strategic reasons. KPN has only a few hundred subscribers.

Since private broadcasting was made possible by the MA only via satellite to cable and it therefore needed the cable to reach its audience, private national broadcasters have been obliged by the cable operators to clear all rights on their behalf and hold them harmless for any claims of third-party rightowners and even had to pay a carriage fee. It is unknown whether the latter is still the case today.

VECAI has insisted on concluding individual contracts with all broadcasters. In the negotiations VECAI initially demanded that broadcasters clear all rights. In the end, most broadcasters concluded individual contracts with respect to their own and licensed rights. After an injunction procedure initiated by the collecting societies, an agreement was also made for the rights covered by BUMA, SEKAM and AGICOA. It expired on 1 July 2007.

- Contracts on retransmission via new technology

As a consequence of these cable developments, it has become common practice within NOS to conclude agreements for distribution via IPTV or mobile telephony only for its own and transferred rights and to refer the operators to the collecting societies for the clearance of the remaining third-party rights. The collecting societies agree that in the current situation a global solution is no longer feasible since the broadcaster and the collecting societies have to follow their own strategy.

In this way NOS has concluded the following contracts:

Versatel/Tele2 and KPN: VOD-service *Uitzending Gemist* via IPTV (= "catch up TV": high-quality programmes are made available for a maximum of ten days after broadcasting).

Orange Mobile: pilot for the simultaneous streaming of regular and thematic channels via UMTS. Talks with Vodafone on comparable pilot are pending.

SWITZERLAND

I. LEGAL ASPECTS

A. National regulation with regard to cable retransmission

1. Implementation of international treaties

Under Swiss law the duty of collective management applies broadly to all rebroadcast programmes, regardless of whether they are rebroadcast by means of wire or wireless. It does not matter whether the programme is rebroadcast via cable, telephone, the Internet or satellite, analogue or digital or otherwise. Furthermore, it is irrelevant whether the programme is broadcast inside or outside the so-called "intended reception area". Finally, it makes no legal difference whether a national or foreign programme or a so-called must-carry programme is rebroadcast.

The revised Exploitation Act followed the Federal Court and confirmed that the cable right was comprehensive and exclusive. However, unlike the EU Cable and Satellite Directive neither the author nor the broadcaster is able to enforce the cable rights directly against the cable distributor. This means that the collecting societies must acquire the respective rights from their members and their foreign affiliated companies and, as far as the rights of the broadcasting stations are concerned, they must be acquired from IRF.

2. Court cases on cable retransmission

The first relevant case dealing with redistribution of a foreign radio or television programme in Switzerland goes back to 1981 (Federal Court decision 107 II 57). In that case the Swiss Supreme Court confirmed that the cable distributor Rediffusion and the Swiss PTT needed an authorization from the Austrian broadcaster ORF when redistributing an Austrian television programme in Switzerland. This holding was confirmed by the same Court in favour of Suisa, the Swiss collecting society regarding non-theatrical musical rights, after it had been denied by the lower courts.

After these decisions the Act with respect to exploitation of copyright (the "Exploitation Act") had to be adapted since it was impossible for the cable distributors to acquire each single exclusive right relating to the program individually.

B. Administration of cable retransmission rights

The revised Exploitation Act stipulated that in Switzerland cable rights have to be collectively managed by collecting societies under a federal concession. Consequently, Suisa became licensed with respect to non-theatrical musical rights, Suissimage with respect to film rights and Pro Litteris with respect to works of literature. In 1996 Swissperform received a licence for the exploitation of performing rights, which have been protected in Switzerland since the above-mentioned decisions of the Supreme Court.

The television stations syndicated as IRF in 1982 and concluded individual contracts with the collecting societies Suissimage and Pro Litteris, as well as later on with Swissperform, based on which IRF received a share of the royalties collected.

II. PRACTICAL AND ECONOMIC ASPECTS

A. National cable market

Switzerland has a widespread cable network covering the whole territory. More than 90% of the population receive television signals via cable networks. According to the latest statistics there are 2.8 million cable households in Switzerland which are being offered a basic package of approximately 40 television programmes for a monthly payment averaging 13 Euros. Around 350 programmes are offered as digital packages for additional compensation calculated per package and/or programme. Cablecom is the largest cable company in Switzerland and has more than 50% of the cable networks.

B. Cable retransmission agreements

Compensation of cable rights is dealt with in the tariff agreement between the collecting societies (the "Tariff"). The Tariff must be approved by the Federal Commission regarding the exploitation of copyright and neighboring rights (*Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten*, ESchK). The Tariff is based on a percentage of the amount which the cable distributors charge to their connected households. The collecting societies charge 12% as total compensation for the copyright and neighbouring rights which they hold. This percentage is drawn from the gross income collected by the cable companies.

The broadcasters participate in the earnings of Suissimage, Pro Litteris and Swissperform. From the total amount of approximately 29 million Euros which these societies collect per year the broadcasters receive a share of approximately 16 million Euros per year through IRF. They do not receive anything from Suisa, as the broadcasters do not acquire or own any theatrical musical rights which are administered by Suisa.

The broadcasters are responsible for the distribution of the royalties which IRF collects on their behalf. In accordance with the distribution rules of IRF which the broadcasters agreed upon a share of 25% is paid out in favour of Swiss television programmes and 75% in favour of foreign television programmes received and redistributed via cable in Switzerland.
