

een met het beoogde doel onevenredige maatregel, omdat het verbod wegens het bestaan van zones met gewone ontvangst betrekkelijk ondoeltreffend is, noch deswege als een door het Verdrag verboden discriminatie van buitenlandse zenders, omdat deze wegens hun geografische ligging de verspreiding van hun boodschappen slechts in de zone met gewone ontvangst kunnen verzekeren.

Kutscher	O'Keeffe	Touffait	Mertens de Wilmars	Pescatore
Mackenzie Stuart		Bosco	Koopmans	Due

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 maart 1980.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL J.-P. WARNER
VAN 13 DECEMBER 1979 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Inleiding

Deze twee zaken zijn ter prejudiciële beslissing naar het Hof verwezen door respectievelijk de Correctionele Rechtbank te Luik (zaak 52/79) en het Hof van Beroep te Brussel (zaak 62/79).

Beide werpen vragen op omtrent de uitlegging van de artikelen 59-66 EEG-Verdrag, inzake het vrije verkeer van diensten.

Zij hebben beide als achtergrond de activiteiten van kabeltelevisiemaatschappijen in België. In wezen bestaat kabeltelevisie in het opvangen door middel van een antenne van draadloos uitgezonden televisiesignalen en de overbrenging van de

¹ — Vertaald uit het Engels.

signalen per draad naar de televisietoestellen van de abonnees. Technisch gezien, zo werd ons gezegd, is het enkel de schaal en het professionele karakter van de exploitatie (met name de grootte en ligging van de antennes en de onderhoudsnormen) waardoor deze dienst zich onderscheidt van het gebruik van een gemeenschappelijke antenne voor televisie-ontvangst in bijvoorbeeld een flatgebouw.

Naar verluidt biedt kabeltelevisie vier voordelen. Ten eerste is het een middel om hindernissen voor de rechtstreekse ontvangst van uitzendingen te overwinnen, zoals heuvels, bossen en hoge gebouwen. Ten tweede is zowel de beeld- als de geluidskwaliteit beter. Ten derde kunnen de abonnees ook televisieprogramma's ontvangen als zij buiten het bereik van de betrokken zenders, dat wil zeggen buiten hun zogenoemde „gewone-ontvangstzone” wonen. En tenslotte is er een belangrijk milieuvoordeel: kabeltelevisie maakt de lelijke particuliere antennes op de daken van de huizen overbodig. Er is op gewezen dat een kijker, zodra hij abonnee is geworden van een kabeltelevisiedienst, alle televisieprogramma's per kabel ontvangt, ook die in welke gewone-ontvangstzone hij eventueel woont.

Deze zaken betreffen problemen die voortkomen uit het doorgeven per kabel in België van programma's die door televisiezenders buiten België worden uitgezonden. Blijkens een aan het Hof getoonde kaart ligt elk deel van België in de gewone-ontvangstzone van een of meer buitenlandse zenders (Britse, Nederlandse, Duitse, Luxemburgse of Franse). De raadsman van de Duitse regering trok in twijfel of de reikwijdte van buitenlandse zenders wel zo groot is

als op die kaart was aangegeven, maar hij is op dit punt niet verder ingegaan en het globale beeld zou trouwens niet aanzienlijk zijn gewijzigd indien hij gelijk had gehad. Onweersproken is verklaard dat kabeltelevisie tot een vergroting van het voor Belgische kijkers beschikbare aantal buitenlandse programma's heeft geleid, in de gunstigste gevallen van twee of drie tot acht of tien.

Zaak 52/79 vindt haar oorsprong in een strafvervolgung ter zake van overtreding van het verbod tot verspreiding van commerciële reclame, dat is vervat in een koninklijk besluit waarover ik het dadelijk in detail zal hebben. Zaak 62/79 komt voort uit een burgerlijke vordering wegens inbreuk op het auteursrecht.

Het toepasselijke Belgische recht

De omroep is in België een wettelijk monopolie dat zowel radio als televisie omvat. Hij wordt thans geregeld door een wet van 18 mei 1960, die (zoals gewijzigd bij een decreet van 12 december 1977) twee omroeporganisaties („uitzendingsinstituten”) oprichtte, namelijk „Radiodiffusion-télévision belge de la Communauté culturelle française” (gemeenzaam bekend als „RTBF”) en „Belgische Radio en Televisie, Nederlandse uitzendingen” (gemeenzaam bekend als „BRT”). De wet richtte ook een gemeenschappelijk lichaam op: „Belgische Radio en Televisie — Instituut van de gemeenschappelijke diensten”, dat verantwoordelijk is voor gemeenschappelijke technische, administratieve, financiële en culturele diensten, voor uitzendingen in het Duits, en voor een wereldomroep.

Onder andere beperkingen verbiedt de wet in artikel 28, lid 3, elke uitzending door de RTBF of de BRT (of, zoals ik het begrijp, door het gemeenschappelijke „instituut”) van materiaal dat „een karakter van handelspubliciteit vertoont”. Naar men ons meedeelde, is geldelijke steun voor programma's vanwege openbare of semi-openbare instellingen zoals de SABENA, het Gemeentekrediet en de Spaarkas niettemin toegestaan.

Kabeltelevisie wordt geregeld door een koninklijk besluit van 24 december 1966.

Hoofdstuk II van dat koninklijk besluit bevat de bepalingen inzake het toekennen van vergunningen voor kabeltelevisienetten.

Krachtens artikel 2 is het aanleggen van een dergelijk net zonder vergunning van de bevoegde minister verboden. Ons werd gezegd dat een vergunningsaanvraag melding moet maken van de zenders welke programma's de aanvrager van plan is door te geven, en dat voor elke uitbreiding of beperking van de aldus opgegeven groep zenders een nieuwe vergunning nodig is.

Artikel 7 bepaalt dat vergunningen zullen worden verleend voor een grondgebied dat tot een deel van een gemeente, tot een gemeente of tot een groep aanpalende gemeenten beperkt is. De bevoegde minister kan echter toestaan dat antennes of daarmee verbonden apparatuur buiten dat grondgebied worden opgesteld.

Hoofdstuk VI van het koninklijk besluit is getiteld „Programma's” en omvat de artikelen 20 tot 23 die, voor zover hier van belang, luiden als volgt:

„20. Behoudens in het geval van door de Regie van Telegrafie en Telefonie erkende onmogelijkheid moet elk net voor distributie van omgeroepen televisie-uitzendingen gelijktijdig en in hun geheel al de uitzendingen van de Belgische Radio en Televisie doorgeven.

21. Onder voorbehoud van het bepaalde in de internationale overeenkomsten, mag de verdeler de uitzendingen doorgeven van enig ander station voor omgeroepen televisie-uitzendingen dat een vergunning heeft van het land waar het gevestigd is.

Nochtans mogen niet worden doorgegeven:

1° uitzendingen die het karakter van handelsreclame dragen;

...

22. Het is aan de verdeler verboden met het net voor distributie van omgeroepen televisie-uitzendingen toestellen te verbinden die andere beelden en klanken dan die van de toegelaten radioomroepprogramma's kunnen doorgeven.

...

23. Het is verboden tot de distributie over te gaan van uitzendingen die:

- a) de veiligheid van de Staat, de openbare orde of de Belgische wetten kunnen schenden;
- b) strijdig zijn met de goede zeden;
- c) een belediging kunnen uitmaken voor andermans overtuiging of voor een vreemde Staat.”

Artikel 41 van het koninklijk besluit stelt dat elke inbreuk op zijn bepalingen de tijdelijke of definitieve intrekking van een vergunning tot gevolg kan hebben, zulks onverminderd het bepaalde in een wet van 26 januari 1960, krachtens welke geldboeten kunnen worden opgelegd.

De toepasselijke Belgische wet op het auteursrecht wordt vermeld in de verwijzingsbeschikking van het Hof van Beroep te Brussel. Het Hof van Beroep zegt daar, dat de positie van kabeltelevisiemaatschappijen in België wordt beheerst door artikel 11 bis van de Berner Conventie voor de bescherming van let-

terkundige en kunstwerken in haar „Brusselse versie” van 26 juni 1948, bekrachtigd bij de Belgische wet van 26 juni 1951. Lid 1 van artikel 11 bis luidt als volgt:

„De auteurs van letterkundige en kunstwerken genieten het uitsluitend recht machtiging te verlenen tot:

- 1° de radio-uitzending van hun werken of de openbare mededeling ervan door elk ander middel om draadloos tekens, klanken of beelden uit te zenden;
- 2° elke openbare mededeling, hetzij telegrafisch, hetzij draadloos, van het langs de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een ander dan het oorspronkelijk organisme wordt gedaan;
- 3° ...”

Het Hof van Beroep stelt dat punt 2° van toepassing is, aangezien een Belgische kabeltelevisiemaatschappij een ander dan het oorspronkelijk organisme is en het doorzenden van een uitzending door een dergelijke maatschappij een „telegrafische mededeling” is. Daarom heeft de auteur van een letterkundig of kunstwerk dat het onderwerp van een uitzending vormt, het exclusieve recht om toestemming te verlenen voor de verspreiding ervan door een dergelijke maatschappij. Ik begrijp dat dit beginsel, naar de mening van het Hof van Beroep, van toepassing is ongeacht of de oorspronkelijke uitzending in België of elders plaatsvindt.

Mijns inziens kan het Hof van Justitie niet tornen aan die beslissing van de Belgische rechter, omdat bij een verwijzing krachtens artikel 177 EEG-Verdrag elke beslissing over de uitlegging van nationaal recht op de weg van de nationale rechter ligt.

Niet zonder belang in deze zaken zijn ook de artikelen 1 en 6, lid 1, van de Europese Overeenkomst tot bescherming van televisie-uitzendingen van 22 juni 1960, tot stand gekomen onder auspiciën van de Raad van Europa (de „Overeenkomst van Staatsburg”). Wat de Lid-Staten van de Gemeenschap betreft, is die Overeenkomst van kracht tussen België, Denemarken, Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Zij schijnt niet te zijn bekrachtigd door Ierland, Italië, Luxemburg en Nederland.

Voor zover hier van belang, luidt artikel 1 als volgt:

„De radio-organismen die op het grondgebied van een Verdragsluitend land overeenkomstig de wet van dat land gevestigd zijn of die hun uitzendingen tot stand brengen op een zodanig grondgebied, genieten betreffende al hun televisie-uitzendingen:

1. het recht om op het grondgebied van alle Verdragsluitende landen toe te staan of te verbieden:
 - a) ...
 - b) het per draad in het openbaar verspreiden van deze uitzendingen;
- ...”

Artikel 6, lid 1, bepaalt:

„De bescherming voorzien in artikel 1 tast geen enkele van de rechten aan die, met betrekking tot een televisie-uitzending, mogelijk bestaan ten gunste van derden, inzonderheid de rechten van auteurs, uitvoerende kunstenaars, filmproducers, fabrikanten van grammofoonplaten, of inrichters van voorstellingen.”

Ik kom thans tot de feiten van de onderhavige zaken, en wel eerst die van zaak 52/79.

De feiten van zaak 52/79

Artikel 21 van het koninklijk besluit van 24 december 1966 heeft op het eerste gezicht tot gevolg dat kabeltelevisiemaatschappijen in België verplicht zijn alle handelsreclame weg te laten in buitenlandse televisieprogramma's die zij doorgeven. Krachtens artikel 23 zijn zij verplicht ook andere soorten van materiaal weg te laten, maar zaak 52/79 betreft enkel reclameboodschappen.

Men vertelde ons van de moeilijkheden waarmee een dergelijke weglating gepaard zou gaan indien aan de voorschriften van de artikelen 21 en 23 van het koninklijk besluit de hand zou worden gehouden.

Ten eerste zou zulks betekenen dat elk distributienet iemand in dienst moet hebben om elk doorgegeven buitenlands programma voor de gehele duur van de uitzending te bekijken, zodat hij het kan uitschakelen wanneer verboden materiaal wordt uitgezonden, en het daarna opnieuw kan inschakelen. Dit zou een enorme personeelsuitbreiding en een overeenkomstige stijging van de abonnementsprijs meebrengen. Thans werken alle installaties, zodra een net eenmaal is aangelegd, automatisch, zodat er enkel personeel nodig is voor beheer en onderhoud.

Ten tweede zou het personeel dat is aangeworven om programma's te bekijken en te censureren, onvermijdelijk beoordelingsfouten maken. De grens tussen materiaal dat wel, en materiaal dat niet „het karakter van handelsreclame draagt”, kan vaag zijn. Men sprak ons van moei-

lijkheden die de RTBF en de BRT hadden en nog hebben bij het maken van dat onderscheid. Men gaf ons het voorbeeld van iemand die een voetbalmatch bekijkt en op zijn scherm een in het stadion aangebrachte reclame ziet. Moet hij het net al dan niet uitschakelen?

Ten derde veroorzaakt het uitschakelen van het net een onaangename ruis in de toestellen van de abonnees en zogenoemde „sneeuw” op hun scherm. Dit wekte ergernis bij de abonnees die zich afvroegen of het aan hun toestel, aan het distributienet of aan de uitzending zelf lag. Evenmin kon de maatschappij, omwille van artikel 22 van het koninklijk besluit, een eigen aankondiging inlassen om de onderbreking te verklaren.

Onbetwist lijkt dat de kabeltelevisiemaatschappijen, na zich aanvankelijk naar de voorschriften te hebben gevoegd, wegens die moeilijkheden en de snelle groei van de televisiereclame in de aan België grenzende landen artikel 21 van het koninklijk besluit zijn gaan negeren en buitenlandse televisieprogramma's in hun geheel zijn gaan doorgeven. Tegenover die algemene overtreding van het artikel verkozen de autoriteiten de ogen te sluiten. Dat blijkt duidelijk uit de ministeriële verklaringen waarnaar wij werden verwezen, en uit het feit dat de vordering in zaak 52/79 de eerste is die ooit wegens inbreuk op artikel 21 is ingesteld.

Het initiatief daartoe werd genomen door drie verenigingen die zichzelf „consumentenverenigingen” noemen, namelijk de „Fédération nationale du Mouvement Coopératif féminin, Organisation de Consommateurs”, de „Fédération belge des Coopératives” en „Vie Féminine”. Waarom juist vrouwenorganisa-

ties daarbij zo betrokken moeten zijn, is ons ter terechtzitting uitgelegd door hun raadsman. Hun leden zijn hoofdzakelijk moeders en onderwijzeressen, die bezorgd zijn over de invloed van televisiereclame op kinderen.

In elk geval dienden die verenigingen klachten in bij het parket te Brussel, Antwerpen en Luik. De enige reactie kwam van de autoriteiten te Luik, waar de strafvervolgning werd ingesteld voor de Politie rechtbank.

De maatschappijen waartegen de strafvervolgning is gericht, zijn een vennootschap van de bekende Coditel-groep en de Association Liégeoise d'Électricité („ALE"). Samen verzorgen zij een kabeltelevisiedienst die zich uitstrekt over de stad en de provincie Luik. De verdachten zelf zijn drie particulieren (de heren Debauve, Denuit en Lohest), directieleden van Coditel en ALE. De vennootschap Coditel en ALE zelf zijn als burgerrechtelijk aansprakelijke partijen gedagvaard.

De drie verenigingen die de procedure op gang brachten, hebben zich daarin burgerlijke partij gesteld, tezamen met een groot aantal particulieren en de RTBF.

Voor de Politie rechtbank vorderde het Openbaar Ministerie de vrijspraak van de verdachten, en inderdaad sprak de Politie rechtbank hen vrij. Na eraan te hebben herinnerd dat artikel 21 uitdrukkelijk gold „onder voorbehoud van het bepaalde in de internationale overeenkom-

sten", verklaarde zij het bij vonnis van 14 december 1978 niet toepasselijk om twee redenen. Ten eerste gaf de Overeenkomst van Straatsburg buitenlandse zenders de bevoegdheid de verspreiding per draad van hun uitzendingen te verbieden indien hun programma's zouden worden gewijzigd. (Er is ons inderdaad een brief overgelegd, gedateerd 8 oktober 1966, van de Franse ambassade in België aan wat de moedermaatschappij van de Coditel-groep schijnt te zijn, en houdende toestemming om de televisieuitzendingen van de ORTF in Luik te verspreiden op voorwaarde inter alia dat „la distribution devra être effectuée sans coupures" — Bijlage I bij de Opmerkingen van M. Debauve e. a.). 's Rechters tweede reden was dat, aangezien dit Hof in zaak 155/73 (Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409, 427) had beslist dat de uitzending van televisieberichten, met inbegrip van reclameberichten, onder de artikelen 59 tot 66 EEG-Verdrag viel, het weglaten van reclameboodschappen uit uitzendingen uit andere Lid-Staten in strijd zou zijn met het gemeenschapsrecht, dat voorrang had boven artikel 21 van het koninklijk besluit in zover zij onverenigbaar waren.

Op verzoek van de burgerlijke partijen (althans van de meeste) werd bij de Correctionele Rechtbank te Luik hoger beroep ingesteld. Naar verluidt, vorderde het Openbaar Ministerie ook voor de Rechtbank vrijspraak, hoofdzakelijk op grond dat artikel 21 van het koninklijk besluit in strijd was met de bepalingen van de Belgische Grondwet, die de vrijheid van meningsuiting waarborgt en censuur verbiedt.

Bij beschikking van 23 februari 1979 evenwel heeft de Correctionele Rechtbank het Hof twee vragen voorgelegd, die luiden als volgt:

„1. Moet artikel 59 EEG-Verdrag, gelet op 's Hofs arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi), aldus worden uitgelegd, dat daarin elke nationale regeling wordt verboden die zich verzet tegen het doorzenden per draad van reclameboodschappen door kabeltelevisiemaatschappijen, wanneer de gewone ontvangst van dergelijke boodschappen in de ontvangstzones van de buitenlandse zenders mogelijk en geoorloofd blijft, met name in aanmerking nemend dat:

- a) met een dergelijke regeling een discriminatie zou worden ingevoerd op grond van de geografische ligging van de buitenlandse zender die slechts reclameboodschappen zou kunnen uitzenden in de zones waar hij gewoon wordt ontvangen, terwijl deze zones, ten gevolge van de verschillende bevolkingsdichtheid, voor de reclame van zeer uiteenlopend belang kunnen zijn;
- b) een dergelijke regeling een beperking zou opleggen die onevenredig is met het beoogde doel, omdat dit — te weten het verbod op televisiereclame — nooit geheel zou kunnen worden bereikt wegens het bestaan van de zones met gewone ontvangst?

2. Moeten de artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag, gelet op 's Hofs arrest van 3 december 1974 (zaak 33/74, Van Binsbergen), aldus worden uitgelegd, dat zij rechtstreekse werking hebben tegenover elke nationale regeling, voor zover de dienstverrichter ingevolge deze regeling niet formeel wordt gediscrimineerd op grond van

zijn nationaliteit of zijn woonplaats (in casu het verbod om reclameboodschappen door te geven)?”

De feiten van zaak 62/79

In zaak 62/79 zijn de feiten als volgt:

Bij overeenkomst van 8 juli 1969 tussen een Franse vennootschap, de SA Les Films La Boétie (die ik „La Boétie” zal noemen), en een Belgische vennootschap, de SA Ciné Vog Films (hierna: „Ciné Vog”), verleende La Boétie aan Ciné Vog het exclusieve recht om „Le Boucher”, een door La Boétie geproduceerde film, gedurende zeven jaar te distribueren in België en Luxemburg. De overeenkomst betrof zowel vertoningen in de bioscoop als televisieuitzendingen. Zij bepaalde echter dat de film in België eerst op de televisie mocht worden vertoond 40 maanden na de eerste vertoning in een Belgische bioscoop, en in Luxemburg eerst gedurende het laatste van de zeven jaren. De film werd voor het eerst in een Belgische bioscoop vertoond op 15 mei 1970, zodat hij volgens de overeenkomst niet op de televisie in België had mogen worden vertoond vóór september 1973.

Het distributierecht van „Le Boucher” voor Duitsland werd door La Boétie overgedragen aan een andere Franse vennootschap, „Filmedis” genaamd — zo werd ons althans ter terechtzitting verklaard door de raadsman van Ciné Vog. Filmedis schijnt krachtens haar overeenkomst met La Boétie het recht te hebben gehad om de Duitse televisierechten op de films onmiddellijk te exploiteren en zij ging daartoe ook over. Bijgevolg werd de film op 5 januari 1971 door de Duitse televisie uitgezonden. Deze

uitzending werd in België ontvangen door Coditel, die ze aan haar abonnees doorgaf, doch enkel — zo begreep ik althans de stelling van Coditel — in de zone waar de Duitse zender gewoon wordt ontvangen. De abonnees van Coditel in dat gebied zagen de film (in Duitse versie en zonder ondertitels) dus slechts zeven maanden nadat hij voor het eerst in Belgische bioscopen was vertoond.

Ciné Vog stelde samen met de asbl Chambre syndicale belge de la Cinématographie voor de Rechtbank van Eerste aanleg te Brussel een vordering in tegen La Boétie en drie vennootschappen van de Coditel-groep, waaronder (zo heb ik begrepen) de Luikse vennootschap die een van de verweersters is in zaak 52/79. (Van nu af noem ik die drie vennootschappen eenvoudig „Coditel”.) De interventie van de Chambre syndicale des Producteurs et Exportateurs de Films français ter ondersteuning van La Boétie werd toegestaan.

De door Ciné Vog tegen La Boétie ingestelde vordering wegens contractbreuk werd door de Rechtbank van Eerste aanleg ontoereikend geformuleerd geacht en derhalve afgewezen.

De vordering tegen Coditel, gegrond op schending van het auteursrecht, werd echter toegewezen. Op verzoek van Ciné Vog legde de Rechtbank Coditel het verbod op, „Le Boucher” in België te vertonen zonder toestemming van Ciné Vog; zij verklaarde de vertoning van de film door Coditel op 5 januari 1971 onrechtmatig, veroordeelde Coditel tot betaling van 300 000 frank als schadevergoeding aan Ciné Vog en 1 frank als nominale schadevergoeding aan de tweede verzoekster, machtigde deze laatste het vonnis te publiceren op kosten van Coditel, en verwees Coditel in de kosten.

Van dat vonnis is Coditel nu in hoger beroep gekomen bij het Hof van Beroep te Brussel.

Interventies in hoger beroep van andere partijen werden door het Hof van Beroep toegestaan. Ik vermeld ze enkel, omdat twee van die interveniënten onafhankelijk vóór dit Hof waren vertegenwoordigd, namelijk Inter-Régies en de Union professionnelle de Radio et Télé-distribution, blijkbaar verenigingen die respectievelijk de openbare en de particuliere kabeltelevisiemaatschappijen in België vertegenwoordigen.

Het Hof van Beroep besliste dat Coditel krachtens de Belgische wetgeving inzake het auteursrecht niet het recht had de uitzending van „Le Boucher” op 5 januari 1971 door te geven zonder toestemming van Ciné Vog, zowel in de zone waar de Duitse zender gewoon kan worden ontvangen als daarbuiten. Het ging vervolgens na of artikel 85 EEG-Verdrag van invloed was op de situatie, en besliste dat bedoeld artikel in casu niet van toepassing was. Tenslotte beschouwde het Hof van Beroep artikel 59 EEG-Verdrag in het licht van het argument van Coditel, dat de door Ciné Vog ingestelde vordering onverenigbaar was met dat artikel, voor zover zij voor een zender in een nabuurstaat van België de mogelijkheid zou beperken om een dienst te verrichten voor personen in België.

Na te hebben overwogen

„dat appellanten op de dubbele tegenwerping die zou kunnen worden gemaakt, namelijk dat de betwiste beperking niet de dienstverrichter (te weten de buitenlandse zender), maar wel de tussenpersonen (de kabeltelevisiemaatschappijen) zal treffen, en dat zij dus slechts

zal worden toegepast tussen onderdanen van eenzelfde Lid-Staat (België), antwoorden dat artikel 59 aldus moet worden begrepen, dat daarin de beperkingen op het vrij verrichten van diensten en niet enkel op de vrije werkzaamheid van de dienstverrichters worden verboden, en dat het alle hypothesen omvat waarin de dienstverrichting de overschrijding van de intracommunautaire grenzen met zich meebrengt, in een vroeger stadium met zich meebrengt of in een later stadium met zich zal meebrengen”

gelastte het Hof van Beroep de verwijzing naar dit Hof van de navolgende vragen:

- „1. Zijn de in artikel 59 EEG-Verdrag verboden beperkingen alleen die, welke zich verzetten tegen het verrichten van diensten tussen onderdanen gevestigd in verschillende Lid-Staten, of omvatten zij ook de beperkingen op het verrichten van diensten tussen onderdanen gevestigd in een zelfde Lid-Staat, maar die een dienstverrichting betreffen waarvan de substantie uit een andere Lid-Staat afkomstig is?
2. Zo het eerste lid van de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: is het in overeenstemming met de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten dat de cessionaris van het recht om een cinematografische film in een Lid-Staat te vertonen, zijn recht inroept om aan verweerder het verbod te doen opleggen deze film via kabeltelevisie te vertonen, wanneer de vertoonde film door verweerder in bedoelde Lid-Staat wordt ontvangen na uitzending door een derde — mét toestemming van de oorspronkelijke gerechtigde — in een andere Lid-Staat?”

Naar aanleiding van door sommige rechters gestelde vragen, kwam ter terechtzitting aan het licht dat Belgische kabeltelevisiemaatschappijen tot nu toe nooit een frank hebben betaald aan de houders van het auteursrecht op films waarvan zij de uitzending hebben doorgegeven, en dat de onderhavige vordering speciaal is ingesteld met het oog op de vaststelling van hun betalingsplicht. Dit is, met andere woorden, een proefproces.

Ondergeschikte punten van gemeenschapsrecht

Het lijkt mij het gemakkelijkst — dan zijn wij er maar van af — eerst drie minder belangrijke punten van gemeenschapsrecht te behandelen, waarvan er twee worden opgeworpen door de eerste vraag van de Correctionele Rechtbank te Luik, en één door de eerste vraag van het Hof van Beroep te Brussel.

In de eerste plaats is er de suggestie vervat in de eerste vraag, sub a, van de Correctionele Rechtbank, dat de Belgische regeling die de verspreiding per draad van reclameboodschappen verbiedt (en logischerwijze ook de toepasselijke Belgische reglementering inzake het auteursrecht), zou kunnen worden beschouwd als een regeling die een discriminatie invoert tussen zenders in aangrenzende Lid-Staten omdat zij, wegens hun verschillende geografische ligging, verschillende gewone-ontvangstzones hebben, die niet alle even dicht bevolkt zijn. De achterliggende gedachte is, naar ik begriep, dat een dergelijke „discriminatie” slechts kan worden vermeden door het gehele programma van elk van die zen-

ders over heel België vrij per draad te laten doorgeven.

Dit punt is natuurlijk enkel relevant voor zover de zenders in aangrenzende Lid-Staten moeten worden geacht, in de zin van de artikelen 59 tot 66 EEG-Verdrag, een dienst te verrichten voor Belgische kijkers buiten hun respectieve gewone-ontvangstzones. Dit is een moeilijker vraag, die ik later zal behandelen. Aangenomen evenwel dat die zenders moeten worden geacht zulks te doen, lijkt het mij duidelijk dat de door de Correctionele Rechtbank bedoelde „discriminatie” tussen hen, geen discriminatie is van een door het Verdrag verboden soort. Zoals ons met name door de RTBF, de Franse regering en de Commissie krachtig op het hart werd gedrukt, hebben de verdragsbepalingen waarbij discriminatie wordt verboden, enkel discriminaties op het oog die kunstmatig in het leven zijn geroepen door maatregelen van regeringen of andere autoriteiten. Die bepalingen zijn niet bedoeld om concurrentievoordelen op te heffen, die bepaalde ondernemingen te danken hebben aan hun geografische ligging of andere natuurlijke factoren. Integendeel, waar het Verdrag al naar dergelijke factoren verwijst, doet het dit door het bij wijze van uitzondering toestaan van steunmaatregelen aan ondernemingen die erdoor worden benadeeld: zie bijvoorbeeld artikel 42 en artikel 92.

Het tweede probleem — opgeworpen in de eerste vraag, sub b, van de Correctionele Rechtbank — is of de Belgische regeling die het doorzenden per draad van reclameboodschappen verbiedt (en hetzelfde zou weer kunnen gelden voor de toepasselijke Belgische reglementering

inzake het auteursrecht) met het gemeenschapsrecht in strijd moet worden geacht omdat zij een beperking oplegt die onevenredig is met het beoogde doel, aangezien het totale ontvangstverbod voor verboden materiaal in België toch nooit kan worden bereikt omdat er zones bestaan waar buitenlandse zenders gewoon worden ontvangen.

Deze suggestie lijkt mij gegrond op een misvatting. Het Belgische recht, zoals het ons is uitgelegd, erkent het bestaan van zones met gewone ontvangst van buitenlandse zenders en beoogt niet de vrijheid aan te tasten van de in die zones wonende kijkers om de door die zenders uitgezonden programma's rechtstreeks te ontvangen. Wat de betrokken Belgische reglementering verbiedt, is de overbrenging door Belgische kabeltelevisiemaatschappijen van bepaalde delen van die programma's, dat wil zeggen het doorgeven van wat ik „verboden materiaal” heb genoemd. Het is duidelijk dat die reglementering niet is, noch kan zijn bedoeld om het bekijken van dat materiaal op het Belgische grondgebied helemaal uit te sluiten. Zij heeft slechts tot doel te voorkomen dat het actief wordt verspreid buiten de kring van degenen die dat programma rechtstreeks kunnen ontvangen. Volgens mij kan het enkele feit dat de reglementering slechts dat beperkte doel heeft, ze niet ongeldig maken.

Ten derde is er het in de eerste vraag van het Hof van Beroep opgeworpen probleem, of artikel 59 zich alleen verzet tegen beperkingen op het vrij verrichten van diensten tussen personen die in verschillende Lid-Staten zijn gevestigd, of ook tegen beperkingen op het verrichten — tussen personen gevestigd in een zelfde Lid-Staat — van diensten waarvan de

„substantie” uit een andere Lid-Staat „afkomstig is”.

Mijns inziens ligt het antwoord op die vraag besloten in de bewoordingen van artikel 59 zelf, dat zegt toepasselijk te zijn op het verrichten van diensten door „onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.” Natuurlijk behoeft dat woord „gevestigd” uitlegging. In zaak 33/74 (Van Binsbergen, Jurispr. 1974, blz. 1299) werd artikel 59 toepasselijk verklaard op een in België wonende Nederlander die diensten verrichtte in Nederland, en in zaak 39/75 (Coenen, Jurispr. 1975, blz. 1547) op een Nederlander, woonachtig in België en kantoorhoudend in Nederland, die diensten verrichtte in Nederland. Uitlegging van artikel 59 in die zin, dat het op dergelijke situaties niet toepasselijk is, zou kennelijk onjuist zijn geweest, met name omdat artikel 65 spreekt van de toepassing van beperkingen op personen die diensten verrichten, „zonder onderscheid naar nationaliteit of naar verblijfplaats”. Doch in de artikelen 59-66 EEG-Verdrag zoekt men tevergeefs naar enige verwijzing naar of toespeling op een situatie waarin de substantie of het voorwerp van een in een Lid-Staat verrichte dienst uit een andere Lid-Staat afkomstig is. Het is trouwens niet verwonderlijk dat de auteurs van het Verdrag een zo onnauwkeurig begrip hebben vermeden.

Daarom hangt het antwoord op de vraag of artikel 59 in de onderhavige gevallen van toepassing kan zijn, mijns inziens niet daarvan af, of de „substantie” van de door Coditel voor zijn abonnees verrichte dienst uit andere Lid-Staten „afkomstig is.” Het hangt ervan af, of de door het Belgische recht opgelegde

beperkingen op het verrichten van die dienst (geheel in België) onrechtstreeks tevens het verrichten van een andere dienst door een persoon in één Lid-Staat ten behoeve van personen in een andere Lid-Staat beperken.

Alvorens echter die cruciale vraag aan te vatten, moet ik de in het betoog opgeworpen algemenere vragen omtrent de uitlegging van de artikelen 59-66 EEG-Verdrag behandelen; het zijn de antwoorden op deze vragen waardoor men zich bij de benadering van beide zaken dient te laten leiden.

De draagwijdte van de artikelen 59-66 EEG-Verdrag

In de eerste plaats is er de vraag of de artikelen 59-66 — zoals in bepaalde bij het Hof ingediende opmerkingen wordt gesteld of aangenomen — enkel zijn bedoeld om tussen dienstverleners discriminatie op grond van nationaliteit of verblijfplaats op te heffen, dan wel of die artikelen — zoals anderen stellen of aannemen — een ruimere doelstelling hebben, namelijk (zoals zij dat noemen) het scheppen van een „gemeenschappelijke markt van diensten”.

Elk van die opvattingen vindt steun in arresten van het Hof. Voor ik daaraan aandacht schenk, meen ik echter de toepasselijke bepalingen van het Verdrag zelf te moeten onderzoeken.

De artikelen 59-66 vormen hoofdstuk 3 van titel III van het tweede deel van het EEG-Verdrag.

Het tweede deel is getiteld „De grondslagen van de Gemeenschap”.

Titel III daarvan draagt als opschrift „Het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal” en verwijst daarmee naar artikel 3, sub c, EEG-Verdrag, waarin wordt bepaald dat de activiteit van de Gemeenschap omvat: „de verwijdering tussen de Lid-Staten van hinderpalen voor het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal”. Hieruit lijkt dat, anders dan sommigen menen, het vrije verkeer van diensten voor de auteurs van het Verdrag onderscheiden was van het vrije verkeer van personen.

Inderdaad is het, zoals de Commissie pleegt te zeggen, voor het verrichten van een dienst door een persoon in één Lid-Staat ten behoeve van een persoon in een andere Lid-Staat geen noodzakelijk vereiste dat één van beiden zich ook maar verplaatst.

Titel III telt vier hoofdstukken: hoofdstuk 1 „De werknemers”, hoofdstuk 2: „Het recht van vestiging” (beide betreffen duidelijk het vrije verkeer van personen), hoofdstuk 3 „De diensten” en hoofdstuk 4 „Het kapitaal”.

Artikel 59, waarmee hoofdstuk 3 begint, zegt niets over discriminatie. De eerste alinea bepaalt heel algemeen:

„In het kader van de volgende bepalingen worden de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap in de loop van de overgangperiode geleidelijk opgeheven ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.”

De tweede alinea kent de Raad enkel de bevoegdheid toe om de bepalingen van hoofdstuk 3 van toepassing te verklaren

ten gunste van „de onderdanen van een derde staat die diensten verrichten en binnen de Gemeenschap zijn gevestigd.”

De formulering van artikel 60, eerste alinea, bevestigt dat het vrij verrichten van diensten moet worden beschouwd als onderscheiden van „het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen”.

Artikel 60, tweede alinea, is neutraal ten aanzien van het onderhavige probleem.

Dan komen wij bij de derde alinea van dat artikel, de eerste bepaling waarin sprake is van discriminatie. Zij luidt als volgt:

„Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt.”

Dit schijnt te impliceren dat wanneer de dienstverrichter zich niet begeeft naar het land waar de dienst wordt verricht, de voorwaarden die dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt, niet in het geding of althans niet van groot belang zijn.

Vervolgens is het pas weer in artikel 65, dat het begrip discriminatie opduikt; wij lezen daar:

„Zolang de beperkingen op het vrij verrichten van diensten niet zijn opgeheven, passen de Lid-Staten deze zonder onderscheid naar nationaliteit of naar verblijfplaats toe op al degenen die diensten verrichten als bedoeld in de eerste alinea van artikel 59.”

Discriminatie op grond van nationaliteit of verblijfplaats was dus ook al vóór de opheffing van beperkingen overeenkomstig artikel 59, eerste alinea, verboden.

Daarom kan men moeilijk staande houden dat artikel 59 enkel de opheffing van discriminaties betreft, want dan zou er weinig of niets zijn overgebleven dat krachtens zijn bepalingen moest worden opgeheven, wat niet reeds was opgeheven door artikel 65.

Dan is er nog artikel 66, dat de bepalingen van de artikelen 55-58 (in hoofdstuk 2) van toepassing verklaart op de materie van hoofdstuk 3. Niets in die bepaling zou er echter ook maar enigszins op kunnen wijzen dat hoofdstuk 3 enkel te maken heeft met de opheffing van discriminaties.

Er zijn twee belangrijke verschillen tussen de bepalingen van hoofdstuk 3 en die van hoofdstuk 2.

Ten eerste bevat artikel 52 (het eerste artikel van hoofdstuk 2) in zijn tweede alinea een bepaling die duidelijk discriminatie betreft. Zij luidt als volgt:

„De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

Reeds in zaak 6/64 (Costa-ENEL, Jurispr. 1964, blz. 1199, op blz. 1222-1223) heeft het Hof deze alinea uitgelegd als een omschrijving van het begrip van vestiging en eruit afgeleid dat hoofdstuk 2 alleen op discriminatie betrekking heeft. Een dergelijke bepaling komt echter

niet voor in artikel 59 of elders in hoofdstuk 3.

Het andere belangrijke verschil is dat hoofdstuk 2 geen enkele bepaling bevat die op artikel 65 lijkt.

Een reden voor die verschillen kan zijn dat in bepaalde Lid-Statens sommige diensten zijn genationaliseerd. Nationalisatie van een dienst in een staat heeft vaak tot gevolg dat particulieren zich niet in die staat mogen vestigen om dezelfde dienst te verrichten. Het lijkt logisch dat de auteurs van het Verdrag een dergelijk verbod evenzeer toepasselijk achtten op de onderdanen van andere Lid-Statens als op de onderdanen van de nationaliserende staat zelf, maar dat zij van oordeel waren dat het zich niet mag uitstrekken tot het verrichten van een dienst door een persoon gevestigd in een andere Lid-Staat, zolang het verrichten van die dienst niet meebracht dat hij zich werkelijk naar de nationaliserende staat begaf. Anders zou de genationaliseerde onderneming vrijelijk zijn diensten kunnen verrichten ten gunste van inwoners van andere Lid-Statens, terwijl het ondernemingen in die staten werd belet hun diensten te verrichten ten gunste van inwoners van de nationaliserende staat.

Hoe dan ook, uit het onderzoek van de toepasselijke verdragsbepalingen zou ik willen concluderen dat, hoe het ook krachtens hoofdstuk 2 gelegen is met het recht van vestiging, diegenen gelijk hebben die stellen dat hoofdstuk 3 is bedoeld om een gemeenschappelijke dienstenmarkt tot stand te brengen en niet alleen om discriminatie tussen dienstverrichters af te schaffen.

Dit schijnt 's Hof's opvatting te zijn geweest in de zaken Van Binsbergen en Coenen, waar het overwoog dat

„de beperkingen, in de opheffing waarvan door deze bepaling wordt voorzien, alle vereisten omvatten welke aan de verrichter van de dienst, *met name* op grond van zijn nationaliteit of de omstandigheid dat hij geen vaste woonplaats heeft in de Staat waar de dienst wordt verricht, worden gesteld en niet gelden voor op het nationale grondgebied gevestigde personen *dan wel* geëigend zijn de werkzaamheden van de dienstverrichter anderszins te beletten of te hinderen” (arrest-Van Binsbergen, r. o. 10, arrest-Coenen, r. o. 6; cursivering van mij).

Voor zover ik kan zien, zijn alle andere arresten van het Hof inzake de artikelen 59-66 verenigbaar of althans verzoenbaar met die opvatting, op één na. Dat is het arrest in zaak 15/78 (*Société Générale Alsacienne de Banque*, Jurispr. 1978, blz. 1971), waarin het Hof ontegenzeggelijk is uitgegaan van de opvatting dat die artikelen enkel de opheffing van discriminaties betroffen. Dit punt lijkt in die zaak echter niet ten volle tot zijn recht te zijn gekomen. Met name schijnt artikel 65 of zijn betekenis niet onder de aandacht van het Hof te zijn gebracht. Het Hof lijkt zijn conclusie te hebben gegrond op een onderzoek van artikel 60, derde alinea (in het arrest wordt gezegd: tweede alinea), hoewel deze alinea in dat geval niet toepasselijk was aangezien geen bediende van de *Société Générale* zich naar Duitsland had begeven in verband met de dienstverrichtingen van de bank ten behoeve van de heer Koestler, alsmede op een onderzoek van het door de Raad krachtens artikel 63 vastgestelde algemeen programma, hoewel (zoals ik waagde op te merken in zaak 36/74, *Walrave en Koch*, Jurispr. 1974, blz. 1426) het algemeen programma de draagwijdte van artikel 59 kon noch wilde bepalen. Het algemeen programma was zelfs niet noodzakelijk voor de uitvoering van artikel 59 tijdens de over-

gangsperiode: zie de aanhef van artikel 63, lid 2. Bovendien zouden de bepalingen van artikel 56 betreffende de openbare orde, indien zij, voor zover krachtens artikel 66 van toepassing op hoofdstuk 3, de door mij gedachte uitwerking hebben (een probleem waarover ik het dadelijk zal hebben), mijns inziens in de zaak-*Société Générale Alsacienne de Banque* een andere grondslag opleveren om tot hetzelfde feitelijke resultaat te komen. Tenslotte ben ik van mening dat het Hof moet vasthouden aan de opvatting die het in de zaken-Van Binsbergen en Coenen heeft gehuldigd, en niet aan de opvatting waarvan het in de zaak-*Société Générale Alsacienne de Banque* is uitgegaan. Ik denk zelfs dat een ander standpunt zou indruisen tegen de uitdrukkelijke bewoordingen van het EEG-Verdrag.

De omvang van de rechtstreekse werking van artikel 59

Reeds de manier waarop de tweede vraag van de Correctionele Rechtbank te Luik is gesteld, maakt het noodzakelijk vervolgens te onderzoeken in hoeverre artikel 59 rechtstreekse werking heeft. Gelukkig kan ik dit punt snel afdoen.

Het is duidelijk dat artikel 59, tweede alinea, geen rechtstreekse werking kan hebben. Het probleem betreft dus enkel de eerste alinea.

In tenminste drie zaken heeft het Hof beslist dat die alinea rechtstreekse werking heeft, „althans” voor zover zij

strekt tot opheffing van elke discriminatie jegens een persoon die een dienst verricht op grond van zijn nationaliteit of zijn woonplaats — een formule waarvan het gebruik overigens mede bevestigt dat artikel 59 ook een ruimere strekking heeft. Ik stel mij voor dat het Hof deze formule in die zaken heeft gebruikt om niet verder te moeten gaan dan voor de oplossing ervan nodig was. Die drie zaken zijn de zaak-Van Binsbergen, de zaak-Walrave en Koch en zaak 13/76 (Donà, Jurispr. 1976, blz. 1333). Er zijn ook arresten die moeilijk zijn te verzoenen met de opvatting dat artikel 59, eerste alinea, slechts in die beperkte mate rechtstreekse werking heeft: zie met name de gevoegde zaken 110 en 111/78 (Van Wesemael e.a., Jurispr. 1979, blz. 35).

Ik zie niet in op grond waarvan men van oordeel zou kunnen zijn dat de rechtstreekse werking van die alinea zo beperkt was, en ook degenen die in die zaken opmerkingen hebben ingediend, hebben geen reden daarvoor genoemd.

Ik ben daarom van oordeel dat artikel 59, eerste alinea, in alle opzichten rechtstreekse werking had.

Daarbij zie ik niet over het hoofd dat, zoals nadrukkelijk is opgemerkt, het koninklijk besluit waarom het in zaak 52/79 gaat, in 1966 is uitgevaardigd, dat wil zeggen na de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag, zodat zijn verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht eerder moet worden getoetst aan artikel 62 (het „standstill“-artikel in hoofdstuk 3) dan aan artikel 59 zelf. Mijns inziens dienen evenwel de artikelen 62 en 59, eerste alinea, een even vérgaande rechtstreekse werking te hebben.

De in geding zijnde diensten

Zo kom ik tot de vraag die ik al eerder cruciaal noemde.

Ongetwijfeld zou enerzijds het in artikel 21 van het koninklijk besluit vervatte verbod tot het doorgeven per draad van reclameboodschappen, en anderzijds het recht van de houder van een auteursrecht op een film, om het doorgeven per draad hiervan te verhinderen — in beide gevallen zo er de hand aan wordt gehouden —, de vrijheid van Coditel om zijn dienst ten behoeve van zijn abonnees te verrichten, beperken. Er kan echter evenmin aan worden getwijfeld dat de door Coditel ten behoeve van zijn abonnees verrichte dienst op zichzelf een geheel in België verrichte dienst is, zodat het geen dienst is waarop artikel 59 toepasselijk kan zijn. Sommigen (met name de RTBF) hebben beweerd dat de zaak daarmee uit is. Ik denk echter niet dat het zo eenvoudig is, want de vraag blijft of de rechtstreekse beperkingen op de dienst van Coditel ten behoeve van zijn abonnees onrechtstreeks werken als beperkingen op een andere, grensoverschrijdende dienst.

Ik begin met dit eenvoudig geval. Het is de taak van de RTBF televisie-uitzendingen te verzorgen voor de Franssprekenden in België. Haar publiek bestaat deels uit kijkers die haar uitzendingen rechtstreeks ontvangen, deels uit kijkers die ze ontvangen via kabeltelevisie. Het zou ver gezocht zijn te stellen, zoals ons in feite werd gesuggereerd, dat de RTBF haar dienst slechts verricht ten behoeve van diegenen, met inbegrip van de kabel-

televisiemaatschappijen, die haar uitzendingen rechtstreeks kunnen ontvangen. Wanneer de Coditel-abonnee een RTBF-programma op zijn toestel bekijkt, is hij ontvanger van twee diensten: de dienst verricht door de RTBF die uitzendt, en de dienst verricht door Coditel die doorgeeft. De eerste houdt niet op waar de tweede begint.

Ligt de situatie anders wanneer de Coditel-abonnee een buitenlands programma bekijkt? Om twee redenen zou men zulks kunnen aannemen.

De eerste werd ons op het hart gedrukt door de regering van het Verenigd Koninkrijk en nog krachtiger door de Duitse regering. Die reden is het gebruik in artikel 59 van de uitdrukking „degene te wiens behoefte de dienst wordt verricht”. Gezegd werd dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het publiek waarvoor een uitzending is bestemd, en andere mensen die toevallig in staat zijn ze te ontvangen. Duitse televisieprogramma's zijn, zo zei men, bestemd voor het Duitse publiek en niet voor inwoners van aangrenzende landen. Het feit dat sommigen hiervan die uitzendingen kunnen ontvangen, maakt hen nog niet tot personen te wier behoefte wordt uitgezonden en maakt artikel 59 dus niet toepasselijk.

Dat zou een eenvoudige oplossing zijn zo men zou kunnen zeggen dat een televisiezender, althans in de regel, enkel uitzendt voor kijkers in het eigen land. Wij weten echter dat dat niet het geval is. Er zijn hier voorbeelden genoemd, zoals dat van de ORTF, die programma's uitzendt met reclameboodschappen waarin de prijzen worden vermeld in Belgische franken, en dat van de RTL, die programma's uitzendt met reclameboodschappen van winkels in Luik. (Volgens de kaart waarover ik eerder sprak,

ligt Luik buiten de gewone-ontvangstzone van de RTL.)

Hoe moet een nationale rechter die zich over dergelijke zaken heeft uit te spreken, dan vaststellen of een bepaalde uitzending al dan niet voor een bepaald publiek is bestemd? Het is duidelijk dat hij dat niet kan doen op grond van getuigenverklaringen van de producers van individuele programma's, betreffende het publiek dat zij voor ogen hadden. Het lijkt mij evenmin doenlijk dat die rechter opnamen van de programma's bekijkt en aan de hand van hun inhoud tot een objectief oordeel tracht te komen. Ten eerste bestaan er misschien geen opnamen, en ten tweede kan de inhoud neutraal zijn met betrekking tot het publiek waarvoor het programma is bestemd.

De door het gezond verstand ingegeven oplossing lijkt mij, dat een televisieuitzending moet worden geacht bestemd te zijn voor al degenen die ze rechtstreeks of via kabeltelevisie kunnen ontvangen, ongeacht of de programmamakers bewust aan hen hebben gedacht of niet.

Ik zou daaraan willen toevoegen dat, aangezien een kabeltelevisiemaatschappij, althans in staten die gebonden zijn door de Overeenkomst van Straatsburg, de programma's van een omroeporganisatie niet mag doorgeven zonder toestemming van die organisatie, men redelijkerwijze kan stellen dat een omroeporganisatie die heeft toegestemd in het doorgeven van één van zijn programma's door een bepaalde kabeltelevisiemaatschappij, de abonnees van die maatschappij als een deel van haar publiek voor dat programma moet beschouwen.

De andere reden waarom men zou kunnen stellen dat een buitenlandse zender ten behoeve van de Coditel-abonnee geen onder artikel 59 vallende dienst ver-

richt, berust op de eerste alinea van artikel 60, voor zover deze bepaalt:

„In de zin van dit Verdrag worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden . . .”

Natuurlijk zou die bepaling geen probleem opleveren indien kabeltelevisie-maatschappijen normaal de omroeporganisaties zouden betalen voor het recht hun programma's door te geven. De kosten daarvan zouden zijn terug te vinden in het door de aangeslotenen betaalde abonnementsgeld, en het zou dan duidelijk zijn dat de betrokken dienst tegen betaling werd verricht. In de praktijk blijken dergelijke betalingen echter niet voor te komen. Men wist ons zelfs te vertellen dat programma's van de BBC in België niet worden doorgegeven, omdat de BBC niet wil toestemmen in het doorgeven ervan zonder betaling.

Een argument van de Commissie, dat het relevant achten van het feit dat elke betaling door kabeltelevisiemaatschappijen aan omroeporganisaties ontbreekt, neerkomt op een verkeerde uitlegging van artikel 60, heeft mij echter overtuigd. De definitie van „diensten” in dat artikel is bedoeld om de soorten van diensten te identificeren waarop het Verdrag toepasselijk is, en met name om die uit te sluiten welke normaal gratis worden verstrekt. Televisie-uitzendingen worden op verschillende wijzen gefinancierd. Sommige omroeporganisaties worden gefi-

nancierd uit de opbrengst van het kijkgeld; andere steunen volledig op reclame-inkomsten; nog andere hebben inkomsten uit beide. Hier rijst de vraag of televisieuitzendingen op zichzelf een onder het Verdrag vallend soort van dienst vormen. De financieringswijze van bepaalde omroeporganisaties of bepaalde uitzendingen kan niet relevant zijn voor het beantwoorden van die vraag. Beslissend is, dat televisie-uitzendingen gewoonlijk op een of andere wijze worden betaald, dat wil zeggen vergoed. De conclusie moet dan ook zijn, dat zij een dienst vormen van een onder het Verdrag vallende soort, ongeacht wie in een bepaald geval betaalt of niet betaalt. Ik denk immers dat een beslissing in andere zin zou betekenen dat men terugkomt op 's Hofs uitspraak in de zaak-Sacchi.

Derhalve ben ik van mening dat zenders buiten België, voor zover hun programma's rechtstreeks of via kabeltelevisie door kijkers in België kunnen worden ontvangen, ten behoeve van die kijkers een dienst verrichten waarop artikel 59 toepasselijk is, en dat de betrokken uitzonderingen zijn te beschouwen als beperkingen op die dienst zowel als op de dienst die de Belgische kabeltelevisiemaatschappijen ten behoeve van hun abonnees verrichten.

Dat is mijn standpunt inzake dit — door mij cruciaal genoemde — aspect van deze zaken, en ik meen uw tijd niet in beslag te moeten nemen met een bespreking van hetgeen in de loop van de discussie verder is geopperd met betrekking tot het bestaan van andere grensoverschrijdende diensten die door deze beperkingen zouden kunnen worden geraakt, bijvoorbeeld de dienst, door bui-

ten België gelegen zenders verricht ten behoeve van Belgische adverteerders, of de dienst door die zenders verricht ten behoeve van niet-Belgische adverteerders die de Belgische bereiken.

De laatste vraag is of die beperkingen, hoewel — als ik mij niet vergis — op het eerste gezicht verboden door artikel 59, aan dat verbod kunnen ontsnappen via de uitzondering „om redenen van openbare orde” in artikel 56 EEG-Verdrag of anderszins. Ik stel voor die vraag afzonderlijk te onderzoeken, eerst in verband met de beperking op reclameboodschappen en vervolgens in verband met de beperking krachtens de reglementering inzake het auteursrecht.

De wettigheid van de beperking op reclameboodschappen

U zult zich herinneren dat artikel 56, lid 1, EEG-Verdrag (bij artikel 66 toepasselijk verklaard op diensten) bepaalt:

„De voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen doen niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.”

Er werd gesuggereerd dat die bepaling hier niet van toepassing kon zijn, daar geen „bijzondere regeling” was vastgesteld voor vreemdelingen. Het verbod tot doorgeven van door buitenlandse zenders uitgezonden reclameboodschappen breidde slechts het voor uitzendingen van Belgische zenders geldende verbod tot hen uit.

Zoals de Duitse regering echter opmerkte, moet artikel 56 — dat de Lid-Staten toestaat om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid een bijzondere regeling vast te stellen voor vreemdelingen — a fortiori toestaan dat zij op de gronden maatregelen treffen die zonder onderscheid gelden voor vreemdelingen en voor hun eigen onderdanen. (Daarom zei ik eerder, dat artikel 56 in de zaak-Société Générale Alsacienne de Banque een andere grondslag zou hebben opgeleverd om tot hetzelfde resultaat te komen.)

In elk geval zou de handhaving van het verbod van reclameboodschappen in feite leiden tot een bijzondere regeling voor buitenlandse uitzendingen omdat het alleen daarbij nodig zou zijn delen van de programma's weg te laten. En indien artikel 21 van het koninklijk besluit aldus moet worden uitgelegd, dat uit buitenlandse programma's reclamemateriaal moet worden weggelaten van het soort dat Belgische televisiezenders mogen uitzenden — ik denk aan de reclameboodschappen van de Sabena e. a., waarvan ons werd gesproken —, dan zou ook dat een bijzondere regeling vormen.

Dat het toezicht op televisiereclame geheel en al binnen het gebied van de openbare orde valt, betwijfel ik geenszins. België is niet het enige land dat een dergelijk toezicht kent. Men sprak ons van de beperkingen die in Duitsland gelden, waar bijvoorbeeld reclameboodschappen duidelijk van ander uitgezonden materiaal moeten zijn te onderscheiden, niet meer dan 20 minuten per dag in beslag mogen nemen, niet mogen worden uitgezonden na 8 uur 's avonds of op zon- en feestdagen, waar reclame voor sigaretten of personeelsadvertenties zijn verboden, en reclame voor geneesmiddelen beperkt is, en waar adverteerders noch reclamebureaus andere programma-onderdelen mogen beïnvloeden. Er was ook sprake van in vele opzichten daarop gelijkende beperkingen in het

Verenigd Koninkrijk, en van beperkingen, althans op reclame voor geneesmiddelen, in Luxemburg.

Coditel voert aan dat de handhaving van artikel 21 van het koninklijk besluit in België niet de openbare orde kan betreffen, daar opeenvolgende regeringen en het openbaar ministerie duidelijk hadden gemaakt dat het niet hun beleid was, er de hand aan te houden. Daarop antwoordden de verenigingen die de zaak hadden aangebracht, dat de openbare orde in een land moet worden vastgesteld op grond van zijn wetgeving en niet aan de hand van de opvattingen van zijn regeerders. Ik denk niet dat de openbare orde in een Lid-Staat zoals bedoeld in het EEG-Verdrag, noodzakelijkerwijs uitsluitend aan de hand van zijn wetgeving moet worden vastgesteld (zie zaak 41/74, Van Duyn, Jurispr. 1974, blz. 1337). Hoe het ook zij, het vaststellen van de openbare orde in een Lid-Staat, in die zin, ligt mijns inziens in laatste instantie op de weg van zijn bevoegde rechtbanken, niet van dit Hof.

De wettigheid van de beperking krachtens de wetgeving op het auteursrecht

Niemand heeft beweerd dat de bescherming van het auteursrecht tot de openbare orde behoort. Enkel de Duitse regering geeft in overweging aan artikel 56 overeenkomstige toepassing te geven.

Volgens mij stond de Duitse regering sterker toen zij stelde dat de analogisch toe te passen bepaling artikel 36 was. Zij

is daarin gevolgd door anderen, de Commissie inbegrepen.

In de gevoegde zaken 137/77 (Neumann) en 138/77 (Ludwig, Jurispr. 1978, op blz. 1641-1642) heb ik de arresten van dit Hof betreffende de analogische toepassing van bepalingen van gemeenschapsrecht besproken en geconcludeerd dat zij was toegestaan waar een klaarblijkelijke leemte bestond waarin moest worden voorzien en die het gevolg was van een vergeetachtigheid van de auteurs van de betrokken tekst en niet van hun welbewuste bedoeling. Ik denk dat het weglaten uit de artikelen 59-66 EEG-Verdrag van enige bepaling ter bescherming van de industriële en commerciële eigendom veel waarschijnlijker het gevolg is geweest van een vergeetachtigheid dan van een welbewuste bedoeling. Een andere opvatting zou zijn, dat het de bedoeling was van de auteurs van het Verdrag, dat die eigendom werd beschermd door artikel 57, lid 2, maar dat lijkt niet erg waarschijnlijk. Zo ik het bij het rechte eind had met mijn eerder verwoorde kijk op de strekking van de artikelen 59-66, is het begrip „vrij verkeer van diensten” in het Verdrag verwant aan het daarin gebezigde begrip „vrij verkeer van goederen”. De analogische toepassing van artikel 36 lijkt dus op haar plaats.

Uit de opmerkingen van Coditel en van de Commissie blijkt dat een verwijzing naar artikel 36 al dadelijk aanleiding geeft tot een verbale moeilijkheid in verband met de tekst van dat artikel in sommige talen. De in de Engelse tekst gebruikte uitdrukking „industrial and commercial property” is, voor zover ik weet, geen Engelse rechtsterm. Het is een uitdrukking met een vage en algemene strekking, die gekleurd wordt door de context waarin zij wordt aangetroffen. In een context zoals die van artikel 36 is het ongetwijfeld ruim genoeg om het

auteursrecht te omvatten. Dit schijnt niet zo te zijn in het geval van de corresponderende uitdrukkingen in andere talen. Franssprekende juristen bijvoorbeeld beschouwen „propriété industrielle et commerciale” niet geredelijk als iets dat ook het auteursrecht omvat, zij zouden het auteursrecht eerder onderbrengen in een andere categorie, namelijk „propriété littéraire et artistique”. Coditel en de Commissie zeggen echter beide dat „propriété industrielle et commerciale” in de context van artikel 36 aldus moet worden uitgelegd, dat ook het auteursrecht eronder valt. Dit lijkt in overeenstemming met de opvatting van de grote meerderheid van de academische auteurs, en het lijkt mij ook juist.

Gelet op 's Hofs uitspraken inzake uitoefening van industriële en commerciële eigendomsrechten op goederen, werpt de analogische toepassing van artikel 36 de vraag op, welk het specifieke voorwerp is van het betrokken recht.

Hier is het betrokken recht een bestanddeel van het auteursrecht, namelijk het recht van uitvoering. Al degenen die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, erkennen dat men op het gebied van het recht van uitvoering niet de leer van de uitputting kan toepassen zoals zij geldt voor het in het verkeer brengen van goederen. Het behoort tot het wezen van het recht van uitvoering, dat de houder ervan elke uitvoering van het betrokken werk kan toestaan of verbieden.

Men is geneigd te zeggen dat de houder van het recht van uitvoering, die de uitzending van het werk toestaat, moet worden geacht ook het doorgeven per draad van de uitzending toe te staan. Er blijken Lid-Staten te zijn, waar de wet zulks in beperkte mate bepaalt. Men verwees ons naar section 40, lid 3, van de United Kingdom Copyright Act 1956, die zulks bepaalt in het geval van uitzendingen door de BBC en de IBA; naar de Irish Copyright Act 1963, die in section 52, lid 3, zulks bepaalt in het geval van uitzendingen door Radio Eireann, en naar een vonnis van het Landgericht Hamburg van 6 januari 1978, bevestigd door het Oberlandesgericht Hamburg op 14 december 1978, inhoudende dat het Duitse recht zulks bepaalt voor zover het gaat om doorzenden in de zones met gewone ontvangst. In zulke gevallen wordt bij de betaling die de houder van het recht van uitvoering vanwege de omroeporganisatie ontvangt, rekening gehouden met het feit dat de uitzending zal worden doorgegeven via kabeltelevisie.

Dat zijn echter uitzonderingen. De uitgebreide en zeer nuttige analyse door de Commissie van het recht van de Lid-Staten (wat het recht van het Verenigd Koninkrijk betreft, op detailpunten verbeterd door de regering van het Verenigd Koninkrijk) toont aan dat het recht om een uitzending toe te staan en het recht om het doorzenden ervan per draad toe te staan, in het algemeen als twee onderscheiden rechten worden beschouwd — zoals dat volgens het Hof van Beroep te Brussel het geval is in België. Daarom denk ik niet dat het Hof van Justitie kan beslissen dat het gemeenschapsrecht aan de houder van het recht van uitvoering op een werk zoals een film de bevoegdheid ontzegt — als deel van het specifieke voorwerp van dat recht — om het doorgeven per draad van een uitzending van het werk toe te staan of te verbieden.

Conclusie

Ik concludeer dat het Hof de door de Correctionele Rechtbank te Luik in zaak 52/79 gestelde vragen beantwoorde als volgt:

1. Artikel 59 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat daarin elke nationale regeling wordt verboden die de verspreiding per draad van in andere Lid-Staten uitgezonden reclameboodschappen beperkt, behalve in zover een dergelijke regeling gerechtvaardigd is uit hoofde van bescherming van de openbare orde.
2. De bepalingen van artikel 59 hebben rechtstreekse werking en kunnen dan ook voor de nationale rechterlijke instanties worden ingeroepen.

Ik concludeer dat het Hof de door het Hof van Beroep te Brussel in zaak 62/79 gestelde vragen beantwoorde als volgt:

1. Artikel 59 EEG-Verdrag verbiedt alleen beperkingen op het verrichten van diensten door personen gevestigd in een Lid-Staat ten behoeve van die in een andere Lid-Staat.
2. Wanneer een cinematografische film wordt uitgezonden door de televisie in een Lid-Staat met toestemming van de houder van het vertoningsrecht in die staat, beletten verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten de cessionaris van het vertoningsrecht in een andere Lid-Staat niet, zijn recht in te roepen om de verspreiding per draad van de uitzending in die staat te verhinderen.