

In naam des Konings

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/573735 / KG ZA 14-1276 HJ/MRSB

Vonnis in kort geding van 7 januari 2014

in de zaak van

de vereniging

VERENIGING BUMA,

gevestigd te Amstelveen,

eiseres in conventie bij dagvaarding van 5 december 2014,

verweerster in reconventie,

advocaten mr. S.R.M.T. Janssen te Hoofddorp en J.M.B. Seignette te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KPN B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DIGITENNE B.V.,

gevestigd te Hilversum,

gedaagden in conventie,

eiseressen in reconventie,

advocaat mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Buma, KPN en Digitenne worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 15 december 2014 heeft Buma gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat waar in het petitum staat "wettelijke rente te berekenen vanaf 2 maart 2014" moet worden gelezen als "te berekenen vanaf de datum van opeisbaarheid van de voorschotfacturen voor januari tot en met augustus 2014 als vermeld in de dagvaarding onder 23". KPN en Digitenne hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen, en vervolgens in reconventie gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte conclusie van antwoord tevens houdende eis in reconventie. Buma heeft de vorderingen in

C/13/573735 / KG ZA 14-1276
7 januari 2014

2

reconventie bestreden. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Ter zitting waren - voor zover van belang - aanwezig:
aan de zijde van Buma: J.G.N. Kroezer, general counsel, en mrs. Janssen en Seignette;
aan de zijde van KPN en Digitenne: H.M. Lamers, general counsel bij KPN, T.H. van den Engel (hierna Van den Engel), content manager bij Digitenne, mr. Alberdingk Thijm en mr. D.M. Linders, een kantoorgenoot van mr. Alberdingk Thijm.

2. De feiten

- 2.1. Buma behartigt de belangen van de bij haar aangesloten componisten, tekstdichters en muzikuitgeverijen met betrekking tot de uitvoering (openbaarmaking) van hun werken. Daartoe dragen de bij Buma aangesloten musici en muzikuitgeverijen de muzikuitvoeringsrechten op al hun bestaande en toekomstige auteursrechtelijk beschermde muziekwerken over aan Buma, die deze rechten vervolgens op eigen naam uitoefent. Via een stelsel van wederkerigheidscontracten met buitenlandse zusterorganisaties die soortgelijke overeenkomsten afsluiten, beheert Buma vrijwel het gehele auteursrechtelijk beschermde muziekrepertoire (hierna het Buma-repertoire).
- 2.2. Buma verleent licenties voor de openbaarmaking van audiovisuele content, waaronder televisieprogramma's en films.
- 2.3. KPN is aanbieder van een groot aantal diensten, waaronder interactieve televisie (hierna ook ITV), waarbij televisieprogramma's worden bekeken via een internetverbinding.
- 2.4. KPN houdt sedert 2006 alle aandelen in en is enig bestuurder van Digitenne. Digitenne biedt televisieprogramma's aan via digitale ethernettelevisie (dvb-t).
- 2.5. KPN en Digitenne maken bij het uitzenden van televisieprogramma's gebruik van het Buma-Repertoire.
- 2.6. Digitenne omvat (circa) 23 televisiezenders (exclusief de Nederlandse publieke omroepen en de regionale zenders) en 18 radiozenders. Het pakket kan worden uitgebreid met de zender Fox-Eredivisie. Digitenne wordt door verschillende aanbieders van televisiediensten, zoals KPN, Tele2, Scarlet, Online en EDPNet aan de consument aangeboden. Digitenne heeft geen eigen abonnees.
- 2.7. KPN biedt haar afnemers van interactieve televisie een aantal pakketten aan. Het basispakket bestaat uit ruim 60 zenders, 80 radiozenders en 15 interactieve HD-zenders. Het basispakket kan onder meer worden uitgebreid met het pluspakket (40

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

3

7 januari 2014

extra zenders) en het HD-pakket, na de afname waarvan 9 zenders in HD-kwaliteit verkrijgbaar zijn.

2.8. Voor de doorgifte van binnenlandse en buitenlandse radio en televisiezenders door KPN via ITV heeft KPN met collectieve beheersorganisaties (CBO's) zoals Buma een (collectieve) overeenkomst gesloten d.d. 1 januari 2009. Deze overeenkomst was gebaseerd op een systeem van collectief beheer dat voortvloeide uit de Kabel- en satellietrichtlijn (Richtlijn 93/83/EEG). De overeenkomst is naar aanleiding van een arrest van het hof Den Haag van 10 april 2012, waarin kort gezegd is geoordeeld dat het systeem van collectief beheer door een wijziging van de technische aanlevering van programma-dragende signalen door de omroepen aan de kabelaars niet meer van toepassing is, tegen 1 oktober 2012 opgezegd.

2.9. Producenten, omroepen en distributeurs hebben zich na het arrest van het gerechtshof Den Haag van 10 april 2012 verenigd in de vereniging Rechtenoverleg Distributeurs van Audiovisuele Producties (hierna RoDAP). RoDAP is opgericht om tarieven en licentievoorwaarden uit te onderhandelen met (onder andere) Buma. Na beëindiging van de onder 2.7. genoemde overeenkomst hebben onderhandelingen plaatsgevonden tussen Buma en RoDAP over de tarieven voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van zenders na 1 oktober 2012. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de doorgifte van binnenlandse zenders en buitenlandse zenders.

2.10. KPN en Digitenne zijn sinds 1 januari 2013 lid van RoDAP.

2.11. Naast de onderhandelingen over het tarief voor de binnenlandse zenders zijn op initiatief van NLKabel, een organisatie van kabelbedrijven die ook is aangesloten bij RoDAP, onderhandelingen met Buma gestart over het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van de buitenlandse zenders. Digitenne en KPN zijn geen lid van NLKabel.

2.12. In een brief van 21 juni 2013 heeft Buma aan KPN - voor zover voor deze procedure van belang - als volgt bericht:

"(...) Uiteraard hebben wij onze onderhandelingen met de belangenorganisatie NLKabel (NLKabel heeft ons laten weten in deze ook namens u op te treden) voor de periode na 1 januari 2013 voortgezet en inmiddels hebben wij met NLKabel overeenstemming bereikt over het volgende:

"Voor het gehele jaar 2013 zal de Buma-regeling welke door het vierde kwartaal 2012 van kracht was, onverkort gecontinueerd worden. De door u verschuldigde Buma-vergoeding is de vergoeding die Buma voor het vierde kwartaal 2012 voor haar eigen rechten in rekening heeft gebracht aan alle distributeurs in Nederland, aangepast met de index aanpassing per 1 januari 2013 (2,1%) en luidt:

<i>Categorie A (doorgifte van tot en met 39 televisiezenders)</i>	<i>€ 0,1810</i>
<i>Categorie B (doorgifte van tot en met 79 televisiezenders)</i>	<i>€ 0,2394</i>

C/13/573735 / KG ZA 14-1276
7 januari 2014

4

*Categorie C (doorgifte van tot en met 120 televisiezenders) € 0,2736
(waarbij gedurende 2013 het tarief voor categorie C identiek zal zijn aan het tarief voor categorie B)*

De genoemde bedragen zijn per abonnee per maand exclusief BTW.

(...)

Voorts hebben we met NLKabel afgesproken dat de facturatie van de Buma-gelden voor het derde en vierde kwartaal 2013 per kwartaal zal geschieden (in plaats van per maand) op basis van de exploitatiegegevens voor de peildata 1 juli 2013 en 1 oktober 2013. Die exploitatiegegevens zien wij dan ook graag vóór uiterlijk 1 augustus 2013 en 1 november 2013 van u tegemoet zodat wij u de facturen op tijd kunnen versturen. De vervaldata van die facturen zullen 15 augustus 2013 en 15 november 2013 zijn. (...)."

2.13. Tussen Buma en KPN is geschil ontstaan over de omvang van de door KPN te betalen vergoeding over 2013 en 2014 voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van de verschillende pakketten van de dienst interactieve TV. Voorafgaand aan de zitting is tussen Buma en KPN op alle geschilpunten overeenstemming bereikt behoudens de vergoeding voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van de HD-zenders uit het HD-pakket.

2.14. Digitenne heeft sinds haar oprichting in 2003 afzonderlijk afspraken gemaakt met CBO's, over het gebruik van het Buma-repertoire via digitale ethernet-televisie. Tussen (onder andere) Buma enerzijds en Digitenne en KPN anderzijds is op 1 januari 2011 een overeenkomst gesloten voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van binnenlandse en buitenlandse radio en televisiezenders. Op grond van deze overeenkomst betaalde Digitenne voor het gebruik van de door de CBO's aangeboden werken, waaronder het door Buma aangeboden Buma-repertoire, een totaalbedrag van € 0,38 exclusief BTW per abonnee per maand. De overeenkomst is van rechtswege per 31 december 2012 komen te vervallen.

2.15. Buma en Digitenne hebben de (bepalingen uit de) overeenkomst van 1 januari 2011 na 31 december 2012 voor de duur van een jaar voortgezet. De aan Buma verschuldigde vergoeding is bepaald op € 0,12429604992 per abonnee per maand.

2.16. Bij brief van 31 januari 2014 heeft Buma Digitenne bericht dat tussen Buma en belangenorganisatie NLKabel nagenoeg overeenstemming is bereikt over de voorwaarden van de licentie voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van buitenlandse zenders in zogenaamde breed verspreide pakketten (kort gezegd via het televisienetwerk van de exploitant uitgezonden televisiepakketten van maximaal 120 kanalen) via de door Digitenne geëxploiteerde elektronische communicatienetwerken voor de periode vanaf 1 januari 2014. Met NLKabel is voor 2014 de volgende staffel overeengekomen:

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

5

7 januari 2014

-
- a) Voor de doorgifte van maximaal vijftien buitenlandse programma's is de vergoeding € 1,50 per abonnee per kalenderjaar.
 - b) Voor de doorgifte van maximaal vijfendertig buitenlandse programma's, is de vergoeding € 1,90 per abonnee per kalenderjaar
 - c) Voor de doorgifte van maximaal zestig buitenlandse programma's, is de vergoeding € 2,20 per abonnee per kalenderjaar.

Buma heeft zich op het standpunt gesteld dat Digitenne aan het met NLKabel bereikte onderhandelingsresultaat is gebonden en zij heeft Digitenne op basis van deze staffel en de door Digitenne opgegeven aantallen gebruikers van Digitenne een voorschotfactuur voor januari 2014 gezonden met het verzoek deze aan haar te voldoen.

2.17. Tussen KPN/Digitenne en Buma is discussie ontstaan over het voor Digitenne te hanteren tarief voor wat betreft de doorgifte van buitenlandse zenders. KPN heeft namens Digitenne bij e-mail van 12 november 2014 een voorstel gedaan dat luidt als volgt:

"Voor Digitenne geldt al sinds jaar en dag met volledige toestemming van BUMA een van ITV afwijkende vergoedingsregeling. Dit is gezien de afwijkende aard van de dienst, het beperkte aantal zenders en de beperkte capaciteit ook volstrekt redelijk. In het overleg tussen RoDAP en Buma is Digitenne ook niet aan de orde geweest als gevolg waarvan KPN (met RoDAP) er vanuit ging dat de regeling die tot stand is gekomen voor ITV logischerwijze geen betrekking had op Digitenne. KPN had in eerste instantie niet door dat Buma in een andere veronderstelling leefde. Dat hierover een misverstand is ontstaan is te betreuren, dat neemt niet weg dat nog steeds geldt dat het ongerechtvaardigd zou zijn om de vergoedingsregeling voor ITV op Digitenne van toepassing te laten zijn.

Teneinde tot een oplossing te komen is KPN bereid ook hier Buma tegemoet te komen met het volgende voorstel dat is gebaseerd op de oorspronkelijke verhouding tussen het Digitenne tarief van Euro 0,38 en het laagste kabeltarief ad Euro 0,62. Als dit verhoudingsgetal wordt losgelaten op de huidige buitenlandse zender regeling (Euro 1,50 per sub per jaar) dan komen wij op een bedrag van Euro 0,075 per sub per maand.'

2.18. Buma heeft het voorstel van de hand gewezen een aanspraak gemaakt op betaling door KPN/Digitenne van het met NLKabel uitonderhandelde tarief, dat voor Digitenne, gelet op het aantal zenders dat zij aanbiedt, neerkomt op € 0,125 per abonnee per maand (categorie A van de onder 2.16 genoemde staffel). Buma heeft Digitenne op basis van dit tarief in de periode januari 2014 tot en met november 2014 voor een bedrag van in totaal € 1.048.843,10 gefactureerd. Digitenne heeft tot op heden geen betalingen verricht voor het gebruik van het Buma-repertoire in 2014.

2.19. In een e-mail van 11 december 2014 heeft G. Lieverse, secretaris van NLKabel, voorzitter van RoDAP en degene die de tariefonderhandelingen met Buma over het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van buitenlandse zenders in 2014 heeft geleid, aan de advocaat van KPN en Digitenne het volgende bericht:

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

6

7 januari 2014

"Ik ben bij de eerste gesprekken over een regeling voor de buitenlandse zender geregeld aanwezig geweest. Bij de latere sessie niet of nauwelijks meer. Ik kan niet herinneren dat er in de meetings waar ik bij ben geweest specifiek over Digitenne is gesproken. Naar mijn herinnering gingen deze meetings vooral over het vraagstuk wat is buitenlands en derhalve ook wat is binnenlands en wat geldt er dan voor die laatste categorie. Als ook over de vraag hoe verhoudt de mogelijke nieuwe structuur zich met de bestaande. Het ging in mijn herinnering dus over hoe de afspraken gestructureerd moesten worden. Digitenne was daar geen specifiek issue in voor zover ik mij herinner."

2.20. Bij e-mail van 12 december 2014 heeft M. Verheyden, werkzaam bij KPN, aan onder meer de raadslieden van KPN en Digitenne het volgende verklaard:

"Inderdaad ben ik, als contentmanager voor Glashart Media, bij de RODAP/BUMA onderhandelingen mbt Buitenlandse Zenders aanwezig geweest. Digitenne is een keer genoemd, maar voor zaken betreffende Digitenne heb ik BUMA doorverwezen naar Freek van den Engel. En er is vervolgens nooit meer over Digitenne gesproken. Afspraken over tarieven zijn zeker niet gemaakt."

3. Het geschil in conventie

3.1. Buma vordert - samengevat -

- 1) KPN te verbieden - op straffe van verbeurte van een dwangsom - inbreuk te maken op de auteursrechten van Buma, in het bijzonder door (gedeelten van) het Buma-repertoire zonder toestemming van Buma onder de naam Interactieve TV en/of Interactieve TCV Online en/of Pluspakket en/of HD-pakket openbaar te maken;
- 2) KPN te veroordelen - op straffe van verbeurte van een dwangsom - binnen 7 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Buma een schriftelijke, door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave te doen toekomen van het aantal unieke abonnees per maand per breed verspreid pakket 2013 en per breed verspreid pakket 2014, meer in het bijzonder van het aantal unieke abonnees per maand uitgesplitst naar abonnees in 2013 en 2014 die het Basispakket, het Basis + Pluspakket, het Basis + HD-Pakket en het Basis- + Plus + HD-pakket afnamen;
- 3) KPN te veroordelen binnen 7 dagen na de onder 2) bedoelde opgave aan Buma de verschuldigde vergoedingen conform (respectievelijk) het Tarief 2013 Doorgifte van zenders in Breed Verspreide Pakketten en het Tarief 2014 Doorgifte van zenders in Breed Verspreide Pakketten, te vermeerderen met BTW, te voldoen;
- 4) KPN en Digitenne ieder afzonderlijk te verbieden - op straffe van verbeurte van een dwangsom - inbreuk te maken op de auteursrechten van Buma, in het bijzonder door (gedeelten van) het Buma-repertoire zonder toestemming van Buma via Digitenne openbaar te maken;
- 5) KPN en Digitenne hoofdelijk te veroordelen aan Buma een voorschot op de vergoeding voor het openbaar maken van (delen van) het Buma-repertoire via Digitenne in 2014 te voldoen van € 777.995,38, althans een in goede

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

7

7 januari 2014

-
- justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente, te berekenen vanaf de datum van opeisbaarheid van de voorschotfacturen voor januari tot en met augustus 2014 als vermeld in de dagvaarding onder 23;
- 6) KPN en Digitenne hoofdelijk te veroordelen in de redelijke en evenredige kosten van deze procedure overeenkomstig artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), te vermeerderen met de nakosten;
 - 7) de in artikel 1019i lid 4 Rv genoemde termijn te bepalen op zes maanden, te rekenen vanaf de datum van dit vonnis.

3.2. KPN en Digitenne voeren verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. KPN en Digitenne vorderen - samengevat -

- 1) Buma te gebieden gedurende vier maanden na de datum van dit vonnis met Digitenne te blijven onderhandelen over het tarief en de overige voorwaarden waaronder Buma voor 2014 toestemming verleent voor het gebruik van muziekwerken in de programma's die via de televisiedienst van Digitenne worden uitgezonden, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, gedurende welke periode het Buma wordt verboden haar verbodsrecht uit te oefenen of daarmee te dreigen.
- 2) Buma te gebieden gedurende vier maanden na de datum van dit vonnis met KPN te blijven onderhandelen over het tarief en de overige voorwaarden waaronder Buma voor 2014 toestemming verleent voor het gebruik van muziekwerken in de programma's die via zenders in het HD-pakket van de televisiedienst van KPN worden uitgezonden, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, gedurende welke periode het Buma wordt verboden haar verbodsrecht uit te oefenen of daarmee te dreigen.
- 3) Buma te veroordelen tot vergoeding van de redelijke en evenredige kosten van deze procedure op de voet van artikel 1019h Rv, te vermeerderen met de nakosten.

4.2. Buma voert verweer.

4.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling in conventie en in reconventie

5.1. De vorderingen in conventie en in reconventie lenen zich voor gezamenlijk behandeling.

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

8

7 januari 2014

5.2. KPN heeft ter zitting verklaard dat zij het aanbod van Buma ter zake het resterende geschilpunt over de vergoeding voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van de zenders in het HD-pakket aanvaardt. KPN heeft toegezegd dat zij op basis van dat aanbod ook voor wat betreft het HD-pakket licentieovereenkomsten met Buma zal afsluiten en opgave zal doen van de aantallen abonnees, uitgesplitst en op de wijze zoals door Buma gevorderd. Voor een verbod aan KPN om van het Buma-repertoire gebruik te maken wordt onder deze omstandigheden geen grond gevonden. De tussen Buma en KPN bereikte overeenstemming geeft de voorzieningenrechter aanleiding het door Buma gevorderde verbod af te wijzen, de vorderingen zoals hiervoor weergegeven bij 3.1. onder 2) en 3) toe te wijzen, met dien verstande dat de onder 2) en 3) gevorderde termijnen zullen worden gesteld op twee weken en de gevorderde dwangsommen, zullen worden afgewezen (omdat voor het opleggen daarvan gezien de bereikte overeenstemming voorshands onvoldoende grond bestaat), en de reconventionele vordering van KPN, zoals hiervoor weergegeven bij 4.1. onder 2) af te wijzen.

5.3. Voor wat betreft de omvang van de vergoeding voor het gebruik van het Buma-repertoire via de televisiedienst Digitenne in 2014 zijn partijen het erover eens dat Digitenne het Buma-repertoire gebruikt en daarvoor aan Buma een vergoeding verschuldigd is. Partijen zijn verdeeld over de omvang van die vergoeding.

5.4. Buma heeft gesteld dat Digitenne in de tariefonderhandelingen die Buma met NLKabel heeft gevoerd over het tarief voor het gebruik van het Buma-repertoire bij de doorgifte van buitenlandse zenders is vertegenwoordigd door haar medewerker Van den Engel, dan wel door haar bestuurder en aandeelhouder KPN, dan wel door NLKabel, die de onderhandelingen namens alle RoDAP partijen heeft gevoerd. Digitenne is daarmee gebonden aan het uitonderhandelde tarief, dat voor haar neerkomt op € 0,125 per abonnee per maand (categorie A). Voor zover Digitenne niet aan het uitonderhandelde tarief is gebonden, staat vast dat zij een vergoeding verschuldigd is en dient voor wat betreft de omvang daarvan bij voornoemd tarief te worden aangehaakt. Aldus Buma.

5.5. Digitenne en KPN hebben betwist dat Digitenne aan de tariefonderhandelingen heeft deelgenomen, dan wel dat zij daarbij door KPN of NLKabel is vertegenwoordigd. NLKabel heeft volgens KPN en Digitenne enkel namens haar leden en de bij RoDAP aangesloten kabelexploitanten onderhandeld. Digitenne levert een van de kabel afhankelijk product. Zij werd door NLKabel derhalve niet vertegenwoordigd en is aan het onderhandelingsresultaat dus niet gebonden. Aansluiting bij dit tarief zou volgens KPN en Digitenne tot een onrechtvaardig resultaat leiden. Buma heeft voor Digitenne vanwege de beperkingen van de door Digitenne aangeboden dienst ten opzichte van de andere digitale televisiediensten altijd een afzonderlijke prijs gehanteerd. Dat komt door de (technische) beperkingen die Digitenne ten opzichte van andere digitale televisiediensten heeft. Digitenne betaalde in 2013 voor het gebruik van alle

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

7 januari 2014

9

auteursrechtelijk beschermde werken aan de verschillende CBO's een totaaltarief van € 0,38 tegen het laagste kabeltarief van € 0,62. De aan Buma toekomende vergoeding kwam in 2013 neer op (afgerond) € 0,12 per abonnee per maand. Dat was zowel voor de binnenlandse als de buitenlandse zenders. Het met NLKabel uitonderhandelde tarief komt voor Digitenne neer op een bedrag van € 0,125 voor enkel de buitenlandse zenders. Dat betreft dus een onevenredige stijging van het tarief. Er dient net als in voorgaande jaren in afzonderlijk overleg met Buma voor 2014 een tarief met Digitenne te worden afgesproken, waarin de beperkingen van het product van Digitenne zijn verdisconteerd. De door Buma afgebroken onderhandelingen dienen daartoe te worden hervat. Aldus steeds KPN en Digitenne.

5.6. De eerste vraag die voorligt, is of Digitenne aan het door NLKabel bereikte onderhandelingsresultaat is gebonden, dan wel omdat zij bij de onderhandelingen aanwezig was, dan wel omdat zij daarbij door KPN of NLKabel is vertegenwoordigd. Of KPN, althans NLKabel in de hoedanigheid van gevolmachtigde is opgetreden, moet worden bepaald aan de hand van hetgeen de feitelijk handelende personen over en weer hebben verklaard en hetgeen zij uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden.

5.7. Van den Engel heeft ter zitting verklaard dat hij nimmer namens Digitenne bij de door NLKabel gevoerde tariefonderhandelingen aanwezig is geweest. Buma heeft het tegendeel voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt. Dat enige e-mailcorrespondentie tussen NLKabel, Buma en KPN ook aan van den Engel, die geen bestuurder is van Digitenne, is toegezonden, is voorshands onvoldoende om aan te kunnen nemen dat Digitenne tijdens de tariefonderhandelingen door Van den Engel is vertegenwoordigd.

5.8. KPN is gedurende de onderhandelingen vertegenwoordigd door M. Verheyden. Niet gebleken is dat zij, al dan niet via KPN, op enige wijze bij Digitenne is betrokken. Buma heeft onvoldoende onderbouwd dat Verheyden gedurende de gesprekken de indruk heeft gegeven mede namens Digitenne op te treden. De e-mail van 12 december 2014 (zie 2.20) biedt daarvoor onvoldoende grond. Ook het feit dat KPN het volledige aandelenkapitaal van Digitenne in handen heeft en daarmee enige mate van controle over Digitenne uitoefent is daartoe onvoldoende.

5.9. Buma heeft gesteld dat KPN Digitenne heeft vertegenwoordigd, nu Digitenne als een dienst van KPN moet worden aangemerkt. Buma heeft ter onderbouwing van die stelling verwezen naar een als productie 35 overgelegd besluit van het Commissariaat voor de Media d.d. 15 april 2014, betreffende een verzoek van KPN om ontheffing van de doorgifteverplichting ex artikel 6.14d van de Mediawet, waaruit blijkt dat KPN in die procedure het standpunt heeft ingenomen dat zij het zenderpakket van Digitenne samenstelt. Verder heeft Buma erop gewezen dat Digitenne door KPN aan de consument wordt aangeboden en dat de consument de daarvoor verschuldigde vergoeding ook aan KPN voldoet.

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

10

7 januari 2014

Digitenne heeft betwist dat Digitenne een dienst van KPN is. Zij heeft aangevoerd dat zij het zenderpakket zelf samenstelt, zelf houder van de benodigde frequentievergunning is en de aan Buma verschuldigde vergoeding steeds zelf heeft voldaan. Zij heeft erkend dat KPN Digitenne aan de consument aanbiedt. Digitenne heeft geen eigen abonnees. Zij levert een "wholesale" product aan KPN, die het pakket vervolgens aan de consument aanbiedt. Digitenne wordt overigens niet alleen aan KPN geleverd, maar ook aan andere aanbieders van televisiediensten, zoals Tele2.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat Digitenne de stelling van Buma dat zij een dienst van KPN is, daarmee heeft weerlegd. Dat betekent dat voorshands niet kan worden aangenomen dat Digitenne een dienst van KPN is en evenmin dat zij om die reden aan het mede namens KPN uitonderhandelde tarief is gebonden. Uit het voorgaande volgt dat voorshands niet kan worden aangenomen dat Digitenne tijdens de tariefonderhandelingen door KPN is vertegenwoordigd.

5.10. Rest de vraag of NLKabel de tariefonderhandelingen mede namens Digitenne heeft gevoerd. In de e-mail van 11 december 2014 (zie 2.19) heeft de secretaris van NLKabel, die de onderhandelingen heeft geleid, verklaard dat Digitenne in zijn herinnering gedurende de besprekingen die hij heeft bijgewoond niet aan de orde is gekomen. Dat kán betekenen, zoals Buma heeft gesteld, dat voor eenieder duidelijk was dat NLKabel voor alle RoDAP partijen optrad en dus ook voor Digitenne, maar het kan ook betekenen, zoals door KPN en Digitenne is bepleit, dat voor eenieder duidelijk was dat Digitenne niet aan enig onderhandelingsresultaat gebonden zou zijn. Buma heeft geen verklaringen of stukken overgelegd waaruit duidelijk blijkt dat NLKabel ook namens Digitenne optrad. De verklaring van Lieverse d.d. 16 november 2012, waarin hij aangeeft namens alle bij RoDAP aangesloten distributeurs te berichten, is daartoe onvoldoende, reeds nu Digitenne op 16 november 2012 nog geen lid van RoDAP was. Dat enige correspondentie van NLKabel ook aan Van den Engel is toegezonden is eveneens onvoldoende.

5.11. De volgende omstandigheden wijzen verder ook nog op de juistheid van het standpunt van KPN en Digitenne. Ten eerste is niet gebleken dat uit het lidmaatschap van RoDAP voortvloeit dat Digitenne automatisch gebonden is aan alle afspraken die namens RoDAP met derden worden gemaakt. Zij kan met andere woorden niet tegen haar wil in onderhandelingen met derde partijen worden vertegenwoordigd. Voorts lijkt het erop dat de onderhandelingen tussen NLKabel en Buma al liepen op het moment dat Digitenne lid van RoDAP werd. NLKabel is een samenwerkingsverband van kabelexploitanten. Digitenne is geen lid van NLKabel en levert een van de kabel onafhankelijk product. Niet gebleken is dat Digitenne zich aan het onderhandelingsresultaat heeft gebonden. Niet valt in te zien welk belang zij zou hebben gehad bij de vaststelling van een tarief voor de doorgifte van zenders via de kabel, temeer nu dat tarief, zoals Buma niet heeft betwist, in het verleden steeds hoger is geweest dan het door Buma voor Digitenne gehanteerde tarief. Aangenomen kan worden dat nu de distributeurs niet meer voor de

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

7 januari 2014

11

binnenlandse zender hoeven te betalen, het met Buma uitonderhandelde tarief van € 0,125 lager is dan hetgeen zij in 2013 voor het gebruik van het Buma-repertoire verschuldigd waren. Digitenne daarentegen betaalde in 2013 minder dan het thans uitonderhandelde tarief dat op haar van toepassing zou zijn, terwijl het voor Digitenne in 2013 gehanteerde tarief ook de binnenlandse zenders betrof.

Aannemelijk is dat de verklaring voor het voor Digitenne gehanteerde afwijkende tarief gelegen is in de aard van het door Digitenne aangeboden product, dat op een aantal belangrijke punten afwijkt van andere digitale televisiediensten. Onder voornoemde omstandigheden legt de voorzieningenrechter de verklaring van de secretaris van NLKabel, dat tijdens de onderhandelingen niet over Digitenne is gesproken, voorshands zo uit dat daarmee wordt bevestigd dat NLKabel Digitenne gedurende de onderhandelingen niet heeft vertegenwoordigd.

5.12. De voorzieningenrechter komt daarmee tot de conclusie dat voorshands niet aannemelijk is dat Digitenne aan het uitonderhandelde tarief is gebonden. Dat betekent dat tussen partijen thans nog geen overeenstemming bestaat over het voor Digitenne over 2014 te hanteren tarief voor het gebruik van het Buma-repertoire.

5.13. Dat het tarief dat binnen RoDAP is overeengekomen ook als Digitenne daarmee niet heeft ingestemd toch voor haar zou moeten gelden kan niet worden aanvaard. Buma heeft niet weersproken dat zij voor Digitenne altijd een lager tarief heeft gehanteerd dan voor de kabels. Digitenne heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat haar product wezenlijk verschilt van andere digitale televisiediensten. Het meeste wezenlijke verschil is dat de digitale ether - zonder aanzienlijke en volgens KPN en Digitenne niet rendabele investeringen - maar een beperkte zendercapaciteit heeft, waardoor Digitenne minder zenders kan aanbieden dan andere digitale televisiediensten. Dat betekent dat Digitenne altijd in de eerste categorie van de staffel zou vallen en daarmee gemiddeld per zender meer zou betalen dan andere aanbieders, die de gemiddelde zenderprijs door het verhogen van het aantal zenders in een pakket zouden kunnen verlagen. Daarnaast brengt het uitzenden van programma's via de digitale ether met zich dat de dienst gevoeliger is voor storingen en heeft de gebruiker minder functionaliteiten tot zijn beschikking, zoals het opnemen of terugspoelen van programma's, dan bij andere digitale televisiediensten het geval is. Buma heeft al deze stellingen niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden.

5.14. Uit het voorgaande vloeit voort dat partijen de onderhandelingen over het voor Digitenne te hanteren tarief dienen te hervatten. De reconventionele vordering ligt daarmee voor toewijzing gereed. Nu uit de wet reeds voortvloeit dat partijen bij deze onderhandelingen jegens elkaar de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht dienen te nemen, bestaat voor een veroordeling daartoe geen grond, zodat dit deel van de vordering zal worden afgewezen.

5.15. Buma heeft alle distributeurs gedurende de tariefonderhandelingen met NLKabel in de gelegenheid gesteld tegen betaling van een voorlopig voorschot

C/13/573735 / KG ZA 14-1276

7 januari 2014

12

gebruik te blijven maken van het Buma-repertoire bij de doorgifte van de buitenlandse zenders in breed verspreide pakketten. De voorzieningenrechter is tegen die achtergrond van oordeel dat het jegens Digitenne gevorderde verbod om het Buma-repertoire bij de doorgifte van buitenlandse zenders te gebruiken ongerechtvaardigd is indien Digitenne aan Buma, in afwachting van het resultaat van de aan te vangen onderhandelingen, een voorlopig voorschot voldoet. De voorzieningenrechter zal de hiertoe strekkende vordering van Buma derhalve gedeeltelijk toewijzen. Buma wordt geacht daarbij een spoedeisend belang te hebben, nu zij aan haar eigen betalingsverplichtingen moet kunnen (blijven) voldoen. Gelet op de terughoudendheid die bij de toewijzing van geldvorderingen in kort geding moet worden betracht, zal de voorzieningenrechter bij het toe te wijzen voorschot aansluiten bij het voorstel dat KPN namens Digitenne bij e-mail van 12 november 2014 heeft gedaan (zie 2.17.), te weten een vergoeding van € 0,075 per abonnee per maand en daarop een korting van 20% toepassen omdat het hier een voorschot betreft. Buma heeft de vergoeding over 2014 gevorderd tot en met augustus 2014 (€ 777.995,38), waarbij zij is uitgegaan van een tarief van € 0,125 per abonnee per maand. Het toe te wijzen voorschot komt daarmee op ((€ 777.995,38 : 12,5 x 7,5) x 0,8 =) € 373.437,78. Dit bedrag geldt als voorschot op en ter verrekening met hetgeen Digitenne ten gronde zal blijken verschuldigd te zijn. De wettelijke rente over dit bedrag is als onbetwist toewijsbaar als gevorderd, met dien verstande dat deze over de herberekende bedragen dient te worden berekend. Uit het voorgaande vloeit voort dat KPN voorshands niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de voldoening van dit bedrag aan Buma. De gevorderde hoofdelijke veroordeling tot betaling van dit bedrag zal derhalve worden afgewezen.

5.16. Gelet op de uitkomst van de procedures in conventie en in reconventie ziet de voorzieningenrechter aanleiding de kosten in conventie en reconventie te compenseren als na te melden.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

6.1. veroordeelt KPN binnen twee weken na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Buma een schriftelijke, door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave te doen toekomen, althans op een nader door partijen overeen te komen te komen wijze opgave te doen van het aantal unieke abonnees per maand per breed verspreid pakket 2013 en per breed verspreid pakket 2014, meer in het bijzonder van het aantal unieke abonnees per maand uitgesplitst naar abonnees die in 2013 en 2014 het Basispakket, het Basis + Pluspakket, het Basis + HD-Pakket en het Basis- + Plus + HD-pakket hebben afgenomen;

C/13/573735 / KG-ZA 14-1276
7 januari 2014

13

6.2. veroordeelt KPN binnen twee weken na het doen van de onder 6.2. bedoelde opgave aan Buma, voor zover niet reeds voldaan, de vergoeding (inclusief BTW) voor het gebruik van het Buma-repertoire in 2013 en 2014 via ITV op basis van de met Buma overeengekomen tarieven te voldoen;

6.3. veroordeelt Digitenne om aan Buma te voldoen een bedrag van € 373.437,78 (driehonderddrieënzeventigduizend vierhonderdzevenendertig euro en achtenzeventig cent), vermeerderd met de wettelijke rente, te berekenen vanaf de datum van opeisbaarheid van de in punt 23 van de dagvaarding genoemde, aan het toegewezen voorschotbedrag aangepaste voorschotfacturen voor januari tot en met augustus 2014;

6.4. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.5. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

6.6. wijst het meer of anders gevorderde af;

in reconventie

6.7. veroordeelt Buma om de onderhandelingen met Digitenne over het tarief en de overige voorwaarden waaronder Buma voor 2014 toestemming verleent voor het gebruik van het Buma-repertoire via de televisiedienst van Digitenne gedurende een periode van vier maanden na de datum van dit vonnis voort te zetten, danwel voor een kortere periode, indien partijen binnen die vier maanden tot overeenstemming komen;

6.8. verbiedt Buma gedurende de hiervoor onder 6.7. genoemde onderhandelingen haar verbodsrecht uit te oefenen of daarmee te dreigen;

6.9. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.10. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

6.11. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is geweest door mr. R.H.C. Jongeneel, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M.R.S. Bacon, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 7 januari 2014.

type: MRSB
coll:

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam