

IN NAAM DER KONINGIN !



vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter,

zaaknummer / rolnummer: 469586 / KG ZA 10-1691 WT/PV

Vonnis in kort geding van 25 november 2010

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CEDAR B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
2. de vereniging naar Zwitsers recht
**ASSOCIATION DE GESTION INTERNATIONALE COLLECTIVE DES
OEUVRES AUDIOVISUELLES (AGICOA)**,
gevestigd te Genève, Zwitserland,
3. de stichting
DE STICHTING LIRA,
gevestigd te Amsterdam,
4. de stichting
DE STICHTING PICTORIGHT,
gevestigd te Amsterdam,
5. de stichting
**STICHTING TOT EXPLOITATIE VAN KABELTELEVISIERECHTEN
OP AUDIOVISUEEL MATERIAAL (SEKAM)**,
gevestigd te Amsterdam,
6. de vereniging
VEVAM,
gevestigd te Amsterdam,
eiseressen in conventie bij dagvaarding van 28 september 2010,
verweersters in reconventie,
advocaat mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DIGITENNE B.V.,
gevestigd te Lopikerkapel,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagden in conventie,
eiseressen in reconventie,

469586 / KG ZA 10-1691 WT/PV
25 november 2010

2

advocaat mr. T. Cohen Jehoram te Amsterdam.

1. De procedure

Voorafgaande aan de terechtzitting van 6 oktober 2010 is de zaak verplaatst naar 2 november 2010. Ter terechtzitting van 2 november 2010 hebben eiseressen, verder gezamenlijk te noemen Cedar c.s. en ieder afzonderlijk Cedar, Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met dien verstande dat Cedar c.s. haar eis nadien heeft verminderd en heeft vermeerderd als vermeld in eveneens aangehechte akte. Gedaagden, verder gezamenlijk te noemen Digitenne c.s., dan wel ieder afzonderlijk Digitenne en KPN, hebben onder verwijzing naar hun voor de zitting ingezonden conclusie van antwoord verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen en in reconventie voorwaardelijk en onvoorwaardelijk gevorderd als na te melden. Cedar c.s. heeft de vordering in reconventie bestreden. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Aan de zijde van Cedar c.s. waren, voor zover van belang, ter terechtzitting aanwezig: S.J. Donker, namens Cedar, H. Verschuur, namens Lira, R. Huisman, namens Pictoright, mr. B.I. Kraaijpoel en mr. Seignette. Namens Digitenne c.s. waren M. Heffels, namens KPN, F. van den Engel, namens Digitenne, mr. V. Rörsch en mr. Cohen Jehoram aanwezig. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2. De feiten

- 2.1. Eiseressen sub 2 tot en met sub 6 zijn organisaties die namens auteursrechthebbenden het exclusieve recht uitoefenen tot de gelijktijdige, onverkorte en ongewijzigde openbaarmaking van in televisieprogramma's opgenomen werken. Cedar treedt op als centraal betaaladres en verstuurt de facturen aan Digitenne. Eiseressen sub 2 tot en met sub 6 verlenen collectieve licenties voor doorgifte van televisiepakketten via alle platforms: kabel, satelliet, dvt-t, ADSL, mobiele telefoon.
- 2.2. Digitenne c.s. zendt televisieprogramma's uit via digitale ethertelevisie (Digital Video Broadcasting Terrestrial), afgekort als: dvt-t, en verkoopt abonnementen voor deze dienst onder de naam Digitenne. Het pakket is sinds de start van Digitenne in 23 april 2003 steeds verder uitgebreid. Op dit moment bestaat het pakket uit de volgende zenders: NL 1, NL 2, NL 3, RTL4, RTL5, SBS6, Net 5, Veronica/Jetix, MTV, TMF, Nickelodeon, Eén

(VRT), Canvas/Ketnet, BBC Prime, Discovery, National Geographic, Animal Planet, Eurosport, CNN, Private Spice .

- 2.3. Digitenne is op 23 april 2003 met haar uitzendingen begonnen. Zij had op dat moment geen licentie van Cedar c.s. Tussen Cedar c.s. en Digitenne is daarover vervolgens een geschil ontstaan, waarna Digitenne een bodemprocedure aanhangig heeft gemaakt.
- 2.4. In januari 2006 hebben Pictoright (althans haar rechtsvoorgangers de stichtingen Beeldrecht en Burafo), Agicoa, Lira, Sekam en Vevam enerzijds en Digitenne en Digitenne Holding B.V. anderzijds een licentieovereenkomst gesloten, waarin met terugwerkende kracht vanaf 23 april 2003 aan Digitenne toestemming is verleend voor het via dvb-t uitzenden van werken van de door Cedar c.s. vertegenwoordigde rechthebbenden, vervat in de programma's van de televisiezendernetten NL 1, NL 2, NL 3, VRT en Ketnet/Canvas. Deze overeenkomst had een looptijd tot 1 januari 2008, met de mogelijkheid de overeenkomst steeds stilzwijgend met één jaar te verlengen.

De overeenkomst vermeldt verder, voor zover hier van belang:

“OVERWEGENDE

(...)

- *dat Digitenne aan haar abonnees de hieronder genoemde televisiezendernetten en de daarin opgenomen werken van de Rechthebbenden door middel van Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T) digitaal via de ether uitzendt en daarmee een openbaarmaking verricht gelijktijdig met de oorspronkelijke uitzending;*

(...)

Artikel 1

1. *De Rechthebbenden verlenen hierbij aan Digitenne onder de voorwaarden vervat in deze overeenkomst de niet exclusieve toestemming tot DVB-T uitzending door Digitenne aan haar abonnees van de werken van de Rechthebbenden vervat in de programma's van de televisiezendernetten NEDERLAND 1, 2, en 3, VRT en Ketnet/Canvas. Onder uitzending wordt niet verstaan de openbaarmaking via Internet.*

(...)

Artikel 5

(...)

2. *Alle kosten die naar het oordeel van een der partijen noodzakelijk zijn ter incassering van hun vorderingen op de andere partij als bedoeld in het voorgaand lid, daaronder begrepen de gerechtelijke en buitengerechtelijke invordering van het verschuldigde bedrag, komen ten laste van die andere partij. De buitengerechtelijke kosten (zoals inspectie en aanmaningskosten), de kosten die door derden in rekening worden gebracht daaronder begrepen, worden gesteld op 12,5% (twaalf en een halve procent) van de te incasseren bedragen, exclusief BTW.*

(...)

Artikel 7

1. *De door Digitenne aan de Rechthebbenden verschuldigde vergoeding bedraagt € 0,05 per maand per huishouden per televisiezendernet zolang dat televisiezendernet in het televisieprogrammapakket voorkomt. Deze vergoeding is verschuldigd vanaf het moment dat Digitenne haar uitzendactiviteit is gestart, te weten 23 april 2003. Onder huishouden wordt verstaan één of meer personen die op hetzelfde adres gevestigd zijn en die duurzaam een gezamenlijk huishouding voeren en die op basis van een abonnement met Digitenne over één of meer smartcards beschikken voor ontvangst van de in artikel 1.1. genoemde televisiezendernetten.*

(...)

4. *Rechthebbenden zullen op grond van het non-discriminatiebeginsel gelijke gevallen gelijk behandelen. De door Digitenne aan Rechthebbenden verschuldigde vergoeding zal nooit hoger zijn dan het laagste bedrag dat een gelijke derde aan Rechthebbenden betaalt voor doorgifte in Nederland. Rechthebbenden zullen Digitenne jaarlijks (op 31 december) een geanonimiseerd overzicht verstrekken van de door Rechthebbenden gehanteerde tarieven voor de doorgifte door derden van de werken van Rechthebbenden opgenomen in televisiezendernetten als vermeld in artikel 1. Op verzoek van Digitenne treden partijen alsdan in overleg over de vergoeding, waarbij uitgangspunt is dat de vergoeding wordt aangepast aan de lagere vergoeding welke door Rechthebbenden aan derden wordt berekend indien de situaties vergelijkbaar zijn.*

(...)

Artikel 8

1. *De vergoeding als bedoeld in artikel 7 van deze overeenkomst wordt berekend naar de stand van zaken op de eerste dag van de desbetreffende maand. Digitenne doet uiterlijk 14 dagen na afloop van iedere maand schriftelijke opgave aan de Rechthebbenden van het aantal smartcards en huishoudens als bedoeld in artikel 7.1. Digitenne zal de vergoeding binnen 30 dagen na ontvangst van de desbetreffende factuur verschuldigd zijn.*

(...)

2. *Indien Digitenne de vergoeding niet binnen voormelde betalingstermijnen heeft voldaan zal zij, onverminderd het in artikel 5 bepaalde, vanaf deze dag zonder verdere aanmaning daarenboven de wettelijke rente verschuldigd zijn.*

(...)

6. *De opgave en betalingen zullen worden gedaan op een door de Rechthebbenden gezamenlijk aan te geven centraal adres en centraal rekeningnummer in Nederland."*

-
- 2.5. Cedar is door Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam, op grond van artikel 8, zesde lid, van de licentieovereenkomst, aangewezen als centraal betaaladres en verstuurt de facturen aan Digitenne.
- 2.6. Op 28 april 2006 hebben de staatssecretaris van Cultuur en Media en de Minister van Economische Zaken de Tweede Kamer geïnformeerd over de door het kabinet voorgenomen omschakeling van analoge publieke televisie zendernetten naar digitale etherverspreiding. Daarbij was het uitgangspunt dat de distributie van de publieke omroepsignalen via de digitale ether door de NOS versleuteld zou plaatsvinden en dat de publieke omroepsignalen alleen nog met een smartcard te ontvangen zouden zijn. Dit heeft tot een motie van Van Dam van 27 juni 2006 geleid, waarna het kabinet haar standpunt als volgt heeft aangepast (TK 2005-2006, 30402 en 24095, nr 19, p. 2):
“De doorgifte van de televisieprogramma’s van de landelijke publieke omroep, alsmede die van de regionale omroepen die nu reeds in de analoge ether aanwezig zijn, zal onversleuteld en dus zonder smartcard plaatsvinden (free to air). Voor de ontvangst van deze onversleutelde programma’s is geen smartcard noodzakelijk en de burger kan het signaal met een eenvoudige ontvanger uit de lucht halen.”
- 2.7. Voor de omschakeling van analoge publieke ethertelevisie naar digitale publieke ethertelevisie hebben de Minister van Economische Zaken en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, als vertegenwoordigers van de Staat der Nederlanden vervolgens een convenant met de NOS gesloten.
- 2.8. In september 2006 heeft Digitenne meegedeeld in overleg te willen treden over een nieuwe licentieovereenkomst te vervanging van de bestaande licentieovereenkomst. Partijen hebben vervolgens drie jaar overleg gevoerd zonder dat dit tot resultaat heeft geleid.
- 2.9. In de nacht van 10 op 11 december 2006 heeft de omschakeling van analoge publieke ethertelevisie naar digitale publieke ethertelevisie plaatsgevonden. Sinds 11 december 2006 verzorgt Digitenne in opdracht van NOS via de digitale ether “free to air” niet versleutelde uitzending van de publieke omroepen Nederland 1, 2 en 3.
- 2.10. In 2006 is KPN onder de naam “KPN TV” als reseller het dvt-pakket van Digitenne aan consumenten gaan verkopen. KPN heeft daarbij jegens Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam het standpunt ingenomen dat niet KPN, maar Digitenne verantwoordelijk is voor de openbaarmaking van het Digitenne pakket naar KPN abonnees. Ter beëindiging van een geschil op punt hebben partijen in januari 2007 een convenant gesloten, waarin is afgesproken dat Digitenne mede een licentievergoeding zal betalen voor de

KPN abonnees, een en ander volgens de voorwaarden van de licentieovereenkomst.

- 2.11. KPN was tot juli 2007 één van de aandeelhouders van Digitenne. Sinds 6 juli 2007 is KPN 100% aandeelhouder van Digitenne. Sinds de overname worden de Digitenne abonnementen alleen nog door KPN verkocht, onder de naam "Digitenne van KPN".
- 2.12. De door Cedar verzonden facturen over de periode april 2003 tot en met december 2007 zijn door Digitenne c.s. voldaan. De facturen voor het jaar 2008 heeft Digitenne c.s. niet voldaan.
- 2.13. Bij brief van 29 juni 2010 heeft KPN aan Cedar c.s. meegedeeld dat zij de licentieovereenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden beëindigt en graag in overleg treedt over een nieuwe overeenkomst per 1 januari 2011.
- 2.14. Op dit moment heeft Digitenne ongeveer 1 miljoen abonnees.

3. Het geschil in conventie

- 3.1. Cedar c.s. vordert - samengevat en na vermeerdering en vermindering van eis - Digitenne c.s.:
 - I. te veroordelen elf in 2008 verzonden facturen, met een totaalbedrag van EUR 2.367.014,24, vermeerderd met een bedrag van EUR 351.700,13 aan rente tot aan dag der dagvaarding, alsmede de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding, te voldoen,
 - II. te veroordelen uit hoofde van de licentieovereenkomst voor de periode van januari 2009 tot en met juli 2010 een bedrag van EUR 3.222.250,12 te voldoen,
 - III. te veroordelen tot nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de licentieovereenkomst en het convenant, meer in het bijzonder tot het voldoen de uit hoofde van deze overeenkomsten verschuldigde bedragen,
 - IV. te verbieden, op straffe van verbeurte van een dwangsom, om reeds verrichte of nog te verrichten betalingen te verrekenen met betalingen verricht aan de vereniging Buma,
 - V. hoofdelijk te veroordelen om op grond van artikel 5, tweede lid, van de licentieovereenkomst de buitengerechtelijke kosten ad EUR 1.188.578,99 en de gerechtelijke kosten ad EUR 42.010,78, vermeerderd met rente, te voldoen.
- 3.2. Cedar c.s. stelt daartoe samengevat dat Digitenne en KPN eind 2006 hebben meedeeld dat zij een nieuwe licentieovereenkomst wilden aangaan, waarbij

ook BUMA partij zou zijn en die ziet op alle zenders in het Digtennepakket. Cedar c.s. en BUMA waren bereid over een dergelijke alomvattende overeenkomst te praten en hebben vervolgens een reeks van voorstellen gedaan, afgeleid van het tarief dat zij in 2007 met de kabelexploitanten zijn overeengekomen. Digtenne c.s. heeft echter stelselmatig ieder voorstel afgewezen. Ten slotte is na drie jaar onderhandelen door Cedar c.s. op 23 oktober 2009 een laatste voorstel gedaan. Daarbij zijn Cedar c.s. en BUMA op de helft van het kabeltarief gaan zitten. Maar ook dat bleek voor Digtenne c.s. te veel. Digtenne c.s. wilde niet meer dan 1/8 van het kabeltarief betalen. Daarnaast heeft Digtenne c.s. vanaf begin 2008 niet meer de op grond van de licentieovereenkomst verschuldigde vergoeding voldaan. Digtenne c.s. heeft Cedar c.s. daarmee in liquiditeitsproblemen gebracht, aangezien over de door haar voor het jaar 2008 verzonden facturen wel btw diende te worden afgedragen. Teneinde niet nog meer btw te moeten afdragen heeft Cedar c.s. vervolgens gewacht met het verzenden van de facturen voor het jaar 2009. Cedar c.s. heeft Digtenne c.s. vervolgens gesommeerd om de facturen voor het jaar 2008 te betalen en te bevestigen dat ook de facturen voor de jaren 2009 en 2010 worden betaald. Digtenne c.s. heeft aan die sommatie niet voldaan. Nu Digtenne c.s. de verschuldigde vergoedingen niet heeft voldaan is zij daarmee in verzuim, aldus Cedar c.s.

3.3. Digtenne c.s. voert verweer waarop hierna, voor zover van belang, nader zal worden ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. Digtenne c.s. vordert - samengevat en na vermeerdering van de voor de zitting van 6 oktober 2010 aangekondigde eis - voorwaardelijk, voor zover enig deel van de vordering in conventie wordt toegewezen:

- I. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam hoofdelijk te veroordelen een bedrag van EUR 38.302,41, als onverschuldigd betaald over de periode 2003-2004, alsmede een bedrag van EUR 657.855,60, als onverschuldigd betaald over de periode januari tot december 2007 aan Digtenne c.s. te voldoen,
- II. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam hoofdelijk te veroordelen een bedrag van EUR 87.019,75 aan buitengerechtelijke kosten te voldoen.

Voorts vordert Digtenne c.s. onvoorwaardelijk:

- III. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam te bevelen binnen vijf werkdagen afschriften en inzage te verschaffen in de in artikel 7.4 van de licentieovereenkomst genoemde overzichten en bescheiden,
- IV. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam te bevelen binnen vijf werkdagen in redelijk overleg te treden en te goeder trouw te onderhandelen over een door Digtenne c.s. vanaf 1 januari 2011 te

- betalen niet-discriminatoire vergoeding voor openbaarmaking van werken vervat in andere netten dan NL 1, 2 en 3,
- V. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam te bevelen om binnen een maand een transparant non-discriminatoire voorstel te doen voor openbaarmaking van werken van bij hen aangeslotenen en inzage te geven voor welke rechthebbenden men incasseert en welke gelden aan welke collectieve beheersorganisaties toekomen, met onderbouwing door middel van bescheiden,
- VI. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam hoofdelijk te veroordelen een dwangsom te voldoen indien zij in strijd handelen met een of meer van voormelde onvoorwaardelijke vorderingen, voor zover ze worden toegewezen.

Een en ander met veroordeling in de werkelijke proceskosten conform artikel 1019 h Rv, dan wel in de gemaakte gerechtelijke kosten en buitengerechtelijke kosten ex artikel 5, tweede lid, van de licentieovereenkomst.

- 4.2. Digitenne c.s. stelt daartoe, samengevat, dat sinds de omschakeling van analoge publieke ethertelevisie naar digitale publieke ethertelevisie per 11 december 2006 het publieke digitale signaal door iedereen kan worden ontvangen die over een digitale ontvanger beschikt. Op grond van de door de Staat der Nederlanden met de NOS gesloten convenanten dient de NOS zorg te dragen voor een landelijke bereik van de publieke digitale zenders. De NOS doet dat met behulp van de dvb-t-distributie infrastructuur van Digitenne, aanvankelijk op basis van een distributieovereenkomst met Digitenne en sinds begin 2009 na een aanbesteding met KPN. De signalen waarin het publieke pakket is opgenomen worden daarbij door de omroepen aangeleverd aan het multiplexcentrum in Hilversum. In het multiplexcentrum worden de signalen vervolgens gecompriemd en gemultiplexed. De signalen gaan aldus bewerkt naar opstelpunten in het land, van waaruit de digitale uitzending in de ether plaatsvindt. Dit is daarmee een uitzending van de NOS, waarbij Digitenne c.s. niet meer is dan een opdrachtnemer van de NOS die technische diensten aan de NOS levert. De aldus uitgezonden signalen van de NOS kunnen door een ieder die zich binnen het verzorgingsgebied van de opstelpunten bevindt, worden ontvangen. Deze situatie valt te vergelijken met de oude situatie waarin een antenne op het dak nodig was om het analoge signaal op te vangen. Het Digitenne abonnement is alleen nodig voor de andere netten. Daarvoor wordt abonnementsgeld betaald. De Nederlandse publieke omroepen komen daarmee sinds de omschakeling in december 2006 niet meer voor in het programmapakket van Digitenne c.s. Van een gelijktijdige openbaarmaking door een ander organisme is daarmee sinds de digitale omschakeling geen sprake meer. Er is slechts één openbaarmaking, namelijk door de NOS. In dit verband maakt de NOS gebruik van de diensten van Digitenne c.s. die louter bestaan uit het inrichten en in stand houden van de dvb-t

infrastructuur. Nu artikel 7 van de licentieovereenkomst bepaalt dat Digitenne een vergoeding verschuldigd is per net zolang dat net in het televisieprogrammapakket van Digitenne voorkomt, heeft dat tot gevolg dat Digitenne sinds de omschakeling in december 2006 geen vergoeding voor NL 1, 2 en 3 is verschuldigd. Digitenne heeft daarmee voor de periode van januari tot en met december 2007 een bedrag van EUR 657.855,60 onverschuldigd betaald. Daarnaast heeft Digitenne voor de periode van 23 april 2003 tot en met 1 september 2004, nu VRT en Ketnet/Canvas pas vanaf 1 september 2004 in het televisieprogramma van Digitenne voorkomen, een bedrag van EUR 38.302,41 onverschuldigd betaald. Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam weigeren echter de onverschuldigd betaalde bedragen terug te betalen of te verrekenen. Verder zijn Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam tekort geschoten in de nakoming van artikel 7.4 van de licentieovereenkomst. Op grond van dat artikel dienden zij jaarlijks een overzicht te verstrekken van de door hen gehanteerde tarieven. Tot nu toe is, ondanks diverse verzoeken, echter nog geen overzicht verstrekt. Voorts maken Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam misbruik van hun machtspositie door als voorwaarde voor de onderhandeling over een nieuwe licentieovereenkomst te stellen dat Digitenne eerst de openstaande facturen met betrekking tot de huidige licentieovereenkomst voldoet. Digitenne c.s. wordt daarmee in een onmogelijke positie geplaatst. Daarbij komt dat de tarieven die Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam voorstellen onredelijk zijn omdat ten onrechte wordt uitgegaan van een groter aantal netten dan waarvoor Digitenne c.s. een vergoeding verschuldigd is. Digitenne wordt daarbij vergeleken met een kabelmaatschappij die 39 zenders doorgeeft, terwijl de beperkte digitale transportcapaciteit maakt dat door Digitenne simpelweg minder kanalen kunnen worden doorgegeven dan via de kabel. Bovendien zijn de daarbij door Cedar c.s. voorgestelde tarieven onvoldoende transparant, aldus Digitenne c.s.

- 4.3. Cedar c.s. voert verweer waarop hierna, voor zover van belang, nader zal worden ingegaan.

5. De beoordeling in conventie en in reconventie

- 5.1. Gelet op de samenhang zullen de vorderingen in conventie en reconventie hierna gezamenlijk worden besproken.
- 5.2. De onder I. en II. in conventie gevorderde voorzieningen strekken tot betaling van een geldsom. Voor toewijzing van een dergelijke vordering is in kort geding slechts plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering voldoende aannemelijk zijn en uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. Bij de afweging van de belangen van

partijen wordt mede betrokken het risico dat niet kan worden terugbetaald, in het geval de veroordeling in kort geding geen stand houdt.

- 5.3. In geschil is de betaling door Digitenne van een vergoeding voor de ontvangst door haar abonnees van de zenders Nederland 1, 2 en 3. Uitgangspunt is dat Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam met Digitenne in de licentieovereenkomst zijn overeengekomen dat Digitenne vanaf 23 april 2003 een vergoeding is verschuldigd voor het aan haar abonnees via dvb-t uitzenden van de televisiezendernetten Nederland 1, 2 en 3. Daarnaast is Digitenne op grond van het in 2007 gesloten convenant aan Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam een vergoeding verschuldigd voor de via KPN bij Digitenne aangesloten abonnees. De uit de licentieovereenkomst en het convenant voortvloeiende verplichtingen eindigen, door de opzegging van KPN, pas op 31 december 2010.
- 5.4. Het verweer van Digitenne c.s. komt er op neer dat de dvb-t uitzending van Nederland 1, 2 en 3 sinds de omschakeling in de nacht van 10 op 11 december 2006 plaatsvindt door de NOS, waarbij de NOS gebruik maakt van de dvb-t infrastructuur van Digitenne. Het aldus door de NOS uitgezonden dvb-t signaal kan vervolgens door iedereen die een digitale antenne heeft worden ontvangen. De zenders Nederland 1, 2 en 3 en zijn daarmee "free to air" en daarmee ook gratis te ontvangen voor de abonnees van Digitenne en geen zelfstandige openbaarmaking van Digitenne. Voor de doorgifte van Nederland 1, 2 en 3 is daarom geen vergoeding verschuldigd aan Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam, aldus Digitenne c.s. Ter terechtzitting heeft Digitenne c.s. haar stelling nader onderbouwd door uit een door haar meegebracht televisietoestel, met daarin een ingebouwde dvb-t ontvanger, de smartcard van Digitenne te verwijderen en te tonen dat Nederland 1, 2 en 3 daarna nog evengoed zijn te ontvangen.
- 5.5. De kern van het geschil draait aldus om de vraag of na de omschakeling van analoge publieke televisiezenders naar digitale publieke televisiezenders in de nacht van 10 op 11 december 2006, de doorgifte van de televisiezenders Nederland 1, 2 en 3 aan de abonnees van Digitenne nog is aan te merken als een afzonderlijke openbaarmaking door een andere organisme dan de oorspronkelijke of dat die doorgifte sindsdien moet worden aangemerkt als een gelijktijdige uitzending door hetzelfde organisme dat dat programma oorspronkelijk uitzendt, als bedoeld in artikel 12, zesde lid, van de Auteurswet. Niet is in geschil dat vóór voormelde omschakeling de doorgifte door Digitenne van het dvb-t pakket een afzonderlijke openbaarmaking van Nederland 1, 2 en 3 vormde.
- 5.6. Bij de beantwoording van voormelde vraag wordt voorop gesteld dat de Hoge Raad in het arrest van 30 oktober 1981, NJ 1982, 435, met betrekking tot artikel 12, zesde lid, (destijds artikel 12, vierde lid) Auteurswet heeft

overwogen dat de vraag wanneer een doorgifte heeft te gelden als een openbaarmaking van het desbetreffende werk op zodanige wijze moet worden beantwoord dat een resultaat wordt bereikt dat strookt met artikel 11bis, eerste lid, sub 2^e van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (hierna: Berner Conventie). Artikel 11bis van de Berner Conventie, voor zover hier van belang, bepaalt:

1. Auteurs van werken van letterkunst en kunst genieten het uitsluitend recht toestemming te verlenen tot:

(...)

ii) elke openbare mededeling, hetzij met of zonder draad, van het door de radio uitgezonden werk, wanneer deze mededeling door een andere organisatie dan de oorspronkelijke geschiedt.

5.7. Voorts heeft de Hoge Raad in het voormelde arrest van 30 oktober 1981 het volgende, voor zover hier van belang, overwogen:

“b. Mede in het licht hiervan moet de strekking van art. 11bis lid 1 sub 2^e voorts aldus worden begrepen: dat het doorgeven, al of niet per draad, van een radio- of televisie-uitzending aan het publiek door een “autre organisme” als bedoeld in die bepaling voor de vraag of daartoe de toestemming van de auteursrechthebbende is vereist, in beginsel op een lijn moet worden gesteld met een oorspronkelijke uitzending. Daaruit volgt dat de enkele omstandigheid dat CAI-Amstelveen, naar zij bij pleidooi heeft aangevoerd, wat betreft het doorgeven van programma's die ook met een individuele antenne waarneembaar zijn, niet meer zou beogen en bereiken dan het vervangen van de individuele antenne door een collectieve antenne, er - anders dan zij heeft betoogd- niet aan in de weg zou staan dat dit doorgeven als een “communication publique” in de zin van voormelde bepaling wordt aangemerkt.”

5.8. In een arrest van 25 mei 1984 heeft de Hoge Raad verder het volgende, voor zover hier van belang, overwogen:

“3.5 onderdeel 4.

Uit genoemd arrest van de HR van 30 okt. 1981 volgt dat de omstandigheid dat Amstelveen is gelegen in de “directe ontvangstzone”, dat wil zeggen in het gebied waar de door middel van kabeldistributie doorgegeven programma's ook met een individuele antenne kunnen worden opgevangen, niet van belang is.

3.6 Onderdeel 5.

De subonderdelen 5.1 t/m 5.5. doen een beroep op de omstandigheid dat Nederland het zogenaamde service-gebied voor de Nederlandse zenders vormt, waarmee de subonderdelen doelen op het gebied waarin krachtens wettelijk voorschrift “de uitzendingen via de Nederlandse zenders moeten (...) waargenomen kunnen worden”. Meergenoemde bepaling van de Berner Conventie laat echter geen ruimte voor een inperking van het daar bedoelde toestemmingsvereiste in dier voege dat dat vereiste niet zou gelden

voor het geval dat de doorgifte plaatsvindt in het zogenaamde servicegebied. Een dergelijke inperking van de auteursrechtelijke bescherming zou immers niet verenigbaar zijn met de bedoeling welke, zoals uiteengezet in het arrest van 30 okt. 1981, bij de opstelling van de meergenoemde bepaling van de Berner Conventie heeft voorgezeten.”

- 5.9. Verder acht de voorzieningenrechter artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG van het Europese Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij van belang. Het eerste lid van dat artikel bepaalt:
- “De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.*
- 5.10. In het ter terechtzitting genoemde Hoteles-arrest van het Hof van Justitie (HvJ 7 december 2006, C-306/05) heeft het Hof het volgende, voor zover hier van belang, overwogen:
- “46. Ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties, waarbij naast het hotel gewoonlijk ondernemingen zijn betrokken die in de verkoop of de verhuur van televisietoestellen zijn gespecialiseerd, als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, toch kan deze installatie de toegang van het publiek tot de uitgezonden werken technisch mogelijk maken. Indien het hotel door middel van de aldus beschikbaar gestelde televisietoestellen het signaal doorgeeft aan de gasten die in zijn kamers verblijven, gaat het derhalve om een mededeling aan het publiek, zonder dat behoeft te worden nagegaan, welke techniek van doorgifte van het signaal is gebruikt.*
- 47. Bijgevolg moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat, ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, het doorgeven van een signaal door middel van televisietoestellen door een hotel aan de gasten die in zijn kamers verblijven, ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn vormt.”*
- 5.11. Uit voormelde arresten volgt voorshands dat de omstandigheid dat de zenders Nederland 1, 2 en 3 in beginsel voor een ieder in Nederland die een individuele digitale ontvanger heeft vrij te ontvangen zijn, alsmede de daarbij gebruikte techniek, niet van doorslaggevend belang zijn voor de vraag of de doorgifte door Digitenne van dat signaal is aan te merken als een

zelfstandige openbaarmaking. Van belang is voorshands of er een doorgifte plaatsvindt op een wijze die aan Digitenne is toe te rekenen, in die zin dat zij toegang tot dat signaal aan haar abonnees verschaft. In dat kader wordt allereerst overwogen dat uit de overgelegde stukken blijkt dat Digitenne op haar website abonnees werft met de mededeling dat met een abonnement op Digitenne 23 zenders, waaronder Nederland 1, 2 en 3 kunnen worden ontvangen. De zenders Nederland 1, 2 en 3 maken dus deel uit van het door Digitenne aangeboden pakket van televisiezenders. Digitenne maakt in die zin dus een keuze welke televisiezenders met haar ontvanger kunnen worden bekeken, hetgeen ook aansluit bij de stelling van Digitenne c.s. dat de beperkte digitale transportcapaciteit het voor haar niet mogelijk maakt om meer zenders door te geven. Uit de stukken blijkt voorts niet dat de omschakeling in de nacht van 10 op 11 december 2006 tot gevolg heeft gehad dat Digitenne de zenders Nederland 1, 2 en 3 daarna heeft vervangen door andere zenders, hetgeen in de rede had gelegen nu Digitenne c.s. stelt dat sinds de omschakeling de NOS als enige de uitzending van Nederland 1, 2 en 3 verzorgt. Ook dit sterkt de voorzieningenrechter in het voorlopige oordeel dat de zenders Nederland 1, 2 en 3 tot het door Digitenne aangeboden en geselecteerde zenderpakket moeten worden gerekend. Dat Digitenne sinds begin oktober 2010 op haar website meldt dat de zenders Nederland 1, 2 en 3 ook zonder smartcard zijn te ontvangen maakt dat niet anders, nu dit niet betekent dat de abonnees van Digitenne deze zenders niet via het pakket van Digitenne zijn blijven ontvangen. Nog daargelaten dat, zoals ter terechtzitting namens Cedar c.s. is aangevoerd, lang niet alle televisietoestellen zijn voorzien van een ingebouwde digitale dvb-t ontvanger. Ten slotte is nog van belang dat Digitenne c.s. tegenover de ontkenning van Cedar c.s. niet aannemelijk heeft gemaakt dat de NOS sinds de omschakeling aan Cedar c.s. een vergoeding betaalt voor de doorgifte van Nederland 1, 2 en 3 aan abonnees op het Digitenne pakket.

- 5.12. Voorshands leidt dit alles tot het oordeel dat het verweer van Digitenne c.s. dat zij niet tot betaling voor doorgifte van de netten Nederland 1, 2, en 3 is gehouden onvoldoende kansrijk voorkomt. Daarmee is aan de vereiste mate van hoge aannemelijkheid van bestaan en omvang van de geldvordering, althans over 2008 en de in dat verband gevorderde rente, voldaan. Bij deze betalingsveroordeling hebben de materiële procespartijen, Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam, bovendien voldoende spoedeisend belang. Deze partijen behartigen immers de belangen van rechthebbenden die, naar enerzijds is gesteld en anderzijds onvoldoende is betwist, voor hun levensonderhoud en voor de voortzetting van hun productieactiviteiten afhankelijk zijn van de opbrengst uit exploitatie van hun werken. Gelet op de door Digitenne c.s. zelf genoemde bedragen die jaarlijks bij de verschillende rechtenorganisaties omgaan, vormt het restituterisico tenslotte geen reëel gevaar. De betalingsveroordeling zal worden uitgesproken ten gunste van Cedar, die op basis van de overeenkomst tussen partijen is

aangewezen als centraal betaaladres. Cedar neemt daarmee de positie in van formele procespartij die krachtens lastgeving van de betreffende rechtenorganisaties gerechtigd is betaling ten behoeve van de aangesloten organisaties te vorderen. Voor een afzonderlijke veroordeling ten gunste van de rechtenorganisaties zelf is daarnaast geen plaats. Evenmin voor de door Digitenne c.s. bepleite niet-ontvankelijkverklaring van Cedar.

- 5.13. Een veroordeling jegens KPN kan echter niet worden uitgesproken. Uit het convenant volgt voorshands niet, zoals ook door Digitenne c.s. betoogd, dat KPN zich jegens Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam garant heeft gesteld voor de verplichting voor Digitenne om voor de KPN-abonnees een vergoeding te voldoen. De vorderingen jegens KPN zullen daarom worden afgewezen.
- 5.14. Ten aanzien van de door Cedar c.s. gevorderde betaling van de vergoeding voor het jaar 2009 wordt overwogen dat niet in geschil is dat Cedar voor het jaar 2009 nog geen facturen heeft verzonden. Voorshands is de vergoeding voor het jaar 2009 daarmee nog niet opeisbaar, zodat die vordering zal worden afgewezen. Wel zal de vordering in conventie tot nakoming van de verplichting uit hoofde van de licentieovereenkomst vanaf het jaar 2009 worden toegewezen. Voorts heeft Digitenne c.s. ter terechtzitting verklaard dat in afwachting van een oordeel van de bodemrechter over haar betalingsverplichting het door haar aan Buma betaalde bedrag van EUR 1.190.000,00 niet op betaalde of te betalen bedragen in mindering zal worden gebracht. Bij de vordering in conventie om Digitenne c.s. te verbieden om aan Buma verrichte betalingen te verrekenen heeft Cedar c.s. derhalve geen (spoedeisend) belang meer.
- 5.15. Nu de vorderingen in conventie deels zullen worden toegewezen, is daarmee aan de gestelde voorwaarde voor indiening van de voorwaardelijk in reconventie ingestelde vorderingen voldaan. Ten aanzien van de geldvorderingen in verband met de gestelde onverschuldigde betalingen wordt overwogen dat uit hetgeen hiervoor in conventie reeds is overwogen volgt dat op dit moment niet aannemelijk is dat Digitenne de vergoeding voor de uitzending van de zenders Nederland 1, 2 en 3 niet is verschuldigd geweest. De terugvordering van het in verband daarmee betaalde bedrag zal daarom worden afgewezen. Evenmin is op dit moment voldoende aannemelijk dat het bedrag dat door Digitenne wordt teruggevorderd in verband met het gestelde niet uitzenden van VRT en Ketnet/Canvas in de periode van 23 april 2003 tot en met 1 september 2004, in een bodemprocedure zal worden toegewezen. Gelet op de betwisting door Cedar c.s. vergt een en ander een nader onderzoek naar de feiten, waar een kort geding zich niet voor leent. Daarnaast kan niet worden uitgesloten dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat, nu Digitenne c.s. pas jaren na dato meldt dat zij onverschuldigd heeft betaald, de terugvordering door

Digitenne c.s. in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. De gevorderde in verband met de inning van deze gestelde onverschuldigde betalingen gemaakte buitengerechtigde kosten zal eveneens worden afgewezen.

- 5.16. Wel zullen Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam, zoals in reconventie gevorderd, worden veroordeeld om de in artikel 7.4. van de licentieovereenkomst genoemde overzichten te verschaffen. Met de summiere verwijzing naar de openbare kabeltarieven hebben Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam voorshands onvoldoende aan hun in artikel 7.4. opgenomen verplichting voldaan. Tevens zullen Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam worden veroordeeld om in redelijk overleg te treden en te goeder trouw te onderhandelen over een door Digitenne c.s. vanaf 1 januari 2011 te betalen vergoeding en ter zake een aanbod te doen. Voorshands is voldoende aannemelijk dat de huidige opstelling door Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam, waarbij zij eerst volledige betaling van Digitenne wensen alvorens verder te onderhandelen over de vergoeding die Digitenne c.s. zal betalen over 2011, in een bodemprocedure als in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal worden geoordeeld. Vanwege het open karakter van de norm "non-discriminatoire" zal, ter voorkoming van eventuele executiegeschillen daarover, die norm niet in de veroordeling worden opgenomen. De niet voldoende weersproken vordering tot het verlenen van inzage voor welke rechthebbenden men incasseert en welke gelden aan welke beheersorganisaties toekomen is eveneens toewijsbaar. Het in dat kader gevorderde overleggen van bescheiden is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, te vergaand en daarom niet toewijsbaar. De gevorderde dwangsommen zullen worden gematigd en gemaximeerd.
- 5.17. Digitenne zal als de grotendeels in conventie in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Cedar c.s. in conventie worden veroordeeld. Cedar c.s. heeft in dat verband op grond van artikel 5, tweede lid, van de licentieovereenkomst gerechtelijke en buitengerechtigde incassokosten gevorderd. Ten aanzien van de buitengerechtigde incassokosten, voor de periode gelegen vóór 2010, wordt overwogen dat deze kosten ingevolge het bepaalde in artikel 242 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de grenzen van de redelijkheid niet dienen te overschrijden. De voorzieningenrechter zal overeenkomstig deze bepaling het bedrag ambtshalve matigen en wel – conform het rapport Voorwerk II – tot een bedrag gelijk aan twee punten van het toepasselijke liquidatietarief in eerste aanleg, met een maximum van 15% van de hoofdsom. Deze kosten worden berekend over het bedrag van EUR 2.367.014,24 en derhalve gesteld op EUR 6.422,00 (inclusief BTW).
- 5.18. De door Cedar c.s. gevorderde werkelijke advocaatkosten voor het instellen en bepleiten van dit kort geding zijn, nu het hier een geschil met betrekking tot de handhaving van intellectuele eigendommen betreft, op grond van

469586 / KG ZA 10-1691 WT/PV
25 november 2010

16

artikel 1019h Rv toewijsbaar. Nu de gestelde advocaatkosten niet zijn betwist en de vorderingen van Cedar c.s. grotendeels worden toegewezen, zullen ook de gevorderde advocaatkosten volledige worden toegewezen. De kosten aan de zijde van Cedar c.s. worden derhalve begroot op:

- dagvaarding	EUR	73,89
- vast recht		4.951,00
- salaris advocaat		<u>37.059,78</u>
Totaal	EUR	42.084,67

5.19. Cedar c.s. dient als de in conventie jegens KPN in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van KPN worden veroordeeld. Nu het verweer van KPN gelijkkluidend is aan dat van Digitenne en niet aannemelijk is geworden dat het verweer van KPN tot enige extra kosten heeft geleid, worden de proceskosten van KPN begroot op nihil.

5.20. Cedar c.s. zal als de grotendeels in reconventie in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Digitenne c.s. in reconventie worden veroordeeld. Nu het in reconventie ook in de kern gaat om de handhaving van het aan de licentieovereenkomst verbonden recht van intellectuele eigendom, zullen ook in reconventie op grond van artikel 1019h Rv de werkelijke proceskosten worden toegewezen. De onbetwist gebleven kosten aan de zijde van Digitenne c.s. worden derhalve begroot op:

- vast recht	EUR	263,00
- salaris advocaat		<u>43.200,00</u>
Totaal	EUR	43.463,00

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

In conventie:

- 6.1. veroordeelt Digitenne om aan Cedar te voldoen een bedrag van EUR 2.367.014,24 zegge: twee miljoen driehonderd zevenenzestigduizend veertien euro en vierentwintig eurocent), vermeerderd met een bedrag van EUR 351.700,13 (driehonderd eenenvijftigduizend zevenhonderd euro en dertien eurocent) aan rente tot aan dag der dagvaarding, alsmede vermeerderd met de wettelijke rente over de hoofdsom van EUR 2.367.014,24 vanaf 28 september 2010,
- 6.2. veroordeelt Digitenne tot nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de licentieovereenkomst en het convenant, meer in het bijzonder tot betaling van de uit hoofde van deze overeenkomsten verschuldigde bedragen over de

469586 / KG ZA 10-1691 WT/PV
25 november 2010

17

Digitenne uitzendingen van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010 binnen 30 dagen na ontvangst van een daartoe strekkende factuur,

- 6.3. veroordeelt Digitenne aan Cedar c.s. een bedrag van EUR 6.422,00 aan buitengerechtelijke kosten te voldoen,
- 6.4. veroordeelt Digitenne in de proceskosten van Cedar c.s., aan de zijde van Cedar c.s. tot op heden begroot op EUR 42.084,67,
- 6.5. veroordeelt Cedar c.s. in de proceskosten van KPN , aan de zijde van KPN tot op heden begroot op nihil,
- 6.6. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 6.7. wijst het meer of anders gevorderde af,

In reconventie:

- 6.8. veroordeelt Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam om binnen vijf dagen na de betekening van dit vonnis aan Digitenne c.s. afschrift en inzage in de in artikel 7.4 van de licentieovereenkomst genoemde overzichten en bescheiden aan de advocaten van Digitenne c.s. te verstrekken,
- 6.9. veroordeelt Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam hoofdelijk om aan Digitenne c.s. een dwangsom te betalen van EUR 10.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de in 6.8 uitgesproken veroordeling voldoen, tot een maximum van EUR 200.000,00 is bereikt,
- 6.10. veroordeelt Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam om binnen vijf werkdagen na de betekening van dit vonnis namens alle bij hen aangeslotenen en ten behoeve van openbaarmaking van hun werken opgenomen in alle in Nederland beschikbare netten, in redelijk overleg met Digitenne c.s. te treden en te goeder trouw te onderhandelen over een door Digitenne vanaf 1 januari 2011 te betalen vergoeding,
- 6.11. veroordeelt Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam om aan Digitenne c.s. een dwangsom te betalen van EUR 10.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de in 6.10 uitgesproken veroordeling voldoen, tot een maximum van EUR 200.000,00 is bereikt,
- 6.12. veroordeelt Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam om binnen een maand na de betekening van dit vonnis aan Digitenne c.s. een transparant voorstel te doen voor betaling van een vergoeding voor openbaarmaking van werken van bij hen aangeslotenen in uitzendingen via de netten die in Nederland beschikbaar zijn, waarbij inzage wordt gegeven voor welke

469586 / KG ZA 10-1691 WT/PV
25 november 2010

18

rechthebbenden men incasseert en welke gelden aan welke beheersorganisaties toekomen,

- 6.13. veroordeelt Agicoa, Lira, Pictoright, Sekam en Vevam hoofdelijk om aan Digitenne c.s. een dwangsom te betalen van EUR 10.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de in 6.12 uitgesproken hoofdveroordeling voldoen, tot een maximum van EUR 200.000,00 is bereikt,
- 6.14. veroordeelt Cedar c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Digitenne c.s. tot op heden begroot op EUR 43.463,00,
- 6.15. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 6.16. wijst het meer of anders gevorderde af,

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Tonkens - Gerkema, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. P.J. van Vliet, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 november 2010.

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank Amsterdam

type: PJvV
coll: