

vonnis **AFSCHRIFT**

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/650219 / HA ZA 18-646

Vonnis van 24 juli 2019

in de zaak van

de vereniging
**KONINKLIJKE NEDERLANDSE MAATSCHAPPIJ TOT BEVORDERING DER
TANDHEELKUNDE,**
gevestigd te Utrecht,
eiseres,
advocaat mr. S.C. van Loon te Amsterdam,

tegen

de vereniging
VERENIGING BUMA,
gevestigd te Amstelveen,
gedaagde,
advocaat mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

Partijen zullen hierna KNMT en Buma genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding met producties van 13 juni 2018,
 - de conclusie van antwoord met producties,
 - het tussenvonnissen van 23 januari 2019 waarbij een comparitie van partijen is gelast,
 - het proces-verbaal van de comparitie van 13 mei 2019, met de daarin genoemde stukken,
 - de opmerkingen van KNMT en Buma naar aanleiding van het proces-verbaal.

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. KNMT is een Nederlandse beroepsorganisatie van tandartsen, orthodontisten en kaakchirurgen. Zij heeft ongeveer 8.600 leden. Haar statutaire doelstelling is onder meer het behartigen van de maatschappelijke belangen van Nederlandse tandartsen in het algemeen en haar leden in het bijzonder.

2.2. Buma is een collectieve beheersorganisatie. Buma is krachtens artikel 30a Auteurswet (Aw) exclusief aangewezen om zich bezig te houden met de inning en verdeling van auteursrechtelijke vergoedingen voor de uitvoering en het gebruik van muziek in het openbaar. Hiertoe verstrekt zij licenties aan muziekgebruikers tegen een vergoeding die zij vervolgens verdeelt onder haar achterban, bestaande uit componisten en tekstschrijvers.

2.3. Buma int van circa 420 tandheelkundige praktijken in Nederland een licentievergoeding voor het afspelen van muziek.

2.4. De licentievergoedingen die Buma van tandheelkundige praktijken int, worden berekend op basis van het aantal vierkante meters van de ruimte waarin de muziek ten gehore wordt gebracht. Als in meerdere ruimten dezelfde muziek wordt afgespeeld, dan worden de oppervlakten bij elkaar opgeteld als één ruimte. Als in verschillende ruimten verschillende muziek wordt afgespeeld, dan wordt per ruimte afzonderlijk een vergoeding gerekend. Buma hanteert een tarief voor mechanische achtergrondmuziek waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën, afhankelijk van de functie van de muziek en de intensiteit van het aantal en de doorstroom van bezoekers. Muziekgebruikers die zich uit eigen beweging bij Buma melden, ontvangen een korting op het tarief. Een tandheelkundige praktijk betaalt volgens het in 2018 geldende tarief na korting voor één ruimte tot en met 100 m² € 146,57 per jaar.

2.5. Op 28 maart 2012 heeft Buma op haar website een persbericht met onder meer de volgende tekst gepubliceerd:

“Op 15 maart 2012 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak gedaan in de zaak SCF / Marco Del Corso op het gebied van naburig recht. De vraag die hierbij speelde was of sprake was van openbaarmaking. Buma heeft naar aanleiding van deze uitspraak onderzocht of een aanpassing in de huidige licentiepraktijk nodig is. De conclusie luidt dat dit niet het geval is.”

2.6. Bij brief van 6 november 2017 heeft KNMT aan Buma meegedeeld dat Buma zonder rechtsgrond vergoedingen van tandheelkundige praktijken incasseert en dat zij in een collectieve procedure staking daarvan zal vorderen. In diezelfde brief stelt KNMT voor dat Buma met haar in gesprek treedt om tot een gezamenlijke oplossing te komen.

2.7. In een reactie van 21 november 2017 heeft Buma aan KNMT laten weten haar incasseringspraktijken niet te staken en een gesprek met KNMT niet zinvol te achten. De advocaat van Buma heeft dit op 8 december 2017 telefonisch tegen KNMT herhaald.

3. Het geschil

3.1. KNMT vordert - samengevat - dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. voor recht verklaart dat tandheelkundige praktijken in Nederland (dat wil zeggen: alle tandheelkundige praktijken gevestigd in Nederland, voor zover ten minste één persoon die werkzaam is in de praktijk beschikt over een BIG-registratie), althans subsidiair de leden van KNMT, aan Buma geen vergoedingen verschuldigd zijn voor het afspelen van achtergrondmuziek in hun praktijk,

-
- II. Buma beveelt onmiddellijk na betekening van dit vonnis zich te onthouden van alle handelingen die gericht zijn op het incasseren van auteursrechtelijke vergoedingen bij de onder I genoemde praktijken, zoals – maar niet beperkt tot – het verzoeken opgave te doen van muziekgebruik, het aanmanen tot betaling of het op andere wijze afdwingen van betaling,
 - III. voor recht verklaart dat alle betalingen die de onder I genoemde praktijken in het verleden hebben gedaan onverschuldigd zijn verricht, zoals bedoeld in artikel 6:203 lid 1 BW,
 - IV. Buma beveelt binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis aan KNMT de volgende gegevens te verstrekken, in een door een onafhankelijke accountant aan de hand van de administratie van Buma op te stellen overzicht:
 - a. een specificatie van alle KNMT-leden die aan Buma vergoedingen hebben betaald voor het afspelen van achtergrondmuziek in hun praktijk,
 - b. per aldus gespecificeerd KNMT-lid het totale bedrag aan vergoedingen dat aan Buma is betaald, alsmede het bedrag dat is betaald te rekenen vanaf de datum genoemd in het bevel zoals gevorderd onder V,een en ander nadat bedoelde accountant desgevraagd van KNMT een overzicht heeft verkregen (voor zover relevant gelet op het dictum) van haar leden,
 - V. Buma beveelt binnen tien werkdagen na verstrekking van het onder IV bedoelde overzicht aan KNMT, de onder III bedoelde betalingen ongedaan te maken, door aan elk lid van KNMT een bedrag te betalen dat gelijk is aan het bedrag dat het betreffende lid blijktens het onder IV bedoelde overzicht aan Buma heeft betaald, althans subsidiair het bedrag dat gelijk is aan het bedrag dat het betreffende lid aan Buma heeft betaald te rekenen vanaf 6 november 1997, althans meer subsidiair het bedrag dat gelijk is aan het bedrag dat het betreffende lid aan Buma heeft betaald te rekenen vanaf 6 november 2012, in alle gevallen te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 28 maart 2012, althans vanaf de dag dat Buma wordt bevolen het bedrag te betalen (voor zover deze dag recenter is dan 28 maart 2012), tot aan de dag van algehele voldoening,
 - VI. indien en voor zover geen terugbetaling meer kan worden afgedwongen als gevorderd onder V: voor recht verklaart dat op Buma niettemin een natuurlijke verbintenis rust de betreffende onverschuldigde betalingen aan de betreffende KNMT-leden terug te betalen,
 - VII. Buma beveelt om binnen vijf werkdagen na de datum van dit vonnis de in het petitum van de dagvaarding vermelde tekst als persbericht uit te doen gaan en ten minste zes maanden op de homepage van haar website te plaatsen,
 - VIII. Buma veroordeelt tot betaling aan KNMT van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 25.000, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, per dag of dagdeel dat zij in strijd handelt met het onder II, IV, V en of VII gevorderde,
 - IX. Buma te veroordelen in de proceskosten op grond van artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

3.2. KNMT legt, kort gezegd, aan haar vorderingen ten grondslag dat het afspelen van muziek in tandheelkundige praktijken geen mededeling aan het publiek behelst in de zin van artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29/EG (hierna: de Auteursrechtlijn). KNMT verwijst daartoe naar jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof)

en meer specifiek naar het arrest van 15 maart 2012, C-135/10 (Marco del Corso). Volgens KNMT volgt daaruit dat voor het afspelen van muziek door tandheelkundige praktijken geen toestemming van de auteursrechthebbenden is vereist en dat Buma dus jarenlang ten onrechte vergoedingen incasseert. KNMT vordert daarom niet alleen een verklaring voor recht dat de tandheelkundige praktijken geen vergoeding hoeven te betalen, maar ook een verbod op verdere incassering door Buma en terugbetaling van de tot nu toe betaalde vergoedingen op grond van onverschuldigde betaling. Voor zover een betalingsplicht kan worden afgeleid uit gesloten licentieovereenkomsten, meent KNMT primair dat de tandheelkundige praktijken hebben gedwaald omtrent hun wettelijke plicht tot betaling zodat die overeenkomsten vernietigbaar zijn. Subsidiair stelt KNMT dat de betalingsplicht niet afdwingbaar is omdat de wettelijke grondslag daarvoor is komen te vervallen, dan wel dat het afdwingen van betaling in strijd is met de redelijkheid en billijkheid of anderszins onrechtmatig is.

3.3. Buma voert verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkheid van KNMT, althans tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van KNMT in de proceskosten op grond van artikel 1019h Rv.

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

4. De beoordeling

Ontvankelijkheid KNMT

4.1. KNMT stelt haar vorderingen in namens Nederlandse tandheelkundige praktijken, althans haar leden, op grond van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW), dat voorziet in de zogenaamde collectieve actie. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat i) (onder meer) een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid ii) een rechtsvordering kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, iii) voor zover die vereniging deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Uit het tweede lid blijkt verder dat iv) de belangenorganisatie voldoende moet hebben getracht het gevorderde te bereiken door het voeren van overleg met de gedaagde, en dat v) met de rechtsvordering de belangen van de personen ten behoeve van wie de vordering is ingesteld voldoende zijn gewaarborgd.

4.2. KNMT voldoet aan het vereiste onder i), nu zij haar statuten heeft opgenomen in een notariële akte zoals bedoeld in artikel 2:27 BW en daarmee volledige rechtsbevoegdheid heeft verkregen (artikel 2:27 lid 3 BW). Dit is tussen partijen ook niet in geschil.

4.3. KNMT voldoet ook aan de onder iii) geformuleerde eis. Ten eerste blijkt uit de statuten van KNMT dat zij onder meer tot doel heeft de maatschappelijke belangen te behartigen van Nederlandse tandartsen in het algemeen en haar leden in het bijzonder. Ten tweede blijkt uit KNMT's omschrijving van haar activiteiten, waaronder het onderhandelen namens haar leden met politici en toezichthouders, dat zij deze belangen op actieve wijze behartigt.

4.4. Verder staat niet ter discussie dat KNMT het gesprek met Buma heeft willen aangaan (zie hiervoor onder 2.6 - 2.7), zodat ook aan het vereiste onder iv) is voldaan.

Evenmin is in geschil dat KNMT met de vorderingen de belangen van de tandheelkundige praktijken voldoende waarborgt, zodat ook is voldaan aan het onder v) vereiste.

4.5. De discussie van partijen spitst zich toe op het onder ii) gestelde vereiste, inhoudende dat de vorderingen strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen. Daaraan is voldaan als de behartigde belangen zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Aldus kan in één procedure worden geoordeeld over de door de belangenorganisatie aan de orde gestelde geschilpunten en vorderingen, zonder dat daarbij de bijzondere omstandigheden van de individuele belanghebbenden betrokken hoeven te worden (zie Hoge Raad 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756). Bij collectieve acties gaat het in de regel om vorderingen die er toe strekken een oordeel te verkrijgen over de (on)toelaatbaarheid van een bepaalde handelwijze van een gedaagde. Voldoende gelijksoortigheid van belangen hoeft niet mee te brengen dat de posities, achtergronden en belangen van degenen ten behoeve van wie een collectieve actie wordt ingesteld identiek of zelfs overwegend gelijk zijn.

4.6. Volgens Buma lenen de vorderingen zich niet voor collectieve behandeling, omdat de vraag of auteursrechtelijke toestemming is vereist niet in het algemeen voor alle tandheelkundige praktijken kan worden beantwoord maar juist een beoordeling vergt van de feitelijke omstandigheden per individuele praktijk.

4.7. Met dit argument loopt Buma in feite vooruit op de inhoudelijke discussie omtrent het begrip "mededeling aan het publiek". De vorderingen van KNMT zijn in de kern gestoeld op haar standpunt dat tandheelkundige praktijken nooit een mededeling aan het publiek doen en daarmee nooit auteursrechtelijke toestemming nodig hebben voor het afspelen van muziek. Naar het oordeel van de rechtbank lopen de belangen van de tandheelkundige praktijken daarmee parallel, in die zin dat de door KNMT beoogde vaststelling dat geen enkele praktijk een vergoeding verschuldigd is, ongeacht de individuele omstandigheden, voor iedere praktijk van belang is. Dat is voldoende om in deze zaak gelijksoortige belangen aan te kunnen nemen en KNMT ontvankelijk te achten, afgezien van de inhoudelijke beoordeling van deze stelling, die vervolgens dient plaats te vinden. Dat niet alle tandheelkundige praktijken aan Buma afdragen en de financiële belangen van de verschillende praktijken daardoor niet identiek zijn, maakt dat niet anders. De praktijken die (nog) geen licentieovereenkomst hebben gesloten met Buma hebben immers belang bij de vaststelling dat zij daartoe niet verplicht zijn en daartoe ook niet verplicht kunnen worden. Hieruit volgt dat in ieder geval de door KNMT ingestelde vorderingen onder I en II (zie hiervoor onder 3.1) strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen die kunnen worden beoordeeld, ook als de onderliggende omstandigheden afwijken per geval.

4.8. De overige vorderingen van KNMT hangen samen met de vorderingen onder I en II en zien kort gezegd op het doen van opgave, een bevel tot terugbetaling van de reeds door Buma geïncasseerde vergoedingen en publicatie van een persbericht, een en ander onder een dwangsom. De rechtbank overweegt dat, met uitzondering van het gevorderde persbericht, deze vorderingen weliswaar niet relevant zijn voor alle (bij KNMT aangesloten) praktijken, maar dat dit collectieve beoordeling in zijn algemeenheid niet in de weg staat zolang de belangen van de betreffende praktijken gelijksoortig zijn. De vraag of dat voor iedere afzonderlijke vordering zo is en of KNMT deze aldus kan instellen namens alle

tandheelkundige praktijken dan wel namens haar leden (waaronder bijvoorbeeld haar vorderingen voor zover die zijn gebaseerd op dwaling) behoeft echter geen nadere beoordeling, gelet op hetgeen hierna onder 4.10 en verder zal worden overwogen.

4.9. Op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat KNMT ontvankelijk is in haar collectieve actie.

Mededeling aan het publiek

4.10. Het geschil gaat in de kern over de vraag of tandheelkundige praktijken door het afspelen van muziek in hun praktijk een “mededeling aan het publiek” doen in de zin van artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn. De vorderingen van KNMT nemen tot uitgangspunt dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord en zien op de gevolgen die daaruit voortvloeien, met als voornaamste inzet een verklaring voor recht dat de praktijken geen vergoedingen aan Buma verschuldigd zijn.

4.11. KNMT baseert haar stelling dat tandheelkundige praktijken geen mededeling aan het publiek doen op rechtspraak van het Hof en in het bijzonder het arrest Marco del Corso. Volgens KNMT is het Hof hierin duidelijk: de patiënten van een tandarts kwalificeren niet als een publiek en het ten gehore brengen van muziek heeft geen winstoogmerk, zodat de tandheelkundige praktijken geen mededeling aan het publiek verrichten. Dit geldt voor alle tandheelkundige praktijken, of ze nu klein zijn of groot, aldus KNMT.

4.12. Buma stelt zich op het standpunt dat het Hof geen algemene regel heeft geformuleerd die geldt voor alle tandheelkundige praktijken. Sterker nog, uit het arrest Marco del Corso en latere rechtspraak zou juist volgen dat steeds een geïndividualiseerde beoordeling nodig is om te beoordelen of sprake is van een mededeling van het publiek. Bovendien kan volgens Buma het arrest Marco del Corso hier niet rechtstreeks worden toegepast omdat die uitspraak zag op het nabuurrechtelijke vergoedingsrecht, terwijl Buma incasseert op grond van het preventieve recht van auteursrechthebbenden.

4.13. Bij de beoordeling van deze standpunten is het volgende kader van belang.

4.14. Artikel 3 lid 1 Auteursrechtlijn ziet op de mededeling aan het publiek en luidt als volgt:

“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.”

4.15. Het in dit artikel genoemde recht ziet op iedere mededeling die wordt gedaan aan een publiek dat niet aanwezig is op de plaats van oorsprong van de mededeling, zo volgt uit overweging 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn. De Auteursrechtlijn preciseert niet wat onder mededeling aan het publiek dient te worden verstaan. Het is een autonoom Unierechtelijk begrip, waaraan volgens opnieuw overweging 23 van de considerans van de richtlijn een ruime betekenis toekomt. Deze ruime uitleg is onontbeerlijk om de belangrijkste doelstelling van de Auteursrechtlijn te bereiken, namelijk het

verwezenlijken van een hoog beschermingsniveau voor de auteurs (vgl. arrest van het Hof van 7 december 2006, C-306/05, r.o. 36 (SGAE)).

4.16. De mededeling aan het publiek wordt, als onderdeel van het begrip “openbaarmaking”, nationaal geregeld in artikel 12 Aw. Het eerste en vierde lid van dit artikel luiden als volgt:

“1. Onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt mede verstaan:

1. de openbaarmaking van eene verveelvoudiging van het geheel of een gedeelte van het werk;
2. de verbreiding van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan, zolang het niet in druk verschenen is;
3. het verhuren of uitlenen van het geheel of een gedeelte van een exemplaar van het werk met uitzondering van bouwwerken en werken van toegepaste kunst, of van een verveelvoudiging daarvan die door de rechthebbende of met zijn toestemming in het verkeer is gebracht;
4. de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan;
5. het uitzenden van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door middel van een satelliet of een andere zender of een omroepnetwerk als bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008.”

“4. Onder een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar wordt mede begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring, en voor de toegang tot de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling geen betaling, in welke vorm ook, geschiedt. Hetzelfde geldt voor een tentoonstelling.”

4.17. Het vierde lid geeft kort gezegd een uitzondering op het uitsluitende recht van de auteursrechthebbende indien de openbaarmaking in privékring wordt gedaan. Deze bepaling dient zoveel mogelijk te worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de bepalingen van de Auteursrechtlijn, een en ander (uiteraard) voor zover de openbaarmaking een mededeling aan een niet bij de oorsprong van die mededeling aanwezig publiek betreft en dus binnen het bereik van de Auteursrechtlijn valt en is geharmoniseerd. Het is immers aan de nationale rechter om de rechtsbescherming die voor de justitiabelen uit het Unierecht voortvloeit, te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen. De rechtbank ziet, voor zover in de onderhavige zaak van belang, noch in de formulering van de wetsbepaling noch in de wetsgeschiedenis (waaruit blijkt dat de wetgever het niet nodig heeft gevonden om artikel 12 Aw aan te passen aan artikel 3 van de Auteursrechtlijn omdat de daar bedoelde handelingen al door artikel 12 worden bestreken) aanknopingspunten om bij de uitleg daarvan af te wijken van de uitleg van de “mededeling van het publiek” zoals bedoeld in de Auteursrechtlijn, zodat bij die uitleg zal worden aangesloten. Gelet op de formulering van de wetsbepaling en de omstandigheid dat niet is gebleken dat de wetgever (voor zover mogelijk) heeft willen afwijken van datgene waartoe de richtlijn hem verplichtte, leidt een dergelijke uitleg van artikel 12 Aw – anders dan Buma heeft bepleit – niet tot een uitleg *contra legem* (vgl. Hoge Raad 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88). Een en ander leidt naar het oordeel van de rechtbank ertoe dat wanneer er bij de hier aan de orde zijnde vorm van het ten gehore brengen van muziek

geen sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 lid 1
Auteursrechtlijn ook geen sprake is van openbaarmaking in de zin van artikel 12 Aw.

4.18. Het begrip “mededeling aan het publiek” is onderwerp geweest van talrijke uitspraken van het Hof. Uit deze rechtspraak blijkt dat rekening moet worden gehouden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij volgens het Hof zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast. Kort gezegd is van een mededeling aan het publiek sprake als de mededeling bestaat uit een tussenkomst door de gebruiker waardoor het beschermde werk toegankelijk wordt gemaakt voor een nieuw publiek, zonder dat beslissend is of zij daarvan gebruik maken. Het publiek moet bestaan uit een onbepaald aantal potentiële ontvangers dat niet is beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren. Het publiek omvat voorts een vrij groot aantal personen. Er dient rekening te worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van het beschikbaar stellen van een werk, waarbij niet alleen van belang is hoeveel personen tegelijkertijd maar ook achtereenvolgens toegang hebben tot het werk. Daarbij geldt een zekere de-minimisdrempel waardoor een te klein of onbeduidend aantal personen niet kwalificeert als een “publiek”. Of de gebruiker met het toegankelijk maken van het werk een winstoogmerk heeft, is voor de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek niet doorslaggevend, maar ook “niet irrelevant”. Ook de “ontvankelijkheid” van het publiek kan relevant zijn. Het voorgaande volgt onder meer uit het reeds aangehaalde arrest van het Hof van 7 december 2006, C-306/05 (SGAE), en de arresten van 15 maart 2012, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)/Ierland) en van 27 februari 2014, C-351/12 (OSA).

4.19. In 2012 heeft het Hof zich gebogen over de vraag of de Turijnse tandarts Marco del Corso was gehouden tot het betalen van een billijke vergoeding in de zin van artikel 8 lid 2 van Richtlijn 92/100/EEG (Richtlijn Naburige Rechten, thans opgevolgd 2006/115/EG) voor het afspelen van muziek in zijn praktijk. Hiertoe overwoog het Hof onder meer, voor zover hier van belang:

“76. Wat in het bijzonder artikel 8, lid 2, van Richtlijn 92/100 betreft, volgt daaruit dat deze bepaling een geïndividualiseerde beoordeling van het begrip mededeling aan het publiek inhoudt. Dit geldt ook voor de identiteit van de gebruiker en voor het gebruik van het betrokken fonogram.

(...)

78. Om te beoordelen of een gebruiker een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 8, lid 2, van Richtlijn 92/100 verricht, moeten aldus de situatie van een specifieke gebruiker en die van alle personen aan wie hij de auteursrechtelijk beschermde fonogrammen meedeelt, worden beoordeeld volgens de geïndividualiseerde benadering waarvan sprake in punt 76 van het onderhavige arrest.

79. Bij een dergelijke beoordeling is het van belang rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria. Bijgevolg moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast, waarbij deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen.

80. Derhalve moet de nationale rechter de gegeven situatie in globo beoordelen.

(...)

93. Hoewel het in beginsel aan de nationale rechterlijke instanties staat om te bepalen of dit in een concreet geval zo is en om alle definitieve feitelijke vaststellingen dienaangaande te doen, zoals in punt 80 van het onderhavige arrest is uiteengezet, moet worden vastgesteld dat het Hof aangaande het hoofdgeding beschikt over alle elementen die nodig zijn om te beoordelen of er sprake is van een dergelijke mededeling aan het publiek.

94. Allereerst dient te worden opgemerkt dat zoals in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten SGAE en Football Association Premier League e.a., de patiënten van een tandarts, hoewel zij zich binnen het ontvangstgebied van het dragersignaal van de fonogrammen bevinden, deze fonogrammen slechts kunnen horen omdat de tandarts dit doelbewust mogelijk heeft gemaakt. Bijgevolg moet worden aangenomen dat deze tandarts welbewust intervenueert in de uitzending van deze fonogrammen.

95. Wat vervolgens de patiënten van een tandarts als die in het hoofdgeding betreft, is het van belang erop te wijzen dat zij normaliter een geheel van personen vormen waarvan de samenstelling grotendeels stabiel is en dat zij dus een bepaald geheel van potentiële luisteraars uitmaken, aangezien andere personen in beginsel geen toegang hebben tot de zorgverlening van deze tandarts. Bijgevolg gaat het niet om 'personen in het algemeen', anders dan de in punt 85 van het onderhavige arrest gegeven omschrijving.

96. Daarenboven moet aangaande het aantal personen voor wie hetzelfde fonogram door de tandarts hoorbaar wordt gemaakt, in lijn met wat in punt 84 van het onderhavige arrest is uiteengezet, worden vastgesteld dat het aantal personen vrij beperkt en zelfs onbeduidend is in het geval van patiënten van een tandarts, aangezien de kring van personen die tegelijk in zijn kabinet aanwezig zijn, doorgaans zeer beperkt is. Zo de patiënten op elkaar volgen, neemt dit bovendien niet weg dat deze beurtelings aanwezige patiënten in de regel niet dezelfde fonogrammen, met name de via de radio uitgezonden fonogrammen, horen.

97. Ten slotte kan niet worden betwist dat, in een situatie als die in het hoofdgeding, een tandarts die als achtergrondmuziek fonogrammen uitzendt in aanwezigheid van zijn patiënten, louter wegens deze uitzending redelijkerwijs niet kan verwachten dat het aantal patiënten van zijn praktijk zal toenemen, of dat hij de prijs van de zorgverlening zal kunnen verhogen. Bijgevolg kan een dergelijke uitzending op zich geen invloed hebben op de inkomsten van deze tandarts.

98. De patiënten van een tandarts gaan immers uitsluitend voor tandverzorging naar een tandartspraktijk en daarbij is een uitzending van fonogrammen geen aan tandverzorging inherent aspect. Zij horen toevallig en buiten hun wil bepaalde fonogrammen, afhankelijk van hun aankomsttijdstip in de praktijk en hun wachttijd alsook van de aard van de behandeling. In deze omstandigheden kan niet worden verondersteld dat de normale kring van patiënten van een tandarts ontvankelijk is voor de betrokken uitzending.

99. Bijgevolg vertoont een dergelijke uitzending geen winstoogmerk, zodat niet is voldaan aan het in punt 90 van dit arrest vermelde criterium.

100. Uit de voorgaande overwegingen vloeit voort dat een tandarts als die in het hoofdgeding, die in zijn praktijk kosteloos fonogrammen uitzendt ten behoeve van zijn patiënten die deze uitzending buiten hun wil horen, geen ‘mededeling aan het publiek’ in de zin van artikel 8, lid 2, van Richtlijn 92/100 verricht.”

4.20. Kort gezegd heeft het Hof overwogen dat de patiëntenkring van Marco del Corso een stabiele en daarmee niet onbepaalde samenstelling heeft en hetzelfde werk slechts voor een onbeduidend aantal personen hoorbaar is, zodat geen sprake is van een “publiek”, en dat het afspelen van muziek in de praktijk geen winstoogmerk heeft. Het Hof concludeert dat een tandheelkundige praktijk als die van Marco del Corso geen mededeling aan het publiek doet in de zin van de Richtlijn Naburige Rechten, zodat hij geen nabuurrechtelijke vergoeding is verschuldigd.

4.21. Vier jaar later heeft het Hof in zijn arrest van 31 mei 2016, C-117/15 (Reha) bepaald dat de uitleg die hij in Marco del Corso heeft gegeven aan het begrip “mededeling aan het publiek” op dezelfde manier moet worden toegepast in het auteursrecht, zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 Auteursrecht richtlijn, aangezien uit niets blijkt dat de Uniewetgever het begrip “mededeling aan het publiek” een verschillende betekenis heeft willen geven in de respectievelijke context van de verschillende richtlijnen en tegenstrijdige en onderling onverenigbare uitleggingen moeten worden voorkomen (zie r.o. 31 - 34). Gelet hierop kan Buma niet worden gevolgd in haar standpunt dat de “mededeling aan het publiek” zoals uitgelegd in de nabuurrechtelijke zaak Marco del Corso een andere betekenis moet worden gegeven dan in auteursrechtelijke context.

4.22. Het Hof heeft in Reha de geïndividualiseerde beoordeling, zoals die in Marco del Corso al was geformuleerd, verder bevestigd:

“35. Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat bij de beoordeling of sprake is van een mededeling aan het publiek, het van belang is rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij zowel individueel als in onderling verband worden toegepast [zie in die zin arrest van 15 maart 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak].”

4.23. Ook in andere uitspraken heeft het Hof herhaald dat de criteria die relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van een mededeling aan het publiek per concrete situatie moeten worden toegepast, zoals in het hierboven door het Hof reeds aangehaalde arrest van 15 maart 2012, C-162/10 (Phonographic Performance (Ireland)/Ierland) en in het arrest van 14 juni 2017, C-610/15 (Brein/Ziggo). In laatstgenoemd arrest heeft het Hof onder meer overwogen:

“23. Het Hof heeft met betrekking tot het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 tevens benadrukt dat dit een geïndividualiseerde beoordeling vergt (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
(...)

25. Bij de beoordeling of een gebruiker een handeling, bestaande in een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht, moet rekening worden gehouden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Bijgevolg moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast, aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

4.24. Verder is van belang dat het Hof in het arrest Reha de relevantie van een winsttoegmerk bij de mededeling, zoals dat in het arrest Marco del Corso werd aangehaald, nader heeft toegelicht:

“49. Benadrukt zij nog dat het winsttoegmerk van uitzending van een beschermd werk voor het publiek weliswaar niet bepalend is om een dergelijke uitzending te kwalificeren als “mededeling aan het publiek” (zie in die zin arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a., C-607/11, EU:C:2013:147, punt 43), maar niet irrelevant is (zie in die zin arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 204 en aldaar aangehaalde rechtspraak), met name om de eventuele vergoeding te bepalen die verschuldigd is uit hoofde van deze uitzending.”

4.25. De juistheid van de stelling van KNMT dat tandheelkundige praktijken in het algemeen geen mededeling aan het publiek doen, moet worden beoordeeld in het licht van al deze rechtspraak van het Hof.

4.26. In het arrest Marco del Corso heeft het Hof weliswaar geoordeeld dat geen sprake is van een mededeling aan het publiek, maar daarbij is aangetekend dat dit geldt voor een “praktijk als die in het hoofdgeding”. Daarbij is het Hof ervan uitgegaan dat de patiëntenkring van een tandarts “normaliter” grotendeels stabiel is omdat andere personen “in beginsel” geen toegang hebben, dat het aantal tegelijkertijd in de praktijk aanwezige personen “doorgaans” zeer beperkt is en dat zij “in de regel” niet dezelfde fonogrammen horen (r.o. 95 en 96 van het Hof, zoals hiervoor onder 4.19 weergegeven). Deze aannames van het Hof voor een - naar zijn kennelijke opvatting doorsnee - tandheelkundige praktijk nemen niet weg dat er praktijken kunnen zijn waar die aannames niet van toepassing zijn. Het Hof laat ook ruimte voor vaststelling van afwijkende omstandigheden door voorop te stellen dat “het in beginsel aan de nationale rechterlijke instanties staat om te bepalen of dit in een concreet geval zo is en om alle definitieve feitelijke vaststellingen dienaangaande te doen” (r.o. 93 van het Hof). In dat kader heeft het Hof benadrukt dat een individuele benadering is vereist, waarbij de relevante criteria gelet op de concrete situatie in wisselende intensiteit moeten worden toegepast (r.o. 77 - 79 van het Hof). Dit uitgangspunt is ook verenigbaar met overige rechtspraak van het Hof, waarin de individuele benadering wordt bestendigd (zie hiervoor onder 4.22 en 4.22).

4.27. Zoals Buma terecht naar voren heeft gebracht, variëren tandheelkundige praktijken in aantal patiënten, aantal werkzame personen, oppervlakte en het soort muziekgebruik, waarbij immers sprake kan zijn van muziekgebruik in de wachtruimte, behandelruimte of in de kantine waar geen patiënten komen. Daardoor kan niet zonder meer worden gezegd dat iedere tandheelkundige praktijk in Nederland kan worden gelijkgesteld met die van Marco del Corso en, zoals het Hof in die casus doorslaggevend achtte, geen publiek van voldoende omvang en geen winsttoegmerk heeft.

4.28. Behalve dat niet kan worden uitgesloten dat door schaalvergroting tandheelkundige praktijken steeds omvangrijker worden, zijn ook andere varianten denkbaar, zoals een zorgcentrum met meerdere dienstverleners waarin tandartspatiënten een wachtruimte delen met patiënten van de eveneens aldaar gevestigde diëtist of huisarts. In zulke gevallen zal minder snel sprake zijn van een onbeduidend aantal luisteraars. Evenmin kan worden uitgesloten dat bepaalde tandheelkundige praktijken muziek voor therapeutische doeleinden inzetten vóór of tijdens de behandeling zodat, anders dan kennelijk het geval was bij Marco del Corso, zeer wel van een winsttoegmerk kan worden gesproken.

4.29. Het voorgaande brengt mee dat niet kan worden vastgesteld dat een tandheelkundige praktijk geen mededeling aan het publiek doet, zonder dat hieraan een individuele beoordeling vooraf gaat. Dat betekent dat een vordering tot een verklaring voor recht ten aanzien van alle Nederlandse tandheelkundige praktijken dan wel de leden van KNMT niet kan worden toegewezen zonder dat is gebleken dat in (al) die praktijken niet wordt voldaan aan de vereisten voor een mededeling aan het publiek. KNMT heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd die een (meer) individuele beoordeling met betrekking tot de individuele praktijken, mogelijk maken. Naar de rechtbank begrijpt, heeft KNMT dit nagelaten omdat zij meent dat dit gelet op het arrest Marco del Corso niet nodig is. Hiermee heeft KNMT niet aan haar stelplicht ter zake voldaan.

4.30. Gelet op al het voorgaande luidt de conclusie dat KNMT niet kan worden gevolgd in haar stelling dat tandheelkundige praktijken geen mededeling aan het publiek doen. Nu KNMT deze stelling aan de grondslag van al haar vorderingen heeft gelegd, moeten al haar vorderingen worden afgewezen.

Proceskosten

4.31. KNMT zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Buma vordert vergoeding van de redelijke en evenredige kosten op de voet van artikel 1019h Rv.

4.32. Beide partijen gaan uit van toepasselijkheid van artikel 1019h Rv. Artikel 1019h Rv, dat de implementatie vormt van artikel 14 Richtlijn 2004/48/EG (Handhavingsrichtlijn), is van toepassing op procedures die zien op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom. Daarvan is (in ieder geval) sprake als aan de orde is of de vermeende inbreukmaker zonder toestemming handelingen (heeft) verricht of dreigt te verrichten die zijn voorbehouden aan de houder van een intellectueel eigendomsrecht. In de onderhavige zaak is de inbreukvraag aan de orde, in die zin dat de vorderingen van KNMT voortvloeien uit de vraag of de tandheelkundige praktijken toestemming nodig hebben van de door Buma vertegenwoordigde rechthebbenden en aldus zonder die toestemming inbreuk maken. De proceskosten zullen daarom worden begroot aan de hand van artikel 1019h Rv.

4.33. Buma heeft bij akte van 10 mei 2019 ten behoeve van haar beroep op artikel 1019h Rv overzichten in het geding gebracht van de door haar gemaakte proceskosten. Deze kosten, met een totaal van € 55.194,83, zijn door KNMT niet betwist en naar het oordeel van de rechtbank voldoende nauwkeurig gespecificeerd, zodat daarvan zal worden uitgegaan. De rechtbank acht deze kosten tot het geldende maximale indicatietarief als bedoeld in de Regeling Indicatie-tarieven in IE-zaken evenredig en redelijk, mede gelet op de vergelijkbare hoogte van de door KNMT zelf gevorderde vergoeding op grond artikel 1019h

Rv. Volgens zowel Buma als KNMT is sprake van een geschil met een groot fundamenteel belang en een meervoud aan (in karakter uiteenlopende) vorderingen die verstreckende gevolgen kunnen hebben. Naar het oordeel van de rechtbank rechtvaardigen deze omstandigheden inderdaad dat de zaak als complex als bedoeld in voormelde Regeling wordt aangemerkt. Niet is gesteld of gebleken echter dat hier sprake is van een bijzonder geval waarin een hoger bedrag dan het indicatietarief moet worden toegewezen op basis van de specifieke kenmerken van het geval. Gelet hierop zal (slechts) het maximale indicatietarief van € 35.000,= worden toegewezen.

4.34. De toe te wijzen proceskosten komen aldus neer op € 35.000,= aan salaris advocaat plus € 626,= aan griffierecht, in totaal dus € 35.626,=.

4.35. Tot slot zal KNMT ambtshalve worden veroordeeld in de nakosten voor zover deze op dit moment kunnen worden begroot, zoals vermeld in de beslissing.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt KNMT in de proceskosten, aan de zijde van Buma tot op heden begroot op € 35.626,=,

5.3. veroordeelt KNMT in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat KNMT niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak.

Dit vonnis is gewezen door mr. C. Bakker, rechter, bijgestaan door mr. M.A. Kloppenburg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 24 juli 2019.

VOOR AFSCRIFT CONFORM
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam