

Beslissing

De rechtbank:

- Verklaart voor recht dat de handelwijze van Digi Music, bestaande in de doorgifte via een satelliet van in gecodeerde vorm gebrachte electromagnetische signalen waarin muziek is opgenomen die is vastgelegd op (en die was overgenomen van) voor commerciële doeleinden in het verkeer gebrachte fonogrammen waarop de WNR van toepassing is en het vervolgens aan afnemers binnen Nederland ter beschikking stellen van decodeerapparaten, oplevert een vorm van openbaarmaking van de op de betreffende fonogrammen vastgelegde muziek, waarvoor (voor zover het gaat om fonogrammen waarop art. 7 WNR van toepassing is) een billijke vergoeding aan Sena moet worden voldaan;
- Bepaalt dat Digi Music uit hoofde van artikel 7 WNR over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 een vergoeding aan Sena is verschuldigd, berekend naar 2,5% van de bruto-inkomsten die Digi Music over die periode heeft ontvangen uit hoofde van de beschikbaarstelling van muziekprogramma's via gecodeerde signalen, uitgezonden per satelliet (met dien verstande dat in dit percentage van 2,5% een gedeelte groot 0,47% door Sena wordt gecasseerd terzake van mechanische reproductie van op fonogrammen vastgelegde muziek, en onder die titel wordt doorbetaald aan de betreffende fonogrammakers);
- Veroordeelt Digi Music om, binnen twee maanden na betekening van dit vonnis, een vergoeding aan Sena te betalen, berekend naar 2,5% van de bruto-inkomsten over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000, die Digi Music heeft ontvangen uit hoofde van de beschikbaarstelling van muziekprogramma's via gecodeerde signalen, uitgezonden per satelliet;
- Wijst af het meer of anders gevorderde;
- Compenseert de proceskosten aldus dat ieder de eigen kosten draagt;
- Verklaart dit vonnis zo veel als mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Dit uitgebreide en fraaie vonnis bevat een schat aan informatie en veel stof voor discussie. De belangrijke vragen die aan de orde komen zijn: a) of het gecodeerde aanleveren van achtergrondmuziek aan een tussenschakel is te kwalificeren als openbaarmaking b) of de billijke vergoeding die muziekgebruikers aan Sena moeten betalen evenredig is aan het percentage gebruikt 'Sena'-repertoire en c) op wie de bewijslast ligt ter zake van het gebruik van 'Sena'-repertoire.

Gecodeerde aanlevering van achtergrondmuziek

Inleiding

De activiteit van Digi Music is de AMI-lezer reeds bekend uit het Arnhemse vonnis van 8 maart 2001 (AMI 2001/3, p. 75) en is te lezen in de feitenvaststelling, ov. 1 sub c en d van het vonnis. Omdat het openbaarmakingsbegrip (voor zover hier relevant) in de WNR identiek is aan dat in de Auteurswet is de eerste vraag waarvoor de Haagse Rechtbank zich gesteld ziet identiek aan de vraag die in Arnhem aan de orde was.

De Rechtbank begint met de vaststelling dat het begrip 'mededeling aan het publiek per satelliet', zoals dat in iets andere bewoordingen in art. 32a WNR voorkomt, een communautair begrip is,

dat is gedefinieerd in de Satellietrichtlijn. De Rechtbank verbindt daaraan de conclusie dat 'aan hetgeen tijdens de parlementaire behandeling van artikel 32a lid1 WNR en in louter op het Nederlands recht georiënteerde commentaren over deze begrippen is opgemerkt, geen relevant gewicht toekomt'. De Rechtbank besluit ook aan alle hierop gebaseerde argumenten voorbij te gaan.

Deze zienswijze lijkt mij wat kort door de bocht. Uiteraard is het juist dat een communautair begrip in beginsel en uiteindelijk 'Europees' moet worden uitgelegd. De stelling dat daarmee al hetgeen tijdens de nationale parlementaire behandeling heeft plaatsgevonden 'geen relevant gewicht' toekomt gaat mij wat ver. De stelling die lijkt te impliceren dat al hetgeen er door Nederlandse commentatoren over is gezegd ook geen enkel gewicht toekomt, lijkt mij gelijk te stellen met de (niet door mij aangehangen, fictieve) stelling dat al hetgeen Nederlandse rechters over een communautair begrip op te merken hebben, geen relevant gewicht toekomt. Beide stellingen zijn m.i. onjuist.

Vervolgens stelt de Rechtbank vast dat bij een 'mededeling aan het publiek' niet van belang is of de mededeling ook daadwerkelijk door het publiek wordt ontvangen, maar dat beslissend is of het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt. Verder oordeelt de Rechtbank aan het slot van r.o. 13 dat in art. 1 lid 2 sub c Satellietrichtlijn 'het ter beschikking stellen van decoders niet méér impliceert dan dat het werk of de uitvoering/opname toegankelijk wordt gemaakt voor degenen aan wie decoders ter beschikking worden gesteld'. Dit oordeel vormt een opmaat naar het uiteindelijk oordeel van de Rechtbank op dit punt, maar is m.i. niet juist omdat hier het (cruciale) begrip 'het publiek' wordt weggelaten.

Beoordeling naar Nederlands recht

Hoewel de Rechtbank van oordeel is dat de 'mededeling aan het publiek per satelliet' een communautair begrip is, begint zij, in een overweging ten overvloede (r.o. 16) met een beoordeling naar Nederlands recht, waarbij het communautaire recht buiten beschouwing wordt gelaten. De Rechtbank baseert haar oordeel ten deze (uitsluitend) op één zinsnede uit het 'Kleine kabelnetten'-arrest (HR 24 december 1993, NJ 1994, 641). De Hoge Raad heeft in dat arrest overwogen dat 'slechts dan' niet sprake is van een 'mededeling aan het publiek' wanneer de mededeling (zonder betaling) in de [familie]kring plaatsvindt. 'Uit het gebruik van de woorden "slechts dan" is [volgens de Rechtbank] af te leiden dat iedere mededeling die wordt gedaan aan personen die niet tot deze kring behoren, een "mededeling aan het publiek" oplevert, ongeacht of deze personen wel of niet eindgebruikers/consumenten zijn'. Volgens mij plaatst de Rechtbank deze overweging van de Hoge Raad hiermee buiten haar context. Alle kabelkijkende ouden in de flats waar het in het 'Kleine kabelnetten'-arrest om ging waren eindgebruikers/consumenten en de vraag of het anders zou zijn geweest als zij dat niet waren, was in die zaak niet aan de orde. Eén en ander is daarmee m.i. bepaald onvoldoende om zonder andere onderbouwing te kunnen constateren dat in casu naar louter Nederlands recht sprake zou zijn van openbaarmaking.

Beoordeling naar Gemeenschapsrecht

Bij de beoordeling naar gemeenschapsrecht grijpt de Rechtbank allereerst terug op haar (terechte) constatering dat van mededeling aan het publiek reeds sprake is wanneer de opname voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt en het daadwerkelijk waarnemen dus niet relevant is. De Rechtbank stelt vervolgens in r.o. 17, na enige tussenstappen, dat 'eindgebruikers' daarom geen hanterbaar begrip zou zijn en dat het moet gaan om 'eindgebruikers en beoogde eindgebruikers'. Daarbij zou de intentie van de 'mededeler' of een bepaalde persoon tot het publiek behoort een rol gaan spelen 'en dit verdraagt zich niet met het objectieve karakter van het begrip publiek', aldus de Rechtbank.

Daar lijkt mij wel wat op af te dingen. M.i. is bijvoorbeeld in de situatie waarin 'iemand uitsluitend ten eigen genoegen muziek te gehore brengt' de intentie van die 'mededeler' of een bepaalde persoon tot het publiek behoort naar Nederlands recht wel degelijk relevant. De Hoge Raad oordeelde immers in zijn *Wasserij De Zon*-arrest (1 juni 1979, NJ 1979, 470) dat het feit dat er anderen zijn die deze muziek ook kunnen horen alleen dan met zich mee brengt dat er sprake is van een openbaarmaking als de 'mededeler' er een beroeps- of bedrijfsbelang bij heeft dat die anderen meeluisteren, oftewel: wanneer het zijn intentie is dat anderen kunnen meeluisteren. Misschien moet de intentie van de 'mededeler' dus wel een rol spelen, al is deze redenering ontleend aan Nederlandse rechtspraak en niet aan Europese. Volgens mij is in casu bijvoorbeeld naar objectieve maatstaven vast te stellen of iemand een beoogd eindgebruiker is. Het is voor iedereen duidelijk dat een kabelkopstation en een tussenschakel als Shopradio geen beoogde eindgebruikers zijn.

Wanneer de NOS in de Nieuwe Kerk in Amsterdam op 2 februari 2002 een twintigtal camera's en dertig microfoons ophangt 'deelt' zij de aldaar gespeelde tango 'mee' per kabel op vijftig manieren aan haar eigen regiewagen en, vermoedelijk per satelliet, aan (de commentatoren van) een twintigtal buitenlandse omroepen, die deze mededelingen bewerken, selecteren en van commentaar voorzien en op hun beurt 'mededelen' aan verschillende groepen eindgebruikers.

Iedereen zou het belachelijk vinden om deze gang van zaken, naast de uiteindelijke openbaarmakingen aan de eindgebruikers, aan te merken als vijftig of meer aparte openbaarmakingen, waarvoor de NOS apart zou moeten afrekenen met Buma en andere rechthebbenden(organisaties). Toch is het gezelschap in de regiewagen stellig niet aan te merken als een familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring. De buitenlandse omroepen zijn ook 'derden' buiten de eigen kring.

Volgens mij is de intentie van de mededeler, oftewel de bestemming van de signalen wel degelijk van belang: 'Die in die Übertragungskette eingegebenen Programmsignale, in denen das geschützte Werk verkörpert ist, müssen für den öffentlichen Empfang bestimmt sein, dh. dazu bestimmt sein, das Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen' (vet in origineel), aldus Von Ungern-Sternberg (in Schricker, Kommentar zum Urheberrecht, 2e druk (1999), par. 20a, 14, p. 428).

Geen prejudiciële vraag?

Volgens de Rechtbank zijn '[a]lle personen, die toegang hebben tot een uitvoering of opname [...] tot "publiek" in de zin van het begrip "mededeling aan het publiek"' aan te merken, tenzij het, kort gezegd, de familiekring betreft (r.o. 19, tweede volzin). Bovendien is volgens de Rechtbank deze uitleg niet aan redelijke twijfel onderhevig en bestaat er daarom geen aanleiding om een prejudiciële vraag te stellen. Het feit dat gezaghebbende commentatoren in bijvoorbeeld Duitsland en België (zie mijn noot onder *Buma/Digi Music*, AMI 2001/3, p. 77) er anders over denken, geeft kennelijk ook geen aanleiding tot redelijke twijfel. Het mag duidelijk zijn dat ik van mening ben dat er hier géén sprake is van een *acte claire* en dat wel degelijk vragen van uitleg moeten worden gesteld. De Rechtbank was daar als laagste rechter uiteraard niet toe verplicht, maar het was wel zo efficiënt geweest als ze de vraag wel had gesteld.

Exploitatie van voldoende belang

Op grond van de hiervoor weergegeven redeneringen komt de Rechtbank tot het oordeel dat in casu van openbaarmaking sprake is. De Rechtbank heeft daar echter ook nog een ander argument voor. Evenals de Arnhemse Rechtbank is de Haagse Rechtbank van mening dat het er in het auteursrecht en bij de naburige rechten

in wezen om gaat of een exploitatie wordt verricht die van voldoende belang is om de bevoegdheid van de rechthebbende te kunnen dragen. Dit leidt de Rechtbank in r.o. 21 af uit een aantal overwegingen bij richtlijnen, en zij verwijst met name ook naar een passage in het handboek van Spoor en Verkade waar dat inderdaad letterlijk staat te lezen. Spoor en Verkade zeggen dit in een algemene inleidende paragraaf, vóórdat zij de verschillende betekenissen van het begrip 'openbaar maken' behandelen. Of zij inderdaad bedoeld hebben dat bij de bestaande betekenissen van het begrip 'openbaar maken' de 'openbaarheid' geen vereiste is, is mij niet duidelijk.

De Rechtbank vindt ook nog een argument voor de stelling dat het bij openbaarmaking slechts om een voldoende belangwekkende exploitatie moet gaan in het betalingscriterium van art. 12 lid 4 Aw: zelfs een voorstelling in de familiekring is een openbaarmaking als daarvoor toegangsgeld wordt geheven. Deze beperking speelt in de praktijk echter geen rol en het is de vraag of er veel gewicht aan moet worden toegekend (vgl. Spoor/Verkade, p. 171, noot 112).

De principiële vraag is echter of het juist is om het openbaarmakingsvereiste bij de openbaarmaking te laten vallen, en in plaats daarvan (alleen) de vraag te stellen of in een bepaald geval sprake is van een exploitatie die van voldoende belang is om de bevoegdheid van de rechthebbende te kunnen dragen. Daarmee wordt een nieuw vaag criterium in het leven geroepen dat nog invulling behoeft. Is tweedehands verkoop van exemplaren een exploitatie die van voldoende belang is om de bevoegdheid van de rechthebbende te kunnen dragen? En satelliet-schotel-verhuur? Verkoop van fotokopieerapparaten? Kortom, veel stof voor discussie.

Op grond van de door de Rechtbank ontwikkelde criteria is het vervolgens niet verwonderlijk dat zij in r.o. 22 en 23 tot de conclusie komt dat Digi Music aan Sena moet betalen.

Correctie voor niet-Rome muziek

Voor muziek die niet afkomstig is uit een 'Rome-land' (zie r.o. 24) behoeft op grond van art. 32 lid 5 WNR niet aan Sena te worden betaald. Sena stelt dat in het algemeen gemiddeld 75-80% Rome-muziek wordt gebruikt en hanteert een tarief van 15% van de bruto omzet van de muziekgebruiker. Digi Music stelt dat zij geen, althans veel minder Rome-muziek gebruikt. Daarbij spelen vervolgens twee belangrijke vragen: Wie moet wat bewijzen? En: Mag Sena 15% van de bruto omzet als forfaitair percentage hanteren, ook wanneer het feitelijk gebruik van Rome muziek (veel) lager ligt dan het gemiddelde van 75-80% waar zij dat percentage op zegt te baseren? Eerst wordt deze laatste vraag besproken.

Naar het oordeel van de Rechtbank kan in redelijkheid niet worden volgehouden dat het tarief van 15% onverkort moet worden toegepast indien het percentage Rome-muziek in het programma van Digi Music relevant lager is dan 75-80%. Er zal dan ook een evenredige verlaging van het uitgangstarief van 15% moeten plaatsvinden als Digi Music minder Rome muziek gebruikt.

Vervolgens komt de vraag van de bewijslast aan de orde. De Rechtbank komt na een grondige analyse van de parlementaire geschiedenis en de wederzijdse belangen tot de slotsom dat de bewijslast primair op Sena rust. De Rechtbank komt tot deze conclusie onder andere omdat Sena vanwege haar repartitieverplichtingen over de producentengegevens van de meeste Rome-muziek beschikt. De Rechtbank constateert ook dat het werkelijke belang van Sena bij omkering van de bewijslast is gelegen in het feit dat Digi Music uit de vaststellingen van Sena zou kunnen afleiden welke muziek 'Sena-vrij' is en dat Digimusic op basis van die informatie zoveel mogelijk Sena repertoire en daarmee betalingen aan Sena zou kunnen proberen te ontlopen. De Rechtbank stelt evenwel terecht vast dat aan een dergelijk streven van Digi Music niets laakbaars is

en dat dit geen omkering van de bewijslast op grond van redelijkheid en billijkheid rechtvaardigt.

Vaststelling percentage

In r.o. 41 en verder analyseert de Rechtbank het bewijsmateriaal en komt tot de conclusie dat Digi Music 20% Rome-muziek gebruikt. 20% is een kwart van 80%. Derhalve komt het door Sena jegens Digi Music te hanteren percentage, op grond van Sena's eigen stellingen, uit op een kwart van 15% (= 3,75 %). Digi Music stelt zich echter op het standpunt dat 1,25% billijk is. De Rechtbank acht het gezien het kleine verschil tussen 3,75% en 1,25% verantwoord om de billijke vergoeding vast te stellen op het percentage dat daar precies tussenin ligt, te weten 2,5%. Van die 2,5% is negentien honderdste, oftewel 0,47 procent bestemd voor de mechanische reproductie van de fonogrammen, in verband met het feit dat Digi Music de cd-tracks in de computer opslaat. Het is niet helemaal duidelijk of Sena dit nu als een onderdeel van haar wettelijke incassoplicht ziet of als een andersoortige (billijke) vergoeding. Uit het dictum blijkt evenwel dat de Rechtbank van oordeel is dat deze betalingsverplichting uit art. 7 WNR voortvloeit. Dit waag ik te betwijfelen, maar het zou in ieder geval betekenen dat fonogrammenproducenten hun vastleggingsrecht niet als verbodsrecht kunnen uitoefenen en dat zou naar mijn mening in overeenstemming zijn met de bedoelingen van de wetgever.

Dirk J.G. Visser

Nr. 7 Kazaa / Buma-Stemra

Voorzieningenrechter arrondissementsrechtbank te Amsterdam

31 januari 2002, rolnummer KG 02/0105 OdC

(mr. Orobio de Castro)

Naburige rechten. Bewijslastverdeling ter zake gebruik Sena-repertoire. Hoogte billijke vergoeding.

(art. 7 WNR)

De besloten vennootschap KAZAA B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres bij dagvaarding van 14 januari 2002, procureur mr. Chr.A. Alberdingk Thijm,

tegen:

1. de vereniging VERENIGING BUMA,
2. de stichting STICHTING STEMRA, beide gevestigd te Amstelveen, gedaagden, procureur mr E.A.P. Engels.

Verloop van de procedure:

Ter terechtzitting van 16 januari 2002 heeft eiseres, hierna Kazaa, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding.

Gedaagden, hierna Buma/Stemra, hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. De ter zitting door haar ingestelde vordering in reconventie is, na verzet daartegen door Kazaa, in het kader van dit executie Kort Geding geweigerd, aangezien de zaak hierdoor te zeer wordt gecompliceerd en dus de verdediging bemoeilijkt. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overgelegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing:

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.

a. Bij vonnis in Kort Geding van 29 november 2001 heeft de president van de rechtbank te Amsterdam tussen partijen de volgende beslissing gegeven - voor zover hier van belang -:

In conventie:

1. veroordeelt Buma/Stemra om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis de onderhandelingen met Kazaa op basis van de reeds gevoerde gesprekken en onderhandelingen, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, voort te zetten, teneinde de beoogde licentieovereenkomst te sluiten, op verbeurte van een dwangsom van f 1.000,- per dag met een maximum van f 100.000,-.

2. (...)

In reconventie:

3. Beveelt Kazaa om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis zodanige maatregelen te treffen dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemra repertoire inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden, op verbeurte van een dwangsom van f 100.000,- per dag met een maximum van f 2.000.000,-.

4. (...)

b. Bij dagvaarding van 13 december 2001 heeft Kazaa hoger beroep ingesteld bij het hof te Amsterdam tegen het hiervoor genoemde vonnis van 29 november 2001.