

# vonnis

---

## RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 364673 / KG ZA 10-531

### Vonnis in kort geding van 31 mei 2010

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **TELE2 NEDERLAND B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ONLINE BREEDBAND B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
eiseressen,  
advocaat mr. R.D. Chavannes te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **UPC NEDERLAND B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
gedaagde sub 1,  
advocaat mr. Q.R. Kroes te Amsterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ZIGGO B.V.**,  
gevestigd te Groningen,  
gedaagde sub 2,  
advocaat mr. P.J. Kreijger te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Tele2, Online, UPC en Ziggo worden genoemd.

#### 1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - de dagvaarding van 23 april 2010, met producties 1-4,
  - de door UPC en Ziggo overgelegde producties 1-9,
  - de mondelinge behandeling van 21 mei 2010 en de daarbij overgelegde pleitnotities van partijen.
- 1.2. Vonnis is bepaald op heden.

## 2. De feiten

2.1. Tele2 en Online zijn aanbieders van internettoegang en telefonie. Daarnaast levert Tele2 digitale televisie via haar eigen telecommunicatienetwerk. Online verkoopt in een agentuurconstructie satelliettelevisiediensten van het bedrijf CanalDigitaal.

2.2. Tele2 en Online streven er al enige jaren naar om televisiediensten te leveren via analoge kabelnetwerken omdat gebleken is dat consumenten bij de keuze van een nieuwe internet-, telefonie- of digitale televisieaanbieder de voorkeur geven aan aanbieders die ook analoge radio en televisie leveren.

2.3. UPC en Ziggo zijn de twee grootste kabelexploitanten van Nederland. UPC en Ziggo leveren via hun kabelnetwerken analoge radio en televisie aan respectievelijk 2 miljoen en 3,2 miljoen Nederlandse huishoudens. Een aanzienlijk deel van die klanten neemt ook digitale televisie en digitale telefonie af van UPC en Ziggo.

2.4. Bij besluiten van 5 maart 2009 heeft de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) UPC en Ziggo aangewezen als ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht in de zin van artikel 6a.2 van de Telecommunicatiewet (hierna: de Marktanalysebesluiten). De Marktanalysebesluiten hebben betrekking op de retail en wholesale omroepmarkt. De omroepmarkt bestaat uit de markt voor de toegang tot een kabelnetwerk (hierna: de aansluiting) en de markt voor doorgifte van radio- en televisiesignalen (hierna: rtv-signalen) via dat netwerk (hierna: de doorgiftdienst). In de Marktanalysebesluiten verplicht OPTA UPC en Ziggo – samengevat – om in te gaan op redelijke verzoeken van alternatieve aanbieders om (i) wholesale levering van doorgifte van analoge rtv-signalen via de kabelnetwerken van UPC en Ziggo, en (ii) wholesale levering van de aansluiting op dat netwerk. In deze constructie, die wordt aangeduid als *Wholesale Line Rental – Cable* (hierna: WLR-C), neemt de eindgebruiker de aansluiting en doorgiftdienst af bij een alternatieve aanbieder, eventueel in combinatie met digitale televisie, telefonie of internettoegang. Feitelijk blijft de eindgebruiker aangesloten op het kabelnetwerk van UPC of Ziggo en zij blijven ook de feitelijk door UPC of Ziggo via dat netwerk doorgegeven rtv-signalen ontvangen.

2.5. In de Marktanalysebesluiten is bepaald dat UPC en Ziggo de alternatieve aanbieders het pakket van rtv-programma's dat UPC en Ziggo standaard aan hun eigen klanten aanbieden, uitsluitend als geheel hoeven te leveren. Dat bemoeilijkt de onderhandelingen over de toestemming van de rechthebbenden op de in die programma's opgenomen auteursrechtelijk beschermde werken (hierna: de licenties).

2.6. Ter omzeiling van de problemen bij het verkrijgen van licenties, hebben Tele2 en Online UPC en Ziggo bij brieven van 17 juli 2009 verzocht om een specifieke vorm van WLR-C te leveren, die wordt aangeduid als *Wholesale Line Rental – Cable met Third Party Billing* (hierna: WLR-C met TPB). Het verzoek houdt in dat UPC en Ziggo, in aanvulling op de levering van de aansluiting en doorgiftdienst, een zogeheten contentdienst leveren die volgens het verzoek bestaat uit de "levering van de omroepinhoud". In tegenstelling tot de aansluiting en de doorgiftdienst, zou die contentdienst door UPC en Ziggo rechtstreeks moeten worden geleverd aan de eindgebruiker. De vergoeding voor de contentdienst zou worden gefactureerd en geïnd door Tele2 en Online ten behoeve van UPC en Ziggo, zodat Tele2 en Online de volledige relatie met de klant beheren.

2.7. UPC en Ziggo hebben de verzoeken van Tele2 en Online om WLR-C met TPB te leveren afgewezen. Daarop hebben Tele2 en Online op 10 september 2009 een verzoek bij OPTA ingediend om geschilbeslechting in de zin van artikel 12.2 Tw.

2.8. Op 30 maart 2010 heeft OPTA beslist op het door Tele2 en Online voorgelegde geschil (hierna: de Geschilbesluiten). OPTA concludeert in de Geschilbesluiten dat er mogelijk auteursrechtelijke problemen kleven aan de levering van WLR-C met TPB omdat onduidelijk is wie er in het kader van WLR-C met TPB openbaar maakt en dus de licenties moet regelen. OPTA acht zich niet bevoegd om die auteursrechtelijke onduidelijkheid op te heffen. Tele2 en Online moeten daarom van OPTA eerst bij de civiele rechter duidelijkheid krijgen of het inderdaad UPC en Ziggo zijn die bij WLR-C met TPB de werken openbaar maken en de licenties daarvoor moeten regelen. Wanneer dit vaststaat, vindt OPTA het verzoek om WLR-C met TPB redelijk en moeten UPC en Ziggo een aanbod doen aan Tele2 en Online voor het realiseren van WLR-C met TPB. Het dictum van de Geschilbesluiten luidt voor zover van belang als volgt:

Het college verplicht UPC om, binnen twee weken nadat uit een uitspraak van de civiele rechter in een bodemprocedure in eerste instantie of een kort geding in eerste instantie is gebleken dat UPC in het toegangsmodel van Tele2/Online de omroepinhoud openbaar maakt en aldus is gebleken dat er geen auteursrechtelijke belemmeringen in de weg staan aan het door Tele2/Online verzochte toegangsmodel, een aanbod te doen voor implementatie van WLR-C waarbij UPC

- a. de omroepinhoud levert aan eindgebruikers die de analoge rtv-signalen en de aansluiting afnemen bij Tele2/Online, en
- b. de door UPC geleverde omroepinhoud via een afzonderlijke factuurregel op de factuur voor de aansluiting en de levering van de analoge rtv-signalen van Tele2/Online, in rekening brengt bij deze eindgebruikers

en over de verdere uitwerking hiervan in overleg te treden met Tele2/Online.

2.9. UPC en Ziggo hebben op grond van artikel 17.1 Tw administratief beroep ingesteld bij het College van beroep voor het bedrijfsleven tegen zowel de Marktanalysebesluiten als de Geschilbesluiten. Er is nog niet beslist op het beroep.

### 3. Het geschil

#### 3.1. Tele2 en Online vorderen:

1. UPC en Ziggo elk te verplichten tot onmiddellijke en onverkorte nakoming van hun verplichting op grond van de Telecommunicatiewet, de Marktanalysebesluiten en de Geschilbesluiten om toegang tot hun netwerk te verlenen middels WLR-C met TPB, elk op straffe van verbeurte van een terstond opeisbare dwangsom van € 50.000 per dag dat zij in gebreke blijven bij de volledige naleving van dit gebod;
2. UPC en Ziggo elk met onmiddellijke ingang na betekening van het in dezen te wijzen vonnis te verbieden zich te verzetten tegen de levering van WLR-C met TPB met een beroep op de stelling dat in die feitenconstellatie Tele2 of Online in auteursrechtelijk opzicht verantwoordelijk is voor de openbaarmaking van programma's, elk op straffe van verbeurte van een terstond opeisbare dwangsom van € 50.000 per dag dat zij in gebreke blijven bij de volledige naleving van dit verbod;
3. UPC en Ziggo hoofdelijk te veroordelen in de kosten van het geding;
4. dit vonnis voor zover mogelijk uitvoer bij voorraad te verklaren.

3.2. Aan deze vorderingen leggen Tele2 en Online ten grondslag dat zij in het kader van WLR-C met TPB niet kunnen worden aangemerkt als openbaarmaker van de omroepinhoud en dat UPC en Ziggo daarom op grond van de Telecommunicatiewetgeving en de besluiten van OPTA verplicht is tot het leveren van WLR-C met TPB. UPC en Ziggo voeren verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### *ontvankelijkheid*

4.1. Het spoedeisend belang van Tele2 en Online bij de gevorderde bevelen vloeit voort uit de weigering van UPC en Ziggo om per de datum waarop WLR-C "orderbaar" moet zijn, te weten 2 juni 2010, WLR-C aan te bieden op de door Tele2 en Online gewenste wijze.

4.2. De gevorderde bevelen zijn, anders dan UPC en Ziggo menen, voorzieningen bij voorraad in de zin van artikel 254 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het feit dat de vorderingen alleen kunnen worden toegewezen als de voorzieningenrechter oordeelt dat UPC en Ziggo openbaar maken, en dat dat oordeel de werking van de Geschilbesluiten "activeert", verandert niets aan het voorlopige karakter van de gevorderde bevelen.

##### *openbaarmaking door Tele2 en Online*

4.3. Blijkens de dicta van de Geschilbesluiten zijn UPC en Ziggo verplicht tot het aanbieden van WLR-C met TPB mits de civiele rechter van oordeel is dat er bij WLR-C met TBP sprake is van een openbaarmaking door UPC en Ziggo. Niet in geschil is dat daarmee wordt bedoeld: een openbaarmaking door *uitsluitend* UPC en Ziggo. De vorderingen kunnen dus alleen worden toegewezen als kan worden uitgesloten dat Tele2 en Online (mede) openbaar maken. Zoals hierna zal worden toegelicht, kan dat niet worden uitgesloten.

4.4. In het midden kan blijven of het openbaar maken alleen is gelegen in het leveren van de omroepinhoud (de contentdienst) of ook in het leveren van de rtv-signalen (de doorgiftdienst). Voor zover de openbaarmaking volledig samenvalt met de contentdienst, zoals Tele2 en Online betogen, laat dat onverlet dat Tele2 en Online naar voorlopig oordeel (mede) openbaar maken. Vast staat namelijk dat Tele2 en Online ook betrokken zijn bij de levering van de omroepinhoud. Die betrokkenheid gaat, anders dan Tele2 en Online suggereren, verder dan louter het bemiddelen bij de totstandkoming van een overeenkomst met de eindgebruiker en het factureren van een vergoeding. Feitelijk zijn het Tele2 en Online die bepalen of er omroepinhoud wordt geleverd. UPC en Ziggo hebben namelijk onweersproken aangevoerd dat de aan- en afmelding van klanten door Tele2 en Online bij UPC en Ziggo feitelijk tot gevolg heeft dat het signaal waarmee de omroepinhoud wordt geleverd, wordt geactiveerd, respectievelijk gedeactiveerd. Evenmin is weersproken dat de besluiten van OPTA UPC en Ziggo verplichten om op dit punt de instructies van Tele2 en Online op te volgen en dat er, ondanks de rechtstreekse band tussen UPC en Ziggo en de eindgebruikers, geen ruimte is voor een eigen belangenafweging door UPC en Ziggo. Tele2 en Online hebben in het kader van WLR-C met TPB dus volledig in handen of er al dan niet omroepinhoud wordt geleverd aan de afnemers van hun aansluiting en doorgiftdiensten.

4.5. Gelet op het voorgaande kan het betoog van Tele2 en Online dat zij niet openbaar maken omdat zij niet feitelijk betrokken zijn bij de levering van de omroepinhoud, niet slagen. Zij hebben feitelijk immers juist een bepalende rol bij de levering. Voor zover Tele2 en Online hebben bedoeld te betogen dat een partij die de openbaarmaking feitelijk beheerst, maar de technische uitvoering van de openbaarmaking overlaat aan een derde, niet openbaar maakt, treft het evenmin doel. Die opvatting vindt naar voorlopig oordeel geen steun in het recht. Voorshands moet worden aangenomen dat de partij die een openbaarmaking feitelijk beheerst, bij uitstek de partij is die in auteursrechtelijke zin verantwoordelijk kan worden gehouden voor de openbaarmaking.

4.6. Een ander oordeel volgt niet uit de door de wetgever gebruikte terminologie. Het gebruik van de de woorden “het uitzenden [...] door middel van een omroepnetwerk” in artikel 12 lid 1 sub 5 Aw sluit niet uit dat een partij die het uitzenden door middel van een omroepnetwerk feitelijk beheerst, moet worden aangemerkt als (mede) openbaarmaker.

4.7. De opvatting van Tele2 en Online vindt ook geen steun in de uitspraken waarnaar Tele2 en Online verwijzen ter onderbouwing van hun standpunt, zoals het Draadomroep-arrest (HR 27 juni 1958, *NJ* 1958, 405), het Kabelpiraten-arrest (HR 14 januari 1983, *NJ* 1984, 696) en het Hoteles-arrest (HvJ EG 7 december 2006, C-306/05). In die zaken nam namelijk geen andere partij deel aan het proces dan de partij die de openbaarmaking technisch verzorgde en wordt (dus) geen uitspraak gedaan over de rechtspositie van partijen die niet technisch betrokken zijn bij de openbaarmaking.

4.8. Daar komt bij dat het Hof van Justitie in het voornoemde Hoteles-arrest juist *geen* beslissende betekenis heeft toegekend aan het technische aspect van de openbaarmaking. De zaak had betrekking op een hotelketen die haar gasten de mogelijkheid bood om in de hotelkamers en gemeenschappelijke ruimtes televisie te kijken. In die zaak oordeelde het Hof dat de hotelketen daarmee een mededeling aan het publiek deed als bedoeld in artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2001/29 (hetgeen overeenkomt met een openbaarmaking in de zin van de Nederlandse Auteurswet, zie HR 19 juni 2009, *NJ* 2009, 290) en overweegt in dat kader in rechtsoverweging 42:

Het voor deze gasten ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen is immers niet een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren. Integendeel is het hotel het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten.

UPC en Ziggo hebben er terecht op gewezen dat Tele2 en Online in het kader van WLR-C met TPB het orgaan zijn dat, met volledige kennis van de gevolgen van hun gedrag, tussenkomt om aan hun klanten toegang tot beschermde werken te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de klanten niet van de uitgezonden werken kunnen genieten.

4.9. Daarnaast blijkt uit rechtsoverweging 44 van het Hoteles-arrest dat het Hof zijn oordeel dat de hotelketen openbaar maakt mede baseert op het feit dat de keten commercieel profijt trekt uit de openbaarmaking, in die zin dat de keten een hogere prijs kan vragen voor een hotelkamer. Ook dit criterium wijst in de richting van een openbaarmaking door Tele2

en Online. Tele2 en Online trekken immers commercieel profijt uit de levering van de omroepinhoud omdat die omroepinhoud wordt aangeboden en geleverd in combinatie met de eigen diensten van Tele2 en Online, zoals telefonie en internettoegang. Niet in geschil is dat Tele2 en Online meer afzet voor die diensten zullen vinden als zij die diensten kunnen aanbieden in combinatie met de analoge levering van omroepinhoud (ook al neemt de klant de levering van de omroepinhoud af van UPC en Ziggo). Dat is precies de reden waarom Tele2 en Online gebruik willen maken van WLR-C met TPB (zie hiervoor r.o. 2.2). Het Hoteles-arrest onderstreept dus in verschillende opzichten dat het hiervoor genoemde oordeel over de openbaarmaking door Tele2 en Online juist is.

*conclusie*

4.10. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de vorderingen van Tele2 en Online moeten worden afgewezen.

4.11. Tele2 en Online zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van UPC en Ziggo zullen overeenkomstig het reguliere liquidatietarief voor UPC en Ziggo elk afzonderlijk worden begroot op:

- vast recht	€	263,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	€	1.079,00

**5. De beslissing**

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Tele2 en Online in de proceskosten, tot op heden voor UPC en Ziggo elk afzonderlijk begroot op € 1.079,00.

Dit vonnis is gewezen door P.H. Blok en in het openbaar uitgesproken op 31 mei 2010.

