

ARBITRAAL VONNIS

In de NAI Arbitrage met zaaknummer 4454

tussen:

Vereniging Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele
Producties (RODAP)

en:

1. Stichting LIRA
2. Stichting VEVAM
3. Stichting Naburige Rechtenorganisatie voor
Musici en Acteurs (NORMA)

INHOUDSOPGAVE

I.	INLEIDING	3
II.	HET VERDERE VERLOOP VAN DE PROCEDURE.....	3
III.	DE VERDERE BEOORDELING	6
	<i>De gebundelde S-VOD omzet.....</i>	6
	<i>De kabeldoorgiftevergoedingen die in het verleden zijn voldaan</i>	7
	<i>De lump sum vergoeding van € 1 miljoen</i>	7
	<i>De kosten die voor aftrek in aanmerking komen.....</i>	8
	<i>Tussenconclusie.....</i>	9
	<i>De BMS vergoeding als aanknopingspunt voor een proportionele billijke EMS vergoeding</i>	10
	<i>De bruto omzet.....</i>	11
	<i>De te verstrekken gegevens</i>	11
	<i>De kosten van de arbitrage</i>	12
IV.	BESLISSING	12

I. INLEIDING

1. Het voorgelegde geschil doet zich voor tussen, enerzijds:

Vereniging Rechtenoverleg voor Distributie van Audiovisuele Producties

gevestigd te Den Haag, kantoorhoudende te (2111 BL) Aerdenhout, gemeente Bloemendaal aan de Spiegelenburghlaan 35,

in deze arbitrage vertegenwoordigd door de advocaten mr. J. Jansen en mr. J.J. Wolfhagen van respectievelijk Norton Rose Fulbright te Amsterdam en Freshfields Brückhaus Deringer te Amsterdam,

verder te noemen RODAP,

en anderzijds:

- (i) **Stichting LIRA**, gevestigd te Amsterdam, kantoorhoudende te (2132 NG) Hoofddorp aan de Kruisweg 793-795,
- (ii) **Stichting VEVAM**, gevestigd te Amsterdam, kantoorhoudende te (2132 NG) Hoofddorp aan de Kruisweg 793-795,
- (iii) **Stichting Naburige Rechtenorganisatie voor Musici en Acteurs (NORMA)**, gevestigd te Amsterdam, kantoorhoudende te (1018 LL) Amsterdam aan de Jacob Bontiusplaats 9,

in deze arbitrage vertegenwoordigd door de advocaten mr. J.M.B. Seignette en mr. M.E. Kingma van Höcker Advocaten te Amsterdam,

verder gezamenlijk te noemen de “centrale belangenorganisaties” of “CBO’s”.

2. Het scheidsgerecht is samengesteld uit mr. A.A.E. Dorsman, wonende te Amsterdam, voorzitter, mr. P. Ingelse, wonende te Amsterdam, en dr. Th. Van Dijk, wonende te Wezembeek-Oppem (België).

II. HET VERDERE VERLOOP VAN DE PROCEDURE

3. Op 4 januari 2017 heeft het scheidsgerecht een tussenvonnissen gewezen, waarvan de inhoud hier als herhaald en ingelast mag worden beschouwd. In dat tussenvonnissen heeft het scheidsgerecht partijen in de gelegenheid gesteld om nadere memories in te dienen, als eerste RODAP en vervolgens de CBO's. Op 20 januari 2017 heeft het scheidsgerecht partijen verzocht om 15 mei 2017 te reserveren voor een eventuele aanvullende mondelinge behandeling.
4. RODAP heeft op 15 februari 2017 een akte uitlating tussenvonnissen 4 januari 2017 ingediend met aanvullende producties 23 tot en met 35. Productie 28 is een nadere rapportage van RSM Netherlands Accountants N.V. (hierna: RSM) waarin op geaggregeerde wijze kosten- en omzetgegevens van de RODAP leden in de EMS-markt zijn weergegeven. De cijfers zijn vanwege de concurrentiegevoelige aard daarvan niet geïndividualiseerd.
5. De CBO's hebben op 29 maart 2017 een nadere memorie ingediend met aanvullende producties 45 tot en met 51.
6. RODAP heeft het scheidsgerecht op 11 april 2017 verzocht een mondelinge behandeling te gelasten op de daarvoor door het scheidsgerecht gereserveerde datum (15 mei 2017). RODAP heeft daarbij onder meer voorgesteld dat het scheidsgerecht tijdens de mondelinge behandeling op vertrouwelijke basis inzage zal krijgen in de onderliggende niet geaggregeerde gegevens die door de RODAP leden ten behoeve van de nadere rapportage aan RMS ter beschikking zijn gesteld.
7. De CBO's hebben op 21 april 2017 verzocht om vertrouwelijke inzage in deze cijfers indien een nadere mondelinge behandeling zou plaatsvinden. RODAP heeft daartegen op 24 april 2017 bezwaar gemaakt.

8. Het scheidsgerecht heeft op 28 april 2017 aan partijen bevestigd dat de mondelinge behandeling op 15 mei 2017 zal plaatsvinden en heeft partijen uitgenodigd om in onderling overleg tot een praktische oplossing te komen voor inzage in de gegevens die ten grondslag liggen aan de nadere rapportage van RSM op zodanige wijze dat recht kan worden gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.
9. Partijen hebben het scheidsgerecht op 10 mei 2017 bericht dat zij zijn overeengekomen dat de advocaten en een vertegenwoordiger van de CBO's voorafgaand aan de mondelinge behandeling nadere inzage ontvangen in de gegevens op voorwaarde dat zij zich op voorhand tot geheimhouding verbinden. Teneinde ook het scheidsgerecht inzage in de gegevens te verschaffen hebben partijen voorgesteld om een gedeelte van de mondelinge behandeling te doen plaatsvinden buiten aanwezigheid van personen die niet aan geheimhouding zijn gebonden.
10. Op 12 mei 2017 hebben de advocaten en een vertegenwoordiger van de CBO's inzage gekregen in de gegevens en naar aanleiding daarvan zijn op 14 mei 2017 vragen van de CBO's beantwoord.
11. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 15 mei 2017 ten kantore van Norton Rose Fulbright te Amsterdam. Tijdens een eerste, vertrouwelijk, gedeelte van de mondelinge behandeling waren, naast het scheidsgerecht, de volgende personen aanwezig:

	Naam	Functie
1.	Jurriaan Jansen	advocaat RODAP
2.	Joep Wolfhagen	advocaat RODAP
3.	Jacqueline Seignette	advocaat CBO's
4.	Marijn Kingma	advocaat CBO's
5.	Maaïke Boomstra	juridische zaken Norma
6.	Wilfred Castricum	accountant RSM

12. Voorafgaande aan het eerste gedeelte van de mondelinge behandeling is partijen door het scheidsgerecht gevraagd om te bevestigen dat volgens hen de wijze waarop inzage is verstrekt in de gegevens die ten grondslag liggen aan de nadere rapportage van RSM alsmede de beoogde vertrouwelijke behandeling voldoen aan het beginsel van hoor en wederhoor en dat zij met deze procedure instemmen. Partijen hebben verklaard dat dit hun inziens het geval is en dat zij daarmee instemmen.
13. Tijdens het eerste gedeelte van de mondelinge behandeling heeft RODAP een overzicht verstrekt van kosten- en omzetcijfers van individuele RODAP leden. Castricum heeft vervolgens een nadere toelichting verstrekt op de nadere rapportage van RSM, de wijze waarop die tot stand is gekomen en het aan het scheidsgerecht verstrekte overzicht. Hij heeft vragen van zowel het scheidsgerecht als van de advocaten van de CBO's beantwoord.
14. Vervolgens is Castricum vertrokken en is het vertrouwelijke gedeelte van de mondelinge behandeling voortgezet met voornoemde personen en R. Bakker, controller bij RTL. Bakker heeft een nadere toelichting verstrekt op de kosten- en omzetcijfers van RTL zoals die opgenomen zijn in het aan het scheidsgerecht en aan de advocaten van de CBO's verstrekte overzicht.
15. Na het geven van zijn toelichting is Bakker vertrokken, waarmee een einde kwam aan het eerste gedeelte van de mondelinge behandeling. Voor het daaropvolgende tweede, niet vertrouwelijke, gedeelte van de mondelinge behandeling zijn de navolgende personen binnentreden:

	Naam	Functie
1.	Medy van der Laan	voorzitter Rodap

2.	Barbara Hoogland	secretaris Rodap
3.	Gerard Lieverse	advocaat Rodap
4.	Nadine van Herten	legal counsel RTL
5.	Veroniek Schaafsma	legal counsel NPO
6.	Marjan van der Haar	directeur Filmproducenten Nederland
7.	Jan Pieter Witsen Elias	legal counsel Ziggo
8.	Marloes Koppelaars-Stubbe	legal counsel KPN
9.	Frits Lintmeijer	voorzitter PAM
10.	Felix Rottenberg	voorzitter Lira
11.	Hanneke Verschuur	accountmanager LIRA
12.	Jochem Donker	general counsel CEDAR/serviceorganisatie LIRA
13.	Sylvia Brandsteder	directeur VEVAM
14.	Sander Jansen	voorzitter VEVAM
15.	Joey Cramer	juridische zaken NORMA

16. Tijdens het tweede, niet vertrouwelijke gedeelte van de mondelinge behandeling hebben partijen hun stellingen nader toegelicht, gereageerd op elkaars stellingen en vragen van het scheidsgerecht beantwoord. Aan het einde van de mondelinge behandeling hebben partijen vonnis gevraagd. De uitspraakdatum is door het scheidsgerecht, na uitstel, bepaald op 24 juli 2017. Tevens heeft het scheidsgerecht partijen uitgenodigd om in onderling overleg te bepalen welke gegevens voortaan dienen te worden verstrekt ter vaststelling van de EMS vergoeding (hierna ook de "opgaveverplichting").
17. Op 23 juni 2017 heeft mr. Kingma, namens de CBO's en RODAP, aan het scheidsgerecht bericht dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de in het vonnis op te nemen opgaveverplichting van de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten ter vaststelling van het Relevante Aandeel en ter vaststelling van de verdeling als volgt:

Opgaveverplichting:

de informatie waarvan de kennisneming noodzakelijk is voor de vaststelling van de verschuldigheid, de hoogte en de verdeling van de vergoeding:

ter vaststelling van het Relevante Aandeel:

bij aangaan van de VOD Vergoedingsovereenkomst en daarna eenmaal per kalenderjaar een lijst met de in het afgelopen kalenderjaar opgevraagde filmwerken, gecategoriseerd als volgt: PAM Filmwerken – overige filmwerken, met vermelding van het aantal opvragingen per titel van PAM Filmwerken en het totaal aantal opvragingen van alle filmwerken. In aanvulling hierop voor de PAM Filmwerken: overige gegevens die redelijkerwijs benodigd zijn voor het vaststellen van het Relevante Aandeel, waaronder het ISAN of EIDR identificatienummer voor zover beschikbaar, dan wel, indien er geen identificatienummer beschikbaar is: de genreaanduiding per PAM Filmwerk voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant.

ter vaststelling van de verdeling:

na afloop van ieder half jaar per in dat afgelopen half jaar opgevraagd PAM Filmwerk:

- *het aantal opvragingen in het afgelopen half jaar;*

en

- *het aan het PAM Filmwerk toegekend identificatienummer zoals ISAN of EIDR; of*

- *indien het identificatienummer niet beschikbaar is:*

- o *titel en eventuele subtitel;*
- o *seizoen en afleveringsnummers indien het PAM Filmwerk onderdeel uitmaakt van een serie;*
- o *duur van het PAM Filmwerk zoals aangeboden, voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant;*

- o namen van de hoofdregisseur(s), de scenarioschrijver(s) en de uitvoerende kunstenaar(s) die een hoofdrol vervul(t)(en), voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant.

PAM Filmwerk betekent elk filmwerk geproduceerd door een bij RODAP of StOP NL aangesloten omroep of producent, waar een of meerdere Hoofdmakers bij zijn betrokken.

Tevens heeft mr. Kingma aan het scheidsgerecht medegedeeld dat partijen zich, wat betreft de opgaveverplichting ter vaststelling van de bruto omzet refereren aan het oordeel van het scheidsgerecht, waarbij partijen ervan uitgaan dat de opgaveverplichting aansluit bij de door het scheidsgerecht te bepalen definitie van de bruto omzet.

III. DE VERDERE BEOORDELING

18. In dit vonnis zullen dezelfde definities worden gehanteerd als in het tussenvonniss, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.
19. Bij tussenvonniss heeft het scheidsgerecht partijen in de gelegenheid gesteld zich nader uit te laten over drie omstandigheden die het voor de verdere beoordeling van een proportionele billijke EMS vergoeding mogelijk relevant acht:
- a) de kabeldoorgiftevergoedingen die in het verleden zijn voldaan en hoe deze destijds over de verschillende groepen Hoofdmakers werden verdeeld (overweging 80 onder (i));
 - b) de wijze waarop de BMS vergoeding tot stand is gekomen (overweging 80 onder (ii)); en
 - c) de vergoeding van € 1 miljoen die RODAP voor het jaar 2015 aan de CBO's heeft voldaan (overweging 80 onder (iii)).
- Tevens heeft het scheidsgerecht RODAP in de gelegenheid gesteld om toe te lichten in welke mate de kosten van content, de derdenrechten, het platform en de technische kosten in direct verband staan met het genereren van hogere netto-opbrengsten bij de exploitatie van filmwerken via het EMS platform (overweging 81).
- Verder heeft het scheidsgerecht partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de redelijkheid van de EMS vergoeding zoals die uit de door het scheidsgerecht in het tussenvonniss gegeven voorlopige beslissingen resulteert (overweging 43).
20. Het scheidsgerecht acht het dienstig om allereerst, in overweging 21 tot en met 24, in te gaan op het verzoek van RODAP om terug te komen van een deel van het tussenvonniss en om daarna vast te stellen welke omstandigheden het voor de vaststelling van de EMS vergoeding niet relevant acht.

De gebundelde S-VOD omzet

21. RODAP heeft het scheidsgerecht verzocht om zijn voorlopig oordeel te heroverwegen dat voor de allocatie van de omzet die gegenereerd wordt met bundels die opgebouwd zijn uit meerdere diensten geen rekening behoeft te worden gehouden met het daadwerkelijke gebruik van de S-VOD dienst die onderdeel uitmaakt van een bundel.
22. Volgens RODAP maakt ongeveer twee derde van de bundelklanten momenteel geen gebruik van de meegebundelde S-VOD dienst. In de regel maken S-VOD diensten deel uit van relatief hoog geprijsde bundels. Deze bundels bieden significant hogere internetsnelheden en dat is veelal de reden dat deze klanten deze dienst afnemen. Bij bundelproposities betalen de consumenten een substantieel lagere bundelprijs dan de som van de afzonderlijke tarieven van de stand alone diensten die deel uit maken van de bundel. Distributeurs kunnen de consumenten deze korting bieden, omdat de consumenten niet alle diensten binnen een bundel (volledig) gebruiken. Het zijn met name aanbieders van 3p diensten (televisie, internet en telefonie) die een bepaalde S-VOD dienst aanbieden als onderdeel van de bundel. Deze aanbieders doen substantiële investeringen om de netwerken die noodzakelijk zijn voor het aanbieden van internet, telefonie en televisie aan te leggen, te onderhouden en te verbeteren.
23. De CBO's betwisten deze stellingen, alsmede de relevantie daarvan. Volgens de CBO's wordt de omzet met het verkopen van de bundels behaald, niet met het feitelijke gebruik van de S-VOD dienst. Ook is niet relevant hoe de VOD exploitanten omzetten en kosten intern alloceren en of een bundel met korting wordt verkocht.

24. Het scheidsgerecht ziet in hetgeen RODAP heeft aangevoerd geen aanleiding om terug te komen van zijn oordeel in het tussenvonnis. Het scheidsgerecht verstaat het betoog van RODAP aldus dat de meeste klanten slechts beperkt gebruik maken van de S-VOD dienst in de bundels, reden waarom deze slechts van ondergeschikt belang is. Dat moge zo zijn, maar dat rechtvaardigt op zichzelf nog niet de allocatie van de omzet van de S-VOD dienst in de bundels zonder meer te koppelen aan het daadwerkelijk gebruik van die dienst. De mate waarin van de onderscheiden onderdelen van de bundels gebruik wordt gemaakt behoeft naar het oordeel van het scheidsgerecht niet recht evenredig te zijn met het belang dat de klanten aan die onderdelen hechten respectievelijk de prijs die zij daarvoor willen betalen en legt in ieder geval onvoldoende gewicht in de schaal tegenover de onderlinge prijsverhouding die bepalend is voor de ongebundelde afname. Daarbij neemt het scheidsgerecht mede in aanmerking dat een aan het gebruik gerelateerde omzet, bij gebreke van een concrete toerekeningsmethodiek, die RODAP niet heeft gegeven, niet werkbaar is. Zo heeft RODAP desgevraagd geen afdoende antwoord kunnen geven op de vraag van het scheidsgerecht of, en zo ja, hoe dan tevens rekening zou moeten worden gehouden met het daadwerkelijke gebruik van andere onderdelen van de bundel.

De kabeldoorgiftevergoedingen die in het verleden zijn voldaan

25. Partijen verschillen van mening over de relevantie van de kabeldoorgiftevergoedingen die in het verleden zijn betaald.
26. Volgens RODAP zijn de vergoedingen die in 2009 zijn betaald relevant omdat zij een aanknopingspunt bieden voor de vaststelling van de EMS vergoeding. Op basis van de in 2009 betaalde vergoedingen kan volgens RODAP worden berekend dat in dat jaar door de distributeurs in totaal circa % van hun omzet werd afgedragen aan alle rechthebbenden (filmproducenten, muziekrechthebbenden, rechthebbenden op beeldmateriaal en de Hoofdmakers). LIRA en VEVAM ontvingen als vertegenwoordigers van de regisseurs op jaarbasis circa € 6 miljoen van deze vergoeding, hetgeen neerkomt op een percentage van % van de totale omzet. Veruit het belangrijkste aandeel van deze omzet is toe te rekenen aan het Nederlandse aanbod op Nederlandse zenders.
27. De CBO's handhaven hun standpunt dat een vergelijking met de kabeldoorgiftevergoedingen niet voor de hand ligt, omdat het om een andere exploitatievorm gaat. Voor het geval wel aanknoping wordt gezocht met de kabeldoorgiftevergoedingen, zou volgens de CBO's geen aansluiting moeten worden gezocht bij de oude kabelmodelovereenkomst, maar moet worden uitgegaan van de BMS vergoedingen, omdat de in 2009 ontvangen kabeldoorgiftevergoedingen geen bruikbaar vergelijkingskader vormen (NORMA was niet bij deze kabeldoorgifte-vergoedingen betrokken, VEVAM was geen partij bij de kabelmodelovereenkomst en de vertegenwoordiging van LIRA is in 2010 uitgebreid).
28. Het scheidsgerecht ziet geen aanleiding om voor de bepaling van de systematiek en de hoogte van de EMS vergoeding aanknoping te zoeken bij de kabeldoorgiftevergoedingen die in het verleden zijn voldaan, omdat die tussen andere partijen is overeengekomen en niet gericht was op een proportionele billijke vergoeding zoals hier aan de orde is.

De lump sum vergoeding van € 1 miljoen

29. Partijen verschillen eveneens van mening over de relevantie en de grondslag van de lump sum vergoeding van € 1 miljoen die RODAP in 2015 voor de EMS diensten aan de CBO's heeft voldaan.
30. Volgens RODAP was deze vergoeding het resultaat van tweedaagse onderhandelingen die hebben geleid tot het sluiten van het Convenant en had deze vergoeding betrekking op EMS diensten zowel van de RODAP leden als van niet-RODAP leden. Er was RODAP veel aan gelegen om overeenstemming te bereiken over – in ieder geval – de BMS vergoeding. RODAP had ten tijde van de onderhandelingen nog geen zicht op de totale EMS markt. Deze vergoeding moet volgens RODAP dan ook worden gezien als een concessie jegens de CBO's, die mede een afsluiting van het verleden inhield en niet zozeer een weerspiegeling van de verwachtingen voor de toekomst betrof.

31. Volgens de CBO's geeft de lump sum vergoeding van 2015 daarentegen de orde van grootte aan van wat partijen voor ogen hadden als billijke vergoeding. Het bedrag is op voorzet van RODAP tot stand gekomen en gold niet als een vergoeding voor EMS diensten van niet-RODAP leden.
32. Het scheidsgerecht ziet in hetgeen partijen naar voren hebben gebracht geen aanleiding om voor de bepaling van de systematiek en de hoogte van de EMS vergoeding aansluiting te zoeken bij de betaling aan de CBO's van een lump sum voor het jaar 2015. Niet kan immers worden vastgesteld dat aan dit bedrag overwegingen van proportionaliteit en billijkheid ten grondslag hebben gelegen. Evenmin kan worden vastgesteld dat partijen die betaling hebben beoogd als richtsnoer voor de hoogte van de EMS vergoeding voor de volgende jaren.
33. Het scheidsgerecht zal thans ingaan op de omstandigheden die voor de vaststelling van de EMS vergoeding wel relevant acht.

De kosten die voor aftrek in aanmerking komen

34. Het scheidsgerecht heeft in het tussenvonnissen overwogen dat voor aftrek in aanmerking komen die kosten waarvan het voldoende aannemelijk is dat die direct verband houden met het genereren van hogere netto-opbrengsten bij de exploitatie van filmwerken via een EMS platform, in die zin dat zij rechtstreeks van invloed zijn op de lopende exploitatie van de EMS diensten. Op die grond komen naar het oordeel van het scheidsgerecht in ieder geval voor aftrek in aanmerking de kosten van marketing en promotie.
35. Volgens RODAP komen, naast de kosten van marketing en promotie, ook de (variabele en niet-variabele) kosten van content en de platform- en/of technische kosten voor aftrek in aanmerking. Onder de kosten van content worden verstaan de licentiekosten die de EMS exploitanten aan de producenten en de studio's zijn verschuldigd. Het continu aanbieden van nieuwe en aantrekkelijke content is noodzakelijk om nieuwe klanten aan te trekken en bestaande klanten te houden en dus voor het aanbieden van een succesvolle VOD of BOD dienst. De kosten van content houden aldus direct verband met het genereren van hogere netto-opbrengsten. Verreweg het grootste deel van de content kosten zien op buitenlandse filmwerken. De Nederlandse content is relatief duur ten opzichte van de buitenlandse content; de investeringen zijn risicovol – op voorhand is onzeker of een Nederlandse productie bij het publiek aanslaat - en het taalgebied is klein. Ook in absolute zin is de Nederlandse content duur ten opzichte van de buitenlandse content
 Onder de platform- en/of technische kosten worden onder meer verstaan kosten die door de EMS exploitanten moeten worden gemaakt om te faciliteren dat filmwerken niet alleen online, maar ook offline al dan niet op verschillende apparaten kunnen worden bekeken en om innovatieve zoekfunctionaliteiten en persoonlijke aanbevelingen te kunnen aanbieden. Deze kosten komen in aanmerking voor aftrek, omdat op de EMS markt niet alleen wordt geconcurrereerd op het gebied van content, maar ook op beschikbare functionaliteiten en gebruikersgemak. De aangeboden verbeteringen houden rechtstreeks verband met een vergroting van de afname van filmwerken door abonnees en daardoor met het genereren van hogere opbrengsten. De door RSM gerapporteerde platform- en technische kosten hebben geen betrekking op reeds gedane initiële investeringen.
 De totale voor aftrek in aanmerking komende kosten zijn substantieel hoger dan de door RODAP gevorderde forfaitaire kostenafrek van 25%.
36. Volgens de CBO's heeft RODAP onvoldoende onderbouwd welke kosten direct verband houden met het genereren van hogere netto-opbrengsten bij de exploitatie van filmwerken via een EMS platform. Om die reden dienen volgens de CBO's de door RODAP gestelde kostenposten in het geheel niet in aanmerking te worden genomen voor de vaststelling van het vergoedingspercentage. RODAP heeft ook niet opgegeven voor welke dienst (T-VOD, S-VOD, T-BOD of S-BOD) welke kosten zijn gemaakt. Volgens de CBO's wordt ook geen onderscheid gemaakt tussen directe kosten en investeringen en het beweerdelijk verlieslatende karakter van het aanbieden van EMS wordt niet deugdelijk onderbouwd. De CBO's betwisten meer in het bijzonder dat de kosten van content en de platform- en technische kosten (mede) voor aftrek in aanmerking komen.
 Met betrekking tot platform- en technische kosten betogen de CBO's dat RODAP de stelling dat die kosten relevant zijn niet deugdelijk heeft onderbouwd. RODAP heeft nagelaten inzichtelijk te maken dat die kosten direct verband houden met het genereren van hogere netto-opbrengsten.

De kosten van content staan volgens de CBO's niet in een direct verband met het genereren van hogere netto-opbrengsten. Met betrekking tot niet RODAP-content dient een licentievergoeding te worden afgedragen. Deze vergoeding is een essentieel element dat nodig is om het filmwerk überhaupt te kunnen aanbieden, niet om de netto-opbrengst van dat filmwerk te verhogen. De kosten voor deze inkoop zijn volgens de CBO's daarom niet relevant. De CBO's wijzen er verder op dat RODAP haar stellingen niet, althans niet deugdelijk, heeft onderbouwd met betrekking tot de beweerde relevantie van kosten voor content voor aftrek en medeweging in het vergoedingspercentage en dat niet is aangetoond dat Nederlandse content meelift op het succes van buitenlandse content. Volgens de CBO's zijn Nederlandse producties verhoudingsgewijs niet duur, althans is dat niet aangetoond. Mocht dat al anders zijn, dan is dat volgens de CBO's alsnog geen reden om de vergoeding voor de makers laag te houden.

37. Het scheidsgerecht oordeelt als volgt. RODAP heeft, tegenover de betwisting door de CBO's, onvoldoende toelichting op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat, naast de kosten van marketing en promotie, ook andere kosten direct verband houden met het genereren van hogere opbrengsten bij de exploitatie van filmwerken via een EMS platform, in die zin dat zij rechtstreeks van invloed zijn op de lopende exploitatie van de EMS diensten.
38. Het debat tussen partijen heeft zich in dit verband vooral toegespitst op de kosten van content en op de platform en/of technische kosten. Naar het oordeel van het scheidsgerecht vormen de kosten van content in feite de uitgaven die gemoeid zijn met de aanschaf van de filmwerken. Die uitgaven kunnen vervolgens niet worden aangemerkt als kosten voor de exploitatie van die filmwerken. Zij kunnen dan ook niet worden aangemerkt als kosten die voor aftrek in aanmerking komen in de zin van het tussenvonnis. Bovendien heeft RODAP ook onvoldoende gegevens verstrekt waarop het scheidsgerecht de omvang van de desbetreffende aftrek zou kunnen baseren.
39. Ook de platform- en/of technische kosten kunnen niet als aftrekbare kosten in de zin van het tussenvonnis worden aangemerkt. Naar het oordeel van het scheidsgerecht gaat het hier vooral om kosten die exploitatie van EMS diensten mogelijk maken. Deze kosten staan in onvoldoende rechtstreeks verband met hogere opbrengsten uit lopende exploitatie. Het scheidsgerecht neemt hierbij voorts in aanmerking dat, zoals blijkt uit de door RODAP als producties 23 tot en met 27 overgelegde verklaringen en de door Castricum tijdens de mondelinge behandeling gegeven toelichting, de RODAP leden geen eenduidige definities van de platform- en/of technische kosten hanteren, deze kosten niet altijd onderscheiden of bijhouden en deze kosten op verschillende wijze toerekenen, waardoor het (directe) verband met het genereren van hogere netto-opbrengsten niet valt te bepalen.
40. De kosten van marketing en promotie komen in het jaar 2016 uit op 24,4 % van de totale EMS omzet van de RODAP leden. De CBO's hebben benadrukt dat deze kosten in 2016 bijna 20 keer zo hoog zijn als in 2014 en zij hebben bij gebrek aan wetenschap betwist dat deze kosten juist zijn. Dat de kosten van marketing en promotie ten opzichte van 2014 aanzienlijk zijn gestegen komt het scheidsgerecht, mede op basis van de door RODAP als producties 23 tot en met 27 overgelegde verklaringen en de door Bakker tijdens de mondelinge behandeling gegeven toelichting dat gegeven de concurrentie aanzienlijk meer kosten voor marketing en promotie onvermijdelijk zijn, niet onaannemelijk voor. Het scheidsgerecht acht toepassing van een (forfaitaire) aftrek van 25%, zoals door RODAP voorgestaan, dan ook redelijk en het zal dienovereenkomstig beslissen.

Tussenconclusie

41. De tussenconclusie luidt dat het scheidsgerecht in hetgeen partijen naar voren hebben gebracht geen aanleiding ziet om de allocatie van de omzet van de S-VOD dienst in de bundels te koppelen aan het daadwerkelijk gebruik van die dienst, noch om voor de bepaling van de systematiek en de hoogte van de EMS vergoeding aansluiting te zoeken bij de kabeldoorgiftevergoedingen die in het verleden zijn voldaan of bij de lump sum vergoeding van € 1 miljoen die RODAP voor het jaar 2015 aan de CBO's heeft betaald. Evenmin ziet het scheidsgerecht aanleiding om andere kosten van de bruto omzet af te trekken dan de kosten van marketing en promotie.

De BMS vergoeding als aanknopingspunt voor een proportionele billijke EMS vergoeding

42. Het debat tussen partijen, dat zich ook overigens kenmerkt door breed verschil van inzicht, biedt het scheidsgerecht geen voor de verdere beoordeling bruikbare conclusies. Naar het oordeel van het scheidsgerecht vormt de BMS vergoeding het meest billijke, tevens eenduidige, aanknopingspunt, omdat deze vergoeding tussen de betrokken partijen is overeengekomen als een proportionele billijke vergoeding waar ook het onderhavige geschil op ziet. Het scheidsgerecht zal deze vergoeding dan ook tot uitgangspunt nemen, met inachtneming van het hiervoor overwogene en met toepassing van de navolgende componenten. Het scheidsgerecht zal daarbij een aantal parameters afronden. Daar is aanleiding toe, omdat het hier in belangrijke mate gaat om waarderingen op basis van schattingen.
43. De BMS vergoeding die partijen in het Convenant zijn overeengekomen bedraagt € 0,18 per abonnee per maand exclusief BTW. Het scheidsgerecht zal in de onderstaande overwegingen inschatten hoe deze BMS vergoeding zich vertaalt in een BMS vergoedingspercentage dat geldt bij een 100% PAM repertoire. Het scheidsgerecht zal vervolgens beoordelen op welke wijze dit gegeven kan worden gebruikt om een proportionele billijke EMS vergoeding vast te stellen.
44. Het tarief voor het basis TV pakket met BMS diensten van Ziggo (voor een adequate vergelijking: de meest eenvoudige en goedkoopste variant) is, zoals tijdens de mondelinge behandeling bevestigd, thans € 18,70 per maand inclusief BTW, ofwel afgerond € 15,45 per maand exclusief BTW. Dit bedrag neemt het scheidsgerecht als grondslag voor bepaling van de opbrengst per abonnee per maand voor BMS diensten. Voorts moet het scheidsgerecht het PAM aandeel (ofwel het Relevante Aandeel, dat wil zeggen: het aandeel in het totaal van BMS diensten waaraan bij de CBO's aangesloten Hoofdmakers een bijdrage hebben geleverd) in dit basis TV pakket bepalen. De gegevens die partijen in dat verband hebben aangedragen spreken elkaar tegen. De CBO's hebben erop gewezen dat RODAP zelf voor 2014 een PAM aandeel bij BMS van 19% aannam. RODAP heeft aangevoerd dat zij die berekening in ander verband heeft gemaakt maar de berekening op zichzelf niet tegengesproken. Volgens RODAP is het PAM aandeel bij BMS niettemin aanmerkelijk hoger. Partijen hebben ten aanzien van EMS voor 2016 en 2017 een PAM aandeel vastgesteld van 15% voor T-VOD, S-VOD en van 50% voor BOD (zie het "REKENMODEL EMS vergoedingen RODAP exploitaties" in de bij de arbitrageovereenkomst RODAP – CBO's gevoegde "Lijst als bedoeld in artikel 3").
45. Bij gebreke van andere voldoende vaststaande aanknopingspunten, zal het scheidsgerecht ex aequo et bono uitgaan van een percentage PAM aandeel voor BMS dat gelegen is tussen voormelde percentages PAM aandeel EMS voor 2016 en 2017. Het scheidsgerecht neemt in aanmerking dat getransponeerd naar BMS rekening moet worden gehouden met de omstandigheden dat in BMS relatief minder Nederlandse programma's zijn begrepen dan in BOD - waardoor het PAM percentage van 50% in BOD getransponeerd naar BMS een overschatting is - en dat in BMS relatief juist meer Nederlandse programma's zijn begrepen dan in VOD - waardoor het PAM percentage van 15% in VOD getransponeerd naar BMS een onderschatting is. Alles afwegend zal het scheidsgerecht naar redelijkheid en schattenderwijs – voormelde berekening voor 2014 van een PAM aandeel in BMS diensten van 19% mede in aanmerking genomen – het PAM aandeel voor BMS bepalen op iets onder het midden-percentage, en wel op 30%. Aldus is de in aanmerking te nemen maandelijkse opbrengst per abonnee voor BMS diensten gelijk aan 30% van € 15,45, derhalve, afgerond, € 4,64. Anders gesteld, deze opbrengst van € 4,64 kan worden beschouwd als van toepassing op BMS diensten met een 100% PAM aandeel.
46. Ten aanzien van de BMS exploitatie zijn partijen in het Convenant overeengekomen dat vanaf 1 januari 2015 voor een periode van vijf jaar een vergoeding aan de CBO's wordt voldaan van € 0,18 per abonnee per maand exclusief BTW. Aannemelijk is dat ook voor BMS kosten voor marketing en promotie worden gemaakt. Bij gebreke van andere voldoende vaststaande gegevens gaat het scheidsgerecht uit van een zelfde percentage als bij EMS, derhalve van 25%. Dit betekent dat de vergoeding voor BMS zonder aftrek van kosten € 0,24 bedraagt. Dat is, afgerond, 5,17% van de voornoemde opbrengst van € 4,64.
47. Op deze manier heeft het scheidsgerecht het EMS vergoedingspercentage bij 100% PAM aandeel vastgesteld op, verder afgerond, 5,2%. Op dit percentage dient een forfaitaire

kostenaftrek te worden toegepast van 25% ter zake kosten van marketing en promotie, zoals hiervoor overwogen.

48. Het scheidsgerecht gaat verder uit van de omzet voor EMS diensten zoals die door RODAP is gegeven in haar akte uittaling tussenvonnis, pagina 6, figuur 1 (bruto omzet 2016), te weten € . Dit omvat de opbrengsten uit T-VOD diensten, proportioneel toebedeelde opbrengsten uit S-VOD diensten (waarbij niet in aanmerking is genomen het daadwerkelijk gebruik van de TV diensten binnen de bundel), T-BOD en S-BOD diensten.
49. Het voorgaande leidt tot een vast te stellen vergoeding voor 2016 van 5,2% van € derhalve € . Na toepassing van een forfaitaire kostenaftrek van 25% resulteert dit in € .

De bruto omzet

50. Het scheidsgerecht heeft in het tussenvonnis overwogen dat voor de vaststelling van de bruto omzet alleen in aanmerking worden genomen de inkomsten die gegeneerd worden door middel van de (ontvangst van) de betalingen van de consumenten die gebruik maken van de BOD- en VOD-diensten. Wel kan het scheidsgerecht het bestaan van extra inkomsten naast andere omstandigheden in de vaststelling van de uiteindelijke vergoeding tot uitdrukking brengen.
51. Het scheidsgerecht acht het aannemelijk dat, zoals door RODAP gesteld, andere opbrengsten van de EMS diensten, zoals advertenties, verkoop van gegevens en promotieacties, in de periode waarop deze arbitrage betrekking heeft zodanig beperkt zijn, dat deze niet relevant zijn voor de vast te stellen vergoeding en dat deze daarom verder buiten beschouwing kunnen blijven.
52. Het scheidsgerecht definieert de bruto omzet dan ook als de omzet, bestaande uit de inkomsten, exclusief btw, die door de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten wordt genereerd door middel van (de ontvangst van) de betalingen van de consumenten die gebruik maken van de S-VOD, T-VOD, S-BOD en T-BOD diensten, waarbij voor de berekening van de gebundelde S-VOD geen rekening wordt gehouden met de mate van gebruik van de S-VOD dienst die onderdeel uitmaakt van een bundel.

De te verstrekken gegevens

53. In de mede namens de advocaten van RODAP aan het scheidsgerecht toegezonden e-mail van 23 juni 2017 heeft mr. Kingma het scheidsgerecht verzocht de hiervoor in overweging 17 vermelde tekst ter vaststelling van de EMS vergoeding op te nemen. Het scheidsgerecht zal aan dit verzoek voldoen. Het gaat er daarbij vanuit dat daarop geen verdere toelichting of uitleg noodzakelijk is.
54. Ten behoeve van de vaststelling van de verschuldigdheid, de hoogte en de verdeling van de EMS vergoeding zullen, zoals door partijen overeengekomen, door de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten de volgende gegevens aan de CBO's worden verstrekt:

ter vaststelling van het Relevante Aandeel:

bij aangaan van de VOD Vergoedingsovereenkomst en daarna eenmaal per kalenderjaar een lijst met de in het afgelopen kalenderjaar opgevraagde filmwerken, gecategoriseerd als volgt: PAM Filmwerken – overige filmwerken, met vermelding van het aantal opvragingen per titel van PAM Filmwerken en het totaal aantal opvragingen van alle filmwerken. In aanvulling hierop voor de PAM Filmwerken: overige gegevens die redelijkerwijs benodigd zijn voor het vaststellen van het Relevante Aandeel, waaronder het ISAN of EIDR identificatienummer voor zover beschikbaar, danwel, indien er geen identificatienummer beschikbaar is: de genre aanduiding per PAM Filmwerk voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant.

ter vaststelling van de verdeling:

na afloop van ieder half jaar per in dat afgelopen half jaar opgevraagd PAM Filmwerk:

- het aantal opvragingen in het afgelopen half jaar;

en

- het aan het PAM Filmwerk toegekend identificatienummer zoals ISAN of EIDR;

of

- indien het identificatienummer niet beschikbaar is:
 - o titel en eventuele subtitel;
 - o seizoen en afleveringsnummers indien het PAM Filmwerk onderdeel uitmaakt van een serie;
 - o duur van het PAM Filmwerk zoals aangeboden, voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant;
 - o namen van de hoofdregisseur(s), de scenarioschrijver(s) en de uitvoerende kunstenaar(s) die een hoofdrol vervul(t)(en), voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant.

PAM Filmwerk betekent elk filmwerk geproduceerd door een bij RODAP of StOP NL aangesloten omroep of producent, waar een of meerdere Hoofdmakers bij zijn betrokken.

55. Ten behoeve van de vaststelling van de bruto omzet zullen door de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten de volgende gegevens aan de CBO's verstrekken, na afloop van ieder kalenderkwartaal:
- de omzet, exclusief BTW, die gegenereerd werd door middel van (de ontvangst van) de betalingen van consumenten voor de S-VOD, T-VOD, S-BOD en T-BOD diensten in dat kwartaal;
 - de totale omzet in dat kwartaal, die gegenereerd werd met betalingen van consumenten voor bundels met S-VOD, waarbij geen rekening wordt gehouden met het al dan niet daadwerkelijk gebruik van S-VOD;
 - de toerekening van de totale omzet uit bundels met S-VOD aan S-VOD, met de bij die toerekening gehanteerde stand alone prijzen van stand alone diensten in de bundels en de bundelprijs in dat kwartaal.

De kosten van de arbitrage

56. Partijen zijn in artikel 12 van de arbitrageovereenkomst overeengekomen dat de kosten van deze arbitrage, bestaande uit het honorarium van de arbiters, de eventueel door het scheidsrecht benoemde deskundige en de kosten van de locatie voor de mondelinge behandeling, te vermeerderen met BTW, door hen ieder voor 50% worden gedragen en dat elke partij zijn eigen kosten van rechtsbijstand zal dragen. Partijen hebben ook geen veroordeling in de kosten gevraagd. Het scheidsrecht zal derhalve volstaan met de vaststelling van de kosten van de arbitrage.
57. De kosten van deze arbitrage omvatten (1) de administratiekosten, (2) het honorarium van de arbiters en (3) de verschotten (waaronder het honorarium van de secretaris). RODAP heeft € 5.445 aan administratiekosten aan het NAI voldaan en elk van de CBO's € 1.815. RODAP heeft € 62.500 aan depot voldaan voor de kosten van de arbitrage, elk van de CBO's € 20.833,33.
58. De Administrateur van het NAI heeft het honorarium en de verschotten van de leden van het scheidsrecht op grond van artikel 54 van het NAI-arbitragereglement vastgesteld op € 100.066,34. Het totaal van de kosten van de arbitrage bedraagt:

A..	Administratiekosten NAI (inclusief € 1.890 aan BTW)	€ 10.890
B.	Honorarium arbiters en verschotten (inclusief € 8.376,81 aan BTW)	€ 100.066,34
Totaal		€ 110.956,34

60. De voldoening van het honorarium van het scheidsrecht en de verschotten zal plaatsvinden door middel van verrekening met de aan het NAI voldane depot. Na verrekening van die bedragen resteert er een bedrag ad € 24.933,65 dat aan partijen zal worden terugbetaald.

IV. BESLISSING

- A. Het scheidsrecht stelt het EMS vergoedingspercentage dat geldt bij 100% PAM repertoire voor 2016 en 2017 vast op 5,2 % over de maandelijks door de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten behaalde bruto omzet, waarbij voor de berekening vaststelling van de bruto

omzet uitsluitend in aanmerking worden gekomen de inkomsten die door de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten worden gegenereerd door middel van de ontvangst van de betalingen van consumenten voor de S-VOD, T-VOD, S-BOD en T-BOD diensten en waarna ten aanzien van de aldus vastgestelde bruto omzet een forfaitaire kostenaf trek van 25% zal worden toegepast.

- B. Het scheidsgerecht definieert de bruto omzet als de omzet, bestaande uit de inkomsten, exclusief btw, die door de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten wordt gegenereerd door middel van (de ontvangst van) de betalingen van de consumenten voor de S-VOD, T-VOD, S-BOD en T-BOD diensten, waarbij voor de berekening van de gebundelde S-VOD geen rekening wordt gehouden met het al dan niet daadwerkelijk gebruik van de S-VOD dienst die onderdeel uitmaakt van een bundel
- C. Het scheidsgerecht bepaalt dat de bij RODAP aangesloten EMS exploitanten ten behoeve van de vaststelling van de verschuldigheid, de hoogte en de verdeling van de EMS vergoeding de volgende gegevens aan de CBO's zullen verstrekken:

ter vaststelling van het Relevante Aandeel:

bij aangaan van de VOD Vergoedingsovereenkomst en daarna eenmaal per kalenderjaar een lijst met de in het afgelopen kalenderjaar opgevraagde filmwerken, gecategoriseerd als volgt: PAM Filmwerken – overige filmwerken, met vermelding van het aantal opvragingen per titel van PAM Filmwerken en het totaal aantal opvragingen van alle filmwerken. In aanvulling hierop voor de PAM Filmwerken: overige gegevens die redelijkerwijs benodigd zijn voor het vaststellen van het Relevante Aandeel, waaronder het ISAN of EIDR identificatienummer voor zover beschikbaar, danwel, indien er geen identificatienummer beschikbaar is: de genreaanduiding per PAM Filmwerk voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant.

ter vaststelling van de verdeling:

na afloop van ieder half jaar per in dat afgelopen half jaar opgevraagd PAM Filmwerk:

- het aantal opvragingen in het afgelopen half jaar;
- en
- het aan het PAM Filmwerk toegekend identificatienummer zoals ISAN of EIDR;
- of
- indien het identificatienummer niet beschikbaar is:
 - o titel en eventuele subtitel;
 - o seizoenen en afleveringsnummers indien het PAM Filmwerk onderdeel uitmaakt van een serie;
 - o duur van het PAM Filmwerk zoals aangeboden, voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant;
 - o namen van de hoofdregisseur(s), de scenarioschrijver(s) en de uitvoerende kunstenaar(s) die een hoofdrol vervul(t)(en), voor zover opgenomen in de administratie van de desbetreffende exploitant.

PAM Filmwerk betekent elk filmwerk geproduceerd door een bij RODAP of StOP NL aangesloten omroep of producent, waar een of meerdere Hoofdmakers bij zijn betrokken.

ter vaststelling van de bruto omzet:

na afloop van ieder kalenderkwartaal:

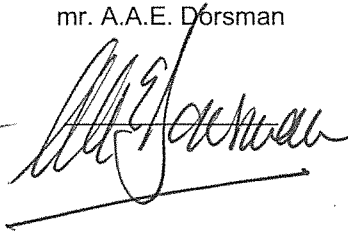
- de omzet, exclusief BTW, die gegenereerd werd door middel van (de ontvangst van) de betalingen van consumenten voor de S-VOD, T-VOD, S-BOD en T-BOD diensten in dat kwartaal;
- de totale omzet in dat kwartaal, die gegenereerd werd met betalingen van consumenten voor bundels met S-VOD, waarbij geen rekening wordt gehouden met het al dan niet daadwerkelijk gebruik van S-VOD;
- de toerekening van de totale omzet uit bundels met S-VOD aan S-VOD, met de bij die toerekening gehanteerde stand alone prijzen van stand alone diensten in de bundels en de bundelprijs in dat kwartaal.

- D. Het scheidsgerecht stelt de kosten van deze arbitrage tot en met de ondertekening van dit vonnis vast op € 100.066,34 (inclusief BTW) voor het honorarium en de verschotten van arbiters en € 10.890 (inclusief BTW) aan administratiekosten;
Het scheidsgerecht verstaat dat het honoraria en de verschotten van het scheidsgerecht met het door partijen gestorte depot zullen worden verrekend, en dat het restant ad € 24.933,65 aan partijen zal worden terugbetaald;
- E. Het scheidsgerecht wijst het meer of anders gevorderde af.

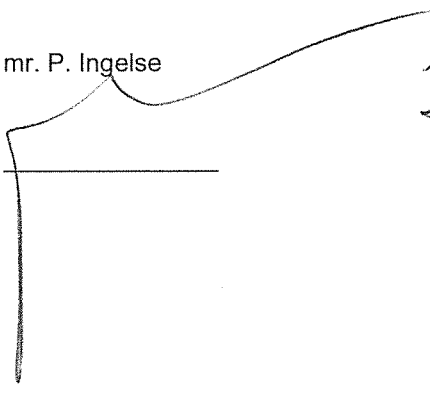
**** handtekeningpagina volgt hierna ****

Amsterdam, 24 juli 2017

mr. A.A.E. Dorsman

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A.A.E. Dorsman', written over a horizontal line.

mr. P. Ingelse

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Ingelse', written over a horizontal line. A long, thin line extends from the signature towards the signature of mr. A.A.E. Dorsman.

dr. Th. van Dijk

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Th. van Dijk', written over a horizontal line.