

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.194.460/01 SKG

zaak-/rolnummer rechtbank: C/13/606274/KG ZA 16-426

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 13 september 2016

inzake

wonend te Den Haag,
appellant,
advocaat: mr. S.I.P. Schouten te Amsterdam,

tegen:

1. **VERENIGING BUMA**,
gevestigd te Amstelveen,
2. **STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN (SENA)**,
geïntimeerden,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna , Buma en Sena genoemd, geïntimeerden zullen ook gezamenlijk als Buma c.s. worden aangeduid.

is bij dagvaarding van 21 juni 2016 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam onder bovenvermeld zaak-/rolnummer in kort geding gewezen tussen Buma c.s. als eiseressen en l en Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland (hierna: SCO EZH) als gedaagden en uitgesproken op 24 mei 2016.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- conclusie van eis in hoger beroep (overeenkomstig de appeldagvaarding), met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben hun zaak ter zitting van het hof van 31 augustus 2016 doen bepleiten, l door mr. Schouten voornoemd, Sena door mrs. S.R.M.T. Janssen, advocaat te Amsterdam en Buma door mrs. D.J.G. Visser en P. de Leeuwe, beiden advocaat te

Amsterdam, ieder aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid zijn door alle partijen nadere producties in het geding gebracht.

Vervolgens is arrest gevraagd.

De hof heeft geconcludeerd, kort samengevat, dat het hof het vonnis van de voorzieningenrechter zal vernietigen en alsnog de door Buma en Sena jegens hem ingestelde vordering zal afwijzen, hen - uitvoerbaar bij voorraad - zal veroordelen tot terugbetaling van hetgeen door de hof uit hoofde van het bestreden vonnis is voldaan en hen zal veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties op de voet van artikel 1019h Rv, met rente.

Buma c.s. hebben geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met - uitvoerbaar bij voorraad - de veroordeling van de hof in de kosten van het geding in hoger beroep.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.5 een aantal feiten vermeld die zij bij de beoordeling van het geschil van partijen tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en zullen derhalve ook door het hof tot uitgangspunt worden genomen. Deze worden hierna onder 3.1 weergegeven, voor zover nodig aangevuld met verdere feiten die enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of onvoldoende zijn weersproken.

3. Beoordeling

3.1. (i) Buma en Sena zijn collectieve beheersorganisaties. In ruil voor een licentievergoeding verlenen zij namens de rechthebbenden die zij vertegenwoordigen toestemming aan derden tot openbaarmaking van muziekwerken en commerciële fonogrammen waarop auteursrechten en naburige rechten als bedoeld in de Wet Naburige Rechten (WNR) rusten.

(ii) SCOEZH is in 1996 opgericht en exploiteerde vanaf die datum de radiozender Fresh FM. De hof was tot voor kort middellijk bestuurder van SCOEZH. SCOEZH beschikt over een vergunning voor het uitzenden van het Commissariaat voor de Media (CvdM). Tevens beschikt zij over de benodigde vergunning van het Agentschap Telecom (AT). Fresh FM zendt uit via de ether en exploiteert voorts een website met het internetadres www.fresh.fm. Ook organiseert Fresh FM feesten.

(iii) Op vordering van Buma is SCOEZH in de periode vanaf 2003 meerdere keren veroordeeld door de voorzieningenrechter en door de bodemrechter tot het betalen van de onder 2.1 genoemde licentievergoeding, die is gebaseerd op een percentage van de reclame-inkomsten, en tot het doen van opgave van die reclame-inkomsten. Tevens is SCOEZH op vordering van Buma door de rechter meerdere keren, op straffe van dwangsommen, verboden enig muziekwerk behorende tot het Buma-repertoire openbaar te maken (zolang zij geen licentie had).

(iv) Op 22 juli 2015 is SCO EZH op verzoek van Buma gesommeerd om de openstaande voorschotfacturen met betrekking tot de jaren 2010 tot en met 2015 inclusief rente te voldoen en is SCO EZH verzocht de benodigde gegevens te verschaffen over haar inkomsten over de periode van 2010 tot en met 2014, zodat de eindafrekeningen kunnen worden opgesteld. Ook is SCO EZH gesommeerd om inbreuken op de auteursrechten van Buma te staken.

(v) Op vordering van Sena is SCO EZH bij vonnis van 23 mei 2000 door de rechtbank Den Haag veroordeeld tot betaling van onbetaalde facturen en tot het doen van opgave van (te verwachten) reclame-inkomsten. Een tweede door Sena tegen SCO EZH aanhangig gemaakte procedure heeft geleid tot de vaststellingsovereenkomst van 18 oktober 2013 waarbij V 1 naast SCO EZH partij is. Bij vonnis van 11 juni 2015 is SCO EZH door de kantonrechter te Den Haag op straffe van dwangsommen veroordeeld tot nakoming van deze vaststellingsovereenkomst.

3.2. Buma c.s. vorderen in dit geding een voorziening die ertoe strekt dat aan SCO EZH en V 1 wordt verboden inbreuken te (doen) maken op de rechten van (onder meer) makers van muziekwerken en uitvoerende artiesten die door Buma respectievelijk Sena worden vertegenwoordigd. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Buma c.s. toegewezen, en het door haar aan V 1 opgelegde verbod zowel met een dwangsom als met lijfswang versterkt. V 1 komt in dit hoger beroep met vijf grieven op tegen de jegens hem genomen beslissing op, SCO EZH heeft afgezien van het instellen van appel. Met betrekking tot de grieven van V 1 overweegt het hof als volgt.

3.3. Dat door het uitzenden van muziek resp. openbaar maken daarvan via de website zonder dat de Buma en Sena ter zake verschuldigde vergoedingen zijn voldaan door SCO EZH inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten en naburige rechten van de door deze organisaties vertegenwoordigde rechthebbenden is reeds in verschillende (bodem)procedures uitgemaakt, wordt door SCO EZH, die zoals gezegd geen appel heeft ingesteld, in dit geding niet verder bestreden en heeft ook voor zover het V 1 betreft als uitgangspunt te gelden. De verwijzing door V 1 naar het Sena betreft naar een uit 1998 daterende overeenkomst faalt reeds omdat aangenomen moet worden dat Sena een door haar verleende toestemming kan opschorten zolang aan de verplichting tot betaling van een billijke vergoeding niet daadwerkelijk wordt voldaan. Dat SCO EZH wat haar betalingsverplichtingen jegens BUMA c.s. betreft aanzienlijke achterstanden heeft laten ontstaan, wordt door V 1 (mede gelet op de met producties toegelichte stellingen van Buma c.s. op dit punt) niet voldoende gemotiveerd bestreden; ter zitting is door V 1 een bedrag van € 100.000,- genoemd dat door SCO EZH zou zijn geboden ter voldoening van in het verleden ontstane betalingsverplichtingen.

3.4. V 1 neemt in hoger beroep het standpunt in dat V 1 van een aansprakelijkheid zijnerzijds voor door SCO EZH gepleegde inbreuken geen sprake kan zijn nu hij sinds 24 mei 2016 (de datum van het vonnis in eerste aanleg) niet meer de positie van (indirect) bestuurder van SCO EZH bekleedt doch deze functie thans wordt vervuld door V 2 die ook in de afgelopen periode met Buma c.s. heeft onderhandeld

over de voorwaarden op grond waarvan Fresh FM muziek waarop rechten van derden rusten kan uitzenden dan wel via haar website openbaar maken.

Dit betoog kan niet baten. Buma c.s. hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat ondanks de inschrijving van Bom als bestuurder van SCOEZH het nog steeds Wedel is die feitelijk het beleid van SCOEZH in overwegende mate bepaalt en als zodanig verantwoordelijk is voor de uitzendingen waarin rechten van derden worden geschonden. Het hof wijst in dit verband op de door Buma c.s. in hun memorie van antwoord onder 29, 53 tot en met 55 gereleveerde en met producties gestaafde feiten en omstandigheden, (kort gezegd, SCOEZH wordt ook na 24 mei 2016 in de diverse procedures waarin zij is verwickeld vertegenwoordigd door [naam]; de door [naam] gecontroleerde vennootschap Youtoo Management B.V. exploiteert sinds 2011 de zender Fresh FM en is eigenaar van de daartoe benodigde zendapparatuur; [naam] heeft op 30 mei 2016 aan de deurwaarder meegedeeld dat die dag "wij" waren overgegaan tot het uitzenden van rechten vrije muziek; door Fresh FM gegenereerde reclame-inkomsten worden nog steeds overgemaakt op rekening van [naam], althans van een door hem gecontroleerde vennootschap; [naam] is huurder van de bedrijfsruime waarin Fresh FM is gehuisvest; [naam] beschikt over de administratie van Fresh FM, en het is [naam] geweest die voor SCOEZH, ten behoeve van gesprekken met Buma en Sena, een begroting en businessplan heeft opgesteld; de website www.fresh.fm stond tot voor kort (en staat wellicht nog steeds) op naam van [naam] geregistreerd; het Benelux-merk Fresh FM staat op naam van een aan [naam] gelieerde in de Seychelles gevestigde vennootschap) en hetgeen bij pleidooi in aanvulling daarop is gesteld (vgl. pleitnota onder 16). [naam] is hierop nauwelijks ingegaan, laat staan dat hij een en ander gemotiveerd heeft bestreden. Daarbij komt dat in het moment, in de wijze waarop en in de omstandigheden waaronder [naam] als bestuurder is afgetreden (vgl. in dit verband zijn e-mail van 25 mei 2016, door Buma c.s. overgelegd als productie 32) sterke aanwijzingen zijn gelegen dat hij zich slechts met het oog op de door Buma c.s. tegen SCOEZH en hem als haar bestuurder gevoerde procedure als bestuurder heeft laten uitschrijven, doch feitelijk wel degelijk controle over de onderneming behield.

3.5. De voorzieningenrechter heeft terecht geoordeeld dat [naam] van de door SCOEZH gepleegde inbreuken op auteursrechten en naburige rechten een ernstig persoonlijk verwijt valt te maken. Aangenomen moet worden dat [naam] zich er terdege van bewust was dat door de onder verantwoordelijkheid van SCOEZH verzorgde uitzendingen en openbaarmaking via de website rechten van derden werden geschonden. Van het toelaten van deze schendingen valt hem persoonlijk een ernstig verwijt te maken. Waar hij wijst op de hoge drempel die ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad geldt bij het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid ziet hij over het hoofd dat de ruimte die in het maatschappelijk belang aan bestuurders moet worden gegund over het algemeen niet zo ver gaat dat het aan dezen zou zijn toegestaan om bewust, langdurig en op hardnekkige wijze rechten van derden te doen schenden.

3.6. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat het door de voorzieningenrechter geformuleerde verbod terecht ook aan [naam] is opgelegd. In het licht van de ernst van de aan [naam] rweten gedraging en de betrokken commerciële belangen acht het hof

de opgelegde dwangsom, met name gelet op het daaraan gestelde maximum, niet te hoog, het vonnis zal op dit punt derhalve worden bekrachtigd. De grievede heeft ook geen specifieke klachten geuit tegen de modaliteiten van de dwangsomveroordeling.

3.7. Met betrekking tot de uitgesproken uitvoerbaarheid bij lijfswang overweegt het hof als volgt.

Lijfswang dient slechts als uiterste middel te worden toegepast. Dat uitgangspunt brengt mee, dat er geen redelijke twijfel dient te bestaan dat andere middelen niet genoegzaam zullen zijn om voldoening aan de hoofdveroordeling te verzekeren, hetgeen behoorlijk aannemelijk gemaakt moet worden aan de hand van feiten en niet slechts veronderstellingen. De grievede is bij vonnis van de kantonrechter te Den Haag van 11 juni 2015 naast SCOEZH persoonlijk veroordeeld tot het doen van opgave van commerciële inkomsten over de periode 2006 tot en met 2014 op straffe van verbeurte van een dwangsom. Hoewel Buma c.s. zich op het standpunt stellen dat de grievede aan die verplichting niet, althans niet op behoorlijke wijze, heeft voldaan, kan, in het licht van door de grievede in eerste aanleg in het geding gebrachte producties 5 en 6, niet worden gesteld dat die veroordeling in het geheel geen effect heeft gesorteerd. Van verdere uitspraken van rechters waar de grievede op vordering van Buma c.s. persoonlijk op straffe van verbeurte van een dwangsom tot een handelen of nalaten is veroordeeld is niet gebleken. Dat de grievede voor eventuele verbeurde dwangsommen in het geheel geen verhaal biedt – zodat in zoverre van dit dwangmiddel onvoldoende prikkel uitgaat – is door Buma c.s. onvoldoende feitelijk onderbouwd; dat de auto van de grievede onvindbaar is en dat op zijn woonhuis reeds meerdere beslagen rusten (waarvan overigens het meest bezwarende kennelijk inmiddels is opgeheven) is in dit verband ontoereikend. In het licht van dit een en ander gaat het naar oordeel van het hof te ver om in dit stadium het aan de grievede opgelegde verbod met lijfswang te versterken, zeker nu ook de versterking van het verbod door een dwangsom is gevorderd en toegewezen. Het hof zal op dit punt het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigen.

3.8. Reeds uit het voorgaande volgt dat de grief die de grievede tegen de in eerste aanleg uitgesproken kostenveroordeling heeft gericht geen doel kan treffen, zijn standpunt dat voor zover het Sena betreft geen inbreuken zijn gemaakt wordt verworpen.

3.9. Dit brengt mee dat de grief van de grievede die gericht is tegen de uitvoerbaarheid bij lijfswang slaagt en dat voor het overige de grieven falen. Het hof ziet in deze uitkomst aanleiding om de kosten van het geding in hoger beroep te compenseren in die mate dat ieder de eigen kosten draagt.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, zulks echter behoudens voor zover daarin onder 5.2 het aan de grievede opgelegde verbod uitvoerbaar bij lijfswang is verklaard;

vernietigt het vonnis in zoverre en wijst het op lijfswang betrekking hebbend onderdeel van de vordering van Buma c.s. alsnog af;

compenseert de kosten van het geding in hoger beroep in die voege dat ieder der partijen de eigen kosten draagt;

wijst af het anders of meer dan in eerst aanleg gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, M.P. van Achterberg en P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 13 september 2016.



Mr. J. Van Hoekzema



Voor afschrift conform
De griffier van het
Gerechtshof te Amsterdam

