

# arrest

---

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.203.792/01 SKG

zaak/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/615557/KGZA 16/1117

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 25 juli 2017

inzake

**Stichting COMMERCIELE OMROEP EXPLOITATIE ZUID-HOLLAND,**

gevestigd te den Haag,

appellante,

advocaat: mr. J.A.M. van Oers te Amsterdam,

tegen

**VERENIGING BUMA,**

gevestigd te Amstelveen,

geïntimeerde,

advocaat: mr. S.R.M.T. Janssen te Hoofddorp.

### 1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Scoezh en Buma genoemd.

Scoezh is bij dagvaarding van 9 november 2016 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 12 oktober 2016, in kort geding gewezen tussen Scoezh als eiseres en Buma als gedaagde.

De appeldagvaarding bevat de grieven.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven overeenkomstig de appeldagvaarding, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Scoezh heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog haar vorderingen zal toewijzen, met veroordeling van Buma in de proceskosten in de zin van art.1019h Rv, met rente en kosten.

Buma heeft geconcludeerd tot bekrachtiging, met veroordeling van Scoezh in de proceskosten in de zin van art.1019h Rv, met rente en kosten.

Ten slotte is arrest gevraagd.

## 2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.3 de feiten opgesomd die zij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

- 3.1. (i) Buma is een collectieve beheersorganisatie. In ruil voor een licentievergoeding verleent zij namens de auteursrechthebbers die zij vertegenwoordigt toestemming aan derden tot openbaarmaking van muziekwerken en commerciële fonogrammen waarop auteursrechten rusten.
- (ii) Scoezh exploiteert vanaf 1998 het (niet-landelijke commerciële) radiostation Fresh FM en heeft een omroepvergunning van het Commissariaat voor de Media tot 29 oktober 2018 en een Frequentievergunning van het Agentschap Telecom tot 31 augustus 2017.
- (iii) Sinds 2011 verzorgt een producent (de Omroepproducent) de productie en uitzending van het radioprogramma Fresh FM voor Scoezh. In het verleden heeft Scoezh met verschillende Omroepproducenten samengewerkt. Een van die Omroepproducenten was de – in 2014 geliquideerde – besloten vennootschap W [redacted] Communications B.V. (hierna: W [redacted] Communications), waarvan de heer [redacted] W [redacted] (hierna: W [redacted]) middellijk bestuurder was. W [redacted] was tot 24 mei 2016 ook (middellijk) bestuurder van Scoezh.
- (iv) Tussen Buma (en Stemra) enerzijds en W [redacted] Communications en Scoezh anderzijds is een Modelovereenkomst gesloten waarin is bepaald onder welke voorwaarden Buma toestemming verleent voor de openbaarmaking van het Buma-repertoire. In deze overeenkomst zijn opgaveverplichtingen voor Scoezh en tarieven voor licentievergoedingen opgenomen.
- (v) Fresh FM zendt niet alleen uit via de ether, maar exploiteert ook een website met het internetadres [www.fresh.fm](http://www.fresh.fm). Via die website werden onder de naam Fresh FM ook muziekstreams aangeboden via een *streamingplatform* (webcasting), onder meer van muziekwerken waarvan Buma de auteursrechten beheert.
- (vi) 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 een 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).
- (vii) Op 22 juli 2015 is Scoezh 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 Scoezh 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 Scoezh gesommeerd om inbreuken op de auteursrechten van Buma te staken.

(viii) Op vordering van Sena, een andere collectieve beheersorganisatie, is Scoezh door de rechtbank Den Haag veroordeeld tot betaling van onbetaalde facturen en tot het doen van opgave van (te verwachten) reclame-inkomsten. Een andere door Sena tegen Scoezh aanhangig gemaakte procedure heeft geleid tot een vaststellingsovereenkomst van 18 oktober 2013 waarbij W■■■■ naast Scoezh partij is, waarin partijen onder meer een (minimale) vergoeding (van € 30.000,-) en een opgaveverplichting met betrekking tot kabel-, ether- en internet-uitzendingen over het verleden zijn overeengekomen en daarnaast opgave- en betalingsverplichtingen voor de toekomst. Bij vonnis van 11 juni 2015 is Scoezh door de kantonrechter te Den Haag op straffe van dwangsommen veroordeeld tot nakoming van deze vaststellings-overeenkomst.

(ix) Bij vonnis van 24 mei 2016 heeft de voorzieningenrechter te Amsterdam Scoezh, kort gezegd, op straffe van een dwangsom verboden Buma-repertoire uit te zenden. De voormalig bestuurder W■■■■ is ook in procedures betrokken en hem zijn soortgelijke verboden op straffe van dwangsommen opgelegd.

(x) In juni 2016 heeft Scoezh/Fresh FM de uitzendingen van Buma-repertoire via de ether gestaakt. Voorts is W■■■■ afgetreden als (middellijk) bestuurder van Scoezh en is de nieuwe bestuurder, de heer ■■■■, B■■■■ (hierna: B■■■■), aangetreden. De openbaarmaking van Buma-repertoire via webcasting onder de naam Fresh FM is voortgezet.

(xi) Bom is vervolgens met Buma (en Sena) in onderhandeling getreden om toestemming te verkrijgen voor uitzending van het Buma- (en Sena-)repertoire en een finale regeling van de lopende geschillen. Scoezh heeft aan Buma het voorstel gedaan om de vordering van Buma over het verleden (tot en met 2015) met betaling van een bedrag van € 75.000,00 op te lossen. Op dat voorstel heeft Buma afwijzend gereageerd.

### 3. Beoordeling

3.1 Scoezh heeft gevorderd, kort samengevat, (uiteindelijk de rechtbank te Den Haag jegens Sena en de rechtbank Amsterdam jegens) Buma te veroordelen om te gehengen en te gedogen dat zij en de aan haar gelieerde Omroepproducent, direct na voldoening van (voorschot)vergoedingen over 2016 en het voldoen aan de opgaveverplichtingen, Buma-repertoire uitzendt. Die vordering is afgewezen, met veroordeling van Scoezh in de kosten op de voet van art. 1019h Rv.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Scoezh met haar drie grieven op.

3.2 Dit geding maakt deel uit van een reeks. Tussen partijen bestaat al jaren een geschil dat er, zeer kort weergegeven, op neerkomt dat Scoezh via een radiostation en (volgens Buma) via webcasting werken openbaar maakt die tot het Buma- repertoire behoren zonder daarvoor de vereiste opgaven te doen en licentievergoedingen af te dragen. Scoezh stelt nu in de kern dat met de vervanging van W■■■■ als bestuurder door B■■■■ een blad is omgeslagen en wenst toekomstgerichte normalisering van de verhoudingen.

Daarnaast stelt zij dat niet zij, maar de Omroepproducent verantwoordelijk is voor de webcasting.

Per saldo acht zij Buma gehouden om haar toe te staan weer Buma-repertoire uit te zenden, zodra zij de minimumvergoedingen over 2006-2015 heeft voldaan, naast een voorschot over 2016 en de proceskosten. Tegen die achtergrond zullen de grieven in dit kort geding worden besproken, waarbij het hof vaststelt dat het spoedeisend belang tussen partijen in confesso is.

3.3 Grief 1 houdt in dat Scoezh ten onrechte verantwoordelijk wordt gehouden voor de webcasting. Het is de Omroepproducent die daarvoor verantwoordelijk is en de daden van de Omroepproducent dienen niet aan Scoezh te worden tegengeworpen.

3.3.1 Scoezh stelt dat de Omroepproducent de daadwerkelijke webcasting verzorgt; de Omroepproducent is een aparte rechtspersoon.

Buma weerspreekt op zichzelf niet dat de Omroepproducent formeel de webcasting verzorgt en een separate rechtspersoon is, maar baseert haar visie dat Scoezh (mede)verantwoordelijk is voor de webcasting op de banden tussen de Omroepproducent, W [redacted] en Scoezh zoals die blijken uit het arrest van dit hof d.d. 13 september 2016 tegen W [redacted] in persoon, het proces-verbaal van constatering van de deurwaarder d.d. 25 november 2016 en de mededeling van E [redacted] dat de website Fresh FM sinds 26 mei 2016 op naam van Scoezh staat. Inmiddels is de rechthebbende van de domeinnaam niet meer zichtbaar, maar Buma gaat ervan uit dat dat -nog steeds- Scoezh is.

Scoezh heeft daartegenover in dit appel haar ontkenning niet onderbouwd. Zij heeft niet aangetoond dat de domeinnaam niet meer op haar naam staat en evenmin nader inzicht gegeven in de feitelijke verhoudingen, maar volstaan met herhaling van de mededeling dat de Omroepproducent een separate rechtspersoon is, waarvoor Scoezh niet verantwoordelijk is.

3.3.2 Het hof is van oordeel dat het, gegeven de omstandigheden waarop Buma zich beroept en waaruit een sterke verwevenheid tussen de Omroepproducent, W [redacted] en Scoezh blijkt alsmede de tenaamstelling van de domeinnaam Fresh FM op naam van Scoezh (tot voor kort), voldoende aannemelijk is dat Scoezh wist van en meewerkte aan de webcasting. Dat de webcasting zich uitstreckte tot Buma-repertoire staat vast. Inbreuk op auteursrechten is onrechtmatig en degene die, samen met een ander, inbreuk maakt kan daarop in rechte worden aangesproken. In gevallen als dit is voor opheffing van de onrechtmatigheid in het algemeen noodzakelijk en voldoende dat een licentie wordt verkregen en vergoedingen worden betaald. Dat voor de webcasting (een vorm van openbaar maken) via de website [www.fresh.fm](http://www.fresh.fm) van muziekwerken waarvan Buma de auteursrechten beheert geen licentie bestond of bestaat en geen licentievergoeding is/wordt betaald staat vast. De webcasting was dus inbreukmakend en Scoezh was daarvoor, naar voorshands aannemelijk is, medeverantwoordelijk. Voor de toekomst geldt dat de verplichting waarvan Buma nakoming wenst alvorens zij instemt met een licentie en voortzetting van de webcasting ziet op het afdragen van die licentievergoedingen voor auteursrechtelijk beschermde werken in het verleden. Buma hoeft, nu zij gelet op het voorgaande in dit kort geding voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Scoezh mede verantwoordelijk is voor de webcasting niet te dulden

dat die, onrechtmatige, webcasting voortgaat en mag daarbij vergen dat over het verleden wordt afgerekend.

Dat de Omroepproducent ook verantwoordelijk is, kan Scoezh niet baten; zij kan zich desgewenst op hem verhalen.

De overige argumenten in dit kader doen niet ter zake. Tussen partijen staat vast dat voor die webcasting activiteit geen vergunning van het Commissariaat voor de Media of Agentschap Telecom noodzakelijk is, zodat de omstandigheid dat Scoezh die niet heeft en het partijdebat daarover zonder belang is. Het geschil omtrent de precieze omvang van de betalingsverplichtingen is, nu Scoezh niets heeft betaald, evenmin van belang voor de beslissing.

Op grond van het vorenstaande faalt grief 1.

3.4 Grief 2 houdt in dat Scoezh toestemming moet krijgen voor nieuwe (radio)uitzendingen zodra zij de minimumvergoeding over het verleden heeft betaald.

3.4.1 Anders dan Scoezh meent kan de tussen Scoezh en Sena gesloten schikkingsovereenkomst Scoezh in dit verband niet baten. Het staat Buma vrij haar eigen positie te bepalen en andere afwegingen dan Sena te maken, ook al hebben zij in het verleden samen opgetrokken.

3.4.2 Naar op zich niet in geschil is wordt het bedrag dat Scoezh dient te betalen in beginsel bepaald aan de hand van een opgave van de reclame-inkomsten. Scoezh is in elk geval het minimum verschuldigd, maar als zij meer inkomsten geniet een hoger bedrag. Buma heeft onderbouwd dat en waarom zij in redelijkheid kan menen dat Scoezh substantiële reclame-inkomsten geniet. Teneinde Buma in de gelegenheid te stellen zich daarvan een beeld te vormen dient Scoezh -zoals gebruikelijk in deze context- een opgave te doen. De opgave die Scoezh heeft gedaan beperkt zich tot een brief waarin, zonder dat cijfers of onderliggende bewijsstukken zijn bijgevoegd of sprake is van een accountantscontrole, wordt gemeld dat Scoezh niet meer hoeft te betalen dan het minimum vanwege de beperkte omvang van haar reclame-inkomsten. Daarmee hoeft Buma naar voorshands oordeel geen genoegen te nemen. Zij mag in redelijkheid een behoorlijk onderbouwde opgave verlangen. Zij misbruikt haar positie als monopolist niet door daaraan, in het belang van de daadwerkelijk auteursrechthebbenden, haar aangeslotenen, vast te houden.

3.4.3 Daarbij komt dat Scoezh, hoewel zij erkent een bedrag van tenminste € 76.506,= verschuldigd te zijn, dat tot dusver niet daadwerkelijk heeft betaald en ook niet te betalen heeft aangeboden; zij biedt een lager bedrag aan. In die omstandigheden kan Buma in redelijkheid toestemming/licentie voor nieuwe uitzendingen weigeren totdat daadwerkelijk is betaald.

Of juist is dat Scoezh dwangsommen tot de gevorderde bedragen heeft verbeurd is bij die stand van zaken niet van belang voor de te nemen beslissing. Immers, ook als het standpunt van Buma dienaangaande onjuist is mag zij nog steeds toestemming voor de toekomst weigeren zo lang niet is afgerekend over het verleden voor wat betreft de licentievergoedingen.

Grief 2 faalt dus.

3.5 Grief 3 slaagt. Op zichzelf is, in het kader van dit kort geding, voldoende aannemelijk dat Buma zodanig slechte ervaringen heeft met Scoezh onder bestuurderschap van W. ■■■ dat zij in redelijkheid kan weigeren nog zaken met Scoezh te doen zo lang hij bestuurder is. Buma gaat echter verder en eist dat W. ■■■ die thans geen bestuurder meer is op geen enkele wijze (ook niet als verhuurder of eigenaar van apparatuur) bij Scoezh betrokken is. Het gaat naar voorshands oordeel voor een organisatie in de positie van Buma - een de facto monopolist - te ver dat Buma op zo vergaande wijze treedt in de interne inrichting van Scoezh en het verlenen van toestemming afhankelijk maakt van het voldoen aan haar wensen.

Het slagen van deze grief baat Scoezh echter niet omdat de vordering van Scoezh inhoudt dat Buma wordt veroordeeld om te gehengen en gedogen dat zij, Scoezh, (en de Omroepproducent) kort samengevat weer Buma repertoire uitzendt (uitzenden). Uit het falen van de eerste twee grieven vloeit reeds voort dat die eis niet toewijsbaar is.

3.6 Scoezh zal in de kosten van dit appel worden veroordeeld. Bij gebreke van een daartoe strekkende vordering in appel en een opgave van de kosten in de zin van art. 1019h Rv zullen deze kosten aan de hand van het liquidatietarief worden bepaald.

#### 4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Scoezh in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Buma begroot op € 718,- aan verschotten en € 894,- voor salaris;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, J.F. Aalders en G.J. Heevel en door de rolraadshoof in het openbaar uitgesproken op 25 juli 2017.

*Mr. A.W.M. Uiterlinden*

AFGEGEVEN VOOR GROSSE  
AAN: mr. S.R.M.T. Janssen  
DE GRIFPIER