

AFSCHRIFT

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/637492 / HA ZA 17-1098

Tussenvonnis van 15 juli 2020

in de zaak van

1. de vereniging
Vereniging BUMA,
gevestigd te Amstelveen,
2. de stichting
Stichting ter exploitatie van naburige rechten (SENA),
gevestigd te Hilversum,
eiseressen,
advocaat mr. W.A. Roos te Amsterdam,

tegen

1. **Stichting Commerciële Omroep Exploitatie ZH**,
gevestigd te Zevenhuizen,
gedaagde,
advocaat mr. E.S. Ebels te 's-Gravenhage, die zich heeft onttrokken,
2. [REDACTED]
wonende te Sao Sebastiao, Brazilië,
gedaagde,
advocaat mr. O. Heuveling te Naaldwijk,
3. curator in het faillissement van [REDACTED]
de heer mr. **J.A. Dullaart**,
kantoorhoudende te Naaldwijk,
verweerder in de zin van artikel 28 Faillissementswet,
advocaat mr. J.I. van Vlijmen te Den Haag,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Youtoo Holding B.V.,
gevestigd te Groningen,
verweester in de zin van artikel 29 Faillissementswet,
advocaat mr. J.A.M. van Oers te Amsterdam.

Eiseressen worden hierna Buma en Sena genoemd. Gedaagde sub 1 wordt hierna Scoezh en gedaagde sub 2 [REDACTED] genoemd. Verweerder sub 3 en verweester sub 4 worden gezamenlijk de curator c.s. en afzonderlijk de curator en Youtoo Holding genoemd.

De procedure tegen Scoezh is vanwege haar faillietverklaring op 5 juli 2018 van rechtswege geschorst. De curator heeft de procedure van [REDACTED] vanwege zijn faillietverklaring op 20 maart 2018 ten aanzien van de boedel in diens faillissement overgenomen. Youtoo Holding heeft als schuldeiser in het faillissement van Wedel de vorderingen van Buma en Sena betwist en is daarmee partij geworden in de procedure.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding waarbij Scoezh en [REDACTED] zijn gedagvaard van 23 november 2016 met producties (1 tot en met 40),
- de conclusie van antwoord van Scoezh en [REDACTED] met producties (1 tot en met 8),
- het tussenvonnis van 18 juli 2018 waarbij een comparitie van partijen is bevolen,
- het proces-verbaal van comparitie van 4 november 2019 met de daarin vermelde stukken,
- het bericht van 14 april 2020 van Youtoo Holding.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Buma is een collectieve beheersorganisatie die de rechten van auteurs van muziekwerken beheert. In ruil voor een licentievergoeding, die zij incasseert op grond van artikel 30a van de Auteurswet (Aw), verleent zij namens de rechthebbende componisten en tekstdschrijvers die zij vertegenwoordigt toestemming aan derden tot openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken (hierna: Buma-repertoire). Buma bepaalt de door (radio)omroepen te betalen licentievergoeding aan de hand van de commerciële inkomsten die zij met de openbaarmaking genereren.

2.2. Sena is een collectieve beheersorganisatie die op grond van artikel 15 lid 1 jo. 7 van de Wet op de naburige rechten (Wnr) is belast met de inning en verdeling van de billijke vergoeding die is verschuldigd voor het zonder toestemming van de rechthebbende muziekproducenten en uitvoerende kunstenaars uitzenden van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen (hierna: Sena-repertoire). Ook Sena berekent de door (radio)omroepen te betalen vergoeding op basis van de met de openbaarmaking gegenereerde commerciële inkomsten.

2.3. Wedel was vanaf 2008 tot 8 december 2016 bestuurder van Youtoo Holding, in deze procedure verweerder onder 2. Youtoo Holding wordt thans middellijk, via de vennootschap naar Engels recht Youtoo Management Ltd., bestuurd door [REDACTED] Youtoo Holding was aandeelhouder en enig bestuurder van Youtoo Management BV, die vanaf 2006 bestuurder was van Scoezh. [REDACTED] is op 25 mei 2016 afgetreden als (middellijk) bestuurder van Scoezh, waarna Scoezh werd bestuurd door de heer [REDACTED] (hierna: [REDACTED]). Na het aftreden van [REDACTED] op 5 juni 2017 werd Scoezh tot aan haar faillissement in 2018 (middellijk, via Youtoo Management Ltd.) bestuurd door [REDACTED].

2.4. Scoezh, jegens wie de procedure vanwege haar faillissement is geschorst, was houder van de vereiste vergunningen voor het gebruik van een radiofrequentie voor de commerciële radiozender Fresh FM. De frequentievergunning voor het uitzenden via de ether is geëindigd per 1 september 2017. Sindsdien wordt Fresh FM alleen online uitgezonden via een streamingplatform (webcasting).

2.5. [REDACTED] was, via Youtoo Holding en Youtoo Management BV, tevens middellijk bestuurder van Wedel Communications, die de zender Fresh FM heeft geëxploiteerd. [REDACTED]

Communications is op 7 november 2014 ontbonden door middel van een 'turboliquidatie'. Youtoo Management BV heeft de exploitatie daarna enige tijd voortgezet.

2.6. Op vordering van Sena is Scoezh bij vonnis van 23 mei 2000 van de rechtbank Den Haag veroordeeld tot betaling van onbetaalde (voorschot)facturen voor het uitzenden van Sena-repertoire op Fresh FM en tot het doen van opgave van de (te verwachten) reclame-inkomsten aan Sena.

2.7. Bij vonnis van 16 januari 2003 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank Scoezh veroordeeld tot betaling van de licentievergoedingen aan Buma met betrekking tot de periode 2000 tot en met 2002.

2.8. Op 16 januari 2003 heeft Scoezh een klacht over de door Buma gehanteerde tarieven ingediend bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (thans Autoriteit Consument en Markt) met als grondslag dat Buma misbruik zou maken van haar machtspositie. Deze klacht is bij besluit van 10 mei 2007 afgewezen. Het daartegen door Scoezh aangetekende bezwaar is bij besluit van 2 april 2008 grotendeels ongegrond verklaard. Scoezh is tegen dit besluit in beroep gegaan bij de rechtbank Rotterdam, welk beroep de bestuursrechter van die rechtbank bij uitspraak van 27 augustus 2009 ongegrond heeft verklaard. Op 24 mei 2012 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in hoger beroep de uitspraak van de bestuursrechter bevestigd.

2.9. Bij vonnis van 17 januari 2008 is Scoezh en Wedel Communications in kort geding onder meer verboden inbreuk te maken op het Buma-repertoire, op straffe van een dwangsom. In dat vonnis is verder opgenomen dat partijen ter zitting zijn overeengekomen dat Scoezh en Wedel Communications een bankgarantie zullen stellen voor een bedrag van € 54.263,21 aan door Buma gefactureerde en onbetaald gelaten voorschotvergoedingen voor 2003 tot en met 2007.

2.10. Bij vonnis van 2 juli 2008 heeft deze rechtbank in een bodemprocedure onder meer een verklaring voor recht uitgesproken dat Scoezh en Wedel Communications over 2003 tot en met 2007 vergoedingen aan Buma zijn verschuldigd.

2.11. Op 31 december 2008 hebben Scoezh en Wedel Communications de Modelovereenkomst betreffende muziekuitvoeringsrecht en mechanisch reproductierecht bij commerciële niet-landelijke radio-uitzendingen (hierna: Modelovereenkomst) van Buma ondertekend, waarbij zij zich hoofdelijk hebben verbonden voor de deugdelijke nakoming hiervan. De Modelovereenkomst bevat onder meer de volgende bepalingen:

"Artikel 4 - vergoeding en Mechanisch Recht Verklaring

1. Als tegenprestatie voor de bij deze Modelovereenkomst verleende toestemming (...) zal de Omroep een vergoeding betalen welke jaarlijks wordt vastgesteld op basis van de voor dat relevante jaar geldende bepalingen van Protocol I van de Modelovereenkomst.
(...)

Artikel 5 - voorschotbetaling

1. De in artikel 4 genoemde toestemming tot het gebruik van het Buma- dan wel Buma/Stemra-repertoire (...) treedt in werking na betaling van een jaarlijks door de Omroep op de vergoeding verschuldigd voorschot onder de voorwaarde dat eventueel verschuldigde vergoedingen over voorgaande jaren zijn voldaan.

Dit voorschot kan door Buma/Stemra op twee manieren worden bepaald:

- 1) Aan de hand van het cijfermateriaal zoals dat is verkregen op grond van het bepaalde in artikel 6 (...) en berekend op de wijze zoals omschreven in Protocol I of
- 2) Indien voor bovengenoemde methode de benodigde gegevens ontbreken, heeft Buma dan wel Buma/Stemra het recht het voorschot te berekenen zoals beschreven in het Protocol I waarbij van het benodigde cijfermateriaal een schatting wordt gemaakt.

2. De Omroep is het in lid 1 van dit artikel bedoelde voorschot binnen dertig dagen na de factuurdatum verschuldigd (...). Bij gebreke van tijdige betaling zal de Omroep zonder voorafgaande ingebrekestelling de wettelijke rente verschuldigd zijn vanaf de op de factuur vermeld staande vervaldatum (...).

Artikel 6 - opgave gegevens ten behoeve van vaststelling voorschot en vergoeding

1. Terzake het netto-gefactureerde bedrag, zoals bedoeld in het Protocol I, verplicht de Omroep zich om Buma/Stemra
 - a. binnen 14 dagen na het eerste schriftelijke verzoek daartoe van Buma/Stemra een opgave te verstrekken van het geschatte bedrag aan de te genereren inkomsten gedurende het relevante jaar;
 - b. uiterlijk 15 januari volgend op een kalenderjaar een schriftelijke opgave te verstrekken van het werkelijk netto-gefactureerde-bedrag als bedoeld in (a) als gegeneerd in het verstreken jaar.(...)

6. Bij gebreke van tijdige verstrekking door de Omroep van de gegevens als bedoeld in dit artikel voor zover deze benodigd zijn voor het vaststellen door Buma/Stemra van het door de Omroep verschuldigde voorschot en de vergoeding, zal de Omroep over de periode waarin het niet tijdig opgeven van de benodigde gegevens aan Buma/Stemra een vertraging in de facturering en deswege de betaling oplevert, de wettelijke rente verschuldigd zijn over het bedrag van de desbetreffende factuur. Daarnaast zal Buma/Stemra zelfstandig een schatting van de betreffende gegevens maken die tussen partijen zullen gelden (zie ook artikel 5 lid 1 onder 2). De Omroep kan deze gegevens corrigeren, totdat repartitie van de ontvangen gelden door Buma/Stemra heeft plaatsgevonden."

2.12. Bij vonnis van 9 juli 2009 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank Scoezh en Wedel Communications verboden om zonder toestemming Buma-repertoire openbaar te maken en bevolen om opgave te doen van onder meer de reclame-inkomsten van Fresh FM in 2008 en 2009, beide op straffe van een dwangsom, en bevolen om achterstallige vergoedingen aan Buma te voldoen.

2.13. Bij vonnis van 26 mei 2010 heeft de bodemrechter van deze rechtbank op vordering van Buma aan Scoezh en Wedel Communications een inbreukverbod opgelegd op

straffe van een dwangsom en hen veroordeeld tot betaling van onbetaalde (voorschot)facturen van € 8.753,80 en € 2.013,92 aan schadevergoeding voor het afspelen van Buma-repertoire zonder toestemming tijdens strandfeesten van Fresh FM.

2.14. Op 18 oktober 2013 hebben Scoezh en [REDACTED] enerzijds en Sena anderzijds een vaststellingsovereenkomst ondertekend, waarna Sena een door haar aanhangig gemaakte bodemprocedure heeft doorgehaald. Volgens deze overeenkomst zou Scoezh onder meer in zes termijnen een schikkingsbedrag van € 30.000,00 aan Sena betalen als vergoeding over de voorgaande jaren. Daarnaast bevat de overeenkomst een verplichting voor Scoezh om in de toekomst opgave van reclame-inkomsten te doen en de volgende betalingsverplichting:

“Vanaf 1 januari 2013 zal SCOEZH voor haar etheruitzendingen jaarlijks een bedrag aan billijke vergoeding betalen van € 2.500,- zolang zij schriftelijk aantoon dat haar commerciële activiteiten niet boven de € 60.000,- uitkomen. Wanneer dat wel het geval is, zal zij een bedrag van 4,3% van haar commerciële inkomsten aan Sena betalen. Voor haar simulcasting- en webcasting activiteiten sinds 1 maart 2010 zal SCOEZH aan Sena een bedrag aan billijke vergoeding betalen dat in overeenstemming is met de minimumtarieven en percentages die Sena met NLCR zal overeenkomen, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat vanaf maart 2010 Sena ten aanzien van simulcasting- en webcasting wettelijk verplicht is ook ten behoeve van Amerikaanse rechthebbenden een billijke vergoeding te innen. (...).”

2.15. Bij vonnis van 11 juni 2015 van de rechtbank Den Haag zijn Scoezh en [REDACTED] hoofdelijk veroordeeld tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst met Sena door de overeengekomen termijnen binnen vijf dagen na betekening te betalen en om, op straffe van een dwangsom, opgave te doen van reclame-inkomsten.

2.16. Op 21 juli 2015 heeft Wedel een door administratiekantoor Fjco opgestelde verklaring naar Sena toegestuurd, die luidt: “De Stichting SCOEZH heeft in de jaren 2006-2014 nimmer jaarlijkse commerciële inkomsten ontvangen die hoger zijn dan € 60.000”.

2.17. Bij deurwaardersexploot van 22 juli 2015 is Scoezh op verzoek van Buma gesommeerd tot betaling van openstaande voorschotfacturen over 2010 tot en met 2015 inclusief rente, het doen van opgave van reclame-inkomsten in 2010 tot en met 2014 zodat de eindafrekeningen kunnen worden opgesteld en om inbreuken op de auteursrechten van Buma te staken, op verbeurte van een dwangsom. Bij exploot van 20 november 2015 heeft de deurwaarder de verbeurde dwangsommen wegens voortdurende inbreuk namens Buma aangezegd.

2.18. Bij exploot van 11 december 2015 heeft de deurwaarder de jegens Sena verbeurde dwangsommen opgeëist vanwege niet-nakoming van de opgaveverplichting uit het vonnis 11 juni 2015.

2.19. Bij vonnis van 24 mei 2016 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank op vordering van Buma en Sena aan Scoezh en [REDACTED] een inbreukverbod opgelegd, op straffe van een dwangsom en (ten aanzien van [REDACTED]) lijfswang.

2.20. [REDACTED] heeft op 25 mei 2016 onder meer het volgende naar Buma gemaild:

"Ik heb kennis genomen van het vonnis van de Voorzieningenrechter van 24 mei 2016. Zoals U al bekend is zijn er al verschillende vonnissen in privé waaraan door mij niet voldaan kan worden. Ik heb verder ook zoals U zult begrijpen geen zin in lijfswang. Daarom ben ik inmiddels afgetreden als voorzitter van de SCO EZH". (...) De heer [REDACTED] is als bestuurder van de stichting aangesteld."

2.21. [REDACTED] heeft tegen voornoemd vonnis van 24 mei 2016 hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 13 september 2016 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis bekrachtigd met uitzondering van de lijfswang.

2.22. In juni en juli 2016 hebben onderhandelingen plaatsgevonden tussen Buma, Sena en [REDACTED]. Bom heeft het voorstel gedaan om een bedrag van € 100.000,00 te betalen ter finale regeling van de vorderingen van Buma en Sena over het verleden (tot en met 2015) en voor toestemming voor toekomstige uitzendingen. Buma en Sena hebben hierop afwijzend gereageerd.

2.23. Op 17 augustus 2016 heeft Scoezh een kort geding jegens Buma en Sena aanhangig gemaakt, waarin zij heeft gevorderd dat Buma en Sena moeten gedogen dat Scoezh tegen betaling van een deel van de minimumvergoeding beschermd repertoire uitzendt. Hiertoe heeft Scoezh aangevoerd dat Buma en Sena misbruik van bevoegdheid maken door onredelijke eisen te stellen aan het verlenen van toestemming voor uitzending, waaronder de eis dat [REDACTED] niet langer bij Scoezh betrokken is. Bij vonnis van 13 september 2016 heeft de voorzieningenrechter te Den Haag de vorderingen van Scoezh jegens Sena afgewezen en zich onbevoegd verklaard ten aanzien van de vorderingen jegens Buma. Daarbij is Scoezh veroordeeld in de proceskosten van Sena van € 9.205,88.

2.24. Na doorverwijzing heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank de vorderingen van Scoezh jegens Buma bij vonnis van 12 oktober 2016 eveneens afgewezen. Daarbij is Scoezh veroordeeld in de proceskosten van Buma van € 9.553,79.

2.25. Scoezh heeft tegen voornoemd vonnis van 12 oktober 2016 hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 25 juli 2017 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis bekrachtigd en daarbij onder meer overwogen dat Buma betaling van achterstallige facturen mag verlangen voordat toestemming voor nieuwe uitzendingen wordt verleend en dat Buma mag weigeren zaken te doen met Scoezh zolang [REDACTED] bestuurder is. Daarbij is Scoezh veroordeeld in de proceskosten van Buma van € 1.612,00.

2.26. Bij vonnis in kort geding van 10 april 2017 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank onder meer de door [REDACTED] jegens Buma en Sena gevorderde schorsing, opheffing en matiging van de aan hem bij vonnis van 24 mei 2016 opgelegde dwangsommen afgewezen.

2.27. Op 20 maart 2018 is [REDACTED] failliet verklaard op aanvraag van Buma, Sena en de Vereniging van Eigenaren van het complex waarin [REDACTED] een appartementsrecht heeft. Op 1 mei 2019 heeft de verificatievergadering in het faillissement plaatsgevonden, alwaar Buma en Sena een geldvordering ter verificatie hebben ingediend. In het proces-verbaal van de vergadering is hierover onder meer het volgende opgenomen:

"Door de curator en namens Youtoo Holding B.V. worden derhalve betwist:

- (...)
2. Buma-Sena ten bedrage van € 248.593,58;
3. Buma-Sena ten bedrage van € 83.243,81;
(...)

De rechter-commissaris deelt mee dat hij de betwiste vorderingen naar renvoi zal verwijzen, voor zover hierover het geschil hierover niet reeds aanhangig is.

Zoals reeds vermeld, zien de hiervoor onder 2. (€ 248.593,58) en 3. (€ 83.243,81) vermelde betwiste concurrente schuldvorderingen op bedragen waarvoor Buma-Sena gefailleerde in privé aansprakelijk acht en waarvoor vóór faillissement een bodemprocedure bij de rechtbank Amsterdam aanhangig is gemaakt, welke procedure als gevolg van het faillissement is geschorst. Gezien de betwisting van deze vordering zal deze procedure moeten worden voortgezet (artikel 121 lid 1 juncto 29 Fw.)"

2.28. Op 5 juli 2018 is het faillissement van Scoezh uitgesproken. De curator heeft op respectievelijk 22 mei 2019 en 19 augustus 2018 onder meer het volgende in het faillissementsverslag geschreven:

"De afgelopen verslagperiode heeft de curator de (middellijke) bestuurder van gefailleerde uit hoofde van onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW en uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld. (...) De bestuurder stelt simpelweg dat de door hem gecontroleerde entiteiten jarenlang schulden van gefailleerde hebben voldaan uit die gerealiseerde omzetten. Deze stelling heeft de bestuurder in concreto niet aangetoond. Wat er gebeurd is met die omzetten die klaarblijkelijk gerealiseerd zijn door andere entiteiten van de bestuurder uit hoofde van de exploitatie van de radiofrequentie Fresh FM waarvan gefailleerde rechthebbende is, is nog steeds onduidelijk. Wel duidelijk is dat de op gefailleerde rustende schuldenlast omvangrijk is en dat gefailleerde geen verhaal bood voor de integrale betaling van haar schuldeisers. Dit standpunt van de curator wordt door de (middellijke) bestuurder van gefailleerde bestreden. Hij betwist dat gefailleerde gehouden was om een administratie te voeren.
(...)

Gebleken is dat [REDACTED] in ieder geval vanaf 1 juni 2001, en mogelijk zelfs al daarvoor, een constructie heeft opgetuigd en jarenlang in stand gehouden die daarin bestaat dat gefailleerde, kort gezegd, louter de houdster is van de (frequentie)vergunningen van het Agentschap Telecom en van het Commissariaat voor de Media. Uit hoofde van die vergunningen (...) en de feitelijke exploitatie van de radiozender Fresh FM was gefailleerde gehouden om de daaruit voortvloeiende verplichtingen te dragen, terwijl gefailleerde voor die verplichtingen nimmer verhaal heeft geboden. Uit hoofde van die door [REDACTED] opgetuigde en jarenlang instandgehouden constructie heeft [REDACTED] de opbrengsten uit hoofde van de radio-uitzendingen, reclameboodschappen en dancefeesten bewust laten 'landen' bij entiteiten die aan [REDACTED] gelieerd zijn zoals Wedel Communications B.V., Youtoo Holding en [REDACTED] zelf. Die opbrengsten zijn in ieder geval niet bij gefailleerde terecht gekomen. [REDACTED] heeft nagelaten ervoor zorg te dragen dat gefailleerde onvoorwaardelijk toegang had tot die opbrengsten (bijvoorbeeld via een rekening-courantverhouding) opdat gefailleerde te allen tijde haar schuldeisers kon voldoen. In strijd met de statuten van gefailleerde heeft [REDACTED] de feitelijke exploitatie van de radiozender Fresh FM niet door gefailleerde maar door andere aan [REDACTED] gelieerde entiteiten laten

uitvoeren. [REDACTED] heeft gefailleerde bewust verstoken van inkomsten ten gevolge waarvan gefailleerde haar crediteuren niet kon betalen en afstevende op een faillissement. Dat dit faillissement pas in 2018 gebeurde, was omdat in de jaren daarvoor over vorderingen van Buma c.s. werd geprocedeerd en omdat andere kosten door de andere entiteiten werden betaald of gefinancierd. Het was Buma die de stekker eruit trok."

3. Het geschil

3.1. Buma en Sena hebben bij dagvaarding van 23 november 2016 vorderingen ingesteld jegens Scoezh en [REDACTED]. Gelet op de schorsing van de procedure ten aanzien van Scoezh, worden de in de dagvaarding opgenomen vordering onder 1 en de overige vorderingen voor zover zij zien op Scoezh buiten beschouwing gelaten.

3.2. Buma en Sena hebben voorts bij akte van 4 november 2019 hun "vermogensvordering" gewijzigd, waarmee - naar de rechtbank begrijpt - zij beogen de in de dagvaarding genummerde vorderingen onder 3, 4 en 6 te vervangen. Buma en Sena vorderen thans, samengevat, bij uitvoer bij voorraad te verklaren vonnis:

1. [REDACTED] te verbieden inbreuk te (doen) maken op de rechten van Buma en de door Sena vertegenwoordigde rechthebbenden, op straffe van, naar keuze van Buma en Sena, lijfswang van één dag per muziekwerk of een dwangsom van € 20.000,00 per muziekwerk waarmee het verbod wordt overtreden,
2. de vordering van Buma ad € 248.593,58 zoals ingediend ter verificatie in het faillissement van [REDACTED] te verifiëren en vast te stellen dat Buma tot een bedrag van primair € 248.593,58 subsidiair € 193.593,58 een vordering heeft op [REDACTED] en de curator te bevelen de vordering van Buma zoals vastgesteld te erkennen en te plaatsen op de lijst van erkende crediteuren in het faillissement van [REDACTED]
3. de vordering van Sena ad € 83.243,81 zoals ingediend ter verificatie in het faillissement van [REDACTED] te verifiëren en vast te stellen dat Sena tot een bedrag van € 83.243,81 een vordering heeft op [REDACTED] en de curator te bevelen de vordering van Sena zoals vastgesteld te erkennen en te plaatsen op de lijst van erkende crediteuren in het faillissement van [REDACTED]
4. [REDACTED] te bevelen om conform artikel 6 van de Modelovereenkomst aan Buma schriftelijk een door een registeraccountant gecertificeerde opgave te doen van
 - a. het werkelijk netto-gefactureerde bedrag in 2010 tot en met 2016,
 - b. het verwachte netto-gefactureerde bedrag in 2016,
 - c. het werkelijk gemiddeld percentage muziekgebruik van de totale zendtijd in 2010 tot en met 2016,
 - d. het geschatte gemiddeld percentage muziekgebruik van de totale zendtijd in 2011,
 - e. de verspreiding van het omroepsignaal in 2010 tot en met 2017 via de ether, onder vermelding van de gemeenten en hun gemiddeld aantal inwoners per 1 januari van ieder jaar,
 - f. de kabelnetten waardoor het omroepsignaal is verspreid in 2010 tot en met 2017, onder vermelding van het gemiddeld aantal kabelaansluitingen per 1 januari van ieder jaar.
5. de proceskosten op grond van artikel 1019h Rv.

3.3. [REDACTED], de curator en Youtoo Holding voeren verweer tegen de vorderingen. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De vorderingen van Buma en Sena kunnen worden onderscheiden in enerzijds (vorderingen tot erkenning van) geldvorderingen ten aanzien van de boedel die door de curator en Youtoo Holding zijn betwist, en anderzijds vorderingen waarbij de boedel niet is betrokken maar die zijn gericht op nalaten en handelen door [REDACTED] zelf. Allereerst zal worden ingegaan op de laatstgenoemde categorie vorderingen.

Vorderingen jegens [REDACTED] inbreukverbod en bevel opgave

4.2. Buma en Sena hebben bij dagvaarding gevorderd dat (Scoezh en) [REDACTED] wordt verboden verdere inbreuk te maken en bevelen opgave te doen van - kort gezegd - de commerciële inkomsten van Fresh FM. In de akte vermeerdering van eis, genomen na het faillissement van (Scoezh en) [REDACTED], zijn deze vorderingen onvermeld gebleven en hebben Buma en Sena hun vorderingen ten aanzien van de boedel aangevuld. Buma en Sena hebben de procedure jegens [REDACTED] niet doorgehaald.

4.3. In de hiervoor bedoelde akte vermeerdering van eis en een daarvoor ingediende akte houdende producties hebben Buma en Sena als wederpartijen ("betwistende partijen") aangeduid de curator, met mr. Vlijmen als advocaat, en Youtoo Holding, met mr. Van Oers als advocaat. Die twee partijen worden op dezelfde manier vermeld op de namens Buma en Sena ter zitting overgelegde spreek aantekeningen. Op deze stukken wordt [REDACTED] (net zoals Scoezh) dus niet aangeduid als wederpartij, zoals op de dagvaarding nog wel het geval was. Tijdens de zitting hebben Buma en Sena evenwel toegelicht dat zij ook na het faillissement van [REDACTED] belang hebben bij het inbreukverbod en bevel tot opgave en dat zij hun vorderingen daartoe handhaven. Zij hebben zich daarbij op het standpunt gesteld dat het inbreukverbod zal "herleven" na beëindiging van het faillissement en, naar de rechtbank dit argument begrijpt, dat [REDACTED] dus vanaf dat moment daaraan zou zijn gebonden. Met betrekking tot het bevel tot opgave hebben Buma en Sena gesteld dat het door het faillissement van [REDACTED] evens in de macht van de curator ligt om de gevorderde gegevens te achterhalen en aan hen te verstrekken. De rechtbank begrijpt hieruit dat Buma en Sena zich op het standpunt stellen dat bij veroordeling van [REDACTED] tot opgave, de curator hieraan mede zal moeten voldoen. In dit verband hebben Buma en Sena ter zitting nog toegelicht dat de gevorderde opgave (mede) is gebaseerd op artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

4.4. De rechtbank stelt voorop dat procedures die betrekking hebben op de persoonlijke belangen van de gefailleerde kunnen worden voortgezet door de gefailleerde zelf. Hij blijft bevoegd om eisend en verwerend in rechte op te treden over kwesties die buiten het faillissement blijven. De curator is bij dergelijke procedures waarbij geen boedelbelang speelt niet betrokken. Hieruit volgt dat ten aanzien van de vorderingen onder 1 en 4 van Buma en Sena alleen [REDACTED] verweer kan voeren - hetgeen hij bij conclusie van antwoord reeds had gedaan - en dat de curator hierin geen rol speelt. Ook Youtoo Holding, als schuldeiser in het faillissement, is bij die vorderingen niet betrokken. Nu het persoonlijke faillissement van [REDACTED] niet tot automatisch gevolg heeft dat hij niet langer partij is in de procedure en Buma en Sena de procedure jegens [REDACTED] niet hebben doorgehaald maar hun vorderingen juist hebben gehandhaafd, zal de rechtbank overgaan tot de beoordeling hiervan.

4.5. Het onder 1 gevorderde inbreukverbod zal worden toegewezen. Uit het feitenverloop volgt dat [REDACTED] en zijn vennootschappen Scoezh en Wedel Communications meermaals zijn veroordeeld tot het staken van inbreuk op het Buma- en Sena-repertoire en dat die veroordelingen meermaals zijn overtreden. Gelet op dit patroon is de rechtbank van oordeel dat Buma en Sena voldoende belang hebben bij een verbod op verdere inbreuk. De rechtbank ziet evenwel in de - ten opzichte van de datum van dagvaarding gewijzigde - omstandigheden, namelijk het faillissement van Scoezh, via welke entiteit [REDACTED] de exploitatie van Fresh FM had gestructureerd, en de intrekking van de vereiste vergunningen voor het exploiteren van een radiozender, onvoldoende aanleiding om het verbod te versterken met dwangsommen en lijfswang. De vorderingen daartoe zullen daarom worden afgewezen.

4.6. De onder 4 gevorderde opgave komt evenmin voor toewijzing in aanmerking. De verplichting tot opgave op grond van de met Buma en Sena ondertekende overeenkomsten rustte immers op Scoezh en niet op [REDACTED] zelf. Voor zover de vordering op artikel 843a Rv is gegrond, geldt dat dit artikel is beperkt tot de afgifte van reeds bestaande bescheiden (in die zin dat artikel 843a Rv niet verplicht tot het vastleggen van beschikbare informatie) die de wederpartij tot zijn beschikking heeft. Ook indien ervan uit wordt gegaan dat de gevorderde door een registeraccountant gecertificeerde opgave zou bestaan, hebben Buma en Sena onvoldoende gesteld en is voorts ook niet gebleken dat die bescheiden zich bevinden bij [REDACTED]. Dit geldt te meer nu dergelijke gegevens behoren tot de administratie van Scoezh, zodat voor de hand ligt dat de curator van Scoezh daarover beschikt. De curator van [REDACTED] kan hoe dan ook niet worden veroordeeld tot het verstrekken van de bescheiden, aangezien de vordering daartoe enkel is ingesteld jegens [REDACTED] en de curator de procedure met betrekking tot deze vordering niet van [REDACTED] heeft overgenomen.

4.7. Uit het voorgaande volgt dat Buma en Sena enerzijds en [REDACTED] anderzijds over en weer in het (on)gelijk zijn gesteld. De rechtbank ziet daarin aanleiding om de proceskosten tussen partijen te compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Vorderingen jegens de boedel: vermogensvorderingen

4.8. Buma en Sena vorderen onder 2 en 3 vaststelling en plaatsing van hun vorderingen op de crediteurenlijst door de curator van respectievelijk € 248.593,58 en € 83.243,81. De curator heeft de vorderingen betwist zodat de procedure ten aanzien hiervan met betrekking tot de boedel wordt voortgezet. Ook Youtoo Holding, die naar de rechtbank begrijpt nog altijd indirect wordt bestuurd door [REDACTED] heeft deze vorderingen betwist.

Verwijzing renvooi

4.9. De curator c.s. stellen zich ten eerste op het standpunt dat in deze procedure alleen kan worden geoordeeld over de geldvorderingen zoals die waren ingesteld bij dagvaarding, te weten het ten behoeve van Buma gevorderde bedrag van € 165.278,80. Sena heeft haar geldvordering niet bij dagvaarding, maar eerst ter verificatie in het faillissement ingediend; Buma heeft bij die gelegenheid haar vordering verhoogd. Pas daarna hebben zij daartoe een eisvermeerdering in de onderhavige procedure ingesteld. Dat is volgens de curator c.s. te laat en zij stellen daarom dat het thans meer dan bij dagvaarding gevorderde bedrag afzonderlijk moet worden verwezen naar renvooi. Bovendien menen de curator c.s. dat behandeling van de (vermeerderde) vorderingen in de onderhavige procedure in strijd is met

het beginsel van hoor en wederhoor, omdat zij niet bij conclusie van antwoord maar slechts bij akte hebben kunnen reageren.

4.10. De rechtbank overweegt als volgt. Artikel 122 lid 1 Faillissementswet (Fw) bepaalt dat de rechter-commissaris in het geval van betwisting van ingediende vorderingen een schikking beproeft en, als die niet kan worden bereikt en als het geschil niet reeds aanhangig is, de betwiste vorderingen verwijst naar renvooi. De daarop volgende renvooiprocedure is niet gericht op de daadwerkelijke betaling van een bedrag, maar strekt ertoe dat de ingediende vordering van een schuldeiser tot een bepaald bedrag wordt erkend.

4.11. De rechter-commissaris in het faillissement van [REDACTED] heeft op de voet van voornoemde bepaling tijdens de verificatievergadering medegedeeld dat gelet op de betwisting van de vorderingen van Buma en Sena, de daarover reeds bij deze rechtbank aanhangige procedure moet worden voortgezet (zie onder 2.27). Uit het proces-verbaal blijkt dat de rechter-commissaris daarbij expliciet heeft verwezen naar de vorderingen ter hoogte van € 248.593,58 en € 83.243,81. Dit kan niet anders worden begrepen dan dat de vorderingen zoals die door Buma en Sena ter verificatie zijn ingediend in de onderhavige procedure dienen te worden behandeld, ook al is de akte tot eiswijziging daartoe op een later (maar in deze procedure tijdig) moment ingediend. De door de curator c.s. voorgestane lezing dat het gevorderde vóór eiswijziging in deze procedure, en het meerdere in een afzonderlijke renvooiprocedure door de rechtbank Den Haag moet worden beoordeeld, vindt in het proces-verbaal van de verificatievergadering geen steun. Evenmin kunnen zij worden gevolgd in hun bezwaar dat gezamenlijke behandeling in strijd is met het beginsel van hoor en wederhoor, nu zij in deze procedure door middel van een akte en aanvullende toelichting ter zitting voldoende op de eisvermeerdering van Buma en Sena hebben kunnen reageren. De conclusie is daarom dat de door Buma en Sena zoals bij eisvermeerdering ingestelde vorderingen in de onderhavige procedure zullen worden beoordeeld.

Vermogensvorderingen Buma en Sena

4.12. Buma stelt aanspraak te maken op een bedrag van € 248.593,58, dat zij als volgt opbouwt:

- € 106.625,86 aan voorschotfacturen voor etheruitzendingen Fresh FM over 2010 - 2016, inclusief rente tot 20 maart 2018,
- € 61.663,60 aan voorschotfacturen voor webcasting Fresh FM over 2010 - 2016, inclusief rente tot 20 maart 2018,
- € 13.614,59 aan onbetaalde kostenveroordeling bij vonnis van 26 mei 2010, inclusief rente tot 20 maart 2018,
- € 9.851,53 aan onbetaalde proceskostenveroordeling bij vonnis van 12 oktober 2016,
- € 1.811,00 aan onbetaalde proceskostenveroordeling bij arrest van 25 juli 2017,
- € 55.000,00 aan geschatte verschuldigde som in aanvulling op de voorschotfacturen voor etheruitzendingen.

4.13. Sena heeft ter verificatie een vordering ter hoogte van € 83.243,81 ingediend, die als volgt is opgebouwd:

- € 73.947,39 aan voorschotfacturen voor vergoedingen voor muziekgebruik,
- € 9.296,42 aan onbetaalde kostenveroordeling bij vonnis van 13 september 2016.

4.14. Buma en Sena leggen hieraan ten grondslag dat [REDACTED] aansprakelijk is voor de schade die zij - en daarmee de rechthebbenden - lijden als gevolg van zijn handelen als (middellijk) bestuurder van Scoezh en Wedel Communications. Ondanks rechterlijke veroordelingen en (schikkings)overeenkomsten met Buma en Sena wordt de afgelopen 20 jaar niet of nauwelijks betaald voor muziekgebruik op Fresh FM en structureel geweigerd om opgave te doen van reclame-inkomsten. Hierdoor konden Buma en Sena de daadwerkelijk verschuldigde vergoedingen niet berekenen en slechts minimumvergoedingen in rekening brengen. [REDACTED] kan in zijn hoedanigheid van bestuurder, en ook na zijn aftreden als bestuurder van Scoezh als feitelijk beleidsbepaler, een persoonlijk en ernstig verwijt worden gemaakt met betrekking tot deze doelbewuste voortdurende inbreuk en schending van afspraken. De vorderingen op Scoezh moeten daarom in het faillissement van [REDACTED] worden erkend, aldus Buma en Sena.

4.15. De curator c.s. betwisten dat Buma en Sena enige vorderingen hebben op [REDACTED]. Het meest verstrekkende verweer daartoe is dat [REDACTED] niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de niet-naleving van rechterlijke veroordelingen en de niet-nakoming van contractuele afspraken met Buma en Sena door Scoezh en/of Wedel Communications. Bovendien moet volgens Youtoo Holding het handelen van [REDACTED] vóór 23 november 2011 buiten beschouwing worden gelaten vanwege verjaring en kan ook na 24 mei 2016 geen sprake zijn van bestuurdersaansprakelijkheid omdat Wedel toen aftrad als bestuurder van Scoezh.

Verjaring

4.16. De rechtbank merkt vooraf het volgende op over het standpunt van Youtoo Holding dat de gevorderde schadevergoeding op grond van ernstig verwijtbaar handelen van [REDACTED] is verjaard voor zover dat handelen heeft plaatsgevonden langer dan vijf jaren voorafgaand aan de dagvaarding en daarmee vóór 23 november 2011.

4.17. Op grond van artikel 3:310 Burgerlijk Wetboek (BW) verjaart een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad, zoals in dit geval bestuurdersaansprakelijkheid, vijf jaar nadat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als met de aansprakelijke persoon. De aanvang van de verjaringstermijn is dus, anders dan Youtoo Holding stelt, niet noodzakelijkerwijs gelijk aan het moment van het onrechtmatig handelen. Daarbij geldt in het geval van herhaaldelijke of voortdurende onrechtmatige daden dat de schadevergoedingsplicht niet op één tijdstip maar deel voor deel ontstaat, zodat ook de verjaringstermijn deel voor deel aanvangt. De kwalificatie van het handelen van een bestuurder moet bovendien worden onderscheiden van de vraag of de daaruit voortvloeiende vordering tot schadevergoeding is verjaard. Tegen de achtergrond van het langlopende conflict en de stelling van Buma en Sena dat [REDACTED] vanaf het begin structureel en dus voortdurend onrechtmatig heeft gehandeld, zal de rechtbank het handelen van Wedel in zijn geheel betrekken alvorens te beoordelen of sprake is van verjaring van een deel van de daarop gebaseerde vorderingen.

Bestuurdersaansprakelijkheid

4.18. De rechtbank stelt voorop dat een bestuurder van een rechtspersoon in beginsel niet persoonlijk verbonden is voor verbintenissen van die rechtspersoon. Een bestuurder kan evenwel onrechtmatig handelen jegens schuldeisers van een rechtspersoon indien die

bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Daarvan kan sprake zijn als het handelen of nalaten van de betrokken bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Met de voorwaarde dat sprake moet zijn van een voldoende ernstig persoonlijk verwijt wordt tot uitdrukking gebracht dat aansprakelijkheid van een bestuurder niet te lichtvaardig mag worden aangenomen.

4.19. In dit geval staat vast dat [REDACTED] bestuurder was van de in 2014 ontbonden vennootschap Wedel Communications en (middellijk, via Youtoo Holding en Youtoo Management) van Scoezh tot 24 mei 2016. Vanaf die datum tot 5 juni 2017 werd Scoezh bestuurd door [REDACTED] waarna het bestuur weer (middellijk, via Youtoo Management Ltd.) werd overgenomen door [REDACTED]

4.20. Buma en Sena menen dat [REDACTED] doorlopend de feitelijk beleidsbepaler van Scoezh is geweest en daarom ook in de periode dat hij niet formeel de functie van bestuurder bekleedde aansprakelijk moet worden geacht. Hiertoe hebben Buma en Sena verschillende omstandigheden naar voren gebracht. Zo heeft Wedel na 24 mei 2016 Scoezh vertegenwoordigd in gerechtelijke procedures, bleef Wedel bestuurder van de exploitant van Fresh FM (Youtoo Management BV) die de voor Fresh FM gebruikte studio huurde en eigenaar was van de zendapparatuur, heeft Wedel op 30 mei 2016 aan de deurwaarder meegedeeld dat die dag "wij" waren overgegaan tot uitzending van rechtenvrije muziek en bleven de inkomstenstromen nog steeds via (vennootschappen van) [REDACTED] lopen. Youtoo Holding heeft deze omstandigheden niet betwist, maar daarover opgemerkt dat die hoogstens "circumstantial" zijn en niet leiden tot feitelijk beleidsbepalerschap van Wedel; zijn betrokkenheid bij Scoezh zou slechts hebben gezien op advisering en begeleiding van [REDACTED]

4.21. Dit verweer van Youtoo Holding kan niet slagen. Vast staat dat [REDACTED] is afgetreden als bestuurder van Scoezh direct na het kortgedingvonnis van 24 mei 2016 en dat zijn opgegeven reden hiervoor weergeeft dat hij deze beslissing hoofdzakelijk heeft gemaakt ter vermijding van het risico op lijfswang bij overtreding van de rechterlijke veroordeling (zie onder 2.20). Mede gelet op deze achtergrond, geven de door Buma en Sena naar voren gebrachte omstandigheden in samenhang voldoende grond om vast te stellen dat de rol van [REDACTED] niet louter heeft gezien op advisering en begeleiding van [REDACTED] maar dat deze juist van wezenlijke en bepalende aard is geweest. Hiervoor is voorts niet alleen van belang dat [REDACTED] jarenlang de enige bestuurder van Scoezh is geweest, maar ook dat [REDACTED] een web aan entiteiten rondom Scoezh heeft opgebouwd die allemaal rechtstreeks dan wel middellijk door [REDACTED] werden bestuurd. De omstandigheid dat [REDACTED] een zelfstandig en capabel bestuurder zou zijn, maakt dat niet anders. De verder naar voren gebrachte omstandigheid dat [REDACTED] al van plan zou zijn geweest de radiowereld te verlaten kan niet overtuigen, nu hij na het aftreden van [REDACTED] opnieuw - via Youtoo Management Ltd. - het bestuur van Scoezh heeft overgenomen.

4.22. Uit het voorgaande volgt dat Wedel wordt geacht ook in de periode na 24 mei 2016 feitelijk het beleid van Scoezh te hebben bepaald, zodat zijn handelen in die periode eveneens zal worden betrokken in de beoordeling of hij aansprakelijk moet worden gehouden voor de niet-nakoming van overeenkomsten en overtredingen van rechterlijke bevelen door Scoezh.

4.23. Vast staat dat Buma en Sena zowel afzonderlijk als gezamenlijk vanaf 2000 meerdere juridische procedures hebben gevoerd tegen Scoezh, Wedel Communications en/of [REDACTED] waarbij laatstgenoemden meerdere keren in kortgeding- en bodemprocedures zijn veroordeeld tot het betalen van licentievergoedingen en het doen van opgave van de reclame-inkomsten van Fresh FM. Daarnaast is meerdere keren, op straffe van dwangsommen, een verbod opgelegd om inbreuk te maken op de auteursrechten en naburige rechten van (de rechthebbenden vertegenwoordigd door) Buma en Sena. Bovendien staat vast dat Scoezh, Wedel Communications en [REDACTED] zich structureel niet althans onvoldoende hebben gehouden aan verschillende rechterlijke veroordelingen, als gevolg waarvan onder meer dwangsommen zijn verbeurd, en dat zij structureel contractuele verplichtingen jegens Buma en Sena hebben geschonden.

4.24. Volgens Youtoo Holding is de kern van het conflict dat 'Fresh FM' (zonder te specificeren welke partij of partijen dit zijn) van meet af aan van mening is geweest dat lokale radiostations in Nederland te hoge afdrachten aan Buma en Sena moeten voldoen, waardoor een rendabele exploitatie wordt bemoeilijkt. Fresh FM heeft daarom vanaf het begin gevraagd om verlaging van de tarieven en een handhavingsverzoek ingediend bij de NMa (thans ACM). Die jarenlange activistische opstelling van Fresh FM, in de persoon van [REDACTED], werd volgens Youtoo Holding door andere radiostations toegejuicht maar door Buma en Sena niet in dank afgenomen en leidde volgens haar tot een persoonlijke vendetta tegen [REDACTED]. Zonder nadere toelichting kan echter niet worden ingezien hoe het in rechte afdwingen van contractuele en wettelijke aanspraken kan worden aangemerkt als een persoonlijke vendetta of als anderszins ongeoorloofd. De rechtbank overweegt voorts dat uit de stellingname van Youtoo Holding reeds kan worden afgeleid dat sprake is van een voortdurende onderliggende onwelwillendheid om te voldoen aan verplichtingen van Scoezh en Wedel Communications, ongeacht of zij die verplichtingen zelf zijn aangegaan of dat die in rechte zijn opgelegd. In die omstandigheid ligt bovendien besloten dat [REDACTED], zowel als bestuurder van Scoezh en Wedel Communications als in de gevallen waarin hij op eigen titel heeft medeondertekend, de overeenkomsten met Buma en Sena is aangegaan terwijl hij wist dat die verplichtingen niet konden of in ieder geval niet zouden worden nagekomen.

4.25. Youtoo Holding betwist dat sprake is (geweest) van betalingsonwil en stelt dat Scoezh niet aan haar betalingsverplichtingen heeft kunnen voldoen als gevolg van verschillende conservatoire beslagen die door een andere schuldeiser zijn gelegd ten laste van Youtoo Management BV. Daardoor kon Youtoo Management BV, destijds de exploitant van Fresh FM, niet beschikken over de reclame-inkomsten waarmee de facturen van Buma en Sena zouden worden betaald. Volgens Youtoo Holding kunnen die acute liquiditeitsproblemen [REDACTED] niet worden verweten, met name nu inmiddels in rechte is vastgesteld dat de beslagen ten onrechte werden gelegd. Deze omstandigheden kunnen [REDACTED] niet baten. Voor zover de beslaglegging heeft geleid tot feitelijke onmogelijkheid tot betaling, geldt dat hoe dan ook alleen voor de periode na de beslaglegging in september 2015 en niet voor de jaren daarvoor, terwijl vaststaat dat Scoezh ook toen niet heeft voldaan

aan haar betalingsverplichtingen jegens Buma en Sena. In dit kader kan het verweer dat Buma en Sena hun facturen met betrekking tot 2010 tot en met 2015 pas in 2015 hebben gestuurd, hetgeen Buma en Sena overigens hebben betwist, evenmin slagen. Scoezh heeft immers niet alleen de (al dan niet ontvangen) facturen onbetaald gelaten, maar ook niet voldaan aan de daarvoor uitgesproken (proces)kostenveroordelingen en verbeurde dwangsommen.

4.26. Dat geen sprake was van betalingsonwil blijkt volgens Youtoo Holding voorts uit de omstandigheid dat Scoezh in 2016, nadat een deel van de beslagen was opgeheven, bereid was tot betaling van € 100.000,00 in ruil voor finale kwijting en toestemming om in de toekomst beschermd repertoire uit te zenden (zie onder 2.22) en dat juist Buma en Sena daarmee niet akkoord wilden gaan. De betalingsbereidheid zou worden bevestigd door de daarop volgende kortgedingprocedures waarin Scoezh vorderde dat Buma en Sena toestemming zouden verlenen na betaling van minimumvergoedingen over 2016 (zie onder 2.23 - 2.25). De rechtbank begrijpt uit dit verweer dat Youtoo Holding meent dat de bereidheid van Scoezh om een bepaald bedrag te betalen, voldoende is om betalingsonwil weg te nemen. De voorzieningenrechter te Den Haag en Amsterdam en vervolgens het hof hebben geoordeeld dat Buma en Sena niet akkoord hoeven te gaan met betaling van een beperkt deel van hun vorderingen; evenzo kan de bereidheid om een beperkt deel van de vorderingen te voldoen niet zonder meer leiden tot de conclusie dat met betrekking tot het overige deel geen sprake is van betalingsonwil. Bovendien wordt miskend dat het onrechtmatig handelen niet alleen ziet op het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen van Scoezh, maar ook op het structurele toelaten dan wel bewerkstelligen van inbreuk op het Buma- en Sena-repertoire en de structurele weigering om te voldoen aan de opgaveverplichtingen. In dat verband wordt opgemerkt dat de verklaring van 21 juli 2015 (zie onder 2.16) dusdanig summierlijk is opgesteld en niet controleerbaar is, dat Scoezh daarmee niet aan haar opgaveverplichting heeft voldaan.

4.27. Youtoo Holding heeft tot slot nog naar voren gebracht dat Buma en Sena wisten dat Scoezh geen eigen omzet had en daarom geen verhaal zou bieden, hetgeen zou blijken uit de eis dat Wedel Communications de Modelovereenkomst mede zou ondertekenen. Anders dan Youtoo Holding meent heeft dit niet tot gevolg dat [REDACTED] zich met succes kan disculperen van aansprakelijkheid. De constructie waarin Scoezh niet zelf Fresh FM exploiteerde maar hiervoor een andere partij - namelijk Wedel Communications en vervolgens Youtoo Management BV, allebei (middellijk) bestuurd door Wedel - heeft ingeschakeld, is een interne aangelegenheid die niet afdoet aan de primaire betalingsverplichting van Scoezh. Dit geldt te meer nu Wedel Communications vervolgens is ontbonden en zij en Scoezh zich hoofdelijk tot nakoming hebben verbonden. Dat volgens de door [REDACTED] opgezette structuur Scoezh haar inkomsten verkreeg vanuit een door Scoezh aangestelde en aan haar gelieerde exploitant en vanuit die inkomsten haar betalingsverplichtingen zou voldoen, kan dan ook niet tot gevolg hebben dat Scoezh zich kan verschuilen achter die structuur. Evenmin kan dit tot gevolg hebben dat Scoezh als contractant van Buma en Sena is ontslagen van haar eigen betalingsverplichting of dat zij bij wanbetaling niet kan worden aangesproken.

4.28. Op grond van het hiervoor geschetste lange feitencomplex kan de rechtbank niet tot een andere slotsom komen dan dat [REDACTED] heeft toegestaan, zo niet bewerkstelligd, dat Scoezh aanzienlijke betalingsachterstanden heeft opgelopen, dat langdurig en herhaaldelijk inbreuk is gemaakt op het Buma- en Sena-repertoire en dat Scoezh nimmer heeft voldaan

aan haar opgaveverplichtingen. Daarmee heeft Wedel als bestuurder dan wel feitelijk beleidsbepaler van Scoezh - en overigens ook persoonlijk als contractspartij van Buma en Sena - dusdanig onzorgvuldig gehandeld jegens Buma en Sena dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hieruit volgt dat [REDACTED] aansprakelijk is voor de door Buma en Sena als gevolg daarvan geleden schade.

Schade

4.29. Buma en Sena stellen dat hun schade bestaat uit, kort gezegd, de onbetaalde voorschotfacturen voor uitzendingen via de ether en via webcasting in de jaren 2010 tot en met 2016 en verder uit verschillende niet-nagekomen (proces)kostenveroordelingen. Daarnaast berekent Buma € 55.000,00 aan aanvullende schade, omdat zij ervan uitgaat dat Scoezh op basis van haar daadwerkelijk genoten reclame-inkomsten hogere vergoedingen is verschuldigd dan de als voorschot aangeslagen minimumvergoedingen.

4.30. De rechtbank stelt voorop dat bij de vaststelling van de geleden schade in beginsel een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie waarin Buma en Sena thans verkeren en de hypothetische situatie waarin zij zouden verkeren als de onrechtmatige handelingen van [REDACTED] niet hadden plaatsgevonden.

4.31. Vanaf de dag van dagvaarding in 2016, die zich nog richtte tegen Scoezh en [REDACTED] heeft een groot aantal ontwikkelingen plaatsgevonden. De procedure jegens Scoezh is geschorst en de procedure jegens [REDACTED] is grotendeels voortgezet door de curator, waarbij Youtoo Holding als betwistende partij verweerster in de procedure is geworden. Een en ander heeft geleid tot een wisseling van partijen en bovendien tot het gevolg dat een deel van de door (de aanvankelijke) partijen naar voren gebrachte argumenten inmiddels is achterhaald; de feitelijke en juridische context is immers gewijzigd. Zo hebben Buma en Sena de onderbouwing van hun schade in beperkte mate aan de nieuwe situatie aangepast. De curator heeft in het geheel geen verweer gevoerd tegen de schadebegroting; Youtoo Holding heeft slechts in het algemeen naar voren gebracht dat de schade van Buma en Sena niet is aangetoond. Tijdens de zitting hebben partijen het debat beperkt tot de vraag of de eisvermeerdering moest worden verwezen naar een afzonderlijke renvooiprocedure, de toewijsbaarheid van de gevorderde opgave en de kwalificatie van het handelen van Wedel; niet is gesproken over (de omvang van) de door Buma en Sena gestelde schade.

4.32. Gelet op het voorgaande acht de rechtbank zich onvoldoende voorgelicht om te kunnen vaststellen welke schade Buma en Sena hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen door [REDACTED]. Thans is onvoldoende inzichtelijk gemaakt van welke facturen Buma en met name Sena concreet betaling vorderen en, mede gelet op het verjaringsverweer van Youtoo Holding, wanneer deze opeisbaar zijn geworden. In dat kader heeft Youtoo Holding wel gesteld, maar niet geconcretiseerd dat bepaalde facturen wel zouden zijn betaald. Met betrekking tot de daarover gevorderde handelsrente is evenmin duidelijk geworden op welke grond en over welke periode [REDACTED] deze verschuldigd is geworden. Daarnaast is niet toegelicht op welke grond Buma haar gestelde aanvullende schade van € 55.000,00 baseert, mede omdat artikel 6 lid 6 van de Modelovereenkomst bepaalt dat Buma - naar de rechtbank aanneemt, jaarlijks - een schatting maakt van reclame-inkomsten als daarvan geen opgave wordt gedaan en aan de hand daarvan factureert. Voorts is onduidelijk hoe het verweer van de curator c.s. dat Scoezh nooit betrokken is geweest bij de uitzendingen via webcasting zich verhoudt met de in de vaststellingsovereenkomst

vastgelegde verplichting van Scoezh om voor webcasting aan Sena af te dragen (zie onder 2.14), zodat ook dit onderdeel mogelijk tot schade heeft geleid. Op grond van de thans beschikbare informatie kan tot slot niet worden beoordeeld of Scoezh (een deel van) de facturen en kostenveroordelingen tijdig en volledig zou hebben betaald in geval dat [REDACTED] niet onrechtmatig zou hebben gehandeld, of dat een deel onbetaald zou zijn gebleven en dat het faillissement van Scoezh onvermijdelijk zou zijn geweest. Hierover dient een nader debat tussen partijen plaats te vinden.

4.33. Buma en Sena zullen in de gelegenheid worden gesteld om bij nadere akte te onderbouwen welke schade zij concreet hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van [REDACTED]. Daarbij dienen zij in ieder geval in te gaan op de hiervoor onder 4.32 genoemde elementen. Vervolgens zullen de curator c.s. zich door middel van een antwoordakte mogen uitlaten over de akte van Buma en Sena.

4.34. In afwachting van voormelde aktewisseling zal iedere verdere beslissing worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. bepaalt dat de zaak op de rol zal komen van **woensdag 26 augustus 2020** voor het nemen van een akte door Buma en Sena als bedoeld in rechtsoverweging 4.33, waarna de curator c.s. op de rol van zes weken daarna een antwoordakte kan nemen,

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. J. Thomas, rechter, bijgestaan door mr. M.A. Kloppenburg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 15 juli 2020.