

23119

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

19 januari 2010

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de vereniging VERENIGING BUMA,
gevestigd te Amstelveen,
APPELLANTE,V vertegenwoordigd door mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,
advocaat te Amsterdam,

t e g e n

de rechtspersoon naar Engels recht THE PERFORMING
RIGHTS SOCIETY LIMITED,
gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
GEÏNTEERDE,
vertegenwoordigd door mr. J. Bouter, advocaat te
Amsterdam.1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna aangeduid als Buma en PRS.

Buma is bij dagvaarding van 16 september 2008 in hoger beroep
gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de
rechtbank te Haarlem, in deze zaak in kort geding onder
zaaknummer/rolnummer 148418/KG ZA 08-410 geweest tussen PRS als

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

2

eiseres en Buma als gedaagde en uitgesproken op 19 augustus 2008.

Buma heeft bij memorie van grieven zes grieven aangevoerd, producties overgelegd en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en vorderingen van PRS alsnog zal afwijzen, met veroordeling van PRS in de kosten van het geding in beide instanties.

PRS heeft bij memorie van antwoord de grieven van Buma bestreden, producties overgelegd en geconcludeerd, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met veroordeling van Buma in de kosten van, naar het hof begrijpt, het geding in hoger beroep, te vermeerderen met wettelijke rente.

Partijen hebben de zaak ter zitting van het hof van 20 mei 2009 doen bepleiten, Buma door mr. E.A.P. Engels, advocaat te Amsterdam, en PRS door mrs. D.P. Kuipers en O.G. Trojan, advocaten te Den Haag, elk aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Door beide partijen zijn bij die gelegenheid nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingelast geldt.

2. Grieven

Voor de grieven wordt verwezen naar de memorie van Buma.

3. Feiten

De voorzieningrechter heeft in zijn vonnis 2.1 tot en met 2.15 de feiten opgesomd die door hem bij de beoordeling van het

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

geschil van partijen tot uitgangspunt zijn genomen. Buma heeft er in haar memorie op gewezen dat de onder 2.14 vermelde klacht niet op 23 juli 2008 maar op 23 juli 2007 bij de Europese Commissie is ingediend. Voor het overige zijn de feiten in hoger beroep niet bestreden en dienen deze derhalve ook het hof als uitgangspunt.

4. Beoordeling

4.1.i) PRS en Buma, beide zogenoemde collectieve beheersorganisaties voor auteursrechten (hierna ook aan te duiden als auteursrechtorganisaties), hebben in 1973 een "Contract of Reciprocal Representation" (hierna: de CRR) gesloten waarin zij elkaar - op niet-exclusieve basis - de bevoegdheid verlenen om elkanders repertoire (d.w.z. de auteursrechten van bij hen aangesloten rechthebbenden) te exploiteren. In de CRR is in artikel 6 een gebiedsafbakening opgenomen. Daarin is het hierbedoelde mandaat wat Buma betreft beperkt tot Nederland en een viertal landen buiten de Europese Economische Ruimte en wat PRS betreft tot het Verenigd Koninkrijk, Ierland, een aantal landen behorend tot het Gemenebest en Zuid Afrika.

ii) Met (onder meer) zusterorganisaties in andere EU landen zijn PRS en Buma aangesloten bij de International Confederation of Societies of Authors and Composers (hierna: CISAC). De CRR is gebaseerd op een oorspronkelijk door CISAC in 1936 opgesteld modelcontract.

iii) Begin 2006 heeft Buma aan eMusic, een zogenoemde online muziekwinkel in de Verenigde Staten, een pan-Europese licentie verleend voor het wereldrepertoire, waaronder het PRS-repertoire.

iv) Bij brief van 23 juli 2007 heeft Buma een klacht ingediend bij de Europese Commissie tegen muziekuitgever EMI en Celas (een samenwerkingsverband van PRS en Gema, de Duitse auteursrechtorganisatie) wegens de volgens Buma voor haar

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

1

schadelijke gevolgen van de concentratie van licentieverlening voor het belangrijkste deel van het mondiale online muziekrepertoire bij één instantie, hetgeen zij strijdig acht met artikel 81 EG-Verdrag.

v) Op 16 juli 2008 heeft de Europese Commissie een beschikking gegeven in de zogenoemde CISAC-zaak (zaak nr. COMP/C2/38.698 - CISAC). Daarin is bepaald dat in totaal vierentwintig van de bij CISAC aangesloten beheersorganisaties, waaronder PRS en Buma, inbreuk hebben gemaakt op artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, door de territoriale afbakeningen zodanig te coördineren dat de licenties tot het nationale grondgebied van de onderscheidene auteursrechtenorganisaties wordt beperkt (vgl. artikel 3 van de beschikking). Aan de betrokken beheersorganisaties is een termijn van 120 dagen gegeven om de geconstateerde inbreuk te herstellen.

vi) PRS heeft tegen deze beschikking beroep ingesteld. De onder v bedoelde termijn is door de Europese Commissie verlengd.

vii) Op 17 juli 2008 heeft Buma een pan-Europese licentieovereenkomst met betrekking tot het gehele wereldrepertoire, waaronder het PRS-repertoire, gesloten met Beatport.com een Amerikaanse internet-muziekwinkel.

4.2. PRS vordert in het onderhavige geding - voor zover in hoger beroep van belang - een verbod aan Buma om licenties voor online muziekgebruik (waaronder zij naast de verspreiding via internet ook de uitzending via satelliet of kabel verstaat) buiten Nederland aan te bieden, af te sluiten of aan een dergelijke transactie uitvoering te geven. De voorzieningenrechter heeft deze vordering toegewezen en Buma veroordeeld in de proceskosten. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Buma met haar grieven op.

4.3. Tussen partijen is in de eerste plaats in geschil of de gebiedsafbakening voorzien in artikel 6 van de CRR ook

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

5

betrekking heeft op zogenoemde online-licenties dan wel, gelet op het (overwegend) grensoverschrijdend karakter van online muziekgebruik, een redelijke uitleg van de CRR meebrengt dat deze gebiedsafbakening niet geldt waar het het verlenen van online-licenties betreft (en het krachtens de CRR verleende mandaat in zoverre onbegrensd is).

4.3.1. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat toen zij elkaar in 1973 over en weer een exploitatiebevoegdheid verleenden met betrekking tot hun respectieve repertoires het de bedoeling was dat de op basis daarvan verstrekte licenties in beginsel alleen betrekking zouden hebben op openbaarmaking in het in de CRR omschreven territorium, en dat aan het online gebruik dat inzet is van de onderhavige procedure toen niet is gedacht.

Met betrekking tot de uitzending van muziek via satelliet is de problematiek rond het grensoverschrijdend karakter van de openbaarmaking opgelost door het totstandkomen van de Sydney-overeenkomst, die de auteursrechtorganisaties in 1987 met elkaar sloten, gevolgd door de invoering van de Satellietrichtlijn in 1993. Daarin is de plaats waar de zogenoemde uplink van het signaal geschiedt aangewezen als plaats van openbaarmaking.

Met betrekking tot licenties voor internetgebruik hebben de auteursrechtorganisaties, waaronder PRS en Buma, in 2000 (in het kader van de zogenoemde Santiago Agreement) afgesproken dat multiterritoriale licenties zouden kunnen worden verleend mits de desbetreffende content provider òf in het territorium van de betrokken auteursrechtorganisatie zijn economische hoofdvestiging had òf deze een website exploiteerde die op dat territorium was gericht. PRS en Buma hebben dit wat betreft hun onderlinge verhouding vastgelegd in een aanvullende overeenkomst van 2 september 2002, die echter na het verstrijken van de geldigheidsduur op 30 juni 2003 niet is verlengd, zulks in verband met bezwaren van de Europese Commissie tegen, kort gezegd, de hiervoor beschreven 'customer

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

'allocation' clause.

Partijen zijn het er ten slotte over eens dat de hierbesproken problematiek zich bij de verspreiding van muziek via het kabelnet (nog) niet of nauwelijks voordoet: de kabelnetwerken zijn doorgaans regionaal en hoogstens nationaal van karakter.

4.3.2. Naar het voorlopig oordeel van het hof wettigt het voorgaande de gevolgtrekking dat partijen het bepaalde in de CRR in die zin hebben begrepen dat de gebiedsafbakening van artikel 6.1 aan het verlenen van licenties ten behoeve van multiterritoriale online openbaarmaking in de weg stond en dat zij getracht hebben de eventuele nadelige/onpraktische consequenties van de in de CRR voorziene gebiedsafbakening wat de online-exploitatie van muziekrechten betreft te mitigeren door aanvullende overeenkomst(en) te sluiten. Het thans door Buma ingenomen standpunt dat krachtens de CRR met betrekking tot het verlenen van online-licenties geen territoriale beperking geldt valt met dit een en ander niet te rijmen en kan voorshands reeds hierom niet als juist worden aanvaard.

PRS wijst er in dit verband voorts terecht op dat ook de tekst van de artikel 1 sub I en II van de CRR (waarin wordt verwezen naar de "territories specified and defined in Article 6.1") zich moeilijk verdraagt met de in geding door Buma verdedigde uitleg. Het bepaalde in artikel 1 sub II en III van de CRR betreffende, kort gezegd, het beoogde alomvattende karakter van de in de CRR neergelegde regeling, maakt dit niet anders.

Nu een (aanvullende) overeenkomst als hiervoor bedoeld niet van kracht is wat de openbaarmaking van muziek via internet betreft, geldt tussen partijen in beginsel de territoriaal begrensde bevoegdheid met betrekking tot het verlenen van licenties.

4.3.3. PRS heeft de stelling van Buma dat het door partijen aan elkaar verleende mandaat wat betreft de exploitatie via internet hierdoor geen reële betekenis zou hebben gemotiveerd bestreden (onder verwijzing, onder meer, naar voorbeelden van

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

7

websites die muziek openbaar maken ten behoeve van het Nederlandse publiek en het gebruik van zogenoemde geoblocks). Dat dit op praktische bezwaren stuit en exploitatie van muziek onderscheidenlijk van het Buma-repertoire via het internet daardoor wordt bemoeilijkt, leidt niet tot de door Buma gewenste uitleg van de CRR noch tot het oordeel dat de beperking van het aan haar verleende mandaat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. PRS wijst er terecht op dat het in beginsel aan de auteursrechthebbende (dan wel aan diens vertegenwoordiger) is om te bepalen door wie hij in welke gebieden de exploitatie (en bescherming) van zijn rechten wil overlaten. Dit verdraagt zich niet met een verruimde uitleg van het krachtens de CRR verleende mandaat zoals door Buma bepleit. Dat de bevoegdheid tot onbeperkte, niet gebiedsgebonden online beschikbaarstelling zou volgen uit het bepaalde in artikel 8 WCT (WIPO Auteursrechtverdrag) vermag het hof voorshands niet in te zien. Hetgeen Buma aanvoert omtrent een reeds jarenlang bestaande praktijk (zie memorie van grieven onder 1.3 slot) wordt door PRS gemotiveerd bestreden en leidt ook overigens niet tot een andere slotsom.

4.4. Partijen debatteren voorts over de vraag of de in de CRR opgenomen gebiedsbeperking voor zover het licentieverlening voor online gebruik betreft strijdig is met artikel 81 EG-Verdrag en artikel 53 EER-Overeenkomst en in verband daarmee (op de voet van artikel 3:40 BW) nietig is en welke consequenties een dergelijke nietigheid zou hebben voor de bevoegdheid van Buma om voor het repertoire van PRS online licenties te verlenen.

Buma beroept zich ter staving van haar standpunt op de hierboven onder 4.1 sub v genoemde CISAC-beschikking waarin het stelsel van gebiedsbeperkingen dat de leden van de CISAC hanteren is aangemerkt als verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81 EG-Verdrag en artikel 53 EER-Overeenkomst. Dat dit meebrengt dat de gebiedsafbakening zoals die thans tussen Buma en PRS geldt voor

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

zover het de licentieverlening voor online gebruik betreft als strijdig met genoemde verdragsbepalingen moet worden beschouwd is daar echter nog niet mee gegeven, laat staan dat dit het aannemen van een onbegrensd mandaat rechtvaardigt zoals dat Buma blijkens haar transacties met eMusic en Beatport.com kennelijk voor ogen staat.

PRS wijst in dit verband terecht op (onder meer) overweging 182 van de CISAC-beschikking betreffende, kort gezegd, de (mogelijke) objectieve rechtvaardiging van de territoriale beperking in voorkomende gevallen en voorts op het prerogatief van de auteursrechthebbende (onderscheidenlijk diens vertegenwoordiger) om te bepalen aan wie hij in welke gebieden de exploitatie van zijn rechten (en het optreden tegen misbruik daarvan) wil overlaten. PRS heeft voorts onbestreden aangevoerd dat zij van de CISAC-beschikking in beroep is gegaan.

Daar komt bij dat gelet op de inhoud en strekking van de door partijen indertijd overeengekomen regeling - die uitdrukkelijk in een beperkt mandaat voorzag - veeleer valt aan te nemen dat, indien tot nietigheid van de territoriale begrenzing van online-licenties moet worden geconcludeerd, Buma in het geheel geen bevoegdheid toekomt om online licenties te verlenen, dan dat als gevolg daarvan, zonder dat de betrokken auteursrechthebbenden of hun vertegenwoordiger daarmee hebben ingestemd, haar mandaat aanzienlijk zou zijn verruimd.

4.5. Het hof verwerpt het betoog van Buma dat PRS zich door het bedingen van de gebiedsafbakening schuldig heeft gemaakt aan misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag. PRS voert in dit verband (wederom) terecht aan dat het in principe aan haar is om namens de bij haar aangesloten auteursrechthebbenden te bepalen wie zij het meest geschikt acht om haar repertoire te vertegenwoordigen. Zij wijst voorts op het feit dat grote muziekuitgevers/houders van auteursrechten hun repertoire niet meer per se onderbrengen bij de auteursrechtorganisatie van het land waarin zij zelf gevestigd zijn. Buma heeft dit laatste niet bestreden. Haar

Aanknummer: 200.016.122/01 KG

standpunt dat zij door toedoen van PRS van de markt voor verlening van online licenties wordt gedrukt en dat het PRS repertoire onmisbaar is, is reeds daarom niet voldoende aannemelijk te achten, zodat in het midden kan blijven welke de consequenties van het beweerde misbruik in het onderhavige geval zouden kunnen zijn.

4.6. Het betoog van Buma dat de toewijzing van de vorderingen van PRS in het onderhavige geding in strijd is met artikel 10 EG-Verdrag en artikel 16 lid 1 van Verordening 1/2003/EG is terecht door de voorzieningenrechter verworpen. Het hof sluit zich aan bij hetgeen in het vonnis onder 4.12 daaromtrent is overwogen. Dat de uitspraak van de voorzieningenrechter leidt tot bestendinging van een situatie die in strijd is met artikel 81 EG-verdrag en/of de CISAC-beschikking is vooralsnog onvoldoende aannemelijk. Voorts ziet ook het hof geen aanleiding om in het kader van dit kort geding advies in te winnen als bedoeld in artikel 15 van genoemde Verordening en de artikelen 15 jo. 21 e.v. van de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. PRS wijst er in dit verband terecht op dat het in dit geding om een voorlopige maatregel gaat en dat het aan de aangezochte rechter is om te beslissen om hij het inwinnen van een dergelijk advies opportuun acht.

4.7. Buma heeft ten slotte nog aangevoerd dat PRS onvoldoende spoedeisend belang heeft bij de door haar gevraagde voorziening en dat voorts de afweging van de betrokken belangen van partijen tot weigering daarvan had moeten leiden. Ook dit betoog moet worden verworpen. Dat PRS er spoedeisend belang bij heeft om te voorkomen dat Buma onbevoegdlijk online-licenties met betrekking tot haar repertoire verleent, ligt zonder meer voor de hand. Dat er belangen zouden zijn aan de zijde van Buma die aan het verlenen van de gevorderde voorziening in de weg

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

10

staan is onvoldoende gebleken: de door haar gestelde omstandigheid dat er weinig interesse bestaat voor online-licenties die beperkt zijn tot Nederland en voor multiterritoriale online-licenties betreffende (louter) het Buma repertoire en dat de markt een volledig - 'one stop deal' - aanbod vereist is daartoe in het licht van de betrokken belangen van PRS niet voldoende.

4.8. Mede lettend op het voorgaande ziet het hof geen aanleiding het door de voorzieningenrechter toegewezen verbod te beperken tot een periode van 120 dagen, zoals Buma in de toelichting op haar vijfde grief bepleit. In het feit dat de kabelnetwerken vooralsnog niet grensoverschrijdend zijn is voorts onvoldoende grond gelegen om de voorziening voor zover het de verspreiding via kabel betreft alsnog te weigeren. PRS stelt zich ten slotte terecht op het standpunt dat de verleende voorziening wat de openbaarmaking via satelliet betreft moet worden gelezen in het licht van de Satellietrichtlijn, waaruit volgt dat bij satellietuitzendingen in beginsel alleen de verzending naar de satelliet toe, de zogenoemde up-link, als openbaarmaking wordt aangemerkt en het in eerste aanleg gegeven verbod derhalve - ongeacht de footprint van de satelliet - niet van toepassing is als deze up-link vanuit Nederland geschiedt.

4.9. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt reeds mee dat de grieven van Buma geen doel kunnen treffen. Bij een verdere behandeling daarvan heeft Buma onvoldoende belang. Het vonnis van de voorzieningenrechter zal worden bekrachtigd en Buma zal als in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

Deze uitkomst zou niet anders zijn geweest indien PRS de bij pleidooi in hoger beroep door haar in het geding gebrachte producties niet zou hebben overgelegd. Bij een verdere behandeling van het door haar tegen de overlegging daarvan gemaakt bezwaar heeft Buma mitsdien onvoldoende belang.

zaaknummer: 200.016.122/01 KG

11

5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verwijst Buma in de kosten van het geding in hoger beroep, voor zover aan de zijde van PRS gevallen tot op heden begroot op € 303,- aan verschotten en € 2.682,- voor salaris;

bepaalt dat indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest zijn voldaan daarover de wettelijke rente verschuldigd zal zijn;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.E. van Tuyl van Serooskerken-Röell, J.H.M. Willems en M.M.M. Tillema en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 19 januari 2010.



RE.

