

Lees

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/516470 / KG ZA 16-989

Vonnis in kort geding van 13 september 2016

in de zaak van

de stichting
STICHTING COMMERCIELE OMROEP EXPLOITATIE ZUIDHOLLAND (SCOEZH),
gevestigd te Den Haag,
eiseres,
advocaat: mr. S.I.P. Schouten te Amsterdam,

tegen

1. de vereniging
VERENIGING BUMA,
gevestigd te Hoofddorp,
gedaagde sub 1,
advocaat: mr. J.W.A. Meddens te Amsterdam,
2. de stichting
STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN (SENA),
gevestigd te Hilversum,
gedaagde sub 2,
advocaat: mr. D.J.G. Visser te Amsterdam.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als Scoezh, Buma en Sena.
Voor eiseres wordt de zaak mede behandeld door mr. M.H. Hamberg, advocaat te Amsterdam en voor Sena door mr. P. de Leeuwe, advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 17 augustus 2016, met producties 1 tot en met 13;
 - het op 22 augustus 2016 ingekomen proceskostenoverzicht van Scoezh;
 - de op 22 augustus 2016 ingekomen akte overlegging producties van Sena, met producties 1 tot en met 17;
 - de op 23 augustus 2016 ingekomen akte overlegging producties van Buma, met producties B1 tot en met B11;
 - het op 24 augustus 2016 ingekomen e-mail bericht van Sena met producties 18 en 19;
 - de mondelinge behandeling gehouden op 25 augustus 2016;
 - de pleitnota's van Scoezh, Buma en Sena.

- 1.2. Ter zitting hebben Buma en Sena verklaard dat zij het proceskostenoverzicht van Scoezh niet voorafgaand aan de zitting hadden ontvangen. Nadat de voorzieningenrechter het verzoek van Scoezh om het proceskostenoverzicht alsnog in het geding te brengen had geweigerd, heeft Scoezh haar vordering verminderd in de zin dat zij niet langer een volledige proceskostenveroordeling in de zin van artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (RV) vorderde, maar een veroordeling in de proceskosten te begroten conform het liquidatietarief. Na de zitting hebben Buma en Sena aan de voorzieningenrechter meegedeeld dat zij het proceskostenoverzicht toch reeds voorafgaand aan de zitting hadden ontvangen en zij hebben Scoezh toestemming gegeven haar aanvankelijke proceskostenvordering alsnog te handhaven. Hierop heeft Scoezh de voorzieningenrechter meegedeeld dat zij de vordering tot veroordeling in de volledige proceskosten inderdaad wenst te handhaven.
- 1.3. Vonnis is nader bepaald op heden.

2. De feiten

- 2.1. Scoezh exploiteert sinds 1998 het (niet-landelijke commerciële) radiostation Fresh FM en heeft een omroepvergunning tot 29 oktober 2018 en een Frequentievergunning tot 31 augustus 2017. Sinds 2011 verzorgt een producent (de Omroep Producent) de productie en uitzending van het radioprogramma Fresh FM voor Scoezh. In het verleden heeft Scoezh met verschillende Omroep Producenten samengewerkt. Een van die Omroep Producenten was de – in 2014 geliquideerde – besloten vennootschap Wedel Communications B.V. (hierna: Wedel Communications), waarvan de heer R. Wedel (hierna: Wedel) middellijk bestuurder was. Wedel was tot 24 mei 2016 ook middellijk bestuurder van Scoezh.
- 2.2. Fresh FM zendt uit via ether en deze uitzending wordt ook via internet uitgezonden (simulcasting). Daarnaast worden onder de naam Fresh FM ook muziekstreams aangeboden via een streamingplatform (door partijen ook wel aangeduid als webcasting).
- 2.3. Buma is een collectieve beheersorganisatie die de rechten van auteurs van muziekwerken beheert. In ruil voor een licentievergoeding verleent zij namens de rechthebbers die zij vertegenwoordigt toestemming aan derden tot openbaarmaking van muziekwerken en commerciële fonogrammen waarop auteursrechten rusten. De licentievergoeding wordt bepaald aan de hand van met de openbaarmaking gegeneerde (reclame)inkomsten en de hoeveelheid openbaar gemaakte muziek.
- 2.4. Sena is een collectieve beheersorganisatie die is belast met de inning en verdeling van de krachtens artikel 7 Wet op de naburige rechten (WNR) verschuldigde billijke vergoeding voor de uitzending van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen. In artikel 7 WNR is onder meer bepaald dat een commercieel fonogram zonder toestemming van de daar vermelde rechthebbers openbaar mag worden gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Ook deze vergoeding wordt bepaald aan de hand van de met de openbaarmaking gegeneerde (reclame)inkomsten.
- 2.5. In 1998 hebben Sena en Scoezh een (model)overeenkomst gesloten waarin de betalings- en opgaveverplichtingen van Scoezh aan Sena zijn vastgelegd.

2.6. Op vordering van Sena is Scoezh bij vonnis van 23 mei 2000 door deze rechtbank veroordeeld tot betaling van onbetaalde (voorschot)facturen en tot het doen van opgave van de (te verwachten) reclame-inkomsten.

2.7. Op vordering van Buma is Scoezh in de periode vanaf 2003 meerdere keren door de rechtbank Amsterdam veroordeeld tot betaling van de in 2.3 bedoelde licentievergoeding en tot het doen van opgave van haar (reclame)inkomsten. Hierbij is Scoezh meerdere keren op vordering van Buma verboden tot het Buma-repertoire behorende muziekwerken openbaar te maken. Aan het bevel tot het doen van de opgave en het inbreukverbod zijn dwangsommen verbonden. De betreffende vonnissen zijn onherroepelijk geworden.

2.8. In een vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 29 november 2007, gewezen tussen Buma en Stembra als eisende partijen en Scoezh en Wedel Communications als gedaagden, heeft de voorzieningenrechter zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vorderingen van eisersessen, gebaseerd op inbreuk op auteursrechten door gedaagden. Gedaagden hadden zich in die zaak beroepen op onbevoegdheid van de Haagse rechter op grond van een forumkeuzebeding in een overeenkomst van 30 april 2001 tussen eisersessen en Scoezh met de volgende inhoud:

“Op deze modelovereenkomst is Nederlands recht van toepassing. Naar aanleiding van deze Modelovereenkomst gerezzen geschillen, die niet in der minne kunnen worden geschikt, zullen worden voorgelegd aan de rechter te Amsterdam, tenzij partijen er beiden de voorkeur aan geven het geschil aan een andere competente rechter voor te leggen.”

2.9. Op of omstreeks 31 december 2008 hebben Buma (en Stembra) enerzijds en Wedel Communications en Scoezh anderzijds een Modelovereenkomst gesloten (hierna: de Modelovereenkomst 2008) 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. Voorts is daarin – voor zover hier van belang – het volgende opgenomen:

“Artikel 16 - toepasselijk recht, forum
Op deze modelovereenkomst is Nederlands recht van toepassing. Naar aanleiding van deze Modelovereenkomst gerezzen geschillen, die niet in der minne kunnen worden geschikt, zullen worden voorgelegd aan de rechter te Amsterdam, tenzij partijen er beiden de voorkeur aan geven het geschil aan een andere competente rechter voor te leggen.”

2.10. Sinds 2012 is Scoezh aangesloten bij de branchevereniging van niet-handelrijke commerciële radiostations (hierna: NLCR). De NLCR heeft met Buma/Stembra en Sena onderhandeld over de voorwaarden voor een nieuwe modelovereenkomst. Dit heeft onder meer geleid tot de NLCR-Buma modelovereenkomst 2012. Daarin is onder meer bepaald:

“Artikel 20 Geschillenregeling en Nederlands recht
Mochten uit deze Overeenkomst één of meerdere geschillen voortvloeien, dan komen Partijen reeds hierbij overeen dat ingeval van dergelijke tusschen Partijen gerezzen geschillen de competente rechter te Amsterdam exclusief bevoegd zal zijn. (...).”

Darnaast is er in 2016 een conceptversie voor een modelovereenkomst tussen de NLCR en Sena tot stand gekomen (hierna: 'de 2016 concept NLCR Modelovereenkomst'), maar de onderhandelingen daar over zijn nog niet voltooid.

2.11. In oktober 2013 hebben Sena enerzijds en Scoezh en Wedel anderzijds ter beëindiging van een andere tussen hen lopende procedure, een vaststellingsovereenkomst (hierna: 'de vaststellingsovereenkomst') gesloten. In de vaststellingsovereenkomst zijn partijen onder meer een (minimale) vergoeding (van € 30.000,-) en een opgaveverplichting met betrekking tot kabel-, ether- en internet-uitzendingen over het verleden overeengekomen en daarnaast op gave- en betalingsverplichtingen over de toekomst. In de vaststellingsovereenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

"Vanaf 1 januari 2013 zal SCO EZH voor haar etheruitzendingen jaarlijks een bedrag aan billijke vergoeding betalen van € 2.500,- zolang zij schriftelijk aantooit 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 simulacastings- en webcasting activiteiten sinds 1 maart 2010 zal SCO EZH aan Sena een bedrag aan billijke vergoeding betalen dat in overeenstemming is met de minimumtarieven en percentages die Sena met NLCR zal overeenkomen (...)"

2.12. Bij vonnis van 11 juni 2015 van deze rechtbank¹ zijn Scoezh en Wedel hoofdelijk veroordeeld tot nakoming van de vaststellingsovereenkomst op straffe van een dwangsom.

2.13. Op vordering van Bum a en Sena heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam Scoezh en Wedel bij vonnis van 24 mei 2016² (hierna: het Meivonn is) een inbreukverbod opgelegd. Ten aanzien van Scoezh luidt dat als volgt:

"5.1. verbiedt SCO EZH inbreuk te (doen) maken op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden die door Bum a en Sena worden verregenwoordigd, meer in het bijzonder om zonder schriftelijke toestemming van Bum a en zonder een billijke vergoeding op grond van artikel 7 WNR aan Sena te betalen, muziek openbaar te maken, op straffe van een dwangsom van € 2.000,- per muziekwerk behorende tot het Bum a repertoire of per commercieel fonogram of per (gedeelte van een) dag dat dit verbod wordt overtreden, zulks ter keuze van Bum a en Sena, en met een maximum van € 200.000,-."

Tegen Wedel is een vergelijkbaar verbod uitgesproken, waaraan naast een dwangsom ter keuze van Bum a en Sena ook lijfswang is verbonden. Tegen dit vonnis, dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, heeft alleen Wedel hoger beroep ingesteld.

2.14. Na het Meivonn is, in ieder geval in juni 2016, heeft Scoezh/Fresh FM de uitzendingen van Bum a- en Sena-repertoire via de ether gemaakt. Voorts is Wedel atgetreden als (middellijk) bestuurder van Scoezh en is de nieuwe bestuurder, de heer C.C.Q. Bom (hierna: Bom), aanggetreden. De openbaarmaking van Bum a- en Sena-repertoire via webcasting onder de naam Fresh FM is tot op heden wel voortgezet.

¹ IEF 15031, IEPPT20150611
² IEF 15970, IEPPT20160524

- 2.15. 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.
- 2.16. Bij e-mail van 9 juni 2016 hebben Buma en Sena het volgende meegedeeld aan Scoezh:
- “Zoals wij hebben toegelicht, zijn BUMA en SENa gelyk op de lange voorgeschiedenis en de reeds opgebouwde achterstallige betalingen, zeer huiverig om SCOEZH/Fresh FM andermaal een kans te gunnen. Niettemin zijn BUMA en SENa bereid om met u verder te overleggen over een oplossing. Een oplossing moet leiden tot (i) transparantie en herstel van vertrouwen; (ii) een regeling voor wat nog betaald moet worden en (iii) een basis voor Fresh FM om haar gebruikelijke programmering uit te kunnen zenden zonder inbreuk op de rechten van de rechthebbenden.
- Omdat die oplossing niet in één dag gevonden zal zijn, is het voorstel om Scoezh/Fresh FM een “proeftijd” te geven, op de volgende (nader uit te werken) voorwaarden op hoofdlijnen:
- Scoezh betaalt aan Sena per omgange een niet-terugvorderbaar en niet-verrekenbaar bedrag van EUR 10.000 en aan Buma een eveneens niet-terugvorderbaar en niet-verrekenbaar bedrag van EUR 40.000. Zodra dit bedrag is ontvangen krijgt Scoezh/Fresh FM voorwaardelijk toestemming van Buma en Sena om het door Buma en Sena beheerde repertoire openbaar te maken tot 15 september 2016. (...)
 - De periode tot 15 september 2016 wordt gebruikt om in overleg (...) een realistische regeling uit te werken voor de gerezen schulden en om vast te stellen wat betaald zal moeten worden voor gebruik van rechte dragende muziek in eventuele uitzendingen en andere openbaarstellingen van Scoezh/Fresh FM na 15 september 2016.”
- 2.17. Bij e-mail van 12 juli 2016 heeft mr. S.R.M.T. Janssen, advocaat van Buma, de door Buma en Sena voorgestelde voorwaarden voor een oplossing samengevat. Deze voorwaarden luiden als volgt:
- een deugdelijk gesubsidieerd voorstel met betrekking tot de afwikkeling van het verleden, hetgeen in ieder geval hoger dient te zijn dan de minimumvergoeding voor de periode 2010-2016;
 - een concrete onderbouwing van de beoogde nieuwe structuur van Fresh FM, met een specificatie van de personen die betrokken zullen zijn/blijven bij Fresh FM;
 - iets van een businessplan waaruit op transparante wijze op welke wijze de inkomsten van Fresh FM zullen worden gegenereerd, wat de verwachte inkomsten en uitgaven zullen zijn.
- 2.18. Bij e-mail van 21 juli 2016 heeft de advocaat van Buma aan Scoezh meegedeeld dat het door Scoezh gedane aanbod aan Buma en Sena gezamenlijk (€ 90.000,- of € 100.000,-, tegen finale kwijting over het verleden) ontoereikend is. In deze e-mail heeft de advocaat van Buma, mede namens Sena, onder meer het volgende geschreven:

3.2.2. Naast de voorwaarden die in het Meivonnis zijn opgenomen, hebben Buma en Sena nog aanvullende voorwaarden gesteld tijdens de onderhandelingen die deze zomer zijn gevoerd. Die aanvullende voorwaarden zijn onevenredig: de (eerste) eis dat Wedel niet langer betrokken is bij Scoezh is subjectief en onevenredig. Wedel is afgetreden als bestuurder van Scoezh. Hij is echter indirect eigenaar van diverse activa van Fresh FM en hij heeft Fresh FM 15 jaar geleid, zodat het niet mogelijk is om aan de eis dat hij op geen enkele wijze meer betrokken is bij Scoezh te voldoen. De (tweede) eis dat Scoezh eerst de vorderingen over het verleden op basis van haar op te geven omzetgegevens moet voldoen, is ook onevenredig. Bovendien is Scoezh niet in staat aan deze voorwaarde,

3.2.1. Scoezh wenst, al dan niet via een nieuwe Omroep Productent, zo spoedig mogelijk Buma- en Sena-repertoire te kunnen uitzenden. Hiervoor heeft zij, mede gelet op het Meivonnis, schriftelijke toestemming van Buma en Sena nodig. Het niet-verkrijgen van die toestemming heeft tot gevolg dat Fresh FM niet langer kan voortbestaan, aangezien Fresh FM zonder dat repertoire geen (reclame)inkomsten kan genereren. Daarbij dreigt een boete van het Agentschap Telecom wegens het niet-nakomen van de uit haar vergunning voortvloeiende regioverplichting.

3.2. Aan deze vorderingen legt Scoezh – zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag. Buma en Sena maken misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 3:13 van het Burgerlijk Wetboek (BW), in aanmerking nemend hun belang bij de uitoefening van hun bevoegdheden en de belangen van Scoezh die daardoor worden geschaad, door onevenredige eisen te stellen aan het verlenen van toestemming voor het gebruik van Buma- en Sena-repertoire door Scoezh. Daartoe voert Scoezh het volgende aan.

3.1. Scoezh vordert – samengevat – Buma c.s. te veroordelen te gehangen en te gedogen dat Scoezh en de aan haar gelieerde Omroep Productent, direct na voltooiing van de (voorschot)vergoedingen over 2016 en het nadien voldoen aan de (opgave)verplichting zoals opgenomen in de (laatste) NLCR Modelovereenkomsten en nader uitgewerkt in de dagvaarding onder 54, althans onder betaling van de (voorschot)vergoedingen en voorwaarden die de voorzieningenrechter vaststelt, het Buma- en Sena-repertoire mag uitzenden, zulks op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Buma c.s. in de proceskosten overeenkomstig art 1019h Rv, te verminderen met de nakosten.

3. Het geschil

“Vorderingen Sena
 Zoals door (...) toegelicht bedraagt de totaalvordering van Sena minimaal € 210.500,00, waarvan € 70.000,00 teruggaat op openstaande licentievergoedingen tot en met 30 juni jl. en € 20.000,- aan verbuurde dwangsommen op basis van het vonnis van 11 juni 2015. Voor het overige gaat dit totaalbedrag terug op het vonnis van 24 mei jl. (ca. € 14.000,00 aan salaris advocaat en griffierecht en tenminste € 100.000,- aan dwangsommen) en een geschat bedrag van ca. € 16.500,00 aan wettelijke rente. De openstaande licentievergoedingen gaan voor een belangrijk deel terug op minimumvergoedingen, die gefactureerd zijn bij gebreke aan (juiste) opgave van de commerciële inkomsten van Fresh FM. Het ligt dan ook in de rede dat de daadwerkelijk verschuldigde licentievergoedingen veel hoger liggen. Sena acht daarom een daadwerkelijke vordering van minimaal € 300.000,00 reëler, waarvan circa € 170.000,00 te herleiden zal zijn tot een licentievergoeding.”

laatstelijk door Buma begroot op minimaal € 200.000,- en door Sena op € 170.000,-, te voldoen. Buma en Sena mogen hun toestemming niet laten ahangen van verplichtingen van Sena over het verleden. Volgens de NLCR Modelovereenkomst 2012 met Buma is de licentie voor de toekomst niet afhankelijk van het hebben voldaan van betalingsverplichtingen uit het verleden. Buma is ook de tarieven uit de NLCR Modelovereenkomst 2012 gaan toepassen jegens Scoezh, dus die overeenkomst is stilzweigend van toepassing geworden. De overeenkomsten die Scoezh met Buma sloot in 2008 en met Sena in 1998 kennen de voorwaarde van voldoening van de vergoeding over het voorgaande jaar voor de licentie wel, maar Scoezh heeft die overeenkomsten, voor zover ze nog van kracht waren, in april 2016 opgezegd.

3.2.3. De hoogte van de vorderingen van Buma en Sena over het verleden wordt overigens betwist. Buma en Sena maken ten onrechte geen onderscheid tussen de Omroep (die de vergunning heeft) en de Omroep Producent die de muziekwerken openbaar maakt en de (reclame)inkomsten geniet. Scoezh heeft al jaren geen inkomsten meer genoten en mede door de liquidatie van Wedel Communications kon en kan zij de door Buma en Sena gevraagde opgaves van inkomsten in het verleden niet doen. Voorts is Scoezh ook geen vergoeding verschuldigd ter zake van de webcasting, aangezien deze (met toestemming) door een derde partij (Thiago Holding B.V.) worden uitgevoerd en Scoezh terzake ook niet vergunningsplichtig is. Daarnaast zijn ook de voor 2016 gevraagde voorschotten onredelijk hoog, zeker nu Scoezh noodgedwongen haar ethernuitzendingen heeft gestaakt.

3.2.4. Tot slot zijn de voorwaarden ook onredelijk aangezien Buma en Sena bij Scoezh aanvankelijk het vertrouwen hebben gewekt dat zij na betaling van € 100.000,- (in termijnen) gekweten zou zijn van haar verplichtingen.

3.2.5. Nu het voortbestaan van Fresh FM en Scoezh in gevaar is, heeft Scoezh een spoedeisend belang bij toewijzing van haar vorderingen.

3.2.6. Aangezien de rechtbank Den Haag bij uitsluiting bevoegd is ter zake van de vaststelling van een billijke vergoeding van het Sena-repertoire, is de voorzieningenrechter van deze rechtbank bevoegd kennis te nemen van de vordering tegen Sena. De vordering tegen Buma heeft daarmee een zodanige samenhang dat de voorzieningenrechter van deze rechtbank ook bevoegd is kennis te nemen van de vordering tegen Buma.

3.3. Buma voert – voor zover thans relevant – de volgende verweren.

3.3.1. De voorzieningenrechter is onbevoegd tot kennisneming van de vorderingen tegen Buma aangezien op grond van de bepalingen van de in 2.9 en, subsidiair, in 2.10 beschreven overeenkomst(en) de rechtbank Amsterdam hieroe bij uitsluiting bevoegd is. De in 2.9 is ondertekend en er geldt een opzegtermijn van een jaar zodat de overeenkomst nog niet is geëindigd door de opzegging in april 2016.

3.3.2. De opstelling van Buma is in de gegeven omstandigheden redelijk. De relatie tussen Buma en Scoezh is de afgelopen vijf jaar gekenmerkt door betalingsonwill van Scoezh en weigerachtigheid om afspraken na te komen. Voorts bood Scoezh geen enkel verhaal. Hierdoor zijn de rechtshouders (de leden van Buma) ernstig benadeeld. In de gegeven omstandigheden staat het Buma vrij afgifte van een nieuwe licentie te weigeren. De

opstelling van Buma is temeer redelijk nu zij Scoezh een tijdelijke licentie heeft aangeboden tegen betaling van een voorschot en een klein deel van het uitstaande bedrag. Scoezh is hier evenwel niet op ingegaan.

3.4. Sena voert – onder meer – de volgende verweren.

3.4.1. Sinds 1998 tracht Scoezh onder haar betalingsverplichtingen uit te komen. Zij heeft nauwelijks betaald voor het uitzenden van muziek, zij houdt zich structureel niet aan gemaakte afspraken en zij heeft nog nooit opgave gedaan van haar commerciële inkomsten die als basis dienen voor de vaststelling van de billijke vergoeding in de zin van artikel 7 WNR. Uit mededelingen van Wedel leidt Sena af dat met Fresh FM jaarlijks € 300.000,- à € 400.000,- aan reclame-inkomsten zijn gegeneereerd. Sena kan de door haar verkregen vonnissen niet executeren, aangezien Scoezh geen verhaal biedt. Scoezh heeft ook niet geheel voldaan aan de in 2013 gesloten vaststellingsovereenkomst. Op basis van die vaststellingsovereenkomst dient Scoezh nog ten minste € 48.474,94 aan Sena te voldoen en zou zij opgave doen van inkomsten in het verleden. Scoezh heeft evenwel niet aan die verplichtingen voldaan, maar zij volhardt in het uitzenden van Buma- en Sena-repertoire. Scoezh is vergunninghouder en daarmee aansprakelijk voor uitzendingen onder de naam Fresh FM, ook voor de webcasting. Dit volgt ook uit de veroordelede vonnissen en de gesloten overeenkomsten, waaronder de in 2013 gesloten vaststellingsovereenkomst.

3.4.2. Een redelijke wetsuitleg van artikel 7 WNR en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid brengen mee dat de billijke vergoeding zowel betrekking heeft op reeds gedane openbaarmakingen als op toekomstige. Dit betekent dat Sena het Scoezh kan verbieden Sena-repertoire openbaar te maken zolang zij de vergoeding voor de openbaarmakingen uit het verleden niet heeft voldaan. Scoezh heeft niet alleen een achterstand in de over het verleden verschuldigde minimumvergoedingen, maar door de weigering opgave te doen van haar inkomsten heeft Scoezh nooit een billijke vergoeding betaald. Het over 2016 gevraagde voorschot is ook niet onredelijk. Het voorschot is in lijn met hetgeen andere niet-landelijke commerciële radiostations al jaren voor etheruitzendingen betalen en er bestaat geen garantie dat Scoezh ditmaal wel aan haar opgaveverplichting zal voldoen.

3.4.3. In de gegeven omstandigheden zijn de door Sena gestelde voorwaarden dan ook niet onredelijk. Daar komt bij dat Sena rekening dient te houden met het uitstralingseffect. Indien Scoezh in de gegeven omstandigheden tegen betaling van een gering bedrag een nieuwe licentie verkrijgt, zullen andere partijen ook ophouden om de billijke vergoeding te voldoen.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. Ambtshalve stelt de voorzieningenrechter vast dat zij bevoegd is kennis te nemen van het geschil tussen Scoezh en Sena, reeds omdat Sena die bevoegdheid niet heeft bestreden. Aangezien de vorderingen van Scoezh verband houden met onderhandelingen die

Buma en Sena gezamenlijk hebben gevoerd na het op vordering van Buma en Sena gewezen Meivonnis, bestaat er samenhang tussen de tegen Buma en Sena ingestelde vorderingen. Daarom is de voorzieningenrechter op grond van artikel 107 Rv in beginsel eveneens bevoegd tot kennisname van de vorderingen tegen Buma.

4.2. Het beroep van Buma op de forumkeuzebepaling in de Modelovereenkomst 2008 staat daaraan echter in de weg. Dat beding is van toepassing op "naar aanleiding van deze Modelovereenkomst gerezzen geschillen". De grondslag van de vordering van Scoezh is misbruik van bevoegdheid. Het gaat daarbij om de bevoegdheid van Buma om auteursrechten te handhaven, maar ook om de bevoegdheid om contractuele verplichtingen te handhaven, zoals de verplichtingen tot opgave van inkomsten over het verleden en ardracht van overeengekomen vergoedingen. De vraag is of het forumkeuzebeding zo ruim uitgelegd moet worden, dat ook dit geschil er onder valt. Daarbij is van belang dat Scoezh in het in 2.8 beschreven kort geding bij deze rechtbank zelf ook de onbevoegdheid van deze rechtbank heeft ingeroepen op grond van een identiek forumkeuzebeding in een eerdere overeenkomst met Buma. Uit dat beroep op onbevoegdheid door Scoezh volgt, dat Scoezh dat beding zelf ook ruim heeft uitgelegd. De zaak betreft in dat geval immers geen vordering op grond van contractuele verbintenissen, maar een met de overeenkomst samenhangende handhaving van auteursrechten. Het door Buma ingeroepen beding mag onder deze omstandigheden zo worden uitgelegd, dat het ook betrekking heeft op geschillen die samenhangen met de verplichtingen uit de Modelovereenkomst 2008. Dat geldt temeer nu het beroep van Scoezh op onbevoegdheid van de Haagse rechter in die zaak ook is geslaagd. Bij die ruime uitleg heeft het onderhavige geschil voldoende samenhang met de verplichtingen van Scoezh uit de Modelovereenkomst 2008, om onder het forumkeuzebeding te vallen.

4.3. Voor zover de stelling van Scoezh dat de Modelovereenkomst 2008 niet meer geldt, omdat tussen Scoezh en Buma de NLCR Modelovereenkomst 2012 van kracht is geworden, al juist zou zijn, leidt dat niet tot een andere beoordeling van de bevoegdheid. Die overeenkomst bevat een forumkeuzebeding voor "geschillen die mochten voortvloeien uit deze overeenkomst". Die tekst geeft geen aanleiding om te oordelen dat dat beding beperkter opgevat moet worden dan de forumbedingen in de eerdere overeenkomsten tussen Scoezh en Buma, wat overigens ook niet door Scoezh is bepleit.

4.4. De slotsom is dat de voorzieningenrechter van deze rechtbank zich onbevoegd dient te verklaren kennis te nemen van de vorderingen van Scoezh jegens Buma. Dat deel van de zaak zal worden verwezen naar de rechtbank Amsterdam om verder te procederen.

Misbruik van bevoegdheid door Sena?

4.5. Bij de beoordeling van de vordering van Scoezh jegens Sena staat voorop dat deze alleen kan worden toegevoegd indien voorshands voldoende aannemelijk is dat er een zodanige onevenredigheid bestaat tussen het belang van Sena bij uitvoering van haar bevoegdheden en het belang van Scoezh dat door die uitvoering zou worden geschaad, dat Sena daardoor in redelijkheid niet tot die uitvoering had kunnen komen. Er is derhalve sprake van een strenge toets.

4.6. In deze procedure heeft Scoezh zich op het standpunt gesteld dat Sena gehouden is te gehengen en te gedogen dat Scoezh Sena-repertoire mag uitzenden omdat zij zich in de

toekomst zal houden aan de in de NLCR Modelovereenkomsten uitgewerkte voorwaarden.

Op grond daarvan is Scoezh bereid een voorschotbetaling te doen, waarbij zij een minimumvergoeding van toepassing acht die geldt voor het laagste niveau van inkomsten en is zij bereid in 2017 opgave te doen van haar werkelijke inkomsten in 2016. Volgens Scoezh maakt Sena – zo begrijpt de voorzieningenrechter – misbruik van bevoegdheid doordat zij niet bereid is op die voorwaarden toestemming te geven en vasthoudt aan nakoming van de bestaande overeenkomst waarin de toestemming ahankelijk is van de voltooiing over voorgaande jaren, nakoming van de vaststellingsovereenkomst, naleving van rechterlijke bevelen en betaling van verbode dwangsommen. Althans, zo begrijpt de voorzieningenrechter, maakt Sena misbruik van recht doordat zij nadere en onevenredige voorwaarden stelt om tot overeenstemming te komen over een billijke vergoeding voor toekomstige uitzendingen. Dit standpunt van Scoezh kan niet worden gevolgd. Hiertoe overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

4.7. De WNR verleent gebruikers van muziekwerken een gebruiksrecht, *niet* daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Uit die voorwaarde volgt dat er sprake is van een inbreuk op naburige rechten indien er geen billijke vergoeding voor het gebruik wordt voldaan. Dat daarbij een toezegging om in de toekomst een billijke vergoeding te gaan betalen voldoende is om de voorwaarde in artikel 7 WNR te vervullen, is een uitleg van dat artikel die in zijn algemeenheid niet kan worden aanvaard. Die uitleg zou, zoals Sena terecht aanvoert, de betrokken naburige rechten volledig withollen. Immers, dan zou iedere uitzending zonder vergoeding onder het gebruiksrecht vallen, als de uitzender vervolgens maar telkens toezegt een billijke vergoeding te gaan betalen voor toekomstig gebruik.

4.8. Anders dan Scoezh kennelijk meent, is het niet zo dat de voorzieningenrechter zelf voorwaarden (voor de toekomst) heeft verbonden aan de handhaving van het opgelegde verbod. Het opgelegde inbreukverbod sluit aan op de tekst van artikel 7 WNR. Van “aanvullende” voorwaarden die Sena zou eisen naast de voorwaarden die het Meivonnis stelt, is dan ook geen sprake.

4.9. Uit het voorgaande volgt dat het standpunt dat Sena geen enkele voorwaarde mag stellen aan het verlenen van een licentie, anders dan de naleving door Scoezh van de NLCR Modelovereenkomsten in de toekomst, geen stand houdt. De vraag is derhalve of de voorwaarden die Sena tijdens de onderhandelingen na het Meivonnis heeft gesteld, zodanig onredelijk zijn, dat dat misbruik van bevoegdheid vormt. De rechtbank zal daarbij eerst ingaan op de voorwaarde om tot een financiële afrekening over het verleden te komen en daarna op de voorwaarde dat Wedel niet langer bij Scoezh/Fresh FM is betrokken.

4.10. Tussen partijen is niet in geschil dat Scoezh over de voorbije jaren aanzienlijke betalingsachterstanden heeft laten ontstaan en dat zij nimmer heeft voldaan aan haar opgaveverplichtingen aan Sena. Voorts staat vast dat op de vergunning van Scoezh onder de naam Fresh FM steeds Sena-repertoire openbaar is gemaakt. Het betoog van Scoezh dat niet zij, maar de opvolgende Omroep Producenten hiervoor aansprakelijk zijn, kan niet worden gevolgd. Niet alleen moet Scoezh als vergunninghouder mede aansprakelijk worden gehouden voor de inhoud van de programmering van Fresh FM – Scoezh laat immers toe dat op haar vergunning wordt uitgezonden – maar daarnaast is Scoezh ook degene die overeenkomsten heeft gesloten met Sena, onherroepelijk is veroordeeld tot nakoming van de verplichtingen aan Sena en die met Sena een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten. De opvolgende Omroep Producenten, althans degenen die volgens Scoezh daadwerkelijk de

4.13. Ook indien het voortbestaan van Scoezh en/of Fresh FM in gevaar komt door de eis van Sena om tot een atrekening over het verleden te komen op basis van daadwerkelijk genoten inkomsten, leidt dat niet tot een ander oordeel. Hoewel het te prijzen is dat Scoezh thans beoogt voor de toekomst haar verplichtingen aan Sena na te komen, rechtvaardigt dat niet dat zij, ten koste van Sena en de door haar vertegenwoordigde rechthebbenden, wordt ontheven van haar verplichtingen uit het verleden. De omstandigheid dat de investeerders van Scoezh niet meer dan € 100.000,- aan Buma en Sena samen en alleen tegen finale kwijting wensen te betalen alsmede de omstandigheid dat Wedel kennelijk ook aan Scoezh geen inzage van de met Fresh FM gegenereerde reclame-inkomsten wenst te geven, komen voor rekening en risico van Scoezh. Hoewel rechthebbenden mogelijk inkomsten mistlopen indien Fresh FM niet langer het Sena-repertoire uitzendt, staat daar tegenover dat getel op het door Sena gestelde uitsralings-effect de rechthebbenden er ook niet mee gediend zijn indien Scoezh tegen betaling van een gering bedrag een nieuwe licentie verkrijgt. Daardoor

voorschands niet zo onredelijk dat Sena die eis in redelijkheid niet mocht stellen. het verleden, of een veel hoger bedrag zou betalen dan waartoe zij deze zomer bereid was, omstandigheden de eis dat Scoezh eerst openheid van zaken geeft over haar inkomsten in betaald zou zijn voor de webcasting activiteiten onder de naam Fresh FM, dan is onder deze dwangsommen, proceskosten en wettelijke rente. Zelfs als er al wel een billijke vergoeding heeft Sena nog (deels onweersproken) vorderingen op Scoezh uit hoofde van verbeurde terwijf die vordering op basis van minimumtarieven al € 70.000,- zou bedragen. Daarnaast dat Sena haar vordering ter zake licentievergoedingen inschat op ten minste € 170.000,- de daadwerkelijk genoten inkomsten, niet reëel is. Uit de in 2.18 beschreven e-mail blijkt zodat toepassing van dat minimumtarief zonder dat Scoezh openheid van zaken geeft over dan de inkomsten die corresponderen met het volgens Scoezh toepasselijke minimumtarief, radiostations van uit gaat dat de inkomsten van Scoezh jarenlang veel hoger zijn geweest dat zij er op basis van uittalingen van Wedel en de inkomsten van vergelijkbare zijn dan de minimumvergoeding over de periode 2010-2016. Sena heeft ter zitting toegelicht van het verleden zou doen, waarbij de concrete vergoeding in ieder geval hoger diende te over een regeling op grond waarvan Scoezh een gesubsantieerd aanbod voor de afwikkeling voorwaardelijke licentie te geven tegen een vergoeding vooraf, om vervolgens te overleggen e-mails onweersproken gesteld dat zij na het Meivonnis bereid was Scoezh een 4.12. Ter zitting heeft Sena met verwijzing naar de in 2.16 tot en met 2.18 vermelde

inbreuken en niet-nakomingen, gezinszins onredelijk. van betaling van billijke vergoedingen over eerdere uitzendingen, is getel op de eerdere voldaan te krijgen. Dat Sena in de gegeven omstandigheden voorwaarden stelt ten aanzien de toekomst, zonder daarbij haar vorderingen uit het verleden, in ieder geval gedeeltelijk, Sena thans gehouden is om met Scoezh tot overeenstemming te komen over uitzendingen in enerzijds en voortzetting van de uitzendingen anderzijds door Scoezh, valt niet in te zien dat 4.11. Getel op deze langdurige voorgeschiedenis van niet-naleving van verplichtingen

van de vorderingen niet voldaan. aan Sena nog altijd zeer aanzienlijk. Voorts heeft Scoezh ook het door haar onbetwiste deel zouden worden gelaten, is de betalingsachterstand ter zake van de minimumvergoedingen verplichtingen voldaan. Zelfs indien de vergoedingen voor webcasting buiten beschouwing Wedel Communications), hebben ook niet in plaats van Scoezh aan de vaststaande programmering hebben verzorgd en/of daarvan de inkomsten hebben genoten (Wedel en

zullen andere vergoedingsplichtigen mogelijk ook ophouden te betalen voor door hen openbaar gemaakte muziek.

4.14. Ook de eis dat Wedel niet langer feitelijk bij Scoezh betrokken is, is in het licht van de omstandigheden van dit geval niet onevenredig. Alhoewel Sena in beginsel niets te maken heeft met de interne structuur van Scoezh, werden de onderhandelingen in dit geval gevoerd vanuit de gedachte dat Bom als nieuwe bestuurder een nieuwe start wilde maken met Fresh FM en Sena en Burma in dat kader bereid waren een deel van de openstaande vorderingen (met name verbeurde dwangsommen) kwijt te schelden. Voorts is van belang dat Wedel als bestuurder van Scoezh en daarnaast persoonlijk als contractspartij, betrokken is geweest bij alle niet-nakomingen van overeenkomsten en overtreedingen van rechterlijke bevelen. In het Meivonnis is Wedel daarom zelfs veroordeeld tot naleving van het Meivonnis op straffe van lijfswang (van welke beslissing hij overigens in appel is gegaan). Scoezh stelt zelf dat zij geen opgave zou kunnen doen omdat Wedel Communications, een door Wedel bestuurde vennootschap, is geliquideerd en alle gegevens daarbij verloren zijn gegaan. Gelet op het feit dat de onderhandelingen tevens een gedeeltelijke kwijtschelding van openstaande schulden van Scoezh bij Sena behelsde zodat Scoezh een nieuwe start kon maken, was de eis dat Wedel geen invloed meer zou uitoefenen op het beleid van Scoezh voorshands niet zodanig onevenredig, dat die eis niet gesteld mocht worden.

4.15. Ook cumulatief zijn deze eisen naar voorlopig oordeel niet zo onredelijk, dat sprake is van een uitoefening van bevoegdheden die misbruik van bevoegdheid oplevert.

Vertrouwen gewekt?

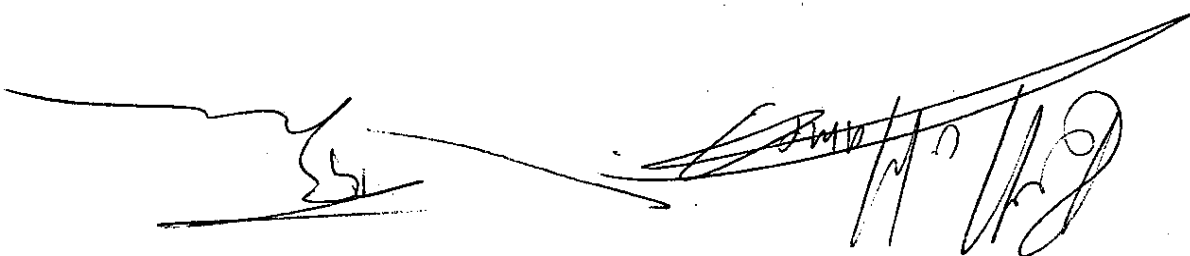
4.16. Het standpunt van Scoezh dat Sena het vertrouwen heeft gewekt dat zij genoeg zou nemen met een eerder door Scoezh gedaan aanbod, wordt op geen enkele wijze onderbouwd door de in deze procedure overgelegde e-mails. In de in 2.18 vermelde e-mail wordt terugverwezen naar een e-mail van 27 mei 2016, die een overzicht van de openstaande vorderingen zou bevatten. Ook in de e-mail van 12 juli 2016 (zie 2.17) staat duidelijk vermeld dat Sena een vergoeding wenst die hoger ligt dan de verschuldigde minimumvergoedingen. Hoewel dat vervolgens wel op haar weg lag, heeft Scoezh geen nadere feiten of omstandigheden naar voren gebracht waaruit zou kunnen volgen dat Sena het vertrouwen heeft gewekt dat dit anders zou zijn. Het beroep op het door Sena gewekte vertrouwen dient alleen al daarom te worden verworpen.

Door de voorzieningenrechter vast te leggen voorwaarden

4.17. Op grond van het voorgaande dient de vordering van Scoezh dat Sena bij voldoening van de standaard NLCR-voorwaarden dient te gehangen en te gedogen dat Scoezh Sena-repertoire uitzendt, te worden afgewezen. Nu de subsidiaire vordering tot vaststelling door de voorzieningenrechter van voorwaarden voor uitzending door Scoezh op dezelfde grondslagen stoelt, deelt die vordering dat lot.

Stolsom en proceskosten

4.18. Op grond van het voorgaande moeten de vorderingen van Scoezh worden afgewezen. Zij zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.



13 september 2016.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.M. Bus en in het openbaar uitgesproken op

- 5.5. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.
- 5.4. veroordeelt Scoezh in de proceskosten, aan de zijde van Sena tot dusver begroot op € 9.205,88;
- 5.3. wijst het gevorderde af;

in de procedure tussen Scoezh en Sena

- 5.2. verwijst de zaak in de stand waarin deze zich bevindt naar de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam, teneinde verder te procederen;
- 5.1. verklaart zich onbevoegd om van de vorderingen kennis te nemen;

in de procedure tussen Scoezh en Buma

De voorzieningenrechter:

5. De beslissing

4.19. Sena heeft aanspraak gemaakt op vergoeding van de proceskosten overeenkomstig artikel 1019h Rv. Gelet op de door Scoezh gehandhaafde proceskostenvordering is tussen partijen niet langer in geschil dat de vordering van Scoezh betrekking heeft op (de wijze van) handhaving van naburige rechten in de zin van artikel 1019 Rv. Alhoewel goed verdedigbaar is dat deze zaak niet onder het bereik van artikel 1019 Rv valt nu de grondslag misbruik van (deels contractuele) bevoegdheden is, kan de zaak ook worden beschouwd als een verdediging tegen de handhaving van naburige rechten in de zin van artikel 1019 Rv. Gelet op het feit dat beide partijen 1019h Rv van toepassing achten, zal de voorzieningenrechter de proceskosten daarom begroten op de voet van dat artikel. Scoezh heeft de hoogte van de door Sena gevorderde proceskosten niet betwist, zodat deze zullen worden toegewezen. De kosten aan de zijde van Sena zullen worden begroot op € 9.205,88.

13 september 2016

C/09/516470 / KG ZA 16-989