

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.256.847/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/629307 / HA ZA 17-530

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 24 mei 2022

inzake

1. **de vereniging ASSOCIATED BUSINESS MUSIC DISTRIBUTORS**,
gevestigd te Hilversum,
2. **BCM MUSIC SYSTEMS B.V.**,
gevestigd te Stramproy,
3. **DJ-MATIC B.V.**,
gevestigd te Breda,
4. **EASYS HORECA B.V.**,
gevestigd te Almelo,
5. **PB SOUND B.V.**,
gevestigd te Eethen,
6. **THE MUSIC MARKETEERS B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
7. **XENOX MUSIC & MEDIA B.V.**,
gevestigd te Geldermalsen,
appellanten,
geïntimeerden in incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam;

tegen

1. **VERENIGING BUMA**,
2. **STICHTING STEMRA**,
beide gevestigd te Hoofddorp,
geïntimeerden,
appellanten in incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

1. **Het verdere verloop van het geding in hoger beroep**

Partijen worden wederom aangeduid als ABMD c.s., Buma en Stemra, en de laatstgenoemde twee gezamenlijk (in enkelvoud) als Buma/Stemra.

Ingevolge het tussenarrest van het hof van 15 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2583 (hierna: het tussenarrest) heeft een nadere mondelinge behandeling plaatsgehad op 4 februari 2021, waarvan proces-verbaal is opgemaakt en waarbij de advocaten van beide partijen zich hebben bediend van pleitaantekeningen, die zijn overgelegd. Voorafgaand aan deze mondelinge behandeling had Buma/Stemra een document ingediend, getiteld *Inlichtingen ten behoeve van comparitie*, met een productie.

Na de mondelinge behandeling hebben partijen nog de volgende stukken ingediend:

- akte zijdens Buma/Stemra dd. 2 maart 2021, met producties;
- akte zijdens ABMD dd. 30 maart 2021;
- opmerkingen zijdens ABMD dd. 26 april 2021 bij het proces-verbaal van de mondelinge behandeling;
- opmerkingen zijdens Buma/Stemra dd. 26 april 2021 bij het proces-verbaal van de mondelinge behandeling.

Ten slotte is arrest bepaald op vandaag.

2. De verdere beoordeling

2.1 Partijen hebben vóór, tijdens en na de mondelinge behandeling nadere informatie ingebracht, ook over de door het hof in het tussenarrest genoemde onderwerpen.

Op grond daarvan, en mede gelet op de aan de stellingen van Buma/Stemra in het kader van verzwaarde motiveringsplicht te stellen eisen en de mate waarin Buma/Stemra aan die eisen al of niet heeft voldaan, staan de voor dit geschil relevante en hierna nader te bespreken feiten nu voor het hof voldoende vast om over de voorliggende grieven en vorderingen te beslissen. Verdere instructie over door Buma/Stemra over te leggen informatie is niet meer aan de orde en het hof acht een deskundigen-onderzoek niet noodzakelijk.

Misbruik van machtspositie

2.2.1 De verwijten van ABMD c.s. zijn toegespitst op de gevolgen die het aan Buma/Stemra verweten gedrag heeft op de markt van het beschikbaar stellen van muziek aan bedrijfsmatige afnemers in o.a. horeca en winkelbedrijf voor het gebruik daarvan als achtergrondmuziek in hun bedrijfsruimten (dit gebruik van de muziek zal het hof hierna kortheidshalve aanduiden als: **bedrijfsmatig afspelen**).

ABMD c.s. vergelijken daarbij de positie van de afnemer die streamingdienst-abonnee is met de positie van de afnemer die ABMD-abonnee is. Het hof verstaat hierbij onder 'ABMD-abonnee': de ondernemer die voor het bedrijfsmatig afspelen muziek gebruikt die hij beschikbaar heeft op grond van zijn abonnement bij een ABMD-lid, en onder 'streamingdienst-abonnee': de ondernemer die voor het bedrijfsmatig afspelen muziek gebruikt die hij beschikbaar heeft op grond van zijn abonnement bij een streamingdienst; onder **streamingdienst** wordt in dit arrest verstaan: een bedrijf waarvan de diensten bestaan uit het door middel van *streaming on demand* beschikbaar stellen van muziek aan natuurlijke personen.

Het hof is van oordeel dat, nu bedrijfsmatig afspelen steeds behelst dat de desbetreffende muziek wordt uitgevoerd in het openbaar zoals bedoeld in artikel 30a Auteurswet, het namens rechthebbenden verlenen van toestemming (licenties) tot bedrijfsmatig afspelen in Nederland valt onder de exclusief aan BUMA verleende vergunning (zie tussenarrest rov. 2.6).

2.2.2 Uit de door BUMA/STEMRA verstrekte toelichting blijkt dat zowel de streamingdiensten als de ABMD-leden overeenkomsten hebben gesloten, waarin hun middels een 'gecombineerde BUMA STEMRA licentie' toestemming is verleend om muziek vast te leggen en aan hun abonnees beschikbaar te stellen en waarvan de gehanteerde tarieven en overige voorwaarden door BUMA en STEMRA gezamenlijk zijn bepaald.

Dat een aantal ABMD-leden deze gecombineerde BUMA STEMRA licentie niet met BUMA/STEMRA zelf heeft gesloten maar met SABAM (tussenarrest rov. 2.3), houdt verband met het feit dat BUMA/STEMRA, zoals zij heeft toegelicht, in 2006 aan SABAM heeft toegestaan deze licenties te verlenen aan de ABMD-leden, waarbij SABAM de incasso voor Nederland aan BUMA/STEMRA afdraagt ter verdeling aan de rechthebbenden. SABAM hanteert in de AGM-overeenkomsten (zoals bedoeld in het tussenarrest onder 2.3) het tussen ABMD en BUMA/STEMRA in 2010 afgesproken AGM-tarief, dat BUMA/STEMRA ook toepast in haar AGM-overeenkomst met ABMD-lid PB SOUND. BUMA/STEMRA heeft gesteld dat SABAM vrij was daarbij zelf de licentievoorwaarden te bepalen en gesuggereerd dat het SABAM ook vrij zou staan een lagere prijs te hanteren dan het bedoelde tarief. ABMD heeft echter gesteld dat BUMA/STEMRA voor de bedoelde toestemming aan SABAM als voorwaarde stelde dat deze het AGM-tarief zou hanteren, en correspondentie met SABAM overgelegd waarin SABAM dit bevestigt. BUMA/STEMRA heeft deze aldus onderbouwde stelling van ABMD niet gemotiveerd betwist. Het hof gaat er daarom vanuit dat zowel ten aanzien van de streamingdiensten als ten aanzien van de ABMD-leden de inhoud van de licentie-overeenkomsten wordt bepaald door BUMA/STEMRA, in ieder geval wat betreft de omvang en prijzen van de daarin verleende licenties.

2.2.3 Uit wat hiervoor is overwogen onder 2.2.1 en 2.2.2 volgt, dat het BUMA/STEMRA is die in Nederland (voor het betrokken repertoire) zowel de zeggenschap heeft over het verlenen van toestemming tot het beschikbaar stellen van muziek aan abonnees als de zeggenschap over het door die abonnees bedrijfsmatig afspelen van die muziek. Dit brengt naar het oordeel van het hof met zich dat, op de genoemde markt van auteursrechtlicentiëring voor het beschikbaar stellen van muziek ten behoeve van het bedrijfsmatig afspelen daarvan, BUMA en STEMRA gezamenlijk beschikken over een machtspositie. Dat zij deze positie gezamenlijk bekleden volgt onder meer uit de eigen stellingen van BUMA/STEMRA dat het bedoelde beschikbaar stellen van muziek telkens berust op een 'gecombineerde BUMA STEMRA licentie', waarvan de gehanteerde tarieven en overige voorwaarden door BUMA en STEMRA gezamenlijk worden bepaald. BUMA/STEMRA heeft geen stellingen ingenomen of informatie verschaft die nopen tot een ander uitgangspunt.

2.2.4 Op de bedoelde markt fungeren de ABMD-leden (van wie het productaanbod uitdrukkelijk gericht is op ondernemers die muziek wensen te verwerven voor

bedrijfsmatig afspelen) en de streamingdiensten als aanbieders. Deze laatsten richten zich weliswaar niet primair op die markt, maar hun product c.q. dienst is wel voor ondernemers op die markt verkrijgbaar en wordt door hen in toenemende mate ook daadwerkelijk, zoals tussen partijen vaststaat, gebruikt voor bedrijfsmatig afspelen. In zoverre zijn de streamingdiensten en de ABMD-leden op die feitelijk bestaande markt, die dus afwijkt van de ogenschijnlijke, theoretische markt, elkaars concurrenten.

2.2.5 Buma/Stemra gebruikt haar zeggenschap over het beschikbaar stellen van muziek aan abonnees als volgt:

- in de contracten met de ABMD-leden verkrijgen deze toestemming tot (verveelvoudigen en) beschikbaar stellen van de muziek aan bedrijfsmatige afnemers ten behoeve van bedrijfsmatig afspelen (zie tussenarrest rov. 2.3);
- in de contracten met de streamingdiensten verkrijgen deze (slechts) toestemming tot (verveelvoudigen en) beschikbaar stellen van de muziek aan hun abonnees voor privégebruik, althans voor doelen die niet het bedrijfsmatig afspelen omvatten (die doelen hierna kortheidshalve aan te duiden als: privégebruik).

Dat de gebruikers van streamingdiensten een licentie voor privégebruik hebben en dus geen licentie voor zakelijk gebruik, heeft de rechtbank overwogen in rov. 4.12 van het bestreden vonnis. Grief IV van Buma/Stemra in incidenteel hoger beroep is weliswaar gericht tegen die overweging, maar uit de onderbouwing van de grief blijkt dat Buma/Stemra erkent dat hetgeen de rechtbank overweegt klopt voor de licentie die de streamingdienst van Buma/Stemra verkrijgt; de strekking van de grief is slechts dat dit niet betekent dat ook *de gebruikers* van de streamingdienst – de horeca-ondernemers etc. – (slechts) een licentie van Buma hebben voor privégebruik en dus niet voor zakelijk gebruik. De grief bestrijdt dus niet dat de licenties van Buma/Stemra aan de streamingdiensten alleen betrekking hebben op beschikbaar stellen voor privégebruik. Dit laatste blijkt ook uit de tekst die Buma/Stemra zelf op haar website heeft gepubliceerd (zie tussenarrest rov. 2.10), en vindt overigens bevestiging in het feit (zie tussenarrest rov. 2.9) dat een grote streamingdienst als Spotify in de Nederlandse versie van haar gebruiksvoorwaarden vermeldt dat de abonnee slechts gerechtigd is tot “persoonlijk, niet-commercieel (...) gebruik” van de muziek en dat “uitvoeren voor (...) het publiek” daarvan om geen enkele reden is toegestaan.

2.2.6 Buma/Stemra heeft aangevoerd dat grote streamingdiensten voor een deel van het internationale repertoire rechtstreeks contracteren met bijvoorbeeld muziekuitgevers en dat als gevolg daarvan haar contracten met dergelijke streamingdiensten nog slechts zien op ca. 30% van het wereldrepertoire; zij verbindt daaraan de conclusie, zo begrijpt het hof, dat daarom van een monopolie of relevante machtspositie geen sprake is. Dit verweer miskent echter dat de bedoelde situatie weliswaar geldt voor het licentiëren van muziek aan de grote streamingdiensten – en dus, zoals hiervoor vastgesteld onder 2.2.5, voor het beschikbaar stellen van die muziek aan hun abonnees voor *privégebruik* – maar dat voor het licentiëren van muziek voor *bedrijfsmatig gebruik* het mandaat van Buma/Stemra als vertegenwoordiger van rechthebbenden blijktens de eigen stellingen van Buma/Stemra (document Inlichtingen onder 15) juist nog wel geldt voor (100% van) het wereldrepertoire. Indien derhalve de streamingdiensten toestemming zouden willen verwerven voor het beschikbaar stellen van muziek aan hun abonnees voor

bedrijfsmatig afspelen in Nederland, komen zij daarvoor altijd terecht bij Buma/Stemra. Niet is gesteld of gebleken dat die toestemming ook bij een andere partij kan worden verworven (behoudens in geval van een andere cbo, waarvoor dan *mutatis mutandis* geldt wat hiervoor over de verhouding tot Sabam is vastgesteld). Aldus kan de geschetste inperking van het mandaat van Buma/Stemra jegens streamingdiensten tot een deel van het wereldrepertoire geen afbreuk doen aan het oordeel dat Buma/Stemra op de markt van auteursrechtlicentiëring voor het beschikbaar stellen van muziek voor bedrijfsmatig afspelen beschikt over een machtspositie.

2.2.7 In het kader van haar hiervoor onder 2.2.1 bedoelde licentieverlening aan ondernemers voor het bedrijfsmatig afspelen van muziek in hun bedrijfsruimte (zoals horeca en winkelbedrijven), maakt Buma geen onderscheid tussen ondernemers die de daarvoor gebruikte muziek verkrijgen van een ABMD-lid of van een streamingdienst. Die ondernemers verkrijgen derhalve van Buma licentie voor het in hun bedrijfsruimte afspelen van muziek, ongeacht of hun toeleverancier aan Buma/Stemra een vergoeding heeft betaald voor het aan hen beschikbaar stellen van die muziek voor bedrijfsmatig afspelen (zoals de ABMD-leden) of niet (zoals de streamingdiensten).

Dit betekent, in samenhang met de wijze van licentieverlening door Buma/Stemra zoals hiervoor omschreven onder 2.2.5, dat Buma/Stemra jegens haar afnemers, voor zover die zelf toeleveranciers zijn op de markt van beschikbaarstelling van muziek voor bedrijfsmatig afspelen, voor een gelijkwaardige prestatie ongelijke voorwaarden hanteert: streamingdiensten verrichten die beschikbaarstelling feitelijk zonder dat Buma/Stemra daarvoor een vergoeding verlangt, maar van de ABMD-leden verlangt Buma/Stemra (al of niet via Sabam) voor die beschikbaarstelling wel een vergoeding in de vorm van het AGM-tarief. Dit is gedrag dat in beginsel onder het bereik van art. 102 sub c VWEU valt.

2.2.8 Bij de beoordeling of (het laten voortbestaan van) deze ongelijkheid een verboden misbruik van machtspositie vormt, stelt het hof het volgende voorop. Het is goed denkbaar dat het introduceren door Buma/Stemra van een systeem van licentiëring en handhaving zoals hiervoor bedoeld onder 2.2.7, destijds geen misbruik van machtspositie opleverde, maar dat het laten voortbestaan van dat systeem alsnog misbruik oplevert indien dat leidt tot de bedoelde ongelijkheid. Dat die ongelijkheid (mede) een gevolg is van (veranderd of veranderend) onvoorzien gedrag van derden – te weten ondernemers die hun abonnement bij een streamingdienst gaan gebruiken voor bedrijfsmatig afspelen en streamingdiensten die daartegen niet optreden – doet daaraan op zichzelf niet af. In dat geval zal het hanteren door Buma/Stemra van dat systeem van licentiëring en handhaving toch misbruik door Buma/Stemra van haar machtspositie opleveren vanaf het moment dat Buma/Stemra van het bestaan van de daardoor in stand gehouden ongelijkheid en potentieel concurrentienadeel op de hoogte is en zij die laat voortbestaan hoewel zij in staat is die weg te nemen door een redelijke aanpassing van dat systeem.

2.2.9 Het hof is van oordeel, gelet op alle omstandigheden van dit geval, dat de hiervoor onder 2.2.7 bedoelde ongelijkheid voor de ABMD-leden leidt, of in ieder

geval kan leiden, tot een nadeel bij de mededinging in de zin van artikel 102 sub c. VwEU. In een situatie als hier aan de orde, waarin voor eenzelfde prestatie van bepaalde afnemers een vergoeding wordt bedongen maar van andere afnemers niet, terwijl op het niveau van de licenties voor eindgebruikers aan dat onderscheid geen gevolgen worden verbonden, ligt het voor de hand dat de wel betalende afnemers van deze ongelijkheid nadeel kunnen ondervinden in hun concurrentie met de afnemers van wie Buma/Stemra deze vergoeding niet verlangt. De gemotiveerde stellingen in dit verband van ABMD c.s. zijn door Buma/Stemra niet, althans niet voldoende onderbouwd, betwist.

2.2.10 Het hof neemt hierbij ook het volgende in aanmerking. De positie van Buma/Stemra en de daarbij behorende onderhandelingsmacht maken het haar mogelijk om aan de bedoelde situatie een einde te maken, nu afnemers – zowel ABMD-leden als streamingdiensten – voor de benodigde toestemming tot beschikbaar stellen van muziek aan hun abonnees voor bedrijfsmatig afspelen in Nederland (zoals hiervoor overwogen onder 2.2.6) altijd terecht moeten bij Buma/Stemra, en ook die abonnees voor de benodigde licentie tot bedrijfsmatig afspelen in hun bedrijfsruimte (zoals hiervoor overwogen onder 2.2.1) alleen terecht kunnen bij Buma. Wat betreft de duur van de bedoelde ongelijkheid weegt het hof nog mee dat deze al geruime tijd (sinds 2010) bestaat en door Buma/Stemra is gecontinueerd ondanks het sedertdien (zie hiervoor onder 2.2.4) toegenomen gebruik voor bedrijfsmatig afspelen van muziek die van streamingdiensten wordt verkregen.

2.2.11 Buma/Stemra heeft nog aangevoerd dat concurrentienadeel ontbreekt omdat, samengevat, in de prijs die de ABMD-leden voor hun diensten hanteren het aan Buma/Stemra betaalde AGM-tarief maar een klein aandeel vormt zodat, zelfs wanneer de streamingdiensten het vaste AGM-tarief zouden betalen of ABMD-leden juist helemaal geen vergoeding, ook dan de ABMD-leden nog aanzienlijk duurder zijn dan de streamingdiensten en daarom niet aannemelijk is dat zij dan extra klanten zouden trekken. Het hof volgt Buma/Stemra hierin niet. Dit verweer komt in wezen neer op een niet met cijfers onderbouwde speculatie. Maar ook indien wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling ten aanzien van de (verschillen in) prijzen, dan miskent het verweer dat het door ABMD c.s. bedoelde nadeel niet alleen bestaat in ongelijkheid wat betreft vergoedingen maar juist in de combinatie daarvan met het (niet-)handhavingsbeleid van Buma/Stemra, waardoor de ABMD-leden niet in staat zijn aan afnemers duidelijk te maken dat tegenover een hogere prijs voor hun diensten mede het voordeel staat van het recht om de beschikbaar gestelde muziek bedrijfsmatig af te spelen.

2.2.12 Buma/Stemra heeft ook aangevoerd dat bij een juiste vergelijking van het AGM-tarief met het streamingtarief blijkt dat ABMD-leden in de meeste gevallen minder betalen dan zij zouden betalen bij toepassing van het streamingtarief – met welk begrip Buma/Stemra doelt, begrijpt het hof, op de vergoedingen die de streamingdiensten aan Buma/Stemra betalen voor het beschikbaar stellen van muziek aan hun abonnees. Deze vergelijking is echter niet relevant omdat (zoals hiervoor overwogen onder 2.2.5) de door Buma/Stemra aan de streamingdiensten verleende licenties, en dus het daarvoor betaalde tarief, anders dan het AGM-tarief geen

betrekking hebben op het recht om muziek beschikbaar te stellen voor bedrijfsmatig afspelen. Waarom betekenis zou toekomen aan ongelijkheid tussen de vergoedingen voor twee licenties die van elkaar verschillen valt, zonder nadere toelichting, niet in te zien.

2.2.13 Tussen partijen staat vast dat Buma/Stemra op de hoogte is, althans moet zijn, van de hiervoor onder 2.2.7 bedoelde ongelijkheid. ABMD c.s. hebben haar daar al sedert 2010 op gewezen. Buma/Stemra was weliswaar van mening dat van ongelijkheid, althans van nadeel bij de mededinging, geen sprake was maar dat doet op zichzelf niet af aan haar bekendheid met de desbetreffende omstandigheden. Buma/Stemra voert nog aan dat zij bij (het laten voortbestaan van) deze ongelijkheid niet het doel heeft gehad om de ABMD-leden in hun concurrentieverhouding tot streamingsdiensten te benadelen, zoals in een dergelijk geval wel wordt vereist (HvJ EU 15 maart 2007, zaak C-95/04 (*British Airways/Commissie*)). Het hof is van oordeel dat Buma/Stemra, bij het (blijven) hanteren van een systeem van licentiëring en handhaving zoals hiervoor bedoeld onder 2.2.7, in de gegeven omstandigheden de reële kans voor lief heeft genomen dat haar opstelling voor de ABMD-leden tot nadeel bij de mededinging zou strekken, hetgeen volstaat. Voorzienbaar moet immers zijn geweest dat, toen de streamingdiensten niet bleken op te treden tegen zakelijk gebruik van hun producten, daarmee een alternatieve route werd geopend die vanuit concurrentie-oogpunt nadelig was voor de ABMD-leden als Buma/Stemra daartegen niet zelf optrad. Buma/Stemra was de enige die kon optreden. Dat zij dat niet heeft gedaan, om haar moverende redenen, moet worden opgevat als een bewuste benadeling van de concurrentiepositie van de ABMD-leden. Ook de maatregelen waarover Buma/Stemra en ABMD eerder hebben overlegd, een voorlichtingscampagne, heeft Buma/Stemra immers niet genomen. Dit is met name aannemelijk omdat het hier niet gaat om een geval waarin voor verschillende afnemers verschillende prijzen gelden – waarvan een nadelig concurrentie-effect bij afnemers voor een leverancier niet altijd duidelijk zal zijn – maar om een geval waarin door Buma/Stemra voor een bepaalde prestatie van één groep afnemers een vergoeding wordt bedongen maar van andere afnemers in het geheel niet, terwijl aan dat onderscheid op het niveau van de eindgebruikers-licenties geen gevolgen worden verbonden.

2.2.14 Teneinde deze ongelijkheid weg te nemen vordert ABMD (primair) dat Buma/Stemra maatregelen neemt in verband met handhaving van auteursrechten tegen ondernemers die bedrijfsmatig afspelen met gebruikmaking van hun abonnement bij een streamingdienst. Buma/Stemra voert daartegen aan dat die handhaving voor haar niet mogelijk is, omdat de bedoelde ondernemers de muziek ten gehore brengen met een licentie van Buma en dus geen inbreuk maken: de licentievoorwaarden bepalen niet dat men geen gebruik mag maken van via streamingdiensten geleverde muziek, en Buma Stemra kan dus niet op grond van inbreuk optreden tegen dergelijke ondernemers.

Dit verweer slaagt niet wat betreft de toekomst. Uit wat hiervoor is overwogen volgt dat het feit dat Buma/Stemra deze licenties verleent juist onderdeel is van de aan Buma/Stemra verweten ongelijke behandeling. De vordering van ABMD c.s. strekt ertoe dat Buma/Stemra daaraan een einde maakt door, kort gezegd, in Buma's

algemene voorwaarden en in iedere nieuwe licentie-overeenkomst voor bedrijfsmatig afspelen en in elke verlenging van een dergelijke overeenkomst een bepaling op te nemen dat die licentie niet omvat het afspelen van muziek die door een streamingdienst wordt aangeleverd voor privé-gebruik. Daarbij is er dus al rekening mee gehouden dat de op dit moment bestaande licentieovereenkomsten nog anders zijn geformuleerd, en Buma/Stemra heeft niet gesteld dat het voor haar onmogelijk is een clausule zoals gevorderd op de bedoelde wijze te introduceren.

2.2.15 Het hof is van oordeel dat de door ABMD c.s. gevorderde aanpassing van de licentievoorwaarden van Buma voor bedrijfsmatig afspelen naar inhoud en wijze van introductie daarvan een redelijke aanpassing is, waarbij het hof de vordering zo heeft begrepen dat deze louter op na dit arrest af te geven of te wijzigen licenties ziet. De hiervoor onder 2.2.7-2.2.10 bedoelde positie van Buma/Stemra en de daarbij behorende onderhandelingsmacht maken het niet alleen mogelijk, maar ook betrekkelijk eenvoudig realiseerbaar en daarom redelijk dat Buma/Stemra de bedoelde aanpassing doorvoert. Ook het feit dat Buma/Stemra, volgens de vordering, aan deze wijzigingen controles moet verbinden, overtredende ondernemers moet aanschrijven en dit nieuwe beleid via haar website moet communiceren is, gelet op hetgeen Buma/Stemra in het kader van haar gebruikelijke activiteiten toch al doet, op zichzelf redelijk te achten. Op de modaliteiten van een en ander komt het hof hierna onder 2.4.2 terug.

Verklaring voor recht

2.3 Uit hetgeen hiervoor is overwogen onder 2.2.1 tot en met 2.2.15 volgt dat Buma en Stemra gezamenlijk een machtspositie bekleden op de markt van auteursrecht-licentiëring voor het beschikbaar stellen van muziek voor bedrijfsmatig afspelen, waarvan zij misbruik maken door het toepassen, ten opzichte van ABMD-leden enerzijds en streamingdiensten anderzijds, van ongelijke voorwaarden bij de bedoelde licentiëring als gevolg waarvan voor de ABMD-leden nadeel kan ontstaan in hun concurrentiepositie. Daarmee handelt Buma/Stemra jegens de ABMD-leden onrechtmatig.

2.3.1 ABMD c.s. vorderen in de eerste plaats een verklaring voor recht. Zij dragen daarvoor een tekst aan in drie varianten (zie tussenarrest rov. 3.1.6 sub I). Slechts de derde variant behelst dat het onrechtmatig te oordelen gedrag zowel de (ongelijkheid van) gehanteerde prijzen als het niet-handhaven van het auteursrecht omvat. De rechtbank heeft de door haar uitgesproken verklaring voor recht gebaseerd op (haar uitleg van) de eerste variant, die er kort gezegd op neerkomt dat Buma/Stemra onrechtmatig handelt doordat zij voor ABMD-leden een andere vergoeding hanteert dan voor streamingdiensten. ABMD c.s. hebben tegen (onder meer) die keus van de rechtbank hun grief 1 gericht, waarbij zij onder meer betogen dat Buma/Stemra onrechtmatig handelt jegens de ABMD-leden doordat zij niet handhavend optreedt tegen bedrijfsmatig afspelen door abonnees van streamingdiensten, zulks in verband met het feit dat de streamingdiensten geen licentie hebben c.q. niet of veel minder betalen voor het beschikbaar stellen van muziek die wordt gebruikt voor bedrijfsmatig afspelen.

Deze grief slaagt in zoverre dat het misbruik van machtspositie en dus het onrechtmatig handelen van Buma/Stemra ligt in de combinatie van de ongelijkheid inzake licenties en vergoedingen met het (niet-)handhavingsbeleid van Buma/Stemra, zoals het hof hiervoor heeft verwogen onder 2.2.10. Het hof zal daarom een op die combinatie toegespitste verklaring voor recht uitspreken.

2.3.2 Doordat de te geven verklaring voor recht is gericht op de combinatie van de genoemde elementen, behoudt Buma/Stemra een aanzienlijke mate van vrijheid om haar rol als cbo in te vullen. Zo bestaat voor haar ook de mogelijkheid om er in de toekomst voor te kiezen om van de streamingdiensten die bedrijfsmatig afspelen toestaan alsnog een desbetreffende licentie en een (non-discriminatoire) vergoeding te verlangen, in welk geval Buma/Stemra zou kunnen afzien van verdere introductie van specifieke licentievoorwaarden en handhaving gericht op bedrijfsmatig afspelen door abonnees van streamingdiensten zonder dat dit onder het onrechtmatig verklaarde gedrag valt. Dat deze keuzevrijheid voor Buma/Stemra blijft bestaan doet ook recht aan de door het hof in het tussenarrest (rov. 3.2.1 en 3.2.2) bedoelde beleidsvrijheid van auteursrechthebbenden en van partijen die hen vertegenwoordigen zoals Buma/Stemra. De ingreep in de vrijheid van Buma/Stemra dient beperkt te blijven tot hetgeen noodzakelijk is.

2.3.3 ABMD c.s. vorderen dat voor recht wordt verklaard dat het onrechtmatig handelen zich voordoet sedert 18 mei 2010. De rechtbank zag daarvoor geen grond en heeft overwogen (rov. 4.19) dat partijen over die datum nader debat kunnen voeren in de schadestaatprocedure. Tegen dat oordeel richt zich grief 3 van ABMD c.s.. Deze grief slaagt. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen onder 2.2.8 kan van misbruik van machtspositie, en dus van onrechtmatig handelen, worden uitgegaan vanaf het moment dat Buma/Stemra op de hoogte was van het bestaan van de door haar beleid in stand gehouden ongelijkheid en potentieel concurrentienadeel en zij die liet voortbestaan hoewel zij in staat was die weg te nemen door een redelijke aanpassing van haar systeem van licentiëring en/of handhaving. ABMD c.s. beroepen zich op hun brieven aan Buma/Stemra van 12 juli 2010 en 2 september 2010, waarin zij Buma/Stemra hebben gewezen op het concurrentienadeel dat de ABMD-leden ondervonden van het toenemend gebruik van abonnementen bij streamingdiensten voor bedrijfsmatig afspelen waarvoor echter niet aan Buma/Stemra wordt betaald. In die brieven spraken ABMD c.s. de verwachting uit dat Buma/Stemra daartegen door middel van haar buitendienst maatregelen zou nemen. In de brief van 2 september 2010 vragen ABMD c.s. aan Buma/Stemra om adequaat te reageren op meldingen van hun leden over het gebruik van streamingdiensten in de horeca. Buma/Stemra betwist niet dat ABMD c.s. deze mededelingen hebben gedaan, maar stelt dat zij hun desbetreffende bezwaren later hebben laten vallen omdat zij blijkens een brief van ABMD c.s. van 28 oktober 2010 akkoord zijn gegaan met het AGM-tarief zonder daaraan de voorwaarde te verbinden dat Buma/Stemra aan streamingdiensten hetzelfde tarief zou opleggen. Het hof kan Buma/Stemra daarin niet volgen, nu de brief van 28 oktober niet gaat over de punten van zorg die ABMD in de eerdere brieven aan de orde had gesteld maar slechts over een nieuw AGM-tarief – dat door ABMD wordt aangeduid als ‘een belangrijke stap’ van Buma/Stemra om het vertrouwen van de ABMD-leden terug te winnen – en niets inhoudt omtrent het (niet-)handhavingsbeleid

van Buma/Stemra of een acceptatie daarvan door ABMD c.s.. Gelet op de genoemde eerdere briefwisseling tussen partijen zal het hof voor recht verklaren dat het onrechtmatig handelen zich voordoet sedert 2 september 2010.

Bevel tot aanpassing licentiëring en handhaving

2.4.1 Nu het hof de verklaring voor recht zal toewijzen op de wijze als hiervoor overwogen onder 2.3.1, zal het hof ook de door ABMD c.s. sub II primair gevorderde maatregel in de hierna te melden vorm toewijzen als de meest passende en daarom redelijke wijze waarop Buma/Stemra aan het onrechtmatig handelen een einde kan maken. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat ook hier de maatregel de hiervoor onder 2.3.2 bedoelde keuzevrijheid van Buma/Stemra in zoverre ongemoeid laat dat het bevel niet strekt tot optreden tegen bedrijfsmatig afspelen indien het, in de toekomst, gaat om muziek die door een streamingdienst (krachtens een licentie van Buma/Stemra) wél voor zakelijk gebruik is beschikbaar gesteld. Op de precieze modaliteiten omt het hof hierna (onder 2.4.1 en verder) terug.

2.4.2 Het hof ziet wel aanleiding om de te gelasten maatregel op een aantal onderdelen beperkter toe te wijzen dan gevorderd, nu de maatregel niet verder behoort te gaan dan, mede gelet op de beleidsvrijheid van auteursrechthebbenden en partijen die hen vertegenwoordigen zoals Buma/Stemra, proportioneel en passend is ten behoeve van redres van het onrechtmatig geoordeelde gedrag. Het hof zal daarom niet toewijzen wat ABMD c.s. vorderen omtrent het opnemen van contractuele boetes, een herhaalde aanschrijving, brieven aan alle licentienemers van Buma/Stemra, steekproefsgewijs gerichte controles met verslaglegging aan ABMD, reageren op 'klikmeldingen' en maandelijkse rapportage aan ABMD. Dit laat onverlet dat ABMD c.s. mogen verwachten dat Buma/Stemra passende maatregelen neemt en voorziet in een adequaat systeem om de effecten daarvan te controleren.

2.4.3 Buma/Stemra heeft er terecht op gewezen dat licenties voor bedrijfsmatig afspelen (alleen) door Buma worden verleend en dat de vordering sub II daarom niet tegen Stemra kan worden toegewezen. Het hof zal deze vordering daarom alleen tegen Buma toewijzen.

2.4.4 ABMD c.s. hebben hun vordering zo geformuleerd dat de in het bevel begrepen handelingen door Buma/Stemra telkens moeten worden verricht "binnen [een aantal] maanden na betekening" van de beslissing van de rechter. Een redelijke uitleg van deze vorderingen brengt naar het oordeel van het hof met zich dat niet bedoeld is dat die handelingen (slechts) moeten worden verricht *binnen* de genoemde termijn, maar juist dat de termijn is bedoeld als een periode van voorbereiding *na afloop waarvan* Buma/Stemra de bedoelde handelingen moet gaan uitvoeren. Dat ook Buma/Stemra de strekking van deze vordering zo heeft begrepen blijkt uit haar hierna onder 2.4.5 behandelde verweer. Het hof zal de vordering daarom in deze zin toewijzen.

2.4.5 Buma/Stemra heeft nog aangevoerd dat de termijn van zes maanden voor (introdactie van een) wijziging van licentievoorwaarden te kort is omdat de kans

bestaat dat het College van Toezicht als bedoeld in de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten voor de bedoelde wijziging in licentievoorwaarden geen, of niet tijdig, toestemming zal geven, of dat tegen die toestemming bezwaarschriften kunnen worden gericht. Het hof gaat daaraan voorbij, nu Buma/Stemra niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bedoelde toestemming zal worden geweigerd indien het aanbrenge van de bedoelde wijziging voortvloeit uit een rechterlijk bevel, en evenmin dat de termijn van zes maanden voor verkrijging van die toestemming te kort zou zijn. Ook valt niet in te zien hoe indiening van eventuele bezwaarschriften invloed heeft op de haalbaarheid van de genoemde termijn, nu indiening van een bezwaarschrift de werking van het bestreden besluit niet schorst (artikel 6:16 Algemene wet bestuursrecht).

Schadevergoeding

2.5.1 Grief VIII van Buma/Stemra richt zich tegen haar veroordeling tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Buma/Stemra stelt dat ABMD c.s. geen schadevergoeding hebben gevorderd maar terugbetaling van onverschuldigd betaalde bedragen. Aan Buma/Stemra kan worden toegegeven dat de rechtbank in verband met onderdeel IV van de vordering van ABMD c.s. overweegt (rov. 4.26) dat sprake is van door ABMD-leden onverschuldigd betaalde vergoedingen maar vervolgens, zonder verdere of andere motivering, in het dictum onder 5.3 Buma/Stemra niet heeft veroordeeld tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde bedragen maar tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen. Een redelijke uitleg van dit onderdeel van de vordering van ABMD c.s. brengt met zich dat die vordering wordt begrepen als strekkend tot schadevergoeding, zoals ABMD c.s. in hun reactie op deze grief betogen. Het hof constateert dat ABMD c.s. al in eerste aanleg hebben gesteld dat de ABMD-leden schade lijden door, kort gezegd, niet-handhaving door Buma/Stemra en deze schade – ook naast de ongelijkheid in tarieven – uitdrukkelijk hebben genoemd (pleitnota eerste aanleg ABMD c.s. onder 17) als een van de zaken waarvoor ABMD c.s. middels de ingestelde vorderingen genoegdoening wenst te krijgen. Naar aanleiding van de bedoelde grief VIII van Buma/Stemra hebben ABMD c.s. nog aangevoerd dat Buma/Stemra tarieven hanteerde die, gelet op de ‘niet waargemaakte marktenscheiding’ (waarmee ABMD c.s. doelen op de niet-handhaving door Buma/Stemra), te hoog waren, hetgeen onrechtmatig is, door welk onrechtmatig handelen de ABMD-leden schade hebben geleden. ABMD c.s. hebben met een en ander voldoende duidelijk gemaakt dat zij vergoeding verlangen van het nadeel – op te maken bij staat – dat de ABMD-leden is toegebracht door het onrechtmatig handelen van Buma/Stemra, en het hof zal de vordering dan ook in die zin verstaan.

2.5.2 Buma/Stemra hebben nog aangevoerd dat ABMD c.s. geen feiten hebben gesteld of bewezen waaruit causaal verband blijkt tussen het gestelde misbruik/onrechtmatig gedrag (niet optreden tegen zakelijke afnemers, niet opleggen van het AGM-tarief aan streamingdiensten) en de gestelde schade. Dit verweer miskent dat volgens vaste rechtspraak voor een veroordeling tot schadevergoeding, op te maken bij staat, voldoende is dat het bestaan of de mogelijkheid van schade als gevolg van de gestelde fout aannemelijk is. Het hof heeft hiervoor onder 2.2.9 geoordeeld dat het aan Buma/Stemra verweten marktgedrag voor de ABMD-leden

leidt of kan leiden tot een nadeel bij de mededinging, en daarmee is het bestaan of de mogelijkheid van schade als gevolg van onrechtmatig handelen van Buma/Stemra voldoende aannemelijk.

2.5.3 Het hof overweegt hierbij nog dat de schade van de ABMD-leden in dit verband bestaat in het concurrentienadeel dat het misbruik van machtspositie door Buma/Stemra voor hen heeft opgeleverd. Het gaat dan om nadeel, veroorzaakt door de (combinatie van) gedragingen die worden genoemd in de verklaring voor recht en mede vast te stellen aan de hand van de analyse, bedoeld in het tussenarrest onder 3.3.4. Daaruit volgt dat de bedoelde schade niet, in ieder geval niet a priori, kan worden gelijkgesteld met de door ABMD-leden in het verleden aan Buma/Stemra betaalde tarieven en evenmin met het verschil tussen die tarieven en de tarieven voor de streamingdiensten.

Slotoverwegingen

2.6.1 Buma/Stemra hebben in verband met de vorderingen van ABMD c.s. nog aangevoerd dat diegenen van appellanten die licentienemers van Sabam zijn geen belang hebben bij toewijzing van de vorderingen die zijn gericht tegen Buma/Stemra. Het hof verwerpt dit verweer. Het is Buma/Stemra die, zoals het hof hiervoor heeft overwogen onder 2.2.2 en 2.2.3, de inhoud bepaalt (voor zover voor dit geschil relevant) van de aan de ABMD-leden verleende licenties, ook waar de betreffende overeenkomsten zijn afgesloten met Sabam. Het is bovendien (alleen) Buma die in dit verband in Nederland handhavend kan optreden en dus uitvoering kan geven aan de bevelen. Voor zover Buma/Stemra op de bedoelde terreinen onrechtmatig hebben gehandeld en schadeplichtig zijn alsmede gehouden tot het treffen van maatregelen, hebben de bedoelde leden dan ook alle belang bij toewijzing van het gevorderde jegens Buma/Stemra.

2.6.2 Nu het door ABMD c.s. sub I en sub II gevorderde gedeeltelijk wordt toegewezen, behoeft de voorwaardelijke vordering sub III geen behandeling.

2.6.3 Gelet op al hetgeen het hof heeft overwogen, slagen de grieven van ABMD c.s. voor zover het hof dat heeft vermeld en falen de grieven van beide partijen voor het overige dan wel behoeven zij wegens gebrek aan belang geen behandeling. Het hof zal het bestreden vonnis, voor zover het is geweest tussen appellanten enerzijds en Buma en Stemra anderzijds, integraal vernietigen en daarvoor zijn eerder aangeduide beslissingen in de plaats stellen.

2.6.4 Met betrekking tot de reikwijdte van de gevorderde verklaring voor recht overweegt het hof nog als volgt. Het hof constateert dat de vordering van ABMD c.s. (ook al vóór de wijziging van eis in eerste aanleg) luidt dat voor recht wordt verklaard dat “jegens ABMD en haar leden” onrechtmatig is gehandeld. De rechtbank gaf echter deze vordering weer (rov. 3.1) als ziende op onrechtmatig handelen “jegens ABMD-leden” en heeft ook in haar dictum onder 5.1. slechts voor recht verklaard dat “jegens de ABMD-leden” onrechtmatig is gehandeld. In hoger beroep is er geen op dit punt gerichte grief, en de onderbouwing van hun grief 1 stellen ABMD c.s. zelf (memorie

van grieven nr. 27) dat niet-optreden tegen bedrijfsmatig gebruik door streamingdienst-abonnees “jegens de ABMD-leden” onrechtmatig is. De verklaring voor recht zal het hof daarom betrekken op onrechtmatig handelen van Buma/Stemra jegens de leden van ABMD.

2.6.5 Buma/Stemra zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep. Partijen zijn het erover eens dat een vergoeding van kosten voor vorderingen tot handhaving van intellectuele-eigendomsrechten als bedoeld in artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in deze zaak niet aan de orde is, zodat het hof de gebruikelijke liquidatietarieven zal hanteren.

2.6.6 Ten behoeve van de leesbaarheid zal het hof ook in het dictum de begrippen ‘bedrijfsmatig afspelen’ en ‘streamingdienst’ gebruiken in de betekenis die hiervoor onder 2.2.1 is gedefinieerd.

3. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover het is geweest tussen appellanten enerzijds en Buma en Stemra anderzijds en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

3.1 verklaart voor recht dat Buma en Stemra sinds 2 september 2010 onrechtmatig handelen jegens de leden van ABMD door enerzijds van de leden van ABMD een vergoeding te verlangen voor het beschikbaar stellen van muziek voor bedrijfsmatig afspelen maar van streamingdiensten niet, terwijl anderzijds door Buma, bij de verlening van licenties aan ondernemers voor bedrijfsmatig afspelen van muziek in hun bedrijfsruimte, geen onderscheid wordt gemaakt naar gelang hun toeleverancier wel of niet aan Buma/Stemra een vergoeding heeft betaald voor het voor dat doel beschikbaar stellen van die muziek;

3.2 gelast Buma met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest maatregelen te treffen ter beëindiging van het via een door Buma verleende licentie bedrijfsmatig afspelen van muziek die door een streamingdienst slechts voor privé-gebruik is aangeleverd, in het bijzonder maatregelen die ertoe leiden dat:

- a. vanaf het moment dat zes maanden zijn verstreken na betekening van dit arrest in het kader van iedere nieuwe verlening en iedere verlenging van een licentie tot bedrijfsmatig afspelen, alsmede in de op die licenties toepasselijke algemene voorwaarden, een voorwaarde wordt opgenomen die ertoe strekt dat de verleende licentie niet de toestemming omvat tot het bedrijfsmatig afspelen van muziek die door een streamingdienst slechts voor privé-gebruik is aangeleverd;
- b. vanaf het moment dat negen maanden zijn verstreken na betekening van dit arrest de naleving van de onder a. bedoelde voorwaarde is opgenomen in de gebruikelijke controles van Buma op schendingen van licentievoorwaarden en

muziekauteursrechten en dat bij constatering van een schending de betrokken ondernemer wordt aangeschreven, alsmede dat dit beleid duidelijk wordt bekend gemaakt op de website van Buma/Stemra.

3.3 veroordeelt Buma en Stemra hoofdelijk tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat, die de ABMD-leden hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van Buma en Stemra als hiervoor bedoeld onder 3.1;

3.4 veroordeelt Buma en Stemra hoofdelijk in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van ABMD c.s. begroot op € 698,42 aan verschotten en € 2.172,- voor salaris, en in hoger beroep aan de zijde van ABMD c.s. tot op heden begroot op € 822,- aan verschotten en voor salaris € 3.342,- in principaal hoger beroep en € 1.671,- in incidenteel hoger beroep;

3.5 verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

3.6 wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, D. Kingma en H. Struik en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 24 mei 2022.

mr. A.W.M. Vink