

Rb Amsterdam, 26 mei 2010, Buma v Fresh FM**AUTEURSRECHT****Webcasting****• Inbreuk door webcasting zonder voor Nederland geldende licentie**

Fresh FM stelt dat zij daarmee geen inbreuk heeft gemaakt, nu zij van PRS - de Engelse zusterorganisatie van Buma - een licentie heeft verkregen voor deze webcasting activiteiten, welke licentie met terugwerkende kracht per 1 mei 2009 in werking is getreden. Buma voert daartegenover aan dat deze licentie zich beperkt tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk. Fresh FM betoogt dat zij niettemin door deze licentie gerechtigd was om vanuit Nederland Buma-repertoire te openbaren, waarbij zij zich beroept op de omstandigheid dat Buma zich in een kort gedingprocedure tussen Buma en PRS op het standpunt heeft gesteld dat licenties voor online muziekgebruik geen gebiedsbeperking kennen. Nu Buma dat standpunt in de onderhavige procedure niet inneemt, en overigens in de procedure waarin zij dat standpunt wel innam in twee instanties in het ongelijk is gesteld, heeft die omstandigheid geen relevantie voor het onderhavige geschil. Nu verder niet wordt betwist dat FreshFM geen licentie had met betrekking tot Nederland, staat vast dat zij inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Buma.

Algemeen verbod zonder matiging, maar wel met maximering dwangsom**• De rechtbank ziet, anders dan de voorzieningenrechter in kort geding, geen aanleiding de gevorderde dwangsom te matigen. Fresh FM heeft immers het in het kort geding vonnis opgelegde verbod overtreden, door Buma-repertoire in radio-uitzendingen ten gehore te brengen zonder de vooraangaande - door betaling van de voorschotten te verkrijgen - toestemming van Buma.**

Kennelijk was de in het kort geding opgelegde dwangsom een onvoldoende prikkel tot nakoming, zodat de rechtbank aanleiding ziet een hogere dwangsom op te leggen dan de voorzieningenrechter. Wel zal de rechtbank de dwangsommen (als na te melden) maximeren, maar ook daar zal de rechtbank een hoger bedrag hanteren dan de voorzieningenrechter.

Vindplaatsen: LJN: [BO0292](#)

Rb Amsterdam, 26 mei 2010

(J. Thomas, I.H.J. Konings en N.A.J. Purcell)
Uitspraak

vonnissen

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 432203 / HA ZA 09-2153

Vonnis van 26 mei 2010

in de zaak van

1. de vereniging VERENIGING BUMA, gevestigd te Amstelveen,
2. de stichting STICHTING STEMRA, gevestigd te Amstelveen,
eiseressen in conventie,
verweersters in reconventie,
advocaat mr. S.R.M.T. Janssen,
tegen

1. de stichting ST. COMMERCIEËLE OMROEP EXPLOITATIE ZH (SCO EZH), gevestigd te Zevenhuizen,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid WEDEL COMMUNICATIONS B.V., gevestigd te Zoetermeer,
gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie,
advocaat mr. J.A.M. van Oers.

Partijen worden hierna enerzijds Buma en Stemra en anderzijds Scoezh onderscheidenlijk Wedel (en indien gezamenlijk bedoeld: Fresh FM) genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 juni 2009 en het herstelexploot van 26 juni 2009,
- de akte vermeerdering eis en de akte houdende overlegging producties, beide van 8 juli 2009,
- de conclusie van antwoord, tevens houdende eis in reconventie, met producties,
- het tussenvonnis van 3 februari 2010, waarbij een comparitie van partijen is bepaald,
- het proces-verbaal van comparitie van partijen van 12 april 2010, de daarin genoemde vooraf aan de rechtbank toegezonden aktes en de daaraan gehechte pleitnotities.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Buma behartigt de belangen van de bij haar aangesloten componisten en tekstdichters met betrekking tot de uitvoering (openbaarmaking) van hun werken. Daartoe dragen de bij Buma aangesloten componisten en tekstdichters de muziekwettelijke rechten op al hun bestaande en toekomstige auteursrechtelijke beschermde muziekwerken over aan Buma.

2.2. Stemra behartigt de belangen van de bij haar aangesloten componisten en tekstdichters met betrekking tot de verveelvoudiging van hun werken. Daartoe dragen de bij Stemra aangesloten componisten en tekstdichters de auteursrechten op al hun bestaande en toekomstige werken over aan Stemra.

2.3. Scoezh en Wedel exploiteren onder de naam Fresh FM een commerciële radio-omroep. In de radio-uitzendingen worden werken die tot het Buma/Stemra repertoire behoren ten gehore gebracht.

2.4. Op 18 juni 2008 hebben partijen een overeenkomst gesloten waarbij Buma en Stemra, onder voorwaarden, aan Scoezh en Wedel toestemming ver-

lenen voor onder meer het uitzenden via ether en/of kabelnetten/antenne-richtingen van het Buma-repertoire (hierna: de overeenkomst). De overeenkomst vermeldt, voor zover hier van belang, het volgende:

“Artikel 5 - voorschotbetaling

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

(...)

2. De Omroep is het in lid 1 van dit artikel bedoelde voorschot binnen dertig dagen na de factuurdatum verschuldigd, ook indien dit in termijnen wordt gefactureerd conform het hierna in lid 6 en 7 van dit artikel bepaalde. Bij gebreke van tijdige betaling zal de Omroep zonder voorafgaande ingebrekestelling de wettelijke rente verschuldigd zijn vanaf de op de factuur vermeld staande vervaldatum, (...)

3. Na het verstrijken van een kalenderjaar berekenen Buma/Stemra welk totaalbedrag de Omroep op grond van artikel 4 lid 1 (...) over dat jaar als vergoeding aan hen verschuldigd is. (...)

(...)

6. Indien het door de Omroep te betalen voorschot met betrekking tot de toestemming als bedoeld in artikel 2 (Buma) in (sic) meer dan Euro 13.269,99 bedraagt, zal Buma de desbetreffende factuur door middel van vier gelijke kwartaalsgewijze bedragen aan het begin van het desbetreffende kwartaal factureren. (...).”

3. De beoordeling van het geschil in conventie

3.1. Buma en Stemra hebben in conventie meerdere vorderingen tegen Fresh FM ingesteld, die grotendeels gelijklopend zijn aan de vorderingen die zij hebben ingesteld bij een kort geding, dat heeft plaatsgevonden op 23 juni 2009 (hierna: het kort geding), voordat de onderhavige zaak bij de rechtbank werd aangebracht. Bij [vonnis van 9 juli 2009](#) (hierna: het kort gedingvonnis), gewezen nadat de onderhavige zaak bij de rechtbank werd aangebracht, zijn de vorderingen van Buma en Stemra voor een groot deel toegewezen.

3.2. De rechtbank zal de vorderingen van Buma en Stemra hierna (onder 3.19 en verder) puntsgewijs behandelen. Ten eerste zal de rechtbank evenwel ingaan op het betoog van Fresh FM dat Stemra niet-ontvankelijk moet worden verklaard (hierna onder 3.3), en vervolgens ingaan op de voornaamste geschilpunten tussen partijen. (hierna onder 3.4 en verder).

Ontvankelijkheid Stemra

3.3. Fresh FM betoogt dat Stemra belang en grondslag mist bij de door haar ingestelde vorderingen, omdat - samengevat - bij geen van de door Buma en Stemra gestelde inbreuken sprake is geweest van verveelvoudiging. Buma en Stemra hebben dit niet weersproken, zodat de rechtbank ervan uitgaat dat geen sprake is geweest van verveelvoudiging. Fresh FM betoogt terecht dat Stemra in dat geval geen belang heeft bij de door Buma en Stemra ingestelde vorderingen. Dit kan evenwel niet - zoals Fresh FM betoogt - leiden

tot niet-ontvankelijkverklaring van Stemra, nu geen sprake is van processuele, maar van materiële ongegrondheid van de door Stemra ingestelde vorderingen. De vorderingen van Stemra dienen derhalve te worden afgewezen. Omdat alle vorderingen zowel namens Buma als Stemra zijn ingesteld, heeft dit geen gevolgen voor de omvang van het geschil; voor zover echter een of meer van de ingestelde vorderingen zich voor toewijzing lenen, zal die toewijzing uitsluitend ten behoeve van Buma kunnen strekken.

Voornaamste geschilpunten

3.4. De voornaamste geschilpunten, waarvoor geldt dat het oordeel van de rechtbank van belang is voor haar beslissing op meerdere van de vorderingen, zijn:

i. de vraag of Fresh FM inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Buma door in 2009 bij radio-uitzendingen muziek uit het Buma-repertoire ten gehore te brengen zonder de door Buma verzonden voorschotfacturen te voldoen (hierna onder 3.5 en verder);

ii. de vraag of Fresh FM inbreuk heeft gemaakt op deze rechten door middel van webcasting (hierna onder 3.11 en verder);

iii. de vraag of Fresh FM inbreuk heeft gemaakt op deze rechten bij een tweetal strandfeesten (hierna onder 3.15 en verder).

Ad i: radio-uitzendingen

3.5. Op 12 februari 2009 heeft Buma aan Scoezh een factuur gezonden voor de voorschotvergoeding voor radio-uitzendingen in 2009, ten bedrage van EUR 17.507,61 inclusief btw. Kennelijk heeft Buma deze factuur op enig moment na het uitbrengen van de dagvaarding ingetrokken nadat Fresh FM een beroep deed op het bepaalde onder artikel 5 lid 6 van de overeenkomst (hiervoor onder 2.4), en is zij de voorschotvergoeding voor radio-uitzendingen op kwartaalbasis gaan factureren. De voorschotten voor het eerste en tweede kwartaal van 2009 zijn, zo blijkt uit het kort geding vonnis en uit hetgeen partijen bij de comparitie hebben aangevoerd, inmiddels voldaan.

3.6. Op 1 juli 2009 heeft Buma aan Scoezh een factuur gezonden voor de voorschotvergoeding voor radio-uitzendingen in de periode juli tot en met september 2009, ten bedrage van EUR 4.376,90 inclusief btw, met als vervaldatum 31 juli 2009 (hierna: de voorschotfactuur voor het derde kwartaal). Op 2 oktober 2009 heeft Buma aan Scoezh een factuur gezonden voor de voorschotvergoeding voor radio-uitzendingen in de periode oktober tot en met december 2009, voor hetzelfde bedrag, met als vervaldatum 1 november 2009 (hierna: de voorschotfactuur voor het vierde kwartaal). Geen van beide facturen is voldaan.

3.7. Tussen partijen is niet in geding dat Fresh FM ingevolge de overeenkomst deze voorschotten verschuldigd is, dat tijdige betaling van deze voorschotten voorwaarde is om ingevolge de overeenkomst toestemming van Buma te hebben om muziek, behorende tot het Buma-repertoire, openbaar te maken, en dat zonder deze toestemming met de radio-uitzendingen inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten van Buma.

3.8. Fresh FM betwist evenwel dat zij inbreuk heeft gemaakt, omdat zij het door haar verschuldigde stelt te kunnen verrekenen met haar vordering op Buma ter zake van de door haar ingevolge het kort geding vonnis aan Buma betaalde beslag- en proceskosten.

3.9. Dit beroep op verrekening faalt. Nog daargelaten dat Buma betwist dat Fresh FM de genoemde beslagen proceskosten heeft voldaan, en de som daarvan lager is dan de door Fresh FM verschuldigde voorschotten, ontbeert de door Fresh FM gepretendeerde vordering iedere grondslag. Gesteld noch gebleken is dat (de beslag- en proceskostenveroordeling in) het kort geding vonnis in hoger beroep is vernietigd of anderszins zijn werking heeft verloren, zodat, als Fresh FM deze kosten al zou hebben voldaan, er een grond zou bestaan voor een vordering van Fresh FM op Buma tot terugbetaling van deze kosten

3.10. Met de verwerping van het beroep op verrekening staat vast dat Fresh FM met de radio-uitzendingen inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Buma.

Ad ii: webcasting

Periode vanaf 1 mei 2009

3.11. Tussen partijen is niet in geding dat Fresh FM vanaf 1 mei tot 6 juni 2009 zonder toestemming van Buma muziek behorende tot het Buma-repertoire openbaar heeft gemaakt door middel van webcasting via de door haar geëxploiteerde website www.fresh.fm.

3.12. Fresh FM stelt dat zij daarmee geen inbreuk heeft gemaakt, nu zij van PRS - de Engelse zusterorganisatie van Buma - een licentie heeft verkregen voor deze webcasting activiteiten, welke licentie met terugwerkende kracht per 1 mei 2009 in werking is getreden. Buma voert daartegenover aan dat deze licentie zich beperkt tot het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk. Fresh FM betoogt dat zij niettemin door deze licentie gerechtigd was om vanuit Nederland Buma-repertoire te openbaren, waarbij zij zich beroept op de omstandigheid dat Buma zich in een kort gedingprocedure tussen Buma en PRS op het standpunt heeft gesteld dat licenties voor online muziekgebruik geen gebiedsbeperking kennen. Nu Buma dat standpunt in de onderhavige procedure niet inneemt, en overigens in de procedure waarin zij dat standpunt wel innam in twee instanties in het ongelijk is gesteld, heeft die omstandigheid geen relevantie voor het onderhavige geschil. Nu verder niet wordt betwist dat FreshFM geen licentie had met betrekking tot Nederland, staat vast dat zij inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Buma.

Periode vanaf 6 juni 2009

3.13. Fresh FM stelt dat zij de domeinnaam fresh.fm per 6 juni 2009 heeft overgedragen aan de vennootschap naar vreemd recht Hawta Ltd. (hierna: Hawta), dat de webcasting sinds deze datum onder verantwoordelijkheid van Hawta plaatsvindt, en dat Hawta sinds 8 juni 2009 beschikt over een licentie van PRS voor haar webcasting activiteiten (waarbij Fresh FM overigens niet duidelijk maakt of het gaat om dezelfde licentie, die zij eerder zelf van PRS stelt te hebben verkregen, dan wel een andere licentie). Zij verbindt daaraan de conclusie dat Buma wat betreft de periode na 6 juni

2009 niet haar maar Hawta moet aanspreken in verband met de gestelde inbreuk.

3.14. Buma heeft daar tegenover gesteld dat de webcasting (nog steeds) is gericht op het Nederlandse publiek, hetgeen Fresh FM erkent (zij erkent althans dat de webcasting mede op Nederland is gericht), en dat de personen achter Hawta dezelfde zijn als de personen achter Fresh FM, hetgeen Fresh FM niet heeft weersproken. Fresh FM voert echter aan dat de webcasting sinds 6 juni 2009 onder verantwoordelijkheid van Hawta plaatsvindt. Buma heeft dat niet betwist. Om die reden kan niet worden vastgesteld dat, zoals Buma kennelijk meent, Fresh FM ook na die datum inbreuk heeft gemaakt met de webcasting activiteiten, nu in dit geval immers niet Fresh FM, maar Hawta voor de gestelde inbreuk verantwoordelijk is. Het enkele feit dat de personen achter Hawta dezelfde zijn als de personen achter Fresh FM maakt nog niet dat, zoals Buma kennelijk meent, deze rechtspersonen kunnen worden vereenzelvigd. Daartoe heeft Buma te weinig gesteld.

Ad iii: strandfeesten

3.15. In het kader van haar 10-jarige bestaan heeft Fresh FM twee strandfeesten georganiseerd, waarvan het eerste heeft plaatsgevonden op zondag 21 juni 2009 bij Beachclub Friends in Kijkduin (hierna: het eerste strandfeest) en het tweede op zondag 26 juli 2009 bij Beachclub Vroeger in Bloemendaal (hierna: het tweede strandfeest). Bij deze feesten hebben DJ's muziek ten gehore gebracht die behoort tot het Buma-repertoire.

3.16. Tussen partijen is niet in geding dat Fresh FM daarvoor de voorafgaande toestemming van Buma nodig had. Fresh FM heeft het eerste strandfeest niettemin zonder deze toestemming doorgezet, naar zij stelt omdat zij het niet eens was met het door Buma verlangde voorschot. Het kort geding vond plaats tussen het eerste en het tweede strandfeest. In het kort geding vonnis heeft de voorzieningenrechter overwogen dat, gelet op het door Fresh FM verwachte bezoekersaantal op het tweede strandfeest, een voorschot van EUR 1.405,69 diende te worden voldaan, dan wel tot dat bedrag zekerheid diende te worden gesteld Fresh FM heeft dit bedrag vervolgens voorafgaande aan het tweede strandfeest aan Buma voldaan.

3.17. Nu vast staat dat Fresh FM het eerste strandfeest zonder toestemming heeft doorgezet, staat ook vast dat zij inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Buma. Het betoog van Fresh FM dat zij te goeder trouw zou hebben gehandeld en dat Buma misbruik zou hebben gemaakt van haar machtspositie, doet daar niet aan af. Indien Fresh FM het niet eens was met het door Buma verlangde voorschot, had het op haar weg gelegen het conflict aan de voorzieningenrechter voor te leggen, in plaats van het feest simpelweg zonder toestemming door te zetten.

3.18. Buma heeft niet (onderbouwd) gesteld dat met het tweede strandfeest inbreuk is gemaakt. Voor dit strandfeest geldt dat de voorzieningenrechter op grond van hetgeen partijen ter zitting hebben aangevoerd heeft bepaald welk bedrag aan voorschot diende te worden voldaan, dat Fresh FM daarop, voorafgaand aan het feest, dit bedrag heeft voldaan, en dat Buma dit

bedrag zonder protest heeft behouden. Onder die omstandigheden mocht Fresh FM er dan ook redelijkerwijs op vertrouwen dat sprake was van toestemming van Buma, en kan er van inbreuk geen sprake zijn.

Vorderingen Buma

3.19. De rechtbank komt hieronder toe aan de behandeling van de vorderingen van Buma.

Petitum onder 1: algemeen verbod

3.20. Buma verzoekt ten eerste aan Fresh FM een (algemeen) verbod op te leggen om zonder haar voorgaande schriftelijke toestemming Buma-repertoire openbaar te maken op straffe van een dwangsom van EUR 20.000 voor iedere maal dat het verbod wordt overtreden en voor iedere dag dat overtreding voortduurt. Ter onderbouwing verwijst zij onder meer naar hetgeen zij heeft aangevoerd over door Fresh FM gepleegde inbreuken. Fresh FM betoogt dat de vordering moet worden afgewezen omdat zij geen inbreuk heeft gemaakt. Subsidiar bepleit zij matiging van de dwangsom.

3.21. In het kort geding heeft Buma om een soortgelijk algemeen gebod verzocht, dat door de voorzieningenrechter - met matiging en maximering van de gevorderde dwangsommen - is toegewezen.

3.22. Fresh FM heeft blijkens hetgeen hiervoor is overwogen in 2009 inbreuk gemaakt op de auteursrechten van Buma, door zonder de voorafgaande toestemming van Buma muziek die behoort tot het Buma-repertoire ten gehore te brengen in haar radio-uitzendingen over de tweede helft van 2009. Daarnaast heeft zij inbreuk gemaakt met de webcasting in de periode van 1 mei tot 6 juni 2009 en bij het eerste strandfeest. Daarmee is het belang van Buma bij het gevraagde verbod geveend.

3.23. In het kort geding vonnis is ook reeds een algemeen verbod opgelegd. De rechtbank is evenwel van oordeel dat Buma recht en belang heeft bij hernieuwde oplegging van het gevraagde algemene verbod, aangezien de inbreuk door de radio-uitzendingen dateert van na het kort gedingvonnis.

3.24. De rechtbank ziet, anders dan de voorzieningenrechter in kort geding, geen aanleiding de gevorderde dwangsom te matigen. Fresh FM heeft immers het in het kort geding vonnis opgelegde verbod overtreden, door Buma-repertoire in radio-uitzendingen ten gehore te brengen zonder de voorafgaande - door betaling van de voorschotten te verkrijgen - toestemming van Buma. Kennelijk was de in het kort geding opgelegde dwangsom een onvoldoende prikkel tot nakoming, zodat de rechtbank aanleiding ziet een hogere dwangsom op te leggen dan de voorzieningenrechter. Wel zal de rechtbank de dwangsommen (als na te melden) maximeren, maar ook daar zal de rechtbank een hoger bedrag hanteren dan de voorzieningenrechter.

Petitum onder 2: door registeraccountant gecertificeerde opgave

3.25. Buma vordert ten tweede veroordeling van Fresh FM om, op straffe van een dwangsom, aan haar te verstrekken een door een registeraccountant gecertificeerde opgave van - samengevat - een serie ge-

gevens met betrekking tot de jaren 2008 en 2009, aan de hand waarvan kan worden berekend welke vergoeding Fresh FM over deze periode verschuldigd is, alsook met betrekking tot de webcasting activiteiten en de strandfeesten.

3.26. In het kort geding heeft Buma een identieke vordering ingesteld, die door de voorzieningenrechter is toegewezen. Fresh FM heeft ingevolge deze veroordeling op 3 augustus 2009 een gecertificeerde opgave verstrekt, en voert aan dat zij daarmee reeds heeft voldaan aan de vordering van Buma.

3.27. Gevraagd naar haar belang bij herhaling van de in het kort geding al gegeven veroordeling, werd ter comparitie zijdens Buma verklaard dat de door Fresh FM ingevolge het kort geding vonnis verstrekte gecertificeerde opgave onjuist en onvolledig is. Buma erkent dat zij zich voor het eerst op de comparitie van 12 april 2010 op dit standpunt heeft gesteld, terwijl de opgave dateert van 3 augustus 2009, en Buma eerder niet aan Fresh FM heeft gemeld dat zij ontevreden was over de opgave. Gelet op deze gang van zaken, en gelet op de omstandigheid dat Buma haar stelling dat de opgave onjuist en onvolledig is niet dan wel nauwelijks heeft onderbouwd, is de rechtbank van oordeel dat het Buma ontbreekt aan belang bij toewijzing van deze vordering, zodat deze zal worden afgewezen.

3.28. De rechtbank heeft bij het voorgaande rekening gehouden met de omstandigheid dat de door Fresh FM ingevolge het kort geding vonnis verstrekte opgave wat betreft het jaar 2009 gedeeltelijk uitgaat van verwachtingen, terwijl thans de daadwerkelijke cijfers over 2009 bekend moeten zijn, en de eindafrekening over 2009 zal moeten plaatsvinden aan de hand van deze daadwerkelijke cijfers. In die omstandigheid ziet de rechtbank echter onvoldoende grond om tot een gedeeltelijke toewijzing van deze vordering te komen, nu het juist op de weg van Buma had gelegen om haar vordering toe te spitsen op de huidige situatie, en Buma heeft nagelaten dit te doen, terwijl de afwijzing van de vordering Fresh FM's verplichting om ingevolge de overeenkomst mee te werken aan de bepaling van de definitieve vergoeding aan het einde van een kalenderjaar onverlet laat.

Petitum onder 3: voldoening van de conform de toepasselijke tarieven verschuldigde vergoeding

3.29. Ten derde verzoekt Buma om veroordeling van Fresh FM om binnen 7 dagen na verstrekking van de verlangde opgave, de (kennelijk: aan de hand van de in die opgave genoemde cijfers te berekenen) verschuldigde vergoeding conform de toepasselijke tarieven te voldoen. Ook voor deze vordering geldt dat Buma een identieke vordering heeft ingesteld in het kort geding, en dat deze is toegewezen.

3.30. Buma heeft niet gesteld dat, laat staan waarom, zij belang heeft bij een soortgelijke veroordeling als die in het kort geding reeds op dit punt is gegeven, welke veroordeling zij kennelijk (aangezien Fresh FM onbetwist stelt dat Buma nooit met een eindafrekening over 2008 is gekomen) niet ten uitvoer heeft gelegd. De formulering van de onderhavige vordering kan bovendien, gelet op het open karakter daarvan, heel wel

aanleiding geven tot executiegeschillen. De rechtbank zal de vordering dan ook afwijzen.

Petitum onder 4: voorschot schadevergoeding

3.31. Ten vierde vordert Buma een bedrag van EUR 23.076,81, onder de titel van voorschot op de aan haar toekomende schadevergoeding. Blijkens de toelichting in de dagvaarding is dit bedrag opgebouwd uit de volgende posten:

- i. EUR 12.507,61 voorschotfactuur 2009 minus betaling EUR 5.000,-
- ii. EUR 5.569,20 (schade-)vergoeding voor webcasting 1 mei tot einde 2009
- iii. EUR 5.000,- (schade-)vergoeding voor strandfeesten

De rechtbank zal de te onderscheiden posten hierna afzonderlijk behandelen.

Ad i: voorschot(-ten) 2009

3.32. De in de dagvaarding genoemde post is kennelijk achterhaald als gevolg van de intrekking van de jaarfactuur en de verzending van kwartaalfacturen (hiervoor onder 3.5). Tussen partijen staat evenwel vast dat de voorschotfacturen voor het derde en vierde kwartaal niet zijn voldaan, terwijl de rechtbank heeft beslist dat het beroep op verrekening dat FreshFM daar tegenover stelde niet opgaat. Daaruit volgt dat FreshFM dient te worden veroordeeld om de voorschotfacturen, vermeerderd met (artikel 5 lid 2 overeenkomst) de wettelijke rente vanaf de vervaldatum, te voldoen.

3.33. Buma schaaft dit onderdeel van haar vordering ten onrechte onder de titel van voorschot op een aan haar toekomende schadevergoeding, omdat geen sprake is van schadevergoeding maar van nakoming door Fresh FM van haar verplichtingen ingevolge de overeenkomst. Dat staat aan deze toewijzing niet in de weg, nu het toe te kennen bedrag valt binnen het bestek van het gevorderde, en de rechtbank de rechtsgronden ambtshalve aanvult.

Ad ii: (schade-)vergoeding in verband met webcasting

3.34. Buma vordert een bedrag van EUR 5.569,20 aan schade ten gevolge van het gebruik van haar repertoire in de webcasts over de periode 1 mei tot en met 31 december 2009.

3.35. Nu is vastgesteld dat Fresh FM slechts inbreuk heeft gemaakt met de webcasting activiteiten over de periode van 1 mei tot 6 juni 2009, maakt Buma slechts aanspraak op schadevergoeding over deze periode.

3.36. In het kort geding vonnis is aan Buma een bedrag toegewezen van EUR 1.392,50, bij wijze van voorschot op de aan haar toekomende schadevergoeding in verband met de webcasting; het bedrag is bepaald aan de hand van een berekening van Buma wat haar ten minste aan vergoeding over de maanden mei en juni 2009 zou toekomen, gebaseerd op het aantal kanalen waarop de webcasts plaatsvinden. In confesso is dat Fresh FM dit bedrag inmiddels heeft voldaan. Buma heeft onvoldoende gesteld om aan te nemen dat met de voldoening van dit bedrag de ten gevolge van de over de periode 1 mei tot 6 juni 2009 gepleegde inbreuk geleden schade niet (geheel) is voldaan. De door Buma geleden schade

wordt daarom geacht te zijn vergoed, zodat de rechtbank dit deel van de vordering zal afwijzen.

Ad iii: (schade-)vergoeding in verband met strandfeesten

3.37. Bij de dagvaarding, die is uitgebracht nog voordat de beide strandfeesten plaatsvonden, stelde Buma - zonder onderbouwing - dat zij aanspraak maakte op een (schade-)vergoeding van EUR 5.000,-

3.38. Nu het gevorderde bedrag iedere onderbouwing mist, terwijl Buma in haar akte vermeerdering eis meer specifieke vorderingen heeft ingesteld die strekken tot redressering van deze inbreuk (hierna onder 3.41), zal dit onderdeel van de vordering worden afgewezen.

Aanvullend petitum: door registeraccountant gecertificeerde opgave met betrekking tot strandfeesten, winstafdracht strandfeesten, afdracht toegangsgelden strandfeesten

3.39. In haar akte vermeerdering eis heeft Buma vier vorderingen toegevoegd aan de in de dagvaarding opgenomen vorderingen, die alle betrekking hebben op de strandfeesten. Nu alleen bij het eerste strandfeest inbreuk is gemaakt, zal de rechtbank deze vorderingen slechts behandelen voor zover zij op dat strandfeest betrekking hebben.

3.40. Ten eerste vordert Buma dat Fresh FM haar een door een registeraccountant gecertificeerde opgave verstrekt van - samengevat - de met de strandfeesten behaalde omzet en winst. Nu Fresh FM in het kort geding vonnis reeds is veroordeeld om een gecertificeerde opgave te verstrekken van onder meer de daadwerkelijk gerealiseerde recette van de strandfeesten, zij aan die veroordeling heeft voldaan, en uit hetgeen de rechtbank hierna zal overwegen volgt dat de (al dan niet) met deze strandfeesten behaalde winst niet relevant is voor toe-of afwijzing van de overige vorderingen, ontbreekt het Fresh FM aan belang bij deze vordering, zodat deze wordt afgewezen.

3.41. Ten tweede vordert Buma - met een beroep op artikel 27a lid 1 Auteurswet - afdracht van de met de strandfeesten genoten winst, en ten derde - met een beroep op artikel 28 lid 2 sub a Auteurswet - afdracht van de toegangsgelden die zijn betaald voor het bijwonen van de strandfeesten. De rechtbank is van oordeel dat deze vorderingen niet cumulatief kunnen worden ingesteld. Een redelijk uitleg van de betreffende bepalingen van de Auteurswet brengt mee dat niet meer dan een bedrag gelijk aan het grootste van de beide kan worden toegewezen, zoals ook een redelijke uitleg van artikel 27a Auteurswet meebrengt dat indien zowel vergoeding van schade bestaande in gederfde licentievergoedingen als afdracht van winst wordt gevorderd, niet meer dan een bedrag gelijk aan het grootste van die beide bedragen kan worden toegewezen ([HR 14 april 2000, NJ 2000, 489 m.nt. DWFV, HBS/Danestyle](#)).

3.42. De rechtbank gaat - nu gesteld noch gebleken is dat dit anders is - ervan uit dat de behaalde omzet gelijk is aan de ontvangen toegangsgelden, zodat het bedrag aan ontvangen toegangsgelden noodzakelijkerwijs hoger is dan het bedrag van de (mogelijk) genoten winst. Zij zal daarom als eerste de - meest verstrekken - vordering tot afdracht van toegangsgelden behandelen.

Fresh FM heeft geen (subsidiar) verweer gevoerd tegen deze vordering. Uit hetgeen hiervoor onder 3.17 al is overwogen, blijkt dat de stelling van Fresh FM dat zij te goeder trouw heeft gehandeld niet opgaat, en dat sprake is geweest van een op- of uitvoering waardoor inbreuk op de auteursrechten van Buma is gemaakt. De rechtbank zal de vordering daarom toewijzen. Uit de gecertificeerde opgave blijkt dat de recette van het eerste strandfeest EUR 2.975,- (inclusief BTW) bedraagt. Buma heeft de juistheid van dit bedrag niet, dan wel onvoldoende betwist, zodat Fresh FM zal worden veroordeeld dit bedrag aan Buma af te dragen. Daarmee komt de rechtbank niet meer toe aan de vordering tot afdracht van winst.

3.43. Partijen dienen ten slotte nog definitief af te rekenen met betrekking tot het tweede strandfeest, waarvoor Fresh FM een voorschot heeft voldaan. Niet in geding is dat, zoals als uitgangspunt wordt gehanteerd in rov. 4.6 van het kort gedingvonnis, de verschuldigde vergoeding voor het op een dergelijk feest ten gehore brengen van muziek uit het Buma-repertoire 7% van de som van de verkochte toegangskaarten bedraagt. Uit de aanvulling van de door de accountant gecertificeerde opgave blijkt dat de recette van het tweede strandfeest EUR 5.337,50 (inclusief BTW) bedroeg. Buma heeft de juistheid van dit bedrag niet, dan wel onvoldoende betwist. Mitsdien moet de aan Buma toekomende vergoeding voor het tweede strandfeest van 26 juli 2009 worden begroot op (EUR 5.337,50 * 0,07 + 19% BTW =) EUR 444,61.

3.44. Aan Buma komt derhalve in verband met de beide strandfeesten nog een bedrag toe van:
afdracht toegangsgelden feest 21 juni 2009 EUR 2.975,-

vergoeding feest 26 juli 2009 EUR 444,61

af: betaald voorschot feest 26 juli 2009 EUR 1.405,69
-/- EUR 2.013,92

De rechtbank zal Fresh FM veroordelen tot betaling van dit bedrag bij wijze van definitieve (schade-)vergoeding in verband met het ten gehore brengen van het Buma-repertoire op de strandfeesten. Alle overige vorderingen met betrekking tot de strandfeesten worden afgewezen. Buma vordert over het haar toekomende bedrag aan (schade-)vergoeding wettelijke rente vanaf de datum van dagvaarding; nu die datum echter is gelegen voor de datum van de strandfeesten, zal de rechtbank de rente toewijzen vanaf de datum van het eerste strandfeest.

Beslagkosten

3.45. Buma vordert ten slotte in de dagvaarding dat Fresh FM wordt veroordeeld in de kosten van de door haar gelegde beslagen, en heeft in haar akte vermeerdering eis afzonderlijk een afzonderlijke veroordeling van Fresh FM in de kosten van de door haar ex artikel 28 Auteurswet gelegde beslagen gevorderd. Aangezien Buma geen beslagstukken in het geding heeft gebracht, geen overzicht geeft van door haar gemaakte beslagkosten, en de door Buma in het kort geding gevorderde (en daar kennelijk wel onderbouwde) beslagkosten zijn toegewezen, terwijl geenszins is gebleken dat er afzonderlijke beslagkosten zijn gemaakt samenhangende met

deze bodemprocedure, wordt de vordering als niet onderbouwd afgewezen.

Proceskosten

3.46. Nu partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de proceskosten in conventie compenseren.

in reconventie

3.47. Bij conclusie van antwoord in reconventie heeft Fresh FM een aantal vorderingen ingesteld, waarna zij haar eis in reconventie heeft vermeerderd bij de door haar bij de comparitie genomen akte. De rechtbank zal hierna de afzonderlijke vorderingen, tezamen met hetgeen Fresh FM ter onderbouwing heeft aangevoerd en hetgeen Buma bij wijze van verweer naar voren heeft gebracht, puntsgewijs behandelen.

Petita onder a tot en met d: mededingingsrechtelijke vorderingen

3.48. Fresh FM vordert onder a tot en met d - samen-gevat - een verklaring voor recht dat Buma misbruikt maakt van haar economische machtspositie, vernietiging van de afspraken tussen Buma en de NOS/NPS met betrekking tot auteursrechtvergoedingen, veroordeling van Buma om alle schriftelijke stukken die zien op deze afspraken te overleggen, en veroordeling van Buma om gelijke tarieven voor publieke en commerciële radio te hanteren.

3.49. Achtergrond van de vorderingen is een al langer spelend mededingingsrechtelijk conflict tussen partijen. Op 6 januari 2003 heeft Scoezh een klacht tegen Buma over de door haar gehanteerde tarieven ingediend bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa). Deze klacht is bij besluit van 10 mei 2007 van de Raad van Bestuur van de NMa afgewezen. Op 2 april 2008 heeft de NMa het bezwaar van Scoezh tegen het besluit van 10 mei 2007 ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 27 augustus 2009 van de rechtbank Rotterdam is het beroep van Scoezh tegen de beslissing op bezwaar van 2 april 2008 ongegrond verklaard. Scoezh heeft op 8 oktober 2009 hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

3.50. Nu partijen verwickeld zijn in een bestuursrechtelijke procedure, waarbij inzet is het door Fresh FM gestelde misbruik van een economische machtspositie, in het bijzonder in verband met het differentiëren door Buma tussen publieke en commerciële omroepen, is de rechtbank van oordeel dat Fresh FM geen belang heeft bij de gevraagde voorzieningen, nu de reeds lopende bestuursrechtelijke procedure haar een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang biedt.

3.51. Hieraan doet niet af haar stelling dat in de bestuursrechtelijke procedure geen rekening mag worden gehouden met recente Europese jurisprudentie, waarbij zij wijst op de uitspraak van het Hof van Justitie van 11 december 2008 (zaak C-52/07). De strekking van deze uitspraak, die betrekking had op de door een zusterorganisatie van Buma gehanteerde tarieven, is dat sprake kan zijn van misbruik van een economische machtspositie indien wordt gedifferentieerd tussen publieke en commerciële omroepen, indien de verschillen niet objectief verklaarbaar zijn. Aangezien bij de comparitie

zijdens Buma - bij monde van mr. Engels - een verklaring is gegeven voor deze verschillen, die door Fresh FM niet is bestreden, valt niet in te zien hoe deze recente jurisprudentie Fresh FM een belang bij de gevraagde voorzieningen oplevert.

Petitum onder e: terugbetaling beslag- en proceskosten en vergoeding van kosten certificering opgave door accountant

3.52. Fresh FM vordert terugbetaling van de in het kort gedingvonnis toegewezen beslag- en proceskosten en vergoeding van de door haar gemaakte kosten van certificering door een registeraccountant van de opgave, die zij ingevolge het kort gedingvonnis aan Buma moest verstrekken.

3.53. De vordering tot terugbetalen van beslag- en proceskosten ontbeert, zoals hierboven onder 3.9 reeds is overwogen, iedere grondslag en wordt daarom afgewezen. Voor de kosten van certificering van de opgave geldt hetzelfde. Fresh FM heeft deze kosten ingevolge het kort geding vonnis moeten maken. Gesteld noch gebleken is wat de grondslag voor vergoeding daarvan door Buma zou zijn.

Petitum onder f: vergoeding van wettelijke rente over gelden waarop derdenbeslag is gelegd

3.54. Ten slotte vordert Fresh FM vergoeding van wettelijke rente over gelden waarop derdenbeslag is gelegd. Nu gesteld noch gebleken is dat de door Buma gelegde beslagen jegens Fresh FM onrechtmatig zijn, wordt deze vordering afgewezen.

Proceskosten

3.55. Nu alle vorderingen in reconventie worden afgewezen, dient Fresh FM in de kosten te worden veroordeeld. De rechtbank begroot deze kosten aan de zijde van Buma op nihil, aangezien Buma geen conclusie van antwoord in reconventie heeft ingediend en ter zitting - bij monde van mr. Engels - heeft aangevoerd dat het geding in conventie en het geding in reconventie betrekking hebben op hetzelfde feitencomplex en sterk met elkaar samenhangen.

4. De beslissing

De rechtbank

in conventie

4.1. verbiedt Scoezh en Wedel inbreuk te maken op de auteursrechten van Buma, en meer in het bijzonder om zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Buma of enig ander daartoe gerechtigde enig muziekwerk behorende tot het Buma-repertoire openbaar te (doen) maken,

4.2. bepaalt dat Scoezh en Wedel voor iedere maal dat zij in strijd handelen met het onder 4.1 gegeven verbod en voor iedere dag of gedeelte van een dag gedurende welke de overtreding voortduurt, aan Buma een dwangsom verbeuren van EUR 20.000,-, met een maximum van EUR 200.000,-,

4.3. veroordeelt Scoezh en Wedel hoofdelijk binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis tot betaling aan Buma van een bedrag van EUR 4.376,90 aan voorschotvergoeding voor radio-uitzendingen in de periode juli tot en met september 2009, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf 31 juli 2009,

4.4. veroordeelt Scoezh en Wedel hoofdelijk binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis tot betaling aan Buma van een bedrag van EUR 4.376,90 aan voorschotvergoeding voor radio-uitzendingen in de periode oktober tot en met december 2009, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf 1 november 2009,

4.5. veroordeelt Scoezh en Wedel hoofdelijk binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis tot betaling aan Buma van een bedrag van EUR 2.013,92 aan (schade-)vergoeding in verband met het bij de strandfeesten ten gehore brengen van tot het Buma-repertoire behorende muziek, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf 21 juni 2009,

4.6. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

4.7. compenseert de proceskosten,

4.8. wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

4.9. wijst de vorderingen af,

4.10. veroordeelt Scoezh en Wedel in de proceskosten, aan de zijde van Buma tot op heden begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. J. Thomas, mr. I.H.J. Konings en mr. N.A.J. Purcell en in het openbaar uitgesproken op 26 mei 2010.