

Nr. 4 SENA/Organisatoren Dance Events

Hoge Raad 12 december 2021

IEF 20328; ECLI:NL:HR:2021:1668

De zaak draait om de hoogte van de billijke vergoeding voor openbaarmaking van commerciële fonogrammen tijdens dance-evenementen. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het gerechtshof Den Haag, dat tot uitgangspunt had genomen dat tussen de ‘ticketprijs’ en de ‘prijs per bezoeker’ geen recht evenredig verband bestaat.

[...]

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Sena is op grond van art. 15 lid 1 Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr) aangewezen als de rechtspersoon belast met de inning en verdeling van de in art. 7 Wnr bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan.

(ii) De organisatoren organiseren dance-evenementen. Tijdens die evenementen wordt dancemuziek ten gehore gebracht.

(iii) Sena en de organisatoren hebben geen overeenstemming bereikt over de hoogte van de billijke vergoeding.

2.2 Sena vordert in deze procedure op de voet van art. 7 lid 3 Wnr vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding voor het openbaar maken van fonogrammen tijdens dance-evenementen.

2.3 De rechtbank heeft de hoogte van de billijke vergoeding vastgesteld.

2.4 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de hoogte van de billijke vergoeding opnieuw vastgesteld.¹ Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, het volgende overwogen.

Hoogte van de vergoeding

Uitgaande van een ticketprijs van € 50,- en van 70% vergoedingsplichtig repertoire (hierna: Sena-repertoire) neemt het hof een prijs van € 0,75 per bezoeker als uit-

gangspunt bij de vaststelling van de billijke vergoeding voor dance-evenementen. (rov. 26)

Sena-repertoire

Ter onderbouwing van hun stelling dat het aandeel Sena-repertoire tijdens dance-evenementen gemiddeld tussen de 35,5% en 40,94% ligt, hebben de organisatoren rapportages van DJ Monitor overgelegd. Nog daargelaten het standpunt van Sena dat de aan die rapportages ten grondslag liggende onderzoeken oncontroleerbaar zijn, heeft Sena terecht erop gewezen dat de eerst overgelegde rapportage van DJ Monitor, op grond waarvan de organisatoren tot het aanvankelijk door hen gestelde percentage kwamen, een aantal onregelmatigheden bevatte. Dat is door de organisatoren in zoverre erkend dat zij een gecorrigeerde rapportage hebben overgelegd, met daarin een herberekening. De gecorrigeerde rapportage van DJ Monitor kan echter nog steeds niet als juist worden geaccepteerd. Zo gaan de organisatoren en DJ Monitor ervan uit dat herkende “Live Performances” niet onder het Sena-repertoire vallen. Sena wijst terecht erop dat het gebruik van commercieel uitgegeven opnames van livemuziek zou kunnen worden herkend als livemuziek, terwijl in dat geval toch sprake is van Sena-repertoire. In dit verband is van belang dat niet onaannemelijk is dat in de door DJ Monitor onderzochte data onder meer sprake is van het gebruik van opnames van livemuziek en niet van werkelijk live gespeelde of door de dj live gecreëerde muziek, aangezien DJ Monitor verwijst naar livemuziek met ISRC-codes. Daarbij komt dat DJ Monitor ten onrechte ervan uitgaat dat online beschikbare muziek die “nergens officieel verkrijgbaar” is, niet tot het Sena-repertoire behoort. Krachtens art. 7 lid 2 Wnr valt ook online voor het publiek beschikbaar gestelde muziek onder het begrip “voor commerciële doelen uitgebrachte fonogrammen” en daarmee onder het Sena-repertoire.

Daar staat echter tegenover dat zelfs als wordt gecorrigeerd voor de door Sena geconstateerde onregelmatigheden, niet tot het door Sena gestelde aandeel van 68,4% tot 85,3% wordt gekomen. Sena houdt er in haar herberekening immers ten onrechte geen rekening mee dat herkenning van muziek niet zonder meer impliceert dat sprake is van een commercieel uitgebracht fonogram, reeds omdat werkelijk live gespeelde muziek ook herkend kan worden. Gelet op het voorgaande acht het hof het redelijk om uit te

¹ Gerechtshof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1922.

gaan van een aandeel Sena-repertoire van 60%. Het hof zal dit percentage als uitgangspunt nemen bij de vaststelling van de tarieven. (rov. 32)

In rov. 26 is reeds overwogen dat een tarief van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt kan dienen voor de vaststelling van een billijk tarief voor dance-evenementen, uitgaande van een 70% vergoedingsplichtig repertoire. Nu het hof voor de vaststelling van de tarieven een Sena-repertoire van 60% als uitgangspunt neemt, dient hiervoor gecorrigeerd te worden. In lijn met het arrest Sena/NKP² zal het hof dan ook een lager (hoewel niet evenredig lager) tarief als uitgangspunt nemen voor de vaststelling van de billijke vergoeding, te weten een bedrag van € 0,65 per bezoeker. (rov. 33)

Als individuele organisatoren in voorkomende gevallen stellen dat tijdens het door hen georganiseerde dance-evenement minder dan 60% Sena-repertoire is gebruikt, dienen zij die stelling te onderbouwen door gegevens aan te leveren op grond waarvan Sena kan vaststellen wat het werkelijke aandeel Sena-repertoire was. Als uit de vaststelling van het werkelijke aandeel Sena-repertoire blijkt dat dat aandeel hoger of lager is dan 60%, zal de door de desbetreffende organisator te betalen billijke vergoeding naar evenredigheid worden bijgesteld. Niet alleen een lager aandeel leidt dus tot aanpassing van de billijke vergoeding, ook een hoger aandeel. Gelet op de verantwoordelijkheid die beide partijen op dit punt hebben, acht het hof het redelijk als de desbetreffende organisator en Sena de aan de vaststelling van het werkelijke Sena-repertoire verbonden redelijke en evenredige kosten ieder voor de helft dragen. (rov. 34-36)

Percentage

Bij de berekening van het toe te passen percentage is het Kennis- en Expertisecentrum Auteursrechten van de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (hierna: de Geschillencommissie) uitgegaan van een gemiddelde ticketprijs van € 40,-. De Geschillencommissie overweegt op dit punt:

“Anders dan de rechtbank als in rechte onbestreden heeft vastgesteld, is de commissie niet tot de overtuiging gekomen dat de gemiddelde waarde van een ticket voor een ‘dance event’ € 50,- bedraagt. Naar aanleiding van de door de Dance Organisatoren verstrekte informatie (...) is een gemiddeld bedrag van € 40,- meer aannemelijk (...).” (rov. 39)

Het hof ziet geen aanleiding af te wijken van de gemiddelde ticketprijs van € 40,- waarmee de Geschillencommissie heeft gerekend. (rov. 40)

Het hof zal, uitgaande van a) de vaststelling dat een tarief van € 0,65 als uitgangspunt billijk is, b) en de vaststelling dat de gemiddelde ticketprijs € 40,- bedraagt, het percentage ter berekening van de billijke vergoeding vaststellen op 1,625% van de recette (0,65/40). (rov. 41)

3 Beoordeling van het middel

3.1 Onderdeel 10.4 van het middel klaagt dat onjuist is het oordeel van het hof (in rov. 32) dat online voor het publiek beschikbaar gestelde muziek onder het begrip ‘een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram’ in art. 7 lid 2 Wnr valt en daarmee onder het Sena-repertoire. Het onderdeel betoogt dat het hof het begrip ‘een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram’ te ver oprekt door daaronder alle online beschikbare muziek te begrijpen. Het hof miskent dat een fonogram dat niet voor handelsdoeleinden maar voor particuliere doeleinden online beschikbaar wordt gesteld, niet als commercieel fonogram kan worden aangemerkt. Nu art. 7 Wnr moet worden uitgelegd in het licht van art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn³, dient mogelijk een prejudiciële vraag te worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over het begrip ‘voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram’ als bedoeld in art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn, aldus het onderdeel.

3.2 Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden op grond van het navolgende.

Uit de bewoordingen van rov. 32 blijkt dat het oordeel van het hof dat het redelijk is om uit te gaan van een aandeel Sena-repertoire van 60%, de uitkomst is van een zo goed mogelijke schatting. Het hof heeft bij dat oordeel zowel acht geslagen op de stelling van de organisatoren dat het aandeel Sena-repertoire gemiddeld tussen de 35,5% en 40,94% ligt, als op de stelling van Sena dat moet worden uitgegaan van een aandeel Sena-repertoire van tussen de 68,4% en 85,3%. Het procesdossier bevat geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat de schatting van het hof anders zou zijn uitgevallen als ervan was uitgegaan dat fonogrammen die niet voor handelsdoeleinden, maar voor particuliere doeleinden online beschikbaar zijn gesteld, niet tot het Sena-repertoire behoren. Daarbij is van belang dat partijen zich niet hebben beroepen op concrete gegevens over het aandeel van tijdens dance-evenementen gebruikte fonogrammen die voor particuliere doeleinden online beschikbaar zijn gesteld, en dat uit het deskundigenbericht van de Geschillencommissie (p. 6) blijkt dat “de kern van het ‘draaien van muziek’ op een ‘dance event’ nog steeds het afspelen van commercieel uitgebrachte fonogrammen is”.

De overweging die het onderdeel bestrijdt, is bovendien niet dragend voor het oordeel van het hof dat de gecorri-

2 HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694.

3 Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uit-

leenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (gecodeerde versie), PbEU 2006, L 376/28.

geerde rapportage van DJ Monitor – die de organisatoren hebben overgelegd om het aandeel Sena-repertoire tijdens dance-evenementen van gemiddeld tussen de 35,5% en 40,94% te onderbouwen – “nog steeds niet als juist kan worden geaccepteerd”. Dat oordeel berust namelijk ook en allereerst op de omstandigheid dat de organisatoren en DJ Monitor ten onrechte ervan uitgaan dat herkende “Live Performances” niet onder het Sena-repertoire vallen.

Uit het voorgaande volgt dat ook als het hof van de door het onderdeel bepleite uitleg van art. 7 lid 2 Wnr was uitgegaan, dit niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Nu de kwestie die het onderdeel aan de orde stelt, geen invloed kan hebben op de beoordeling van dit geschil, bestaat geen aanleiding tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

3.3 Opmerking verdient dat het hof in de rov. 34-36 van zijn arrest het uitgangspunt van een aandeel van 60% Sena-repertoire heeft aangevuld met een individuele correctiemogelijkheid. Een organisator kan in een voorkomend geval gegevens aanleveren op grond waarvan Sena kan vaststellen wat het werkelijke aandeel Sena-repertoire tijdens een dance-evenement is geweest. Als uit de vaststelling van het werkelijke aandeel Sena-repertoire blijkt dat dit hoger of lager is dan 60%, zal Sena de verschuldigde billijke vergoeding naar evenredigheid bijstellen. Het opnemen van deze individuele correctiemogelijkheid leidt ertoe dat ten onrechte ondervonden ongunstige gevolgen

van de schatting van het aandeel Sena-repertoire op 60%, kunnen worden weggenomen.

3.4 Onderdeel 12.1 klaagt over de oordelen van het hof in de rov. 26, 33 en 39-41. Het onderdeel wijst erop dat het hof in rov. 39-40 uitgaat van een 20% lagere ticketprijs dan het in rov. 26 bedoelde uitgangspunt, te weten een ticketprijs van € 40,- in plaats van € 50,-. Door de prijs per bezoeker niet evenredig 20% lager vast te stellen, te weten op een prijs van € 0,52 per bezoeker in plaats van de in rov. 33 en rov. 41 genoemde € 0,65 per bezoeker, is het oordeel van het hof onjuist, want te onnauwkeurig, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijk, aldus het onderdeel.

3.5 Deze klacht faalt. Het hof heeft klaarblijkelijk tot uitgangspunt genomen dat tussen de “ticketprijs” en de “prijs per bezoeker” geen recht evenredig verband bestaat. Dit oordeel is, gelet op het deskundigenbericht van de Geschillencommissie (p. 8), waarin de “ticketprijs” en de “prijs per bezoeker” los van elkaar worden vastgesteld, niet onjuist of onbegrijpelijk.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

[...]

Noot

Joost Poort

Dr. J.P. Poort is als universitair hoofddocent verbonden aan het Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam.

Inleiding

Met het arrest van de Hoge Raad van 12 november 2021 kwam er een einde aan de lang slepende procedure tussen SENA en 25 organisatoren van dance events, die in de juridische arena twaalf jaar eerder begon met een dagvaarding van SENA aan het adres van deze organisatoren, maar waarvan de oorsprong ligt in 2004.

Op grond van artikel 7 lid 1 WNR mogen de organisatoren van dance events commercieel uitgebrachte muziekopnames (fonogrammen) draaien zonder toestemming van de rechthebbenden, zolang ze daarvoor een billijke vergoeding betalen. SENA is krachtens artikel 15a lid 1 WNR belast met de inning en verdeling van die billijke vergoeding, maar de WNR zegt niets over de hoogte, grondslag of structuur van die billijke vergoeding. Dat moeten SENA en de betalingsplichtigen in beginsel onderling uitmaken.

SENA hanteert verschillende vergoedingsmodellen voor bijvoorbeeld evenementen en diverse soorten horeca-instellingen. Tot en met 2003 rekende SENA voor dance events hetzelfde tarief als voor discotheken en clubs, dat is gebaseerd op het vloeroppervlak van de publieksruimtes en het aantal openstellingen per jaar. In 2004 introduceerde SENA echter een speciaal tarief voor dance events dat het aantal bezoekers als grondslag nam. Tussen 2004 en 2008 verhoogde SENA dit tarief van € 0,23 naar € 0,40 per bezoeker. In 2009 kondigde SENA weer een andere tariefgrondslag af, gebaseerd op de recette van de events. Voor kleine events was 3% van de omzet uit de kaartverkoop verschuldigd, en bij events met meer dan tienduizend bezoekers liep dat tarief gestaffeld af naar 1,5%. Organisatoren van gratis events bleven een tarief per bezoeker betalen dat werd vastgesteld op € 0,075 met een minimum van € 50 en een maximum van € 2000.

De organisatoren van dance events waren het niet eens met de nieuwe tarieven per 2004 en met de latere stijging ervan. Ze weigerden te betalen en hielden vast aan het discothekentarium gebaseerd op het vloeroppervlak. Daarop stapte SENA in 2009 naar de rechtbank Den Haag met het verzoek de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen.

Rechtbank en gerechtshof Den Haag

Op 2 oktober 2013 wees de rechtbank vonnis in die zaak.⁴ Beide partijen tekenden hoger beroep aan tegen de uitspraak van de rechtbank. Op 8 december 2015 wees het hof een tussenarrest, waarin het Kennis- en Expertisecentrum Auteursrechten van de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (de Geschillencommissie) als deskundige werd benoemd om te adviseren over de hoogte van de billijke vergoeding. De Geschillencommissie bracht op 17 januari 2018 haar deskundigenbericht uit, waarna het hof op 11 juni 2019 arrest wees.⁵ In zijn arrest vernietigde het hof de uitspraak van de rechtbank, al bleven de belangrijkste grondslagen ervan – in lijn met het deskundigenbericht van Geschillencommissie – overeind.

Voor de periode 2004-2013 baseerde het gerechtshof zich op een (door SENA betwiste) overeenstemming over een vergoeding van € 0,14 per bezoeker, terwijl de rechtbank eerder had geoordeeld dat het discothekentarium voor die jaren van toepassing moest blijven op dance events.

Voor de periode vanaf 2014 hanteerde het gerechtshof, evenals de rechtbank en in lijn met het deskundigenbericht van de Geschillencommissie, de recette als *grondslag* voor tarieven. Deze grondslag wordt geacht goed aan te sluiten bij de waarde van de gebruikte muziek voor de events, wat weer past bij de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak SENA/NOS over de voor radio- en televisie-uitzendingen van de publieke omroepen verschuldigde billijke vergoeding.⁶ Het Europese Hof oordeelde dat de billijke vergoeding ‘met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer’ (r.o. 37). Het hanteren van de recette als grondslag voor de billijke vergoeding is eveneens in lijn met de latere uitspraak van het Europese Hof in de zaak SABAM/Weareon World, een geschil met vrijwel dezelfde inzet als de onderhavige zaak.⁷

Naast de grondslag voor de tarieven dient ook een billijke *hoogte* te worden bepaald. Voor gratis evenementen – waarbij de recette dus niet als grondslag kon dienen – adviseerde de Geschillencommissie een bedrag van € 0,075 per bezoeker, met een onder- en bovengrens, die jaarlijks dienden te worden geïndexeerd met het consumentenprijspeil. Dat

sloot nauw aan bij de tarieven die SENA in 2009 afkondigde, die op dit punt ook al door de rechtbank waren bekrachtigd. Op dit punt volgde het gerechtshof de Geschillencommissie.

Voor betaalde events achtte de Geschillencommissie een tarief van 1,25% van de recette (met aanmeldkorting) billijk, waar de rechtbank uitkwam op 1,5%. De Geschillencommissie rekende daarbij met een gemiddelde toegangsprijs van € 40 per bezoeker, wat voor SENA neer zou komen op een vergoeding van € 0,50 per bezoeker. Bij dat alles ging de Geschillencommissie ervan uit dat het aandeel van het zogeheten ‘Rome-repertoire’ in de gedraaide muziek gemiddeld 70% bedroeg. Dat is relevant omdat alleen over muziekopnames die onder het Verdrag van Rome vallen een afdracht aan SENA verschuldigd is.

Het gerechtshof week hiervan af, waarbij het teruggreep op de rekenkundige uitgangspunten van de rechtbank. De rechtbank was uitgegaan van een gemiddelde toegangsprijs van € 50 en een tarief van 1,5%, wat leidde tot een vergoeding per bezoeker van € 0,75 (bij een verondersteld 70%-aandeel van Rome-repertoire). Over deze uitgangspunten zouden partijen het eind 2013 ook *bijna* eens geworden en met dit bedrag sloeg het gerechtshof aan het rekenen.

Het veronderstelde aandeel Rome-repertoire van 70% achtte het gerechtshof – tegen de achtergrond van de inbreng van partijen – te hoog. In lijn met het Deskundigenbericht werd dit verlaagd naar 60% en het tarief per bezoeker werd bijgevolg verlaagd naar € 0,65.⁸ Daarbij bood het gerechtshof organisatoren van dance events die menen dat het feitelijke percentage op hun evenement lager is, bovendien de optie dat aan te tonen, met een *pro rato* aanpassing van het tarief tot gevolg.

De lagere gemiddelde toegangsprijs van € 40 per bezoeker waar de Geschillencommissie van uitging werd door het gerechtshof weliswaar overgenomen, maar vervolgens niet gebruikt om het tarief per bezoeker verder te verlagen. Het gerechtshof redeneerde hier juist omgekeerd: € 0,65 per bezoeker is kennelijk billijk (bij 60% Rome-repertoire), dus als de gemiddelde toegangsprijs lager is dan € 50, volgt een hoger percentage voor de billijke vergoeding en is niet 1,3% (€ 0,65/€ 50), maar 1,625% (€ 0,65/€ 40) billijk. Zo kwam het gerechtshof dus uit op een hoger percentage van de recette dan de rechtbank en de Geschillencommissie, ondanks een lager aandeel Rome-repertoire.

Voor grote evenementen met een ticketprijs boven € 85 stelde het gerechtshof het percentage op 80% daarvan, dus wel weer op 1,3%. Het hof introduceerde derhalve een

4 Rb. Den Haag 2 oktober 2013, IEF 13096 (SENA/Organisatoren Dance Events). Zie voor een kritische beschouwing uit economisch perspectief: J.P. Poort, ‘Billijke vergoeding in recht en economie’, *AMI*, 2015-6, p. 157-161.

5 Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1922 (SENA/Organisatoren Dance Events).

6 HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00.

7 HvJ EU 20 november 2020, C-372/19.

8 Het gerechtshof merkt op dat dat niet helemaal een *pro rato* verlaging is, maar het verschil is klein. Evenredige aanpassing zou resulteren in € 0,643 per bezoeker.

degressief tarief, dat aansluit bij de gedachte dat juist dance events met een hogere toegangsprijs veel geld steken in andere zaken dan de muziek, zoals de aankleding. Voor zover de prijs van een overnachting deel uitmaakt van de recette, kon deze daarop in mindering worden gebracht voor de bepaling van de vergoeding.

Hoge Raad

De organisatoren van dance events hebben tegen het arrest van het gerechtshof op twaalf onderdelen beroep in cassatie ingesteld. Op 23 april 2021 volgde de conclusie van advocaat-generaal van Peursem. Op elf van de twaalf onderdelen faalde het beroep volgens de A-G, maar de A-G ging niet mee in de hiervoor geschetste redenering van het gerechtshof om vanuit de lagere gemiddeld toegangsprijs uit te komen op een hoger afdrachtperscentage. De A-G concludeerde tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof, en afdoening door alsnog de lagere gemiddeld toegangsprijs door te vertalen in een lager tarief per bezoeker, waarmee de procentuele billijke vergoeding voor evenementen met een toegangsprijs tot € 85 uit zou komen op 1,3% en bij een hogere toegangsprijs op 1,08% (uitgaande van 60% Rome-repertoire).

Op 12 november 2021 wees de Hoge Raad arrest in deze splende zaak. In een kort arrest werd het beroep van de organisatoren op alle onderdelen verworpen, waarmee dus ook de A-G niet wordt gevolgd. De onderbouwing daarvan luidde als volgt: ‘het hof heeft klaarblijkelijk tot uitgangspunt genomen dat tussen de “ticketprijs” en de “prijs per bezoeker” geen recht evenredig verband bestaat. Dit oordeel is, gelet op het deskundigenbericht van de Geschillencommissie (p. 8), waarin de “ticketprijs” en de “prijs per bezoeker” los van elkaar worden vastgesteld, niet onjuist of onbegrijpelijk.’ (r.o. 3.5).

Discussie

Met het arrest van 12 november 2021 laat de Hoge Raad de uitspraak van het gerechtshof in stand. De organisatoren van dance events verliezen hun beroep in cassatie, in weerwil van de voor hun gunstiger standpunten van de advocaat-generaal en de Geschillencommissie. De Geschillencommissie werd door het gerechtshof op belangrijke punten niet gevolgd, met een beduidend hoger vergoedingspercentage als resultaat. De lijn van de A-G om de billijke vergoeding *pro rato* door te rekenen op basis van gewijzigde inzichten over gemiddelde toegangsprijzen wordt verworpen.

De onderbouwing om de conclusies van de A-G terzijde te schuiven is niet alleen erg summier, maar ook een *understatement*: ‘geen recht evenredig verband’ moet hier gelezen worden als ‘geen verband’. Immers, een lagere geconstateerde ticketprijs van € 40 in plaats van € 50 heeft in het

arrest van het gerechtshof dat de Hoge Raad in stand laat geen enkele invloed op de vergoeding. Dit is niet consistent met het uitgangspunt dat de recette een goede maat is voor de waarde van de tijdens het evenement gebruikte muziek en daarmee een goede grondslag voor de billijke vergoeding. Het lijkt ook op gespannen voet te staan met de hiervoor genoemde arresten van het Europese Hof, met name die in de zaak *Sabam/Weareone.World*. Als de recette een goede grondslag is voor de billijke vergoeding, is het moeilijk in te zien waarom nieuwe informatie over de gemiddelde recette zou moeten worden vertaald in een hoger afdrachtperscentage in plaats van lagere vergoedingen.

De rechtbank koos voor het bepalen wat billijk is voor *benchmarking* op basis van een beperkt aantal (enigszins) vergelijkbare gevallen in Nederland, namelijk de vergoeding die overeengekomen zou zijn met ID&T en de afdrachten van de organisatoren aan BUMA en van commerciële radiostations aan SENA. Het gerechtshof – en met het gerechtshof de Hoge Raad – hield liever vast aan een bijna bereikt akkoord over de vergoeding per bezoeker tussen de partijen en paste het percentage navenant aan op basis van de nieuwe informatie over het aandeel Rome-repertoire en de gemiddelde ticketprijs.

Het rekenwerk van het gerechtshof dat de Hoge Raad in stand laat, is vanuit economisch gezichtspunt moeilijk te accepteren. Toch is het economisch wel aantrekkelijk uit te gaan van een bijna bereikt akkoord tussen partijen, juist omdat het in dit geval eigenlijk niet mogelijk is te bepalen wat billijk is, of wat de waarde van de gebruikte muziek is. Zonder muziek geen dance events, maar zonder elektriciteit of locatie ook niet, dus een *conditio-sine-qua-non* redenering kan geen richting geven. De advocaat-generaal resumeert in zijn opinie in de zaak *SABAM/Weareone.World* diverse gangbare methoden om billijkheid van tarieven vast te stellen⁹, maar alle komen neer op vergelijken met tarieven in concurrerende marktomstandigheden, waar het in dit geval aan ontbreekt, zodat alleen benchmarking met tarieven in andere landen of markten overblijft. Hoewel ook benchmarking niet zonder problemen is, had dat bij de rechtbank tot een wat lager tarief geleid als gecorrigeerd wordt voor het lagere aandeel Rome-repertoire.

Het gebruiken van de recette als grondslag, tot besluit, biedt vanuit economisch perspectief wel enige voordelen. De recette is goed vast te stellen en te controleren, waardoor kostbare discussie daarover kan worden vermeden. De grondslag geeft wel enige perverse prikkels om bepaalde kosten buiten het toegangstarief te houden, maar deze zijn niet onoverkomelijk. Een voordeel is verder, dat hoewel de billijkheid van een specifiek percentage economisch niet is vast te stellen, koppeling aan de recette wel kan waarborgen dat de afdrachten de draagkracht van de organisatoren niet te boven gaan.

9 Conclusie van advocaat-generaal G. Pitruzzella van 16 juli 2020, C-372/19, pt. 30-33.