

NJ 2024/136

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

12 november 2021, nr. 19/04192

(Mrs. C.A. Streefkerk, M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide; A-G mr. G.R.B. van Peurseem) m.nt. P.B. Hugenholtz

Art. 7 WNR

RvdW 2021/1104

IER 2022/3

NJB 2021/3027

ECLI:NL:HR:2021:1668

ECLI:NL:PHR:2021:420

Intellectuele eigendom. Vaststelling hoogte billijke vergoeding voor openbaarmaking fonogrammen tijdens dance-evenementen (art. 7 Wet naburige rechten (WNR)). Reikwijdte begrip 'een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram'.

Het oordeel van het hof dat het redelijk is om uit te gaan van een aandeel Sena-repertoire van 60% is de uitkomst van een zo goed mogelijke schatting. 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.

Het oordeel van het hof dat tussen de 'ticketprijs' en de 'prijs per bezoeker' geen recht evenredig verband bestaat is, geleet op het deskundigenbericht van het Kennis- en Expertisecentrum Auteursrechten van de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf waarin de 'ticketprijs' en de 'prijs per bezoeker' los van elkaar worden vastgesteld, niet onjuist of onbegrijpelijk.

1. A Venue Entertainment B.V., te Amsterdam,
2. Alda Events B.V., te Amsterdam,
3. Art of Dance Indoor B.V., te Zaandam,
4. Art of Dance Outdoor B.V., te Almere,
5. Art of Entertainment B.V., te Zaandam,
6. Chemistry B.V., te Amsterdam,
7. Cyndium Dance B.V., te Amsterdam,
8. Cyndium Intoxicated B.V., te Amsterdam,
9. Cyndium Small Events B.V., te Amsterdam,
10. Cyndium Events B.V., te Amsterdam,
11. Disco Management Solutions B.V., te Kerkrade,
12. Extrema B.V., te Eindhoven,
13. Extrema Outdoor B.V., te Eindhoven,
14. FCA-Music B.V., te Amsterdam,
15. Hihat Productions B.V., te Amsterdam,
16. Loveland Events B.V., te Amsterdam,
17. Veel Meubel Stukken B.V., te Amsterdam,
18. Monumental Productions B.V., te Amsterdam,
19. Par-T B.V., te Veghel,

20. [eiser 20], t.h.o.d.n. [A],
 21. Solar Festival B.V., te Eindhoven,
 22. Stichting Rotterdam Dance Parade, te Rotterdam,
 23. [eiser 23], t.h.o.d.n. [B],
 24. Twada Entertainment B.V., te Nijmegen,
 25. You-Dance VOF, te Middelburg,
- eisers tot cassatie, hierna gezamenlijk: de organisatoren, adv.: mr. V. Rörsch, tegen
Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten, te Hilversum, verweerster in cassatie, hierna: Sena, adv.: mr. S.M. Kingma.

Hof:

Verdere beoordeling in principaal en incidenteel appel

4. Het deskundigenbericht van de Geschillencommissie heeft betrekking op de periode vanaf 1 januari 2014. Partijen verschillen ook van mening over de billijke vergoeding die de Organisatoren over de periode van 1 januari 2010 tot 1 januari 2014 verschuldigd zijn. In het navolgende zal het hof de betreffende periodes apart bespreken. Zoals in het tussenarrest van 8 december 2015 reeds is vastgesteld, heeft Sena haar eis in hoger beroep vermindert in dier voege dat zij alleen nog een billijke vergoeding vordert voor de periode vanaf 1 januari 2010. De periode vóór 1 januari 2010 behoeft derhalve geen bespreking.

De periode van 1 januari 2010 tot 1 januari 2014

5. Naar het oordeel van het hof stellen de Organisatoren zich terecht op het standpunt dat zij met Sena definitieve overeenstemming hebben bereikt ten aanzien van de over de periode van 1 januari 2010 tot 1 januari 2014 door hen aan Sena te betalen billijke vergoeding van € 0,14 per bezoeker. Dit blijkt uit de door partijen overgelegde correspondentie uit november en december 2013. Zo heeft Sena in haar e-mail van 4 november 2013 geschreven:

“(…)

Sena heeft het volgende op hoofdlijnen voorgesteld (…)

Periode 2004-2013

Periode 2004-2009 is afgerond

Voor de jaren 2010 t/m 2013 geldt € 0.14 per bezoeker (waarbij voor de jaren 2010 en 2011 reeds betaald is op basis van € 0.1032/€ 0.1038). Gegevens (bezoekersaantallen en festivals) dienen voor de periode 2012 en 2013 nog te worden aangeleverd. Tevens heeft Sena aangegeven absoluut bereid te zijn de (reeds) betaalde bedragen door te willen betalen op de bij de sector aanwezige en mogelijk nog aan te leveren speelgegevens (DJ Monitor) over deze periode.

(…)”

Hierop is van de zijde van de Organisatoren bij e-mail van 8 november 2013 geantwoord:

(...)

Wat ons betreft is de periode 2004 - 2013 met onderstaand voorstel afgerond. Dit gold al voor de periode 2004 t/m 2009 (want destijds definitief tussen advocaten geregeld) maar met de besproken aanvulling voor 2010 t/m 2013 kunnen wij nu ook leven. De ontbrekende gegevens kunnen aangeleverd worden en betaling kan plaatsvinden.

(...)"

In de hierop volgende e-mailwisseling in november 2013 wordt alleen nog ingegaan op de uitgangspunten voor vaststelling van het tarief dat zal gelden na 2013. Het standpunt van Sena, dat zij er van uit mocht gaan dat de afspraak over de periode 1 januari 2010 tot 1 januari 2014 slechts bindend zou zijn als ook over de navolgende periode overeenstemming zou worden bereikt, volgt het hof niet. Niets uit de correspondentie in november/december 2013 tussen partijen wijst er op dat partijen die bedoeling hadden of dat Sena daar redelijkerwijs van uit mocht gaan. Daarbij komt dat partijen uitvoering hebben gegeven aan de afspraak over de periode tot 1 januari 2014. Uit de brieven die Sena in december 2013 aan betalingsplichtigen stuurde volgt dat ook Sena er daarbij van uit ging dat een definitieve regeling was getroffen over deze periode. Zo schrijft zij in de door haar als productie 12A overgelegde voorbeeldbrief van 18 december 2013:

(...)

Betreft: overeenstemming met gedaagde organisatoren

(...)

Na een periode van lang overleg, tussenkomst van de rechter en uiteindelijk een vonnis, hebben de organisatoren van dance-evenementen (verenigd in de V.V.E.M.) en Sena op hoofdlijnen overeenstemming bereikt over de hoogte en grondslagen van een billijke vergoeding. Deze afspraken hebben betrekking op de jaren 2010 t/m 2013 alsmede de hierop volgende jaren.

Wat betekent dit in de praktijk voor u:

Vergoeding 2010 t/m 2013;

- over de periode 2010 t/m 2013 wordt een vergoeding berekend van € 0,14 per bezoeker, per evenement.

(...)

Facturatie 2010 t/m 2011:

- Als u in de periode 2010 t/m 2011 reeds een betaling heeft gedaan vindt u, naast de *definitieve afrekening [cursivering hof]* over deze jaren, deze betaling eveneens terug op de bijgevoegde factuur.

Deze destijds gedane voorschotbetaling is gebaseerd geweest op € 0.1032 per bezoeker. Op basis van *het overeengekomen tarief [cursivering hof]* ad € 0.14 per bezoeker is er een herberekening toegepast.

De totale nog aanvullend te betalen vergoeding is het bedrag welke u nog aan Sena dient over te maken binnen de op de factuur vermelde betalingstermijn.

Opgave t.b.v. facturatie 2012 en 2013:

- *Om de achterliggende periode volledig af te kunnen sluiten [cursivering hof]* verzoeken wij u vriendelijk opgave te doen van de door u georganiseerde dance-evenementen in 2012 en 2013, op basis van deze gegevens zal Sena de *definitieve factuur [cursivering hof]* over de betreffende jaren opstellen.

(...)"

Sena heeft hierbij geen voorbehoud gemaakt ten aanzien van het bereiken van overeenstemming over de periode vanaf 1 januari 2014 noch is in deze brief aangegeven dat het om een voorschot zou gaan.

6. Blijkens het voorgaande faalt het betoog van de Organisatoren (in hun Antwoordakte na tussenaarrest, tevens Akte overlegging aanvullende producties) dat partijen met betrekking tot het jaar 2010 hebben afgesproken dat een tarief gold van € 0,1032. De gemaakte afspraak van € 0,14 per bezoeker geldt blijkens de hiervoor geciteerde correspondentie voor de hele periode van 1 januari 2010 tot 1 januari 2014.

7. Nu Sena haar stelling dat de met de Organisatoren gemaakte afspraak over de periode 1 januari 2010 tot 1 januari 2014 afhankelijk zou zijn van het bereiken van overeenstemming over de navolgende periode onvoldoende heeft onderbouwd, komt het hof aan bewijslevering niet toe. De conclusie luidt dat partijen over deze periode reeds overeenstemming hebben bereikt, dat daarover een definitieve afrekening heeft plaatsgevonden en dat Sena geen beroep kan doen op herroeping van deze afspraken. De vordering van Sena zal voor deze periode dan ook worden afgewezen.

De periode vanaf 1 januari 2014

8. Partijen zijn het er over eens dat zij geen overeenstemming hebben bereikt over de periode vanaf 2014. Het hof dient de door de Organisatoren verschuldigde billijke vergoeding dus zelf vast stellen. Daarbij geldt als uitgangspunt dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ EU 6 februari 2003, C-245/00, *LJN AJ9991, Sena/NOS*) volgt dat het begrip "billijke vergoeding" in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd en dat elke lidstaat op zijn grondgebied de meest relevante criteria dient vast te stellen om er binnen de door het gemeenschapsrecht en met name door de richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992, betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd. Het Hof van Justitie heeft beslist dat deze richtlijn zich niet verzet tegen een model voor de berekening van een billijke vergoeding van uitvoerende kunstenaars of producenten dat variabele en vaste factoren bevat, zoals – in het geval dat aan het Hof van Justitie voorlag – het aantal uren dat fonogrammen worden uitgezonden, de kijk- en luisterdichtheden van de door een omroeporganisatie vertegenwoordigde radio- en tele-

visieomroepen, de bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van de rechten vooruitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken, de tarieven die de publieke omroepen in buurlanden van de betrokken lidstaat toepassen en de door de commerciële omroepen betaalde bedragen. Een model voor de berekening van de billijke vergoeding in de zin van artikel 7 WNR moet volgens het Hof van Justitie aan twee voorwaarden voldoen:

- het model moet een juist evenwicht bereiken tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten om een vergoeding voor de uitzending van een bepaald fonogram te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden;
- het model mag niet in strijd zijn met enig beginsel van het Unierecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel.

Het Hof van Justitie heeft in dit kader overwogen dat de billijkheid van de vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer.

9. De Geschillencommissie overweegt in haar deskundigenbericht onder meer:

“Grondslag van de vergoeding

(...) Voor een meer zuivere bepaling van de ‘waarde van het gebruik van het werk in het economisch verkeer’ moet naar het oordeel van de commissie aangeknoopt worden bij de waarde die het publiek, aan wie het fonogram ten gehore wordt gebracht, daar aan toekent. Niet de ‘inkoopwaarde’ van de muziek moet derhalve het aanknopingspunt zijn, maar de ‘verkoopwaarde’.

De commissie is van oordeel dat de recette (het totaal aantal bezoekers x de ticketprijs minus de BTW) een verkoopwaarde in bovenstaande zin vertegenwoordigt en dus in die zin een goede en praktisch uitvoerbare grondslag vormt voor de te betalen vergoeding. De commissie erkent evenwel dat er bij ‘dance events’ kosten worden gemaakt die geen betrekking hebben op het ten gehore brengen van de muziek. Te denken valt aan kosten voor de inrichting van een camping, het organiseren van een theateervoorstelling of het doen houden van een lezing. Aard en omvang van deze niet-muziekgerelateerde kosten verschillen van ‘event’ tot ‘event’. Daarom heeft de commissie afgezien van het in algemene zin benoemen van deze op de recette in mindering te brengen kosten. Het wordt aan partijen overgelaten om op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderling overleg de recette nader te specificeren. Beide partijen hebben zich ter zitting van 20 juni 2017 uitdrukkelijk bereid verklaard hier aan mee te willen werken. De commissie gaat er in haar advies dan ook vanuit dat beide partijen zich daarvoor in zullen zetten en daarvoor ook de benodigde informatie aan elkaar zullen verstrekken.
(...)

CONCLUSIE:

Omtrent de hoogte van de door de Dance Organisatoren vanaf 1 januari 2014 voor de door hen georganiseerde/ te organiseren dance events aan Sena verschuldigde billijke vergoeding ex artikel 7 lid 1 WNR adviseert de *Geschillencommissie Auteursrechten als volgt:*

- Bij een aandeel van tenminste 70% Rome-repertoire en 0% live door een DJ ten gehore gebrachte fonogrammen acht de geschillencommissie een basistarief (zonder aanmeldkorting) van 1,875% van de recette billijk. Alsdan is bij een maximale korting van 33,3% het billijke tarief 1,25% van de recette.

- Onder ‘recette’ wordt hier verstaan het totaal aantal bezoekers x de ticketprijs minus btw. Nadere specificering van wat onder recette is te verstaan dient op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderhandeling te worden vastgesteld. Indien partijen een andere grondslag overeenkomen (en daarbij uitgaan van een andere omschrijving van de recette), dan zou dat naar de opvatting van de meerderheid van de commissie van invloed moeten zijn op de hoogte van het over de grondslag te berekenen percentage. Een minderheid van de commissie deelt deze opvatting niet en meent dat de onderhandeling dan van zijn betekenis en effect zou worden ontdaan.

- Is in een concreet geval het aandeel Rome-repertoire van de tijdens het ‘dance event’ gebruikte muziek lager dan 70%, dan zou dat in beginsel naar rato een verlaging van de te betalen vergoeding moeten inhouden, maar daarbij zal in concreto met alle omstandigheden van het geval rekening moeten worden gehouden.

- Is in een concreet geval het aandeel van de ‘live’ muziek hoger dan 0%, dan zou dat in beginsel naar rato een verlaging van de te betalen vergoeding moeten inhouden, maar daarbij zal in concreto met alle omstandigheden van het geval rekening moeten worden gehouden. Dit voor zover het aandeel ‘live’ muziek al niet is meegenomen in het aandeel niet-Rome repertoire.

- Voor gratis ‘dance events’ acht de geschillencommissie een tarief billijk van € 0,075 per bezoeker, met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09. De commissie acht het billijk dat dit tarief vanaf 2015 jaarlijks wordt geïndexeerd op basis van de Consumenten Prijsindex (CPI).
(...)

10. In r.o. 4.1. van het tussenarrest van 2 juni 2015 is reeds overwogen dat artikel 24 Wet toezicht cbo's niet van toepassing is op de onderhavige procedure, aangezien de dagvaarding is uitgebracht voor de inwerkingtreding van dit artikel op 1 juli 2013. Het advies van de Geschillencommissie is onverplicht, op eenparig verzoek van partijen, bij wijze van deskundigenbericht, gevraagd. Gelet op het belang dat de wetgever hecht aan de bundeling van

expertise bij de Geschillencommissie zal het hof het in het deskundigenbericht weergegeven advies van de Geschillencommissie zo veel mogelijk volgen, tenzij specifieke bezwaren van partijen aanleiding geven daarvan af te wijken.

11. Beide partijen hebben bezwaren tegen het deskundigenbericht. De Organisatoren hebben – samengevat – de volgende bezwaren tegen de inhoud en strekking van het deskundigenbericht:

- de recette is geen deugdelijke grondslag voor de bepaling van de muziekwaarde van dance evenementen, omdat deze voor het grootste gedeelte dient ter dekking van kosten van niet-muzikale elementen. Het horeca-/discothekentarief of een tarief gebaseerd op de aan de dj betaalde gage zou beter zijn;

- de Geschillencommissie is ten onrechte voorbij gegaan aan de betekenis van de in het verleden (1993-2013) gehanteerde tarieven;

- bij de bepaling van de hoogte van het over de recette af te dragen percentage is de Geschillencommissie ten onrechte uitgegaan van een gemiddelde entreprijs van € 40;

- de Geschillencommissie is er ten onrechte van uitgegaan dat 70% van de op dance evenementen ten gehore gebrachte muziek onder het Rome-repertoire valt.

Sena meent dat het advies ten aanzien van het aftrekken van bepaalde niet-muziek gerelateerde kosten van de recette, de aanmeldkorting en het percentage Rome-repertoire, te veel aanknopingspunten voor de Organisatoren biedt om het vastgestelde tarief weer ter discussie te stellen en alsnog minder te gaan betalen. Sena heeft het hof verzocht op deze punten af te wijken van het deskundigenbericht en een eenduidig tarief vast te stellen.

Dance evenementen als zelfstandige categorie

12. De Organisatoren stellen zich op het standpunt dat de door hen verschuldigde billijke vergoeding zou moeten worden bepaald aan de hand van het horeca-/discothekentarief (gebaseerd op het aantal vierkante meters). Het creëren van een aparte tariefcategorie voor dance evenementen achten zij in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het hof volgt de Organisatoren daarin niet. Dance evenementen kwamen, blijkens de stellingen van partijen, in ontwikkeling in de jaren '80 van de vorige eeuw en hebben met name sinds de jaren '90 van de vorige eeuw een grote vlucht genomen. Dance muziek is bij deze evenementen niet de enige, maar – naar het oordeel van het hof – wel de belangrijkste onderscheidende factor. Zonder dance muziek geen dance evenement. Het hof acht de toepassing van een speciaal tarief voor dance evenementen gelet op de speciale plaats die dance evenementen blijkens de stellingen van partijen in het uitgaansleven innemen, redelijk. Om diezelfde reden is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

13. Het hof volgt de Organisatoren ook niet in hun stelling dat Sena een “nabuurrechtelijke norm”

heeft gecreëerd door in het verleden het horeca-/discothekentarief toe te passen op dance evenementen. De reden daarvan was immers uitsluitend dat er geen ander tarief voorhanden was, terwijl Sena, vanaf het moment dat het duidelijk was dat dance evenementen een blijvend fenomeen waren, heeft geprobeerd een nieuw tarief toe te passen. De Organisatoren konden aan de (tijdelijke) toepassing van het horeca-/discothekentarief dan ook niet het vertrouwen ontlenen dat dat tarief van toepassing zou blijven op dance evenementen. Het hof ziet in de toepassing van dat tarief in het verleden dan ook geen aanleiding om te bepalen dat dat tarief ook in de toekomst op dance evenementen van toepassing dient te zijn. Er dient voor de periode vanaf 1 januari 2014 een nieuw tarief vastgesteld te worden.

Grondslag billijke vergoeding

14. Het hof zal, conform het deskundigenbericht, de recette (het totaal aantal bezoekers x de ticketprijs minus de btw) als grondslag nemen voor de vaststelling van de billijke vergoeding. Aan elk van de door partijen naar voren gebrachte grondslagen kleven nadelen, ook aan de recette als grondslag. Partijen hebben echter baat bij een duidelijke, relatief eenvoudig te hanteren en te controleren grondslag die zo veel mogelijk tegemoet komt aan die bezwaren. De recette is in dat opzicht de beste keuze. Daartoe is het volgende redengevend.

15. Partijen zijn het er over eens dat de “muziekwaarde” (de waarde van de door de Organisatoren gebruikte muziek in het handelsverkeer) de meest zuivere grondslag is voor de vaststelling daarvan. Zij twisten over de vraag hoe die waarde moet worden vastgesteld.

16. Volgens de Organisatoren kan de waarde van de tijdens dance evenementen ten gehore gebrachte muziek het beste worden vastgesteld door de verschuldigde billijke vergoeding te relateren aan de gage die zij voor een bepaald evenement aan de dj's betalen.

Uit de stukken blijkt dat aan deze grondslag de volgende bezwaren kleven:

- de gage is onvoldoende representatief: de aan de dj's te betalen gage wordt niet alleen bepaald door de waarde van de door hen gebruikte commerciële fonogrammen. Zo hebben de Organisatoren ten pleidooie desgevraagd erkend dat een dj in voorkomende gevallen een hogere gage kan vragen naarmate hij/zij meer livemuziek en niet-commerciële uitgebrachte fonogrammen gebruikt. Het hof verwijst op dit punt voorts naar het deskundigenbericht. De Geschillencommissie overweegt dat de gage slechts ziet op (een deel van) de kosten die een Organisator moet maken om een fonogram openbaar te maken en dat de gage om uiteenlopende redenen zelfs nihil kan zijn, terwijl daarmee de waarde van het gebruik van het fonogram niet eveneens nihil is. Het hof maakt deze overweging tot de zijne;

- de administratieve last om de gage vast te stellen is groot: niet alleen moet inzicht worden ge-

geven in de gage van de dj's, maar ook in aan de dj's te vergoeden kosten, teneinde te controleren of zijn gage niet kunstmatig laag wordt gehouden. De Organisatoren hebben ter ondervanging van deze bezwaren geen werkbare oplossing voorgesteld. Dit maakt de gage naar het oordeel van het hof een onwenselijke grondslag voor de vaststelling van de billijke vergoeding.

17. Partijen hebben in het verleden ook gesproken over de mogelijkheid van het in rekening brengen van een vast bedrag per bezoeker. Die grondslag heeft als voordeel dat deze duidelijk, eenduidig en relatief eenvoudig te controleren is. Een vast bedrag per bezoeker is voorts concreter dan een tarief dat is gebaseerd op de zogenaamde muziekdichtheid (het aantal bezoekers per vierkante meter), dat de Organisatoren als alternatieve grondslag hebben voorgesteld. Beide partijen wijzen er evenwel op dat evenementen waarvoor een lage ticketprijs wordt geheven juist door deze heffingsgrondslag relatief zwaarder worden belast, hetgeen zij onredelijk en/of in strijd met het draagkrachtbeginsel achten. Ook het hof acht dit onwenselijk. Een vast bedrag per bezoeker leidt tot te grote ongelijkheid, in aanmerking genomen de grote verschillen in ticketprijzen. Bovendien heeft Sena onbestreden gesteld dat een vast bedrag per bezoeker als grondslag geen rekening houdt met a) de omvang en b) de duur van een evenement (te denken valt aan evenementen met meerdere podia en aan meerdaagse evenementen). Ook dit pleit tegen het hanteren van een vast bedrag per bezoeker als grondslag. Voor al die bezwaren zou een oplossing moeten worden gevonden, hetgeen afbreuk zou doen aan de wens om een zo eenvoudig mogelijk tarief/een eenvoudige grondslag te hanteren.

18. Volgens de Geschillencommissie kan de waarde van de muziek het beste worden benaderd door de recette als grondslag te nemen. De recette is immers gerelateerd aan de ticketprijs, en de ticketprijs is volgens de Geschillencommissie een indicatie van de verkoopwaarde van de muziek, zijnde de waarde van de muziek in het economisch verkeer. Het hof sluit zich hierbij aan. De ticketprijs, basis van de recette, kan – tot op zekere hoogte – worden geacht een indicatie te zijn van de waarde die aan de muziek wordt toegekend. Daarbij komt dat de recette een duidelijke grondslag is, die vrij makkelijk te controleren is. De inkomsten uit de entreegelden zullen immers worden vastgelegd in de administratie van de Organisatoren. Daarnaast wordt bij de recette als grondslag het draagkrachtbeginsel gewaarborgd, aangezien de recette overeenkomt met de inkomsten van de betreffende organisator. Het hanteren van de recette als grondslag is ten slotte in lijn met de vergoedingsgrondslag die door Buma wordt gehanteerd.

19. Een bezwaar tegen het hanteren van de recette als grondslag is dat deze de ticketprijs als uitgangspunt neemt, terwijl de ticketprijs ook dient ter dekking van allerlei niet-muziekgerelateerde kosten die door de Organisatoren terugverdiend moeten

worden. Te denken valt aan kosten voor beveiliging, voor aankleding van locaties en voor niet direct muziek gerelateerd entertainment. De Organisatoren hebben met stukken onderbouwd gesteld (in hun productie 42 en ten pleidooie) dat deze kosten met name bij dance evenementen die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties, hetgeen doorgaans de grotere en duurdere dance evenementen zijn, een onevenredig groot deel uitmaken van de totale kosten. Sena heeft dit niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof uit gaat van de juistheid van deze stelling. Dit betekent dat niet-muziekgerelateerde kosten bij evenementen die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties verhoudingsgewijs zwaar meetellen in de vaststelling van de billijke vergoeding. Het hof stelt vast dat de Geschillencommissie voornoemd bezwaar in haar deskundigenbericht heeft onderkend, maar geen oplossing biedt voor dit probleem. Zij laat het aan partijen over om “op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderling overleg de recette nader te specificeren”. Dat zou echter niet de duidelijkheid bieden die partijen voor ogen hebben. Dit klemt te meer daar partijen er gedurende 10 jaar niet in zijn geslaagd om overeenstemming te bereiken over deze kwestie. Partijen hebben er dan ook belang bij dat de parameters ter bepaling van de billijke vergoeding zo min mogelijk ruimte voor discussie laten.

20. Het is naar het oordeel van het hof redelijkerwijs niet mogelijk om voor alle niet-muziekgerelateerde onderdelen van de productiekosten uitzonderingen te formuleren. Dat zou geen recht doen aan het belang van partijen bij een eenduidig tarief. Daarom zal geaccepteerd moeten worden dat niet alle niet-muziekgerelateerde kosten uit de heffingsgrondslag kunnen worden gefilterd. Wel kan dit probleem enigszins worden ondervangen door bij evenementen met een hogere ticketprijs (dit zijn doorgaans de evenementen met relatief veel niet-muziekgerelateerde kosten), een lager percentage van de recette af te laten dragen. Overeenkomstig het voorstel van Sena, kan daarnaast voor evenementen waarbij een overnachting (camping/hotel/bungalow) onderdeel uitmaakt van een dance evenement én de prijs van de overnachting is meegenomen in de ticketprijs, een voorziening worden getroffen in het tarief, waardoor deze kosten buiten de recette worden gehouden. Ook daarmee wordt enigszins tegemoet gekomen aan het bezwaar van de Organisatoren. Het hof zal de overnachting daarom geen onderdeel uit laten maken van de billijke vergoeding. Weliswaar zullen niet-muziekgerelateerde kosten dan nog steeds tot op zekere hoogte onderdeel uitmaken van de heffingsgrondslag, maar dat bezwaar weegt naar het oordeel van het hof – in aanmerking genomen het feit dat aan de andere heffingsgrondslagen ook bezwaren kleven en het feit dat de muziek de belangrijkste onderscheidende factor is van dance evenementen – niet zo zwaar dat daarmee de belangen van de Organisatoren niet voldoende gewaarborgd worden.

21. Het hof volgt de Geschillencommissie niet in haar voorstel om verschillende tarieven te hantieren voor “indoor” en “outdoor” dance evenementen. De vraag of een dance evenement zich binnen of buiten afspeelt zegt immers niet steeds iets over de investeringen die worden gedaan in niet-muziekgerelateerde kosten en het effect daarvan op de ticketprijs. Dat klemmt te meer daar er ook indoor evenementen op tijdelijke indoor locaties worden georganiseerd (zoals bijvoorbeeld de RAI Amsterdam, de Gashouder, de Jaarbeurs Utrecht, etc.), waarvoor ook relatief hoge kosten worden gemaakt. Verwezen zij naar de door de Organiseerde overgelegde productie 42, waaruit blijkt dat het percentage muziekgerelateerde kosten bij indoor en outdoor evenementen ongeveer gelijk is.

Hoogte van de vergoeding

22. De rechtbank heeft, ter vaststelling van het af te dragen percentage van de recette, gerekend met een bedrag van € 0,75 per bezoeker, uitgaande van een gemiddelde ticketprijs van € 50 en van 70% vergoedingsplichtig repertoire (zie over dit laatste r.o. 28 en verder). De Geschillencommissie volgt de rechtbank in dit uitgangspunt. Sena sluit zich hierbij aan.

23. De Organisatoren stellen dat een tarief van € 0,75 per bezoeker in vergelijking met de in het buitenland in rekening gebrachte tarieven te hoog is. Ter onderbouwing van deze stelling verwijzen zij in de pleitnota in eerste aanleg in de eerste plaats naar de vermelding van de tarieven van SIMIM uit België en PPL uit het Verenigd Koninkrijk. Sena bewist dit. Zij stelt dat een vergelijking met buitenlandse tarieven niet veel oplevert, omdat er in het buitenland sterk verschillende tarieven en tariefstructuren bestaan. Hierop hebben de Organisatoren in elk geval ten aanzien van de in Duitsland gehanteerde tarieven erkend dat die zich niet laten vergelijken met de Nederlandse tarieven. Voor het overige hebben de Organisatoren geen toelichting gegeven op hun uitgangspunt dat de tarieven zich laten vergelijken.

De Geschillencommissie heeft ten aanzien van deze kwestie in het deskundigenbericht overwogen dat zij mede op basis van hetgeen partijen ten overstaan van de commissie hebben aangedragen, geen aanknopingspunten ziet voor het maken van een vergelijking met de tarieven die in (een) andere sector(en) gelden en met de tarieven in omliggende

(EU-)landen, omdat de verschillen in de grondslag en hoogte van de tarieven zodanig groot zijn dat een vergelijking geen zinvolle informatie zou opleveren. Het hof maakt deze overwegingen van de Geschillencommissie tot de zijne. De conclusie luidt dat de in andere EU-lidstaten gehanteerde tarieven geen aanknopingspunten bieden om tot de vaststelling van een billijke vergoeding te komen.

24. Daarnaast verwijzen de Organisatoren naar de hoogte van de tarieven die Sena in het verleden in rekening heeft gebracht. Ook in vergelijking met die tarieven vinden zij een bedrag van € 0,75 per be-

zoeker te hoog. Naar het oordeel van het hof stelt Sena daar terecht tegenover dat die tarieven steeds het gevolg waren van een onderhandelingsresultaat dat *achteraf* na soms langdurige en moeizame onderhandelingen werd bereikt en waarbij ook andere belangen een rol (kunnen) hebben gespeeld. Daarom komt bij de bepaling van de hoogte van het tarief slechts beperkte betekenis toe aan de tarieven die Sena in het verleden heeft gehanteerd.

25. Het hof acht van meer betekenis dat ten pleidooie duidelijk is geworden dat partijen in november/december 2013 op hoofdlijnen overeenstemming hebben bereikt over het ten aanzien van de periode na 1 januari 2014 te hanteren tarief. Hoewel zij niet tot definitieve overeenstemming zijn gekomen (zij werden het met name niet eens over het percentage Rome-repertoire dat als uitgangspunt moest dienen), waren zij het wel eens over het hanteren percentage van de recette, uitgaande van 70% Rome-repertoire. Dit percentage was eveneens gebaseerd op een prijs per bezoeker van € 0,75 bij een ticketprijs van € 50. Kennelijk vonden partijen dat een redelijk uitgangspunt voor het voor de toekomst vast te stellen tarief. Bij gebreke van enig ander aanknopingspunt, zal het hof uitgaan van dit bedrag.

26. Op grond van het voorgaande zal het hof, uitgaande van een ticketprijs van € 50,00 en van 70% Rome-repertoire, een prijs van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt nemen bij de vaststelling van de billijke vergoeding voor dance evenementen.

Sena-repertoire

27. Tussen partijen is niet in geschil dat de Organisatoren slechts een billijke vergoeding verschuldigd zijn indien tijdens de door hen georganiseerde dance evenementen gebruik wordt gemaakt van vergoedingsplichtig repertoire:

- op grond van artikel 7 WNR dient een vergoeding te worden betaald voor het gebruik van commercieel uitgebrachte fonogrammen. Dat betekent dat geen vergoeding hoeft te worden betaald voor zover gebruik wordt gemaakt van niet commercieel uitgebrachte fonogrammen en voor zover livemuziek wordt gespeeld;

- op grond van artikel 32 lid 5 WNR geldt het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7 WNR alleen voor fonogrammen waarvan de producent onderdaan is van, of rechtspersoon is opgericht naar het recht van een staat die partij is bij het in 1961 te Rome gesloten Internationaal Verdrag inzake de Bescherming van Uitvoerende Kunstenaars, Producenten van Fonogrammen en Omroeporganisaties (het verdrag van Rome).

Sena en de Geschillencommissie noemen het vergoedingsplichtige repertoire “Rome-repertoire” en “commercieel verkrijgbaar én rechtendragend (Rome-repertoire)”. Het hof acht deze terminologie verwarrend, omdat voor de vraag of op grond van artikel 7 WNR een vergoeding dient te worden betaald, niet alleen van belang is of sprake is van Rome-repertoire (fonogrammen waarvan de produ-

cent onderdaan is van, of rechtspersoon is opgericht naar het recht van een staat die partij is bij het Verdrag van Rome). Er moet ook sprake zijn van gebruik van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen en voor livemuzeik hoeft, ook als het om Rome-repertoire gaat, geen vergoeding te worden betaald. Het hof zal daarom in het navolgende voor het op grond van artikel 7 WNR vergoedingsplichtig repertoire de term “Sena-repertoire” gebruiken.

28. De Organisatoren stellen dat de op dance evenementen ten gehore gebrachte muziek voor een aanzienlijk deel niet onder het Sena-repertoire valt, onder meer doordat:

- dj's tijdens dance evenementen frequent muziek afkomstig uit de Verenigde Staten in hun dj-sets mixen (zodat op grond van artikel 32 lid 5 WNR geen vergoedingsrecht bestaat);
- dj's tijdens dance evenementen veel niet commercieel uitgebrachte, “geheime”, muziek in hun dj-sets mixen, zoals zogeheten “lackers”, “white labels” of “edits” (zodat op grond van artikel 7 WNR geen vergoedingsrecht bestaat);
- dj's door de voortschrijdende technologische ontwikkelingen meer en meer livemuzeik ten gehore brengen, waarbij in het geheel geen fonogrammen worden gebruikt en/of waarbij losse “geluiden” aan elkaar worden gemixt (zodat op grond van artikel 7 WNR geen vergoedingsrecht bestaat).

Onder verwijzing naar hun producties 29, 37 en 73 stellen de Organisatoren (na correctie) dat het gemiddelde percentage Sena-repertoire aldus tussen de 35,5% en 40,94% ligt. Sena bestrijdt dit. Zij stelt, onder verwijzing naar haar producties 7 en 20, dat het gemiddelde percentage Sena-repertoire dat de Organisatoren tijdens dance evenementen ten gehore (doen) brengen tussen de 68,4% tot 85,3% ligt.

29. De Geschillencommissie heeft op dit punt overwogen:

“(…) Waar het hierboven vermelde, in beginsel billijke tarief geldt bij een aangenomen Rome-repertoire van tenminste 70%, zou bij een lager percentage Rome-repertoire de te betalen vergoeding in beginsel naar rato verminderd moeten worden. Of een verlaging naar rato in concreto billijk zal zijn, zal afhangen van alle omstandigheden van het geval. Met name ook van de beantwoording van de vraag hoe in het concrete geval het aandeel Rome-repertoire vastgesteld moet worden en wat de verplichtingen van partijen daarin zijn. De commissie laat dat verder in het midden, nu dit geen onderdeel is van de aan haar verstrekte adviesaanvraag.

Zoals hiervoor al vastgesteld (...) geldt hetzelfde ook voor het aandeel ‘live’ muziek dat eventueel door een DJ ten gehore wordt gebracht. Het in beginsel billijke tarief is gebaseerd op 0% ‘live’ muziek. Wanneer het aandeel van de ‘live’ muziek hoger is dan deze 0%, dan zou dat in beginsel naar rato een verlaging van de te betalen vergoeding moeten inhouden. Een en ander voor

zover het aandeel ‘live’ muziek al niet is meegeenomen in het aandeel niet-Rome repertoire.

(…)”

Aldus komt de Geschillencommissie tot de hiervoor in r.o. 9 weergegeven conclusie dat indien in een concreet geval het aandeel Rome-repertoire van de tijdens het ‘dance event’ gebruikte muziek lager is dan 70%, respectievelijk indien in een concreet geval het aandeel van de ‘live’ muziek hoger is dan 0%, dat in beginsel naar rato een verlaging van de te betalen vergoeding zou moeten inhouden, waarbij steeds in concreto met alle omstandigheden van het geval rekening zal moeten worden gehouden.

30. Blijkens het voorgaande biedt het rapport van de Geschillencommissie geen aanknopingspunten voor de beantwoording van de vragen welk percentage Sena-repertoire als uitgangspunt reëel is, hoe in het concrete geval het aandeel Sena-repertoire vastgesteld moet worden en wat de verplichtingen van partijen daarin zijn. Teneinde zo min mogelijk discussie over de door de Organisatoren te betalen billijke vergoeding te krijgen, is het hof — met partijen — van oordeel dat bij de vaststelling van de uitgangspunten ter bepaling daarvan, dient te worden uitgegaan van een zo realistisch mogelijk (gemiddeld) percentage Sena-repertoire. Zou immers op voorhand vast staan dat — zoals de Organisatoren stellen — bij de vaststelling van die uitgangspunten gerekend zou worden met een percentage Sena-repertoire dat gemiddeld genomen te hoog is, dan valt te voorzien dat Sena met veel verzoeken tot verlaging zal worden geconfronteerd, hetgeen beide partijen onwenselijk achten. Het hof ziet hierin aanleiding te beoordelen welk percentage Sena-repertoire als uitgangspunt gemiddeld genomen reëel is.

31. Uit het arrest *Sena/NKP* (HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694) volgt:

- dat de bewijslast van de stelling dat en in welk percentage een Organisator Rome-repertoire ten gehore brengt op Sena rust, en
- dat in gevallen waarbij gebruikers een aanzienlijk lager percentage vergoedingsplichtig Rome-repertoire gebruiken dan het percentage op grond waarvan het tarief voor de billijke vergoeding is vastgesteld, Sena redelijkerwijs verplicht is om een lager (hoewel niet evenredig lager) tarief in rekening te brengen.

Een Organisator die van mening is dat hij een lager percentage Rome-repertoire heeft gebruikt, dient deze stelling evenwel te onderbouwen door overlegging van door Sena controleerbare informatie met betrekking tot het muziekgebruik (Gerechtshof Den Haag 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6212 (*Sena/DigiMusic*)). Naar het oordeel van het hof gelden deze uitgangspunten evenzeer bij de beantwoording van de vraag welk percentage Sena-repertoire gemiddeld genomen tijdens dance evenementen wordt gebruikt.

32. Ter onderbouwing van hun stelling dat het percentage Sena-repertoire tijdens dance evenementen gemiddeld tussen de 35,5% en 40,94% ligt,

hebben de Organisatoren rapportages van DJ Monitor overgelegd (producties 29, 37 en 73). Nog daar gelaten het standpunt van Sena dat de aan die rapportages ten grondslag liggende onderzoeken oncontroleerbaar zijn, heeft Sena er in haar productie 20 terecht op gewezen dat productie 37, 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 hun productie 73 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 er van uit dat herkende "Live Performances" niet onder het Sena-repertoire vallen. Sena wijst er terecht op dat het gebruik van *commercieel uitgegeven opnames van livemuziek* zou kunnen worden herkend als live muziek, 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/door de dj live gecreëerde muziek, aangezien DJ Monitor verwijst naar live muziek met IRC codes. Daarbij komt dat DJ Monitor er, blijkens haar toelichting in productie 73 van de Organisatoren, ten onrechte van uit gaat dat online beschikbare muziek die "nergens officieel verkrijgbaar" is, niet tot het Sena-repertoire behoort. Krachtens artikel 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 percentage 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 – naar de Organisatoren onderbouwd met productie 73 gemotiveerd hebben gesteld en Sena onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken – werkelijk live gespeelde muziek ook herkend kan worden. Gelet op het voorgaande acht het hof het redelijk om uit te gaan van een percentage Sena-repertoire van 60%. Het hof zal dit percentage als uitgangspunt nemen bij de vaststelling van de tarieven.

33. In r.o. 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 hiervoor genoemde arrest *Sena/NKP* 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.

34. Als individuele organisatoren in voorkomende gevallen stellen dat in het door hen georganiseerde dance evenement minder dan 60% Sena-repertoire is gebruikt, dan dienen zij die stelling te onderbouwen door gegevens aan te leveren op grond waarvan Sena kan vaststellen wat het werkelijke percentage Sena-repertoire was. Gelet op de belangen van beide partijen bij een efficiënte afwikkeling van de te betalen, respectievelijk te ontvangen vergoedingen, acht het hof het niet onredelijk dat de Organisatoren de betreffende gegevens, zoals Sena vordert, binnen 30 dagen na het evenement in kwestie digitaal aanleveren.

35. Als uit de vaststelling van het werkelijke percentage Sena-repertoire blijkt dat dat percentage hoger of lager is dan 60%, zal de door de betreffende organisator te betalen billijke vergoeding naar evenredigheid worden bijgesteld. Niet alleen een lager percentage leidt dus tot aanpassing van de billijke vergoeding, ook een hoger percentage. Het hof acht dit redelijk, en gaat er daarnaast van uit dat dit Organisatoren er van zal weerhouden al te lichtzinnig gebruik te maken van de mogelijkheid om het daadwerkelijke percentage Sena-repertoire vast te laten stellen.

36. Gelet op de verantwoordelijkheid die beide partijen op dit punt hebben (de Organisatoren ten aanzien van de onderbouwing van hun stelling en Sena ten aanzien van het verwerken van de door de Organisatoren aangeleverde gegevens ter vaststelling van het daadwerkelijk voor een dance evenement gebruikte percentage Sena-repertoire), acht het hof het redelijk als de betreffende organisator en Sena de aan de vaststelling van het werkelijke Sena-repertoire verbonden redelijke en evenredige kosten ieder voor de helft dragen. Ook hiermee beoogt het hof te voorkomen dat Organisatoren al te lichtzinnig gebruik maken van de mogelijkheid om het daadwerkelijke percentage Sena-repertoire vast te laten stellen.

37. De vordering onder B van Sena zal gelet op het voorgaande worden toegewezen, met dien verstande dat betrokken partijen de redelijke en evenredige kosten ter vaststelling van het percentage Sena-repertoire ieder voor de helft dienen te dragen.

Percentage

38. In r.o. 20 is reeds overwogen dat zal worden tegemoetgekomen aan het bezwaar dat bij evenementen die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties, hetgeen doorgaans de grotere en duurere dance evenementen zijn, relatief veel wordt geïnvesteerd in andere aspecten van de "beleving" dan de muziek, zoals het entertainment en de aankleding van het evenement, door bij evenementen met een hogere ticketprijs een lager percentage van de recette af te laten dragen. Sena heeft er onbestreden op gewezen dat ook kleinere evenementen relatief veel kosten moeten maken. Aan het bezwaar dat kleine evenementen relatief meer kos-

ten maken, wordt naar het oordeel van het hof echter voldoende tegemoet gekomen doordat een percentage van de recette als uitgangspunt wordt genomen voor de vaststelling van de billijke vergoeding (zie r.o. 18). Het hof ziet geen aanleiding om daarnaast het percentage van de recette dat dient te worden afgedragen voor kleine evenementen te verlagen. Uitgangspunt dient te zijn het aandeel dat de muziek in het evenement heeft. Kleinere evenementen hebben doorgaans, zo volgt uit de stellingen van partijen, minder niet-muziek gerelateerd entertainment. De muziekwaarde is bij kleinere evenementen dan ook relatief hoger dan bij grotere evenementen. Dat rechtvaardigt dat voor kleine evenementen geen (verdere) voorziening wordt getroffen.

39. Bij de berekening van het toe te passen percentage is 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 na de hoorzitting van 13 april 2017 is een gemiddeld bedrag van € 40,-- meer aanneemelijk (zie in de bijlagen de mail van 18 mei 2017 van Managing Director Finalists aan advocaat Schipper en de cijfers van Dance Festival Monitor Q1 2017).

(“...”)

40. De Organisatoren stellen zich op het standpunt dat de door de Geschillencommissie vastgestelde gemiddelde prijs van € 40 over de volle breedte van de markt en gelet op de dalende trend van de gemiddelde ticketprijs nog steeds te hoog is, met name in relatie tot dance evenementen op daarvoor ingerichte locaties (clubs), waarvoor een gemiddelde prijs van € 12,50 tot € 15 volgens de Organisatoren reëler is. Dat de gemiddelde ticketprijs lager is dan € 40 is echter niet in lijn met de door de Organisatoren in productie 51 overgelegde mail van Fanalists, waarin wordt gesteld dat de gemiddelde ticketprijs voor dance evenementen op jaarbasis in 2016 nog € 40,50 bedroeg. Ook het betoog van de Organisatoren dat de gemiddelde ticketprijs sindsdien is gedaald naar € 32,63 kan niet worden gevolgd. Sena wijst er terecht op dat de door de Organisatoren genoemde prijzen niet uit de overlegde producties kunnen worden afgeleid. Het hof ziet dan ook geen aanleiding om af te wijken van de gemiddelde ticketprijs van € 40 waarmee de Geschillencommissie heeft gerekend.

41. 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).

42. Voor grote evenementen, met een ticketprijs van meer dan € 85 zal het hof het percentage ter berekening van de billijke vergoeding ex aequo et bono vaststellen op 80% van het percentage voor overige evenementen, derhalve op 1,3% van de recette.

Gratis evenementen

43. Voor wat betreft de gratis dance evenementen volgt het hof het oordeel van de Geschillencommissie, aangezien partijen daartegen geen bezwaar hebben gemaakt. Dit betekent dat de billijke vergoeding voor gratis dance evenementen wordt vastgesteld op € 0,075 per bezoeker met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09.

44. Anders dan de Geschillencommissie, ziet het hof geen aanleiding om het aandeel Sena-repertoire geen factor te laten zijn bij de vaststelling van het tarief voor gratis dance evenementen. De Organisatoren wijzen er terecht op dat de WNR geen grondslag geeft voor het in rekening brengen van een billijke vergoeding voor repertoire dat niet tot het Sena-repertoire behoort.

Slotsom

45. Op grond van het voorgaande zal het hof de door de Organisatoren op grond van artikel 7 WNR verschuldigde billijke vergoeding voor dance-evenementen per 1 januari 2014 als volgt vaststellen:

- voor alle dance evenementen met een ticketprijs tot € 85: 1,625% van de recette;
- voor dance evenementen met een ticketprijs van € 85 en meer: 1,3% van de recette;
- voor gratis dance evenementen: € 0,075 per bezoeker met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09.

46. Conform het advies dat de Geschillencommissie heeft gegeven, dienen de tarieven voor gratis dance evenementen jaarlijks te worden geïndexeerd op basis van de Consumentenprijsindex van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CPI). Het hof is van oordeel dat ook het in r.o. 45 genoemde bedrag van € 85 jaarlijks dient te worden geïndexeerd op basis van de CPI.

47. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het bestreden vonnis niet in stand kan blijven. Het hof zal het vonnis vernietigen en, opnieuw rechtdoende, conform het hiervoor overwogene op de gewijzigde vorderingen van Sena beslissen.

Kosten

Kosten deskundige

48. Omdat niet ter discussie staat dat de Organisatoren betalingsplichtig zijn en het geschil alleen gaat over de hoogte van de betalingsverplichting, heeft het hof in het tussenarrest van 8 december 2018 beslist dat partijen ieder werden belast met betaling van de helft van het aan de Geschillencommissie te betalen voorschot. Op dezelfde grond is het hof van oordeel dat de definitieve kosten van het deskundigenbericht van de Geschillencommissie

door partijen voor de helft dienen te worden gedragen.

Proceskostenveroordeling

49. De proceskosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep zullen worden gecompenseerd, aangezien partijen over en weer op punten in het (on)gelijk zijn gesteld.

Beslissing

Het hof:

– *in het principaal en incidenteel appel* –

- vernietigt het door de Rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 2 oktober 2013 en opnieuw rechtdoende:

- stelt de op grond van artikel 7 lid 1 WNR bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van commercieel uitgebrachte fonogrammen door de Organisatoren op de door hen georganiseerde dance evenementen bij gebruik van 60% of meer Sena-repertoire vanaf 1 januari 2014 vast als volgt:

- voor alle dance evenementen met een ticketprijs tot € 85: 1.625% van de recette;

- voor dance evenementen met een ticketprijs van € 85 en meer: 1.3% van de recette;

- voor gratis dance evenementen: € 0,075 per bezoeker met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09.

- bepaalt dat de hiervoor genoemde tarieven voor gratis dance evenementen en het hiervoor genoemde bedrag van € 85 jaarlijks, voor het eerst per 1 januari 2015, dienen te worden geïndexeerd op basis van de Consumentenprijsindex van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CPI);

- bepaalt dat, indien een overnachting (camping/hotel/bungalow) onderdeel uitmaakt van een dance evenement én de prijs van de overnachting is meegenomen in de ticketprijs, bij de berekening van de recette de prijs van de overnachting in mindering wordt gebracht op de ticketprijs;

- bepaalt dat wanneer een organisator een tarief wensen te betalen dat is gebaseerd op muziekgebruik van minder dan 60% Sena-repertoire, deze gehouden is om per evenement na afloop van dat evenement alle relevante gegevens over het daadwerkelijke muziekgebruik digitaal aan te leveren op grond waarvan Sena kan vaststellen of het percentage Sena repertoire lager is dan 60%;

- bepaalt dat als uit de vaststelling van het werkelijke percentage Sena-repertoire blijkt dat dat percentage hoger of lager is dan 60%, de door de betreffende organisator te betalen billijke vergoeding naar evenredigheid zal worden bijgesteld;

- bepaalt dat de betreffende organisator en Sena de redelijke en evenredige kosten ter vaststelling van het werkelijke percentage gebruikt Sena-repertoire ieder voor de helft dienen te dragen;

- gebiedt elk van de Organisatoren afzonderlijk om binnen 30 (dertig) dagen na betekening van dit arrest, en vervolgens per toekomstig dance evenement steeds binnen 30 (dertig) dagen na het be-

wuste evenement, aan Sena de gegevens te verschaffen die nodig zijn om de door de betreffende organisator verschuldigde billijke vergoeding vast te stellen, welke gegevens wat het verleden betreft betrekking dienen te hebben op alle dance evenementen die de betreffende organisator sinds 1 januari 2014 tot het moment van betekening van het te dezen te wijzen arrest heeft georganiseerd;

- bepaalt dat de (gezamenlijke) Organisatoren en Sena de kosten van het deskundigenbericht ieder voor de helft dienen te dragen;

- compenseert de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep des dat elk van partijen de eigen kosten draagt;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

- wijst af het meer of anders gevorderde.

Cassatiemiddel:

De Organisatoren voeren tegen het arrest het volgende middel van cassatie aan:

Schending van het recht en/of verzuim van wettelijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in het arrest is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden.

Kern van de zaak

Deze zaak heeft betrekking op de billijke vergoeding ex artikel 7 WNR die de Organisatoren aan Sena verschuldigd zijn. In cassatie gaat het nog slechts om de periode vanaf 1 januari 2014. Aanleiding voor dit geschil is de (aanzienlijke) tariefverhoging van SENA voor dance events in 2004 én in 2009.

Feiten

I. In aansluiting op de feitenvaststelling van het hof in het tussenarrest van 2 juni 2015 (Tussenarrest) in rov. 1 t/m 1.6 en het vonnis van 2 oktober 2015 (Vonnis) in rov. 2.1 t/m 2.5 en 2.7 zijn in cassatie de volgende door het hof vastgestelde (of in het midden gelaten) feiten relevant.

II. Sena is de krachtens art. 15 Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) aangewezen rechtspersoon die met uitsluiting van anderen met de inning en verdeling van de in artikel 7 WNR bedoelde billijke vergoeding is belast.¹

III. Eisers tot cassatie zijn organisatoren van dance events waarop elektronische dansmuziek ten gehore wordt gebracht, zoals house-, techno-, electro- en trancemuziek (hierna: dance).² Zij organiseren hun dance events 'indoor' (in clubs, discotheken en venues) en daarnaast 'outdoor' in de vorm van festivals.³ De gemiddelde entreprijs voor 'indoor' dance events is lager dan € 14,40.⁴ De gemiddelde entreprijs voor 'outdoor' dance events is € 40,05.⁵

1 R.o. 1.1 Tussenarrest.

2 R.o. 1.6 Tussenarrest.

3 Pleitnota EA Org. par. 3, CvA Org. par. 5.

4 Productie 53b Org. Pleitnota HB Org. Par. 48.

5 Productie 51 Org.

IV. Bij de bepaling van de hoogte van de in artikel 7 WNR bedoelde billijke vergoeding hanteert Sena verschillende tarieven.⁶

V. Vlak na de oprichting van Sena in 1993, hanteert Sena voor dance events het amusements-tarief.⁷ Dit wordt van oudsher ook wel het club- of discothekentarieff en thans door Sena het horeca amusements-tarief genoemd (hierna: het dansmuziek-tarieff). Het dansmuziek-tarieff moet worden onderscheiden van het achtergrondmuziek-tarieff en het muziekfestivaltarieff.⁸

VI. Sena definieert het dansmuziek-tarieff als volgt: ‘Amusementsmuziek is het tegenovergestelde van achtergrondmuziek: vaak omschreven als dans/discomuziek waarvan de platen of cd’s vaak worden aan- of afgekondigd door een disk-jockey. Het is muziek zoals die nadrukkelijk klinkt in discotheken en nachtclubs, maar zeker ook in die horecagelegenheden die, bijvoorbeeld in het weekend, een discotheek functie vervullen’.⁹

VII. De programmering van discotheken, clubs, venues en andere horecagelegenheden die, bijvoorbeeld in het weekend, een discotheek functie vervullen (hierna: reguliere clubavonden en indoor dance events, hierna samen: dansgelegenheden) bestaat voor het overgrote deel uit dance (80–90%).¹⁰

VIII. Het dansmuziek-tarieff is gebaseerd op het aantal vierkante meters van de publiekstoegankelijke ruimte(s) in combinatie met het aantal openstellingen per jaar. Het muziekfestivaltarieff is gebaseerd op het aantal vierkante meters.

IX. Bij wijze van voorbeeld een overzicht van het dansmuziek-tarieff dat Sena in 2010 rekent bij 1 t/m 30 openstellingen per jaar:¹¹

OPPERVLAKTE	Bedrag
t/m 100 m ²	€ 521,61
101 t/m 150 m ²	€ 782,42
151 t/m 200 m ²	€ 1.043,23
201 t/m 250 m ²	€ 1.304,04
251 t/m 300 m ²	€ 1.564,84
301 t/m 350 m ²	€ 1.825,65
351 t/m 400 m ²	€ 2086,46
401 t/m 450 m ²	€ 2.347,26
451 t/m 500 m ²	€ 2.608,07
Voor elke 50 m ² meer of een gedeelte daarvan	€ 260,81

X. Met het merendeel van de dansgelegenheden is Sena overeenkomsten aangegaan waarin een

vergoeding is vastgelegd voor dance die nog lager is dan het dansmuziek-tarieff.¹²

XI. Bij wijze van voorbeeld een overzicht van het muziekfestivaltarieff dat Sena in 2010 rekent:¹³

OPPERVLAKTE	Bedrag
t/m 100 m ²	€ 664,44
101 t/m 200 m ²	€ 996,67
201 t/m 400 m ²	€ 1.328,93
401 t/m 800 m ²	€ 1.661,12
801 t/m 1600 m ²	€ 1.993,39
Voor elke 1600 m ² meer of een gedeelte daarvan	€ 332,22

XII. In 2004 introduceert Sena een nieuw tarief voor ‘dance events’ (hierna: het 2004-tarieff).¹⁴ Dit tarief is aanzienlijk hoger dan het dansmuziek-tarieff en het muziekfestivaltarieff tarief.¹⁵ In de jaren 2004 tot en met 2008 bestaat het 2004-tarieff voor dance events uit het navolgende bedrag per bezoeker per dag:¹⁶

JAAR	Bedrag
2004	€ 0,23
2005	€ 0,30
2006	€ 0,38
2007	€ 0,39
2008	€ 0,40

XIII. Vanaf 1 januari 2009 hanteert Sena voor ‘dance events’ wederom een nieuw tarief: een percentage van de recette, dat wil zeggen het aantal verkochte kaarten maal de entreprijs, met een aflopende staffel (hierna: het 2009-tarieff).¹⁷

6 R.o. 1.2 Tussenarrest.

7 Pleitnota EA Org. par. 10–12, MvG Org. grief 17 par 2 en 5.

8 R.o. 2.2. Vonnis en r.o. 1.2 Tussenarrest.

9 Productie 53b Org.

10 Productie 16 Org, pagina 25, CvD Org. P. 7, Productie 52 Org.

11 R.o. 1.3 Tussenarrest, r.o. 2.3 Vonnis en productie 53b Org.

12 R.o. 4.8 Vonnis, CvA par. 26 en 32 en productie 26c Org.

13 Productie 9a Org. laatste tabel en productie 53a Org.

14 R.o. 1.4 Tussenarrest.

15 R.o. 4.9 Vonnis.

16 R.o. 1.4 Tussenarrest.

17 R.o. 1.5 Tussenarrest.

BEZOEKERS	PERCENTAGE
1 t/m 10.000	3%
10.001 t/m 20.000	2,5%
20.001 t/m 30.000	2%
30.001 e.v.	1,5%

XIV. Het 2004-tarief en het 2009-tarief (hierna: dance event tarief) zijn aanzienlijk hoger dan het dansmuziektarief (en het muziekfestivaltarief).¹⁸

XV. In eerste aanleg heeft Sena – kort samen-gevat – gevorderd dat de rechtbank de door de Organisatoren verschuldigde billijke vergoeding vaststelt op het 2009-tarief.

Rechtbank

XVI. Bij vonnis van 2 oktober 2013 heeft de rechtbank (Vonnis) de billijke vergoeding voor de periode tot 31 december 2013 vastgesteld op het door Sena in die periode tussen 1993 en 2013 gehanteerde – aanzienlijk lagere – dansmuziektarief. Daaraan legt de rechtbank in rov. 4.8 t/m 4.10 ten grondslag dat dansgelegenheden afgelopen jaren niet het nieuwe tarief, maar het dansmuziektarief hebben betaald. Het hanteren van verschillende tarieven is volgens de rechtbank strijdig met het gelijkheidsbeginsel omdat i) de dance events van de Organisatoren¹⁹ en de dance events in dansgelegenheden in alle relevante opzichten gelijk zijn en ii) het nieuwe tarief aanzienlijk hoger is dan het dansmuziektarief.

XVII. Voor de periode vanaf 1 januari 2014 heeft de rechtbank de billijke vergoeding, uitgaande van een aandeel van het Rome-repertoire²⁰ van tenminste 70%, voor gratis dance events vastgesteld op € 0,075 per bezoeker, met een minimum van € 50 en een maximum van € 2.000, en voor de overige dance events op 1,5% van de recette.

18 R.o. 4.9 Vonnis. Voor door de eigenaar van een dansgelegenheid georganiseerde dance events met een maximale entreprijs van € 25,- (exclusief BTW) is nog steeds het aanzienlijk lagere dansmuziektarief van toepassing. Zie <https://sena.nl/files/original/sena-tarievenoverzicht-2019.pdf>.

19 Omdat de Organisatoren ook 'indoor' dance events organiseren.

20 Rome-repertoire is muziek waarvoor een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 is verschuldigd. Een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR geldt niet voor fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van noch rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Staat die partij is bij het Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisatie (art. 32 lid 5 WNR). Daarnaast tellen live gespeelde muziek en niet commercieel uitgebrachte fonogrammen niet mee bij de vaststelling van het aandeel Sena-repertoire. Ten behoeve van de leesbaarheid zal steeds gesproken worden van Sena-repertoire, wanneer het gaat om fonogrammen voor de openbaarmaking waarvan een billijke vergoeding verschuldigd is ex artikel 7 WNR. Zie rov. 27 waarin het hof eveneens de term 'Sena-repertoire' hanteert.

Hoger beroep

XVIII. De Organisatoren hebben hoger beroep ingesteld, waarna Sena incidenteel heeft geappelleerd. Sena heeft haar eis vermeerderd: bij gebruik van 70% Sena-repertoire vordert Sena 3% van de entreprijs voor dance events waar een entreprijs wordt betaald.²¹ Sena heeft haar eis verminderd door alleen nog een billijke vergoeding te vorderen voor de periode vanaf 1 januari 2010.²²

XIX. In het Tussenarrest van 8 december 2015 heeft het hof een onderzoek door de in artikel 22 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (WTCBO) bedoelde geschillencommissie als deskundige (hierna: de Geschillencommissie) bevolen teneinde een advies uit te brengen over de billijke vergoeding van art. 7 WNR in relatie tot dance events vanaf 1 januari 2014.

XX. De Geschillencommissie heeft bij brief van 17 januari 2018 haar rapport aan het hof toegezonden (hierna: het deskundigenbericht).

XXI. Bij arrest van 11 juni 2019 heeft het hof het door de Rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 2 oktober 2013 vernietigd. Het hof heeft de vordering van Sena voor de periode 1 januari 2010 tot 1 januari 2014 afgewezen omdat partijen daarover reeds overeenstemming hebben bereikt.²³ Voor de periode vanaf 1 januari 2014 stelt het hof een nieuw tarief voor 'dance evenementen' vast.²⁴ Daarover gaat dit cassatieberoep.

"Inconsistente terminologie"

Complicatie van deze zaak is dat geen consistente terminologie wordt gehanteerd. In het Tussenarrest hanteert het hof bijvoorbeeld de term dance events en in het Arrest de term dance evenementen. Ten behoeve van de leesbaarheid zal hierna – in navolging van de rechtbank, het tussenarrest en de Geschillencommissie – steeds gesproken worden over dance events, waaronder outdoor- en indoor dance events.

Dat het begrip dance event niet duidelijk is afgebakend ten opzichte van andere dansgelegenheden en muziekfestivals is overigens ook een belangrijk bezwaar dat de Organisatoren tegen het dance event tarief hebben.²⁵

Hof

XXII. Het hof maakt geen onderscheid tussen indoor- en outdoor dance events. Voor alle dance events neemt het hof de recette (het totaal aantal bezoekers × de ticketprijs minus de btw) als grondslag.²⁶ Bij de vaststelling van de billijke vergoeding neemt het hof, uitgaande van een ticketprijs van € 50 en van 70% Sena-repertoire, een tarief van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt.²⁷ Het hof con-

21 R.o. 3 Tussenarrest

22 R.o. 4 Arrest.

23 R.o. 5–7 Arrest.

24 R.o. 13 Arrest.

25 MvA Inc. Org. par. 22.

26 R.o. 14 Arrest.

27 R.o. 26 Arrest.

rigeert dit naar een tarief van € 0,65 per bezoeker omdat het hof een Sena-repertoire van 60% (in plaats van 70%) als uitgangspunt neemt.²⁸ De gemiddelde ticketprijs van dance events stelt het hof vast op € 40.²⁹ Het percentage ter berekening van de billijke vergoeding stelt het hof vast op 1,625% van de recette (0,65/40).³⁰ Voor grotere dance events met een ticketprijs van meer dan € 85 neemt het hof een voorziening op in verband met niet-muziek gerelateerde kosten: 80% van het percentage voor overige dance events, derhalve op 1,3% van de recette.³¹ De billijke vergoeding voor gratis dance events wordt vastgesteld op € 0,75 per bezoeker, met een minimum van € 50,70 en een maximum van € 2.028,09.³²

Klachten Inleiding

XXIII. Consequentie van 's hofs arrest is dat de billijke vergoeding voor dance events op basis van de recette wordt berekend in plaats van het aantal gebruikte vierkante meters. Hierdoor is een aanzienlijk hoger tarief van toepassing. Dit tarief zou op alle dance events van toepassing moeten zijn, zowel indoor als outdoor (en zonder onderscheid naar toegangsprijs behalve de gratis dance events). Zoals ook door de rechtbank overwogen, is het hanteren van verschillende tarieven ten aanzien van de Organisatoren en andere dansgelegenheden immers strijdig met het gelijkheidsbeginsel.³³

XXIV. Opvallend is dat Sena de door het hof vastgestelde tarieven thans niet als zodanig toepast op alle dance events. Voor indoor dance events met een toegangsprijs tot € 25 hanteert Sena nog steeds het dansmuziek tarief.³⁴ Dat is op zich te begrijpen. Het is onwaarschijnlijk dat de organisatoren van dit soort indoor dance events de drastische verhoging van de tarieven aan hun bezoekers kunnen doorberekenen. Maar ook de organisatoren van de andere dance events kampen met dat probleem.

XXV. Waar het in deze zaak om gaat is dat de Organisatoren concurreren met andere gelegenheden waar ook (voornamelijk) dance wordt gedraaid (zoals reguliere clubavonden en muziekfestivals) en met dance events in het buitenland. De Organisatoren moeten echter een billijke vergoeding betalen die aanzienlijk hoger is. Door de recette als grondslag te kiezen wordt de vergoeding bovendien voor een (onevenredig) groot deel op basis van niet-muziekrelateerde kosten berekend. Bovendien

neemt het hof voor de vaststelling van de tarieven 60% Sena-repertoire tot uitgangspunt, zonder dat duidelijk is waar dat percentage op gebaseerd is. Het hof wil de Organisatoren er zelfs van weerhouden om het daadwerkelijke percentage Sena-repertoire vast te laten stellen, terwijl aan de hand van moderne technologie eenvoudig kan worden vastgesteld welke fonogrammen uit het repertoire van Sena worden afgespeeld. Daardoor leidt 's hofs arrest tot onbillijke gevolgen en willekeurige verschillen, ook omdat het begrip 'dance event' niet duidelijk is afgebakend. In de kern komt het er op neer dat de vergoeding die de Organisatoren moeten betalen onvoldoende is afgestemd op (de economische waarde van) het fonogramgebruik. De vergoeding is onbillijk ten opzichte van de vergoedingen die andere dansgelegenheden en muziekfestivals betalen, de vergoedingen die in het verleden zijn betaald en de vergoedingen die in het buitenland worden betaald. Een en ander verklaart waarom de Organisatoren zich niet kunnen verenigen met het oordeel van het hof en dit oordeel daarom aan de Hoge Raad voorleggen. Tot slot merken de Organisatoren op dat in een Belgische zaak over dance events de volgende prejudiciële vragen gesteld zijn aan het Hof van Justitie:³⁵

“Moet artikel 102 VWEU, al dan niet samen gelezen met artikel 16 van de richtlijn 2014/26/EU [van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014] ‘betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt’, zo worden uitgelegd dat er sprake is van misbruik van machtspositie als een beheersvennootschap van auteursrechten die in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft, op organisatoren van muziek-evenementen voor het recht op mededeling van muziekwerken aan het publiek een vergoedingsmodel toepast, onder meer gebaseerd op de omzet,

1. gebruik makende van een forfaitair tarief in schijven, in plaats van een tarief dat rekening houdt met het precieze aandeel (gebruik makend van de voortschrijdende technische hulpmiddelen) van het door de beheersvennootschap beschermde repertoire in de afgespeelde muziek tijdens het evenement?

2. dat licentievergoedingen mee laat afhangen van externe elementen, zoals onder meer de toegangsprijs, de prijs van consumpties, het artistieke budget voor de uitvoerders en het budget voor andere elementen, zoals decor?”

28 R.o. 26 Arrest.

29 R.o. 26 Arrest.

30 R.o. 41 Arrest.

31 R.o. 20 en 41 Arrest.

32 R.o. 41 Arrest.

33 R.o. 4.9 Vonnis.

34 Zie <https://Sena.nl/files/original/Sena-tarievenoverzicht-2019.pdf>. Voor externe partijen geldt evenwel het door het Hof vastgestelde 'dance events' tarief. Zie ook het proces-verbaal van de pleidooizitting gehouden op 22 november 2018, p. 6. Sena heeft opgemerkt dat het klopt 'dat events waar een toegangsticket minder dan 25 euro bedraagt, worden geschaard onder horeca-events'.

35 Verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend door de Ondernemingsrechtbank Antwerpen (België) op 10 mei 2019 – Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) tegen Wearone.World BVBA, Wecandance NV, C-372/19.

1. Onbillijk tarief

1.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG,³⁶ artikel 16 richtlijn 2014/26/EU,³⁷ artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) heeft het hof tarieven vastgesteld die onbillijk zijn omdat die niet in redelijke verhouding staan tot de economische waarde van het (werkelijke) fonogramgebruik op dance events. Het hof miskent dat Sena als wettelijk monopolist misbruik van machtspositie maakt en/of dat geen juist evenwicht wordt bereikt tussen het belang van de fonogramproducenten en de gebruikers 1) door de recette als grondslag voor de vergoeding te kiezen zonder de kosten af te trekken die niet gerelateerd zijn aan het fonogramgebruik terwijl er andere grondslagen bestaan en ook (in vergelijkbare gevallen) worden toegepast op basis waarvan de vergoeding eerlijker kan worden berekend en/of 2) doordat Sena niet mee wil werken aan vaststelling van het aandeel Sena-repertoire dat op dance events wordt gebruikt, terwijl er methoden (op basis van moderne technologieën) bestaan waarmee het fonogramgebruik nauwkeurig kan worden berekend.

1.2. Of het oordeel van hof is terzake onvoldoende gemotiveerd en/of geeft blijk van ongemotiveerd terzijde laten van essentiële stellingen van de Organisatoren.³⁸

2. Te hoge vergoeding in verhouding tot de tarieven van andere dansgelegenheden

2.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) oordeelt het hof in rov. 12 dat een speciaal tarief voor dance events redelijk is gelet op de speciale plaats die dance events in het uitgaansleven innemen, 's Hof arrest is onjuist, omdat het hof heeft nagelaten de billijke vergoeding vast te stellen aan de hand van de meest relevante criteria. Het gaat er niet om of dance events een speciale plaats innemen in het uitgaansleven. Het gaat er met name om of (de economische waarde van) het

fonogramgebruik op dance events (zodanig afwijkt dat het in verhouding tot de Organisatoren en de nabuurrechthebbenden redelijk is dat een ander, nieuw tarief wordt vastgesteld.

2.2. Het oordeel van het hof is (althans) onbegrijpelijk, waar het in rov. 12 en 20 overweegt dat dance de belangrijkste onderscheidende factor is. Zonder dance, geen dance event, schrijft het hof. Onbegrijpelijk is op basis van welke criteria het hof aanneemt dat een hoger tarief voor dance gerechtvaardigd is in verhouding tot andere muziekstromingen. In de feitenvaststelling (rov. 1 Tussenarrest) neemt het hof de vaststelling in rov. 2.6 Vonnis dat voornamelijk commerciële fonogrammen ten gehore worden gebracht *niet* over. In rov. 32 gaat het hof uit van een percentage van 60% Sena-repertoire. Het debat van partijen, noch het deskundigenrapport geven aanknopingspunten voor de vaststelling dat bij andere muziekstromingen van een lager percentage Sena-repertoire moet worden uitgegaan, waardoor 's hof arrest onvoldoende gemotiveerd is.

2.3. Onbegrijpelijk is op basis van welke criteria het hof aanneemt dat een hoger tarief voor dance events gerechtvaardigd is in verhouding tot dance op reguliere clubavonden. Het hof overweegt in rov. 12 dat dance events in ontwikkeling kwamen in de jaren '80 van de vorige eeuw en met name sinds de jaren '90 van de vorige eeuw een grote vlucht genomen hebben. Het hof ziet eraan voorbij dat die ontwikkeling niet specifiek op dance events zag, maar ook op reguliere clubavonden omdat dance in het algemeen vanaf de jaren '90 zeer populair is.³⁹ Het fonogramgebruik op reguliere clubavonden onderscheidt zich (dan ook niet) (althans onvoldoende) van dance events (80–90% dance) zodat een hoger tarief niet (zonder meer) gerechtvaardigd is.⁴⁰ Ter voorkoming van willekeur is het wenselijk dat het begrip 'dance event' duidelijk wordt afgebakend.⁴¹ Daardoor is het oordeel van het hof (ook) onvoldoende gemotiveerd, want onbegrijpelijk, nu het hof heeft nagelaten het begrip dance event te definiëren of af te bakenen ten opzichte van andere dansgelegenheden waar dance wordt gedraaid.

2.4. Voor zover 's hofs arrest in samenhang moet worden gelezen met rov. 4.15 van het Vonnis waar de rechtbank overweegt dat discotheken en clubs geen entreprijs heffen en dat bij dance events wel gebruikelijk is, is 's hofs oordeel evenmin begrijpelijk. Immers, zoals door de Organisatoren naar voren gebracht, is het gebruikelijk dat er een entreprijs wordt gegeven op reguliere clubavonden⁴² en zoals door het hof vastgesteld in rov. 43 en 44 zijn er ook dance events die geen entreprijs heffen. Doordat het hof deze essentiële stellingen buiten be-

36 Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom.

37 Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt. Verg. artikel 21 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten dat weliswaar nog niet op deze zaak van toepassing is, maar waaruit wel kan worden afgeleid dat het wenselijk wordt geacht dat licentievoorwaarden zijn gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende criteria.

38 CvA Org. par. 51–53, 70–73, 76, CvD Org. par. 64, Pleitnota HB Org. par. 15–17, 22–25, 35–36, 49–70.

39 Productie 16 Org., CvD Org. p. 7.

40 CvA Org. par. 15–18, CvD Org. par. 7–16, 20, Pleitnota EA Org. par. 10–17, MvG Org. par. 3 en grief 4 en grief 17, Productie 52 Org., MvA inc. Org. p. 43.

41 MvA inc. Org. par. 22.

42 CvD Org. par. 10, 13, MvG Org. Grief 8 punt 1 en Grief 17 punt 4, productie 6 en 16 Org. en Pleitnota EA Org. 16, MvA Inc. Org. par. 47.

schouwing heeft gelaten, is 's hof arrest onvoldoende gemotiveerd.

3. Te hoge vergoeding in verhouding tot muziekfestivals

3.1. In elk geval heeft het hof onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang omdat het hof de (aanzienlijk lagere) tarieven van de muziekfestivals niet in zijn oordeel betrokken heeft. Zonder motivering is althans onbegrijpelijk op basis van welke criteria het hof aanneemt dat een hoger tarief voor dance events gerechtvaardigd is in verhouding tot het aanzienlijke lagere tarief voor muziekfestivals. Doordat het hof de essentiële stelling van de Organisatoren dat dance een groot onderdeel van de programmering van muziekfestivals uitmaakt⁴³ buiten beschouwing heeft gelaten, is 's hof arrest (in elk geval) onvoldoende gemotiveerd.

4. Te hoge vergoeding in verhouding tot het buitenland

4.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG artikel 16 richtlijn 2014/26/EU artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) laat het hof de billijke vergoeding die in het buitenland voor dance events wordt betaald buiten beschouwing. Dat de verschillen in grondslagen en hoogte van de tarieven groot zijn, zoals het hof in rov. 23 overweegt, vormt (althans) geen toereikende motivering om de tarieven in het buitenland buiten beschouwing te laten. Dit vormt juist een aanwijzing dat de hoogte van het tarief en/of de grondslag die *Sena* voor dance events hanteert (zonder voorziening voor niet-muziekgerelateerde kosten), onbillijk is, zoals ook door de Organisatoren is aangevoerd.⁴⁴ Bovendien is onbegrijpelijk dat het hof de Belgische zaak tussen *SABAM* en de Belgische organisatoren van muziekfestivals niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken heeft, terwijl in die zaak vergelijkbare problematiek speelt.⁴⁵

4.2. Voorts is het oordeel onjuist (want in strijd met art. 150 Rv). Waar de Organisatoren gemotiveerd hebben betwist dat het dance event tarief billijk is in verhouding tot het buitenland, diende de onderbouwing/bewijslast van het tegendeel op *Sena* te rusten. Bovendien is 's hof oordeel terzake onbegrijpelijk, nu de Organisatoren zich hebben beroepen op de tarieven in België (*SIMIM*) en het Verenigd Koninkrijk (*PPL*) en zich op het standpunt hebben gesteld dat het praktisch uiterst bezwaarlijk is om nog meer buitenlandse tarieven voor dance events te achterhalen, terwijl het voor *Sena* minder problematisch is om die informatie van haar zuster-

organisaties op te vragen en *Sena* op dit punt niets naar voren heeft gebracht.⁴⁶

5. Te hoge vergoeding in verhouding tot het verleden

In rov. 24 oordeelt het hof dat bij de bepaling van de hoogte van het tarief slechts beperkte betekenis toekomt aan de tarieven die *Sena* in het verleden heeft gehanteerd. Voorts oordeelt het hof in rov. 13 dat aan de toepassing van het dansmuziek tarief op dance events niet het vertrouwen kan worden ontleend dat dat tarief van toepassing zou blijven op dance events.

5.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) laat het hof na zijn oordeel te baseren op een vergelijking van de economische waarde van het fonogramgebruik op dance events in het verleden ten opzichte van het heden of op andere objectieve, niet-discriminerende en verifieerbare criteria. Bij de bepaling van de door de Organisatoren verschuldigde billijke vergoeding dient een juist evenwicht te worden bereikt tussen het belang van de fonogrammenproducent om een vergoeding te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te gebruiken, met dien verstande dat de billijkheid van deze vergoeding aan de hand van de meest relevante informatie met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer. Doordat het hof deze regel in rov. 13 en 24 heeft miskend, is het in zoverre van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan; indien het hof deze regel aan die overweging ten grondslag heeft gelegd, heeft het onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven.

5.2. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is immers onduidelijk op grond waarvan het hof oordeelt dat (de waarde van) het fonogramgebruik op dance events in 2004 én opnieuw in 2009 (zodanig) gestegen is dat tot twee keer toe een aanzienlijke tariefsverhoging gerechtvaardigd is. Door de Organisatoren is immers gemotiveerd aangevoerd dat de waarde van het fonogramgebruik op dance events in de loop der jaren niet is gestegen.⁴⁷ Op de partij die de stelling betreft dat een hogere billijke vergoeding verschuldigd is, omdat (de waarde van) het fonogramgebruik is toegenomen, rust de bewijslast van die stelling. Ten onrechte gaat het hof van het omgekeerde uit.

5.3. 's Hof's overweging in rov. 13 dat er geen ander tarief voorhanden was, terwijl *Sena*, vanaf het moment dat het duidelijk was dat dance events een blijvend fenomeen waren, heeft geprobeerd een nieuw tarief toe te passen, vormt geen toereikende motivering. Het hof ziet er aan voorbij dat er vanaf

43 CvA Org. 21, 28, 43, CvD Org. par. 18, productie 4 en 7 Org. MvG Org. grief 19 par. 1.

44 Pleitnota EA Org. par. 27 en 34, MvG Org. Grief 20, Pleitnota HB Org. par. 45, Memorie na deskundigenbericht par. 24.

45 Productie 55 en 56 Organisatoren, Pleitnota HB Org. par. 22-25 en 33.

46 MvG Org. Grief 20.

47 Pleitnota HB Org. par. 35, MvG Org. Grief 3.

1993 een tarief voorhanden was dat Sena als wettelijk monopolist eenzijdig heeft vastgesteld (expliciet met het oog op dance)⁴⁸ en gedurende een periode van meer dan 10 jaar op dance events heeft toegepast.⁴⁹ 's Hof's arrest is voorts onbegrijpelijk, waar onduidelijk is vanaf welk moment het volgens het hof voor Sena duidelijk was dat dance events een blijvend fenomeen waren. Voor zover het arrest zo moet worden begrepen dat het hof aanneemt dat dit pas vanaf 2004 voor Sena duidelijk was, is ook die aanname zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Het is immers innerlijk tegenstrijdig met de vaststelling in rov. 12 dat dance events al in de jaren '80 in ontwikkeling kwamen en met name sinds de jaren '90 van de vorige eeuw een grote vlucht genomen hebben en de essentiële stellingen van de Organisatoren dat juist die ontwikkeling voor Sena aanleiding was het dansmuziekertarief te introduceren.⁵⁰ Bovendien laat het hof na te motiveren waarom in 2009 dan opnieuw een aanzienlijke tariefverhoging gerechtvaardigd is, waardoor 's hofs arrest ook op dat punt onvoldoende gemotiveerd is.

5.4. Voor zover 's oordeel in rov. 42 zo moet worden begrepen dat het hof oordeelt dat het dansmuziekertarief van 1993 en het 2004-tarief dat Sena in rekening heeft gebracht, beperkte betekenis toekomt omdat die tarieven steeds het gevolg waren van een onderhandelingsresultaat dat achteraf na langdurige en moeizame onderhandelingen werd bereikt en waarbij ook andere belangen een rol (kunnen) hebben gespeeld, is dat oordeel onjuist (want in strijd met artikel 24 Rv), althans onbegrijpelijk gemotiveerd. Door partijen is dat standpunt niet betrokken. De hoogte van voornoemde tarieven zijn eenzijdig door Sena vastgesteld. Sena heeft het dansmuziekertarief zonder voorbehoud gedurende een periode van meer dan 10 jaar op dance events toegepast, welk tarief (dus) niet het resultaat is van langdurige onderhandelingen.⁵¹

6. De recepte niet de meeste relevante grondslag

6.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) oordeelt het hof in rov. 14 e.v. dat de recepte de beste keuze is voor het vaststellen van de billijke vergoeding. De recepte is echter geen billijke grondslag omdat die niet in verhouding staat tot het fonogramgebruik op dance events omdat de ticketprijs met name de niet-muziekgerelateerde kosten reflecteert. De billijke vergoeding moet namelijk worden vastgesteld op basis van de meest relevante criteria en met name worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het fonogrammen-

gebruik. Doordat het hof deze regel heeft miskend, is het in zoverre van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan; indien het hof deze regel aan die overweging ten grondslag heeft gelegd, heeft het onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven, en 's hofs oordeel is op dit punt tegenstrijdig. Immers, zoals het hof in rov. 19 overweegt is het bezwaar tegen het hanteren van de recepte als grondslag dat deze de ticketprijs als uitgangspunt neemt, terwijl de ticketprijs ook dient ter dekking van allerlei niet-muziekgerelateerde kosten die door de Organisatoren terugverdiend moeten worden. Te denken valt aan kosten voor beveiliging, logistiek, voor aankleding van locaties en voor niet direct muziek gerelateerd entertainment. De Organisatoren hebben met stukken onderbouwd gesteld (in hun productie 42 en ten pleidooie)⁵² dat deze kosten een onevenredig groot deel uitmaken van de totale kosten en verhoudingsgewijs zwaar meetellen in de vaststelling van de billijke vergoeding. Sena heeft dit niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof uit gaat van de juistheid van deze stelling. In die omstandigheden is in elk geval onbegrijpelijk dat het hof in rov. 18 overweegt dat de ticketprijs een indicatie is van de verkoopwaarde van het fonogramgebruik en in rov. 14 t/m 21 kiest voor de recepte als grondslag.

6.2. Voorts is het oordeel in rov. 18 dat bij de recepte het draagkrachtbeginsel gewaarborgd wordt, onvoldoende gemotiveerd. Dit beginsel wordt door het hof juist veronachtzaamd nu het hof de vergoeding (te zeer) relateert aan de entreprijs en onvoldoende acht slaat op de kosten en daardoor onvoldoende rekening houdt met de werkelijke rendementen van de betreffende organisator.⁵³

6.3. 's Hof's oordeel in rov. 18 dat het hanteren van de recepte als grondslag in lijn is met de vergoedingsgrondslag die door Buma wordt gehanteerd, is zonder motivering – die ontbreekt – onbegrijpelijk. Immers, zoals door de Organisatoren gesteld, is de recepte slechts één onderdeel van het tarief van Buma,⁵⁴ terwijl de gages en uitkoopsommen van de artiesten (door partijen ook wel 'muziekwaarde' genoemd) in oorsprong de belangrijkste vergoedingsgrondslag voor Buma is,⁵⁵ niet de recepte, hetgeen het hof ten onrechte niet in zijn oordeel betrokken heeft.

7. De gage/onkosten van de dj's meer relevante grondslag

7.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 24 Rv) verzuimt het hof in zijn overwegingen te betrekken dat partijen het erover eens zijn dat de gages van de dj's de meest zuivere grondslag is voor de vaststelling van de billijke vergoeding,⁵⁶ althans is

52 Pleitnota HB Org. par. 22–25, 31; MvG Org. grief 3.

53 MvG Org. grief 6 punt 4; pleitnota HB Org. par. 29.

54 Pleitnota HB Org. par. 11, MvG Org. grief 9, Memorie na deskundigenbericht Org. par. 23 en 24.

55 Pleitnota HB Org. par. 32, Memorie na deskundigenbericht Org. par. 6 en 39; MvG Org. grief 6 punt 3.

56 MvA Sena par 75 en 88; Pleitnota HB Org. par. 29, 33, MvG Org. Grief 4.

48 MvG Org. Grief 17 par. 2.

49 Pleitnota EA Org. par. 10–12, Memorie na deskundigenbericht Org. par. 47–49, 53, Pleitnota HB Org. par. 6–8, 37.

50 Pleitnota HB Org. par. 6–8, 37, MvG Org. Grief 17 par. 2.

51 Pleitnota HB Org. par. 6–8, 37, MvG Org. grief 17 punt 2–3.

het oordeel van het hof terzake onvoldoende met redenen omkleed. Weliswaar overweegt het hof in rov. 15 dat partijen het erover eens dat de 'muziekwaarde' de meeste zuivere grondslag is voor de vaststelling van de billijke vergoeding. Het oordeel van het hof is echter onbegrijpelijk waar het hof de term 'muziekwaarde' definieert als de waarde van de door de Organisatoren gebruikte muziek in het handelsverkeer, terwijl partijen en de rechtbank de term 'muziekwaarde' gebruiken voor het aandeel van de kosten voor het inhuren van de dj's in het totale budget van het evenement, uitgedrukt in een percentage.⁵⁷

7.2. Voor zover het hof in rov. 15 oordeelt dat partijen het erover eens zijn dat de waarde van de door de Organisatoren gebruikte muziek in het handelsverkeer, de meest zuivere grondslag is voor de vaststelling van de billijke vergoeding is (ook) dat oordeel onbegrijpelijk. De Organisatoren hebben zich immers op het standpunt gesteld dat aan de economische waarde geen beslissende betekenis toekomt.⁵⁸

7.3. 's Hofs oordeel in rov. 14 dat aan elk van de door partijen naar voren gebrachte grondslagen nadelen kleven en partijen baat hebben bij een duidelijk, relatief eenvoudig te hanteren en te controleren grondslag die zo veel mogelijk tegemoet komt aan die bezwaren, vormt een ontoereikende motivering voor het oordeel in rov. 16 dat de gage een onwenselijke grondslag voor de vaststelling van de billijke vergoeding is. Immers, – de bezwaren die het hof in rov. 16 aanvoert tegen de gage van dj's als grondslag, gaan evenzeer (of zelfs meer) voor de recette op (zie tevens onder 7.5). Zonder motivering – die ontbreekt – is in elk geval onbegrijpelijk dat het hof aanneemt dat de recette het eenvoudigst te hanteren en controleren is. Voor het vaststellen van de billijke vergoeding op basis van de recette is immers steeds zowel de verkoopaantallen als de entreprijs nodig, terwijl voor de andere grondslagen minder informatie nodig is. De billijke vergoeding op basis van de gages en onkosten van de dj's is eenvoudig vast te stellen aan de hand van de administratie van de Organisatoren, waarvoor bovendien alleen informatie over de gages en onkosten van de dj's nodig is.⁵⁹

7.4. Ten onrechte want met schending van art. 150 Rv oordeelt het hof in rov. 16 dat de Organisatoren geen werkbare oplossing hebben voorgesteld voor de bezwaren tegen de gage van de dj's als grondslag. Bij memorie van antwoord in par. 76–77 heeft Sena de stelling betrokken dat de gage onvol-

doende representatief is en de administratieve last om de gage vast te stellen groot is. Sena heeft die stellingen echter niet nader onderbouwd. Sena heeft geen stukken overgelegd waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de gages of kosten van dj's veel hoger zijn dan de waarde van het fonogrammengebruik, dat de gages regelmatig nihil zijn of de administratie van de Organisatoren gebrekkig is op het punt van de onkosten en gages van dj's. Terzake is ook geen bewijs aangeboden. Bovendien laat het hof ten onrechte buiten beschouwing dat de Organisatoren aangetoond hebben dat de door Sena genoemde bezwaren in de praktijk niet of nauwelijks bestaan.⁶⁰ Immers, fonogrammenproducenten komen zelf met dj's kickback-regelingen overeen op basis van de gage⁶¹ en de gage en onkosten van dj's is ook voor Buma al jarenlang de meest toegepaste grondslag voor vaststelling van de billijke vergoeding.⁶² Ten onrechte heeft het hof de Organisatoren dan ook belast met het aandragen van oplossingen, terwijl de Organisatoren geen concrete oplossingen konden aandragen voor bezwaren die niet (cijfermatig of gemotiveerd) onderbouwd zijn of nergens anders uit blijken.

7.5. Voor zover het oordeel van het hof in rov 16 niet reeds onjuist is, is het oordeel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd:

– Dat de gage in voorkomende gevallen hoger kan zijn dan de waarde van het fonogrammengebruik, vormt nog geen toereikende motivering voor 's hofs oordeel dat de recette een betere keuze is. Door partijen is immers niet gesteld dat de gage onevenredig hoog is ten opzichte van het fonogrammengebruik. Door de Organisatoren is daarentegen gesteld en cijfermatig onderbouwd dat de ticketprijs (waarop de recette wordt berekend) wel onevenredig veel hoger is dan de waarde van het fonogrammengebruik,⁶³ zoals ook door het hof is vastgesteld in rov. 19.

– Dat de gage in voorkomende gevallen nihil kan zijn, vormt nog geen toereikende motivering voor 's hofs oordeel dat de recette een betere keuze is. Ook de ticketprijs (waarop de recette is gebaseerd) kan nihil zijn, zoals het hof in rov. 43 en 44 erkent. De Organisatoren hebben bovendien aangevoerd dat als de ticketprijs nihil is de gages dat (doorgaans) niet zijn en voorts (cijfermatig) onderbouwd dat de gages niet of zelden nihil zijn.⁶⁴

– Uit productie 42 Organisatoren blijkt dat zowel de gages als de inkomsten uit de entreegelden in de administratie worden vastgelegd.⁶⁵ Zonder na-

57 Zie ter illustratie de met Sena besproken definitie van muziekwaarde: productie 27a/b, productie 26a en productie 42 (berekening muziekwaarde van verschillende dance events).

58 Pleitnota HB Org. par. 13–14.

59 MvG Org. grief 9 met verwijzing naar productie 27; in productie 27b wordt naast een definitie van 'muziekwaarde' ook uitleg gegeven over de praktische toepassing, waarbij Sena o.a. een auditrecht krijgt om de administratie te controleren; zie daarnaast bijlage 22 deskundigenbericht en het als bijlage 23 aangehechte verslag van de tweede hoorzitting.

60 Productie 27a/b Org, MvA Inc. Par. 54 met uitleg over de boekingscontracten met de dj's en dat er nauwelijks administratieve lasten zijn.

61 Pleitnota HB Org. par. 30; productie 49 Org.

62 MvG Organisatoren grief 9, Productie 21, Mondelinge toelichting Org. Geschillencie par. 9 (Bijlage 15 deskundigenbericht), Pleitnota Org. HB par. 32.

63 Pleitnota HB Org. par. 22–25, 31; MvG Org. grief 3.

64 Productie 42 Organisatoren. Zie ook Memorie na Deskundigenbericht Org. par. 25.

65 Producties 26, 27 en 42 Organisatoren en bijlage 22 en 23 Deskundigenbericht.

dere motivering – die ontbreekt – is dan ook onbegrijpelijk dat het hof in rov. 16 oordeelt dat de administratieve last om de gages vast te stellen groot is en in rov. 18 oordeelt dat de recepte vrij makkelijk te controleren is omdat de inkomsten uit de entreegelden zullen worden vastgelegd in de administratie van de Organisatoren.

8. Vergoeding te veel betrekking op niet-muziekgerelateerde kosten

8.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) is 's hofs vaststelling van de heffingsgrondslag te onnauwkeurig door in rov. 20 in beperkte mate een voorziening voor niet-muziekgerelateerde kosten te treffen, en dan uitsluitend voor dance events met een ticketprijs hoger dan € 85 en voor dance events waarbij een overnachting onderdeel uitmaakt van een dance event. Dit is onjuist omdat voor alle dance events de niet-muziekgerelateerde kosten een onevenredig groot deel uitmaken van de totale kosten, waardoor niet-muziekgerelateerde kosten verhoudingsgewijs zwaar meetellen bij de vaststelling bij de billijke vergoeding, ongeacht de aard en omvang van het dance event en de hoogte van de ticketprijs.

8.2. Dat aan de andere heffingsgrondslagen ook bezwaren kleven en muziek de belangrijkste onderscheidende factor is van dance events, zoals het hof in rov. 20 overweegt vormt (althans) geen toereikende motivering om bij de vaststelling van de billijke vergoeding geen (behoorlijke) voorziening te treffen voor niet-muziekgerelateerde kosten, 's Hofs beslissing om niet-muziekgerelateerde kosten niet uit de heffingsgrondslag te filteren is dan ook onbegrijpelijk, althans diende nader te worden gemotiveerd. Dit geldt te meer, nu het hof afwijkt van het deskundigenbericht dat adviseert om bij alle dance events rekening te houden met niet-muziekgerelateerde kosten (zonder onderscheid of het dance event groot of klein is).⁶⁶

8.3. In rov. 42 stelt het hof de billijke vergoeding voor dance events met een ticketprijs van meer dan € 85 vast op 80% van de overige events, 's Hofs oordeel is aldus onvoldoende gemotiveerd, waar het hof geen inzicht geeft in zijn gedachtegang waarom bij deze grote dance events slechts een voorziening van 20% voor niet-muziekgerelateerde kosten gerechtvaardigd is. Voorts geeft dit oordeel blijk van een (ongemotiveerde) terzijdestelling van de essentiële en onderbouwde stelling van de Organisatoren dat gemiddeld 75% van de productiekosten van dance events betrekking heeft op niet-muziekgerelateerde kosten⁶⁷ en daarom een correctie van ten

minste 45% redelijk is⁶⁸ waardoor het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd is.

8.4. 's Hofs oordeel is althans onvoldoende met redenen omkleed, doordat het zonder nadere motivering niet begrijpelijk is dat het hof voor de meerderheid van de dance events, namelijk de dance events met een ticketprijs beneden € 85 geen voorziening opneemt, terwijl vaststaat dat de niet-muziekgerelateerde kosten ook voor die dance events een (onevenredig) groot deel uitmaken van de totale kosten (rov. 19).⁶⁹ Ook als vaststaat dat grote dance events relatief veel niet-muziekgerelateerde kosten maken, zoals het hof in rov. 20 overweegt, rechtvaardigt dat niet dat het hof voor dance events met een ticketprijs minder dan € 85 helemaal geen voorziening treft. Immers, ook kleinere en middelgrote dance events maken relatief veel niet-muziekgerelateerde kosten.⁷⁰ In het licht van deze omstandigheden is het oordeel van het hof derhalve onbegrijpelijk.

8.5. In rov. 19 overweegt het hof dat niet-muziekgerelateerde kosten bij (kleine en grote) dance events die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties verhoudingsgewijs zwaar meetellen in de vaststelling van de billijke vergoeding. Dat op kleinere en middelgrote dance events minder niet-muziekgerelateerde entertainment wordt aangeboden, zoals het hof in rov. 38 overweegt, rechtvaardigt 's hofs oordeel niet. Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk dat het hof zijn oordeel baseert op de absolute hoogte van de niet-muziekgerelateerde kosten en niet op de relatieve kosten (wat is het percentage niet-muziekgerelateerde kosten op het totaal van de productiekosten), terwijl juist bij die kleinere en middelgrote dance events die niet-muziekgerelateerde kosten verhoudingsgewijs (dus relatief) zwaar meetellen in de vaststelling van de billijke vergoeding.⁷¹

9. Afgebroken onderhandelingen ten onrechte uitgangspunt

9.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) neemt het hof in rov. 26 e.v., uitgaande van een ticketprijs van € 50 en van 70% Rome-repertoire, een prijs van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt. Het hof betreft immers ten onrechte in zijn overwegingen de buitengerechtelijke onderhandelingen in november/december 2013 waar partijen op hoofdlijnen overeenstemming zouden hebben bereikt, terwijl het hof zijn oordeel

68 Pleitnota HB Org. par. 72, Memorie na deskundigenbericht Org. par. 23 en 44.

69 Productie 42 Organisatoren.

70 Pleitnota HB Org. par. 18, Memorie na deskundigenbericht Org. par. 8.

71 CvA Org. par. 69 en 70, CvD Org. par. 52. Pleitnota Org. EA par. 25, MvG Org. grief 10, MvA inc. Org. par. 83.

66 Deskundigenbericht Geschillencommissie pagina 7, laatste alinea.

67 Productie 42 Organisatoren, Pleitnota HB Org par. 19.

had moeten baseren op de meest relevante criteria voor de vaststelling van de billijke vergoeding.

9.2. Althans is het oordeel van het hof terzake onvoldoende met redenen omkleed, want onbegrijpelijk. Immers, zowel Sena als de Organisatoren hebben betwist dat op hoofdlijnen overeenstemming is bereikt.⁷² Sena heeft in deze procedure ook *niet gevorderd dat sprake is van een overeenkomst*, althans geen nakoming van (afgebroken onderhandelingen) van deze overeenkomst gevorderd.⁷³ Bovendien brengt het feit dat in het kader van *buitengerechtelijke* besprekingen op hoofdlijnen overeenstemming zou zijn over een prijs van € 0,75 per bezoeker bij een ticketprijs van € 50, nog niet mee dat die prijs reëel is om als uitgangspunt te dienen voor het vaststellen van de billijke vergoeding. Partijen verschillen bovendien van inzicht over het percentage Sena-repertoire, welk van doorslaggevende betekenis is voor de vaststelling van de billijke vergoeding. Daardoor is het oordeel van het hof dat er op hoofdlijnen overeenstemming was onvoldoende met redenen omkleed.

10. Percentage Sena-repertoire

10.1. Terecht oordeelt het hof in rov. 30 dat bij de vaststelling van de uitgangspunten ter bepaling van de billijke vergoeding, dient te worden uitgegaan van een zo realistisch mogelijk (gemiddeld) percentage Sena-repertoire. Ten onrechte (want in strijd met deze regel en/of met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) beslist het hof vervolgens in rov. 32 dat moet worden uitgegaan van een percentage Sena-repertoire van 60% zonder die beslissing te baseren op moderne technologie op basis waarvan nauwkeurig en objectief het percentage fonogramgebruik uit het Sena-repertoire kan worden vastgesteld.⁷⁴

10.2. Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk hoe het hof het percentage Sena-repertoire van 60% berekend heeft. Het lijkt erop dat het hof zich in rov. 32 baseert op het door Sena genoemde percentage van 68,4% of de eerder door Sena gehanteerde ervaringsregel van 70% en dat percentage met 10% ver-

laagt vanwege de correctie voor werkelijk live gespeelde muziek in rov. 32, terwijl de Organisatoren die ervaringsregel en het onderzoek (productie 7 Sena) waarop dat percentage gebaseerd is gemotiveerd hebben betwist (productie 29 en 37).⁷⁵ Bovendien heeft het hof essentiële stellingen van de Organisatoren op dit punt gepasseerd. 's Hof's oordeel is ontoereikend gemotiveerd omdat het hof niet kenbaar in zijn oordeel betreft dat Sena zonder gegronde reden weigert mee te werken aan moderne monitortechniek (die ook Buma gebruikt)⁷⁶ op basis waarvan het op dance events gebruikte percentage Sena-repertoire nauwkeurig kan worden vastgesteld, terwijl Sena (wettelijk) de enige organisatie in Nederland is die beschikt over de informatie op basis waarvan een nauwkeurige vaststelling van het fonogramgebruik kan worden gemaakt.⁷⁷

10.3. Het oordeel van het hof is voorts onbegrijpelijk in het licht van de stelling van de Organisatoren dat het Sena-repertoire nooit hoger kan zijn dan het (48%) Buma-repertoire dat op dance events wordt gedraaid omdat Sena anders dan Buma niet het gehele wereldrepertoire vertegenwoordigt.⁷⁸

10.4. In rov. 32 overweegt het hof dat DJ Monitor er, blijkens haar toelichting in productie 73 van de Organisatoren, ten onrechte van uit gaat dat online beschikbare muziek die 'nergens officieel verkrijgbaar' is, niet tot het Sena-repertoire behoort. Vervolgens oordeelt het hof dat krachtens artikel 7 lid 2 WNR ook online voor het publiek beschikbaar gestelde muziek onder het begrip 'voor commerciële doelen uitgebrachte fonogrammen' valt en daarmee onder het Sena-repertoire. Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, want is in strijd met (de ratio) van artikel 7 WNR. Immers, het hof rekt het begrip 'voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen' te ver op 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.

10.5. Voor zover 's hofs oordeel niet reeds rechtens onjuist is, is het oordeel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd. Zonder nadere motivering valt niet in te zien dat het billijk is dat Sena voor alle online beschikbare muziek een billijke vergoeding incasseert, terwijl Sena die vergoeding niet uitkeert aan de particulier die de muziek heeft vastgelegd om (zonder commerciële doeleinden) online beschikbaar te stellen. 's Hof's oordeel is dan ook onbegrijpelijk omdat het in zijn motivering aandacht had

⁷² MvG par. 8 en 9, MvA/MvG incidenteel Sena par. 31, 33 en 34, Antwoordakte Organisatoren na Tussenarrest par. 14. Eventueel ook nog proces-verbaal van pleidooi HB waarin dit nogmaals uitdrukkelijk betwist is en de Organisatoren gesteld hebben dat Sena geen nakoming van een vermeende regeling heeft gevorderd. *Zie het proces-verbaal van de pleidooizitting gehouden op 22 november 2018, p. 3 (onder 8ste streep) en 4 (onder 4e, - 6e en 9e streep).*

⁷³ MvG Org. par. 8. Nader aan te vullen, zie voorbehoud in verband opvragen proces-verbaal. *Zie het proces-verbaal van de pleidooizitting gehouden op 22 november 2018, p. 3 (onder 8ste streep) en 4 (onder 4e, 6e en 9e streep).*

⁷⁴ Verg. Productie 29 en 37 Org. CvA Org. par. 64, 65, 75–81, CvD Org. par. 59–63, 65, Pleitnota Organisatoren eerste aanleg par. 39–45, MvG Org. par. 16, 17, 24–34, grief 1, grief 13 en grief 22, MvA incidenteel Org. par. 2–18, 73, 87 en 89–95, Pleitnota HB Organisatoren par. 67.

⁷⁵ MvG Org. Par. 16, 30–34, grief 1 en 22, MvA incidenteel appel Org. par. 13, Pleitnota EA Org. Par. 39–41, Pleitnota HB Org. Par. 49–69.

⁷⁶ MvG Organisatoren par. 30–33; Pleitnota HB Org. 59; MvA Inc. Org. par. 87–93.

⁷⁷ Pleitnota HB Org. par. 59, 62 en 69, MvA incidenteel appel par. 25.

⁷⁸ Pleitnota EA par. 40–41, MvG Org. Grief 1 en grief 22 punt 4, CvA Org. Par. 65, productie 29 Org.

moeten besteden aan de essentiële stellingen van de Organisatoren in dit verband.⁷⁹

10.6. In elk geval is 's hofs arrest onvoldoende gemotiveerd, omdat onduidelijk is in hoeverre het hof bij de vaststelling dat op dance events 60% Sena-repertoire wordt gebruikt, online muziek heeft meegerekend (waaronder de opname van niet uitgebrachte muziek en de opname van live muziek door een particulier).

10.7. Voorts miskent het hof ten onrechte, althans heeft het hof buiten beschouwing gelaten, dat – zoals door de Organisatoren gesteld en toegelicht⁸⁰ – het voor de Organisatoren niet eens mogelijk was om terzake van het Sena-repertoire bewijs te leveren omdat Sena weigerde mee te werken om het precieze aandeel Sena-repertoire door middel van moderne en onafhankelijke technologie vast te stellen, terwijl door middel van die technologie aan de hand van de playlists van de dance events eenvoudig kan worden nagegaan welk percentage tot het Sena-repertoire behoort en de Organisatoren terzake uitdrukkelijk hebben aangeboden alle benodigde informatie te verstrekken.⁸¹

10.8. In rov. 33 overweegt het hof dat in rov. 26 reeds overwogen is dat een tarief van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt kan dienen voor de vaststelling van een billijk tarief voor dance events, uitgaande van een 70% Sena-repertoire. Nu het hof voor de vaststelling van de billijke vergoeding een Sena-repertoire van 60% in plaats van 70% als uitgangspunt neemt, dient hiervoor evenredig gecorrigeerd te worden. Daarbij moet in aanmerking genomen worden dat een tarief van € 0,65 in plaats van het evenredige tarief van € 0,64 op jaarbasis in absolute bedragen aanzienlijk is. Door het tarief niet evenredig lager vast te stellen is 's hof oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd. Door te verwijzen naar het arrest *SENA/NKP*⁸² miskent het hof dat onevenredige aanpassing in dit geval niet zonder meer gerechtvaardigd is en de omstandigheden in het arrest *SENA/NKP* zich in deze zaak niet voordoen, nu de vermindering van het percentage Sena-repertoire in deze zaak aanzienlijk lager is, terwijl de billijke vergoeding in 10 jaar tijd meer dan verdriedubbeld is,⁸³ waaruit kan worden afgeleid dat een *SENA/NKP* correctie voor de incassokosten reeds in die tariefverhoging verdisconteerd is. Een en ander leidt tot de slotsom dat de motivering van het hof ook op dit punt tekortschiet. Dit geldt te meer, nu het hof afwijkt van het advies van deskun-

digenbericht om bij een lagere vaststelling van het Sena-repertoire het tarief in beginsel 'naar rato' te verlagen.⁸⁴

10.9. In rov. 35 en 36 overweegt het hof dat het beoogt te voorkomen dat de Organisatoren al te lichtzinnig gebruik maken van de mogelijkheid om het daadwerkelijke percentage Sena-repertoire vast te stellen. Dit oordeel is onjuist, althans zonder nadere motivering, onbegrijpelijk, want tegenstrijdig met het deskundigenbericht⁸⁵ en in strijd met de regel in rov. 30 dat bij de vaststelling van de billijke vergoeding moet worden uitgegaan van een zo realistisch mogelijk (gemiddeld) percentage Sena-repertoire, maar ook in strijd met het transparantiebeginsel (in elk geval in relatie tot de nabuurrechthebbers in het kader van de repartitie). In rov. 35–37 laat het hof het vervolgens aan Sena om vast te stellen wat het werkelijke percentage Sena-repertoire is. Dit oordeel is onjuist, want in strijd met het transparantiebeginsel. Zonder nadere motivering is onbegrijpelijk, dat het hof niet de voorwaarde stelt dat Sena daarbij gebruik moet maken van moderne technologieën – zoals DJ monitor – op basis waarvan preciezer het gebruikte Sena-repertoire kan worden vastgesteld. Het is althans onbegrijpelijk dat het hof nalaat aanwijzingen te geven hoe het door Sena vast te stellen Sena-repertoire gecontroleerd kan worden.⁸⁶

11. Ticketprijs

11.1. Ten onrechte (want met schending van artikel 7 WNR, artikel 8 lid 2 Richtlijn 2006/115/EG, artikel 16 richtlijn 2014/26/EU, artikel 16 en 102 VWEU, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) rekent het hof in rov. 40 de gemiddelde ticketprijs uit op basis van de ticketprijzen van het hogere marktsegment (de duurdere dance events op externe locaties) en laat daarbij de ticketprijzen van het lagere marktsegment buiten beschouwing (in discotheken, clubs en andere dansgelegenheden), terwijl dat lagere marktsegment een groter (of aanzienlijk deel) van de markt betreft en de ticketprijzen in dat segment aanzienlijk lager zijn.⁸⁷

11.2. Het oordeel in rov. 40 dat de gemiddelde ticketprijs € 40 is, is althans onvoldoende gemotiveerd. Zonder nadere motivering die ontbreekt, is onbegrijpelijk dat het hof zich in rov. 40 uitsluitend baseert op de in productie 51 overgelegde mail van Fanalists, waarin wordt gesteld dat de gemiddelde ticketprijs voor dance events op jaarbasis in 2016 nog € 40,50 bedroeg, terwijl het hof de ticketprijs van het lagere segment dance events in discotheken, clubs en andere dansgelegenheden met een ge-

79 MvG Org. par. 22, MvA Inc. Org. par. 3. Zie *proces-verbaal van de pleidooizitting gehouden op 22 november 2018*, p. 3 onder *twaaalfde (een na laatste) streep*.

80 MvG Org. par. 30, grief 22 par. 2, MvA incidenteel Org. par. 73, pleitnota Org. HB par. 59, 62 (met verwijzing naar productie 71) en 69.

81 Zie toelichting in productie 27b over 'muziekwaarde', waarin vanuit de Organisatoren is opgenomen dat de Organisatoren – gelijk de regeling met Buma – standaard zullen meewerken aan monitoring.

82 HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694, NJ 2006, 376.

83 Pleitnota HB Org. par. 40–47.

84 Deskundigenbericht Geschillencommissie pagina 9, derde en vierde alinea.

85 Deskundigenbericht Geschillencommissie pagina 9, derde en vierde alinea.

86 Pleitnota HB Org. par. 69.

87 MvG Org. Par. 15 en grief 17 par. 6.

middele prijs van € 12,50 tot € 15, buiten beschouwing laat.⁸⁸

12. De recette

12.1. In rov. 26 neemt het hof een prijs van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt bij de vaststelling van een billijk vergoeding voor dance events, uitgaande van een ticketprijs van € 50. In rov. 33 en 41 verlaagt het hof de prijs per bezoeker van € 0,75 naar € 0,65 per bezoeker (nu het hof een Sena-repertoire van 60% in plaats van 70% hanteert). Vervolgens stelt het hof in rov. 39–41 de gemiddelde ticketprijs op € 40 per bezoeker in plaats van € 50. Het hof gaat dus uit van een 20% lagere ticketprijs dan het in rov. 26 genoemde uitgangspunt. 's Hof's oordeel is daardoor onjuist, want te onnauwkeurig, althans is zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat het hof de prijs per bezoeker niet evenredig 20% lager vaststelt. Hetgeen neerkomt op een prijs van € 0,52 per bezoeker in plaats van de in rov. 41 genoemde € 0,65.⁸⁹

12.2. 's Hof's oordeel is onjuist, want te onnauwkeurig, althans is zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat het hof vanwege de 20% lagere ticketprijs, niet ook de berekening van de recette evenredig aanpast. Dit komt neer op een billijke vergoeding van 1,3% van de recette (0,52/40) – in plaats van 1,625% (0,65/40).⁹⁰

12.3. 's Hof's oordeel is onjuist, want te onnauwkeurig, althans is zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat het hof vanwege de 20% lagere ticketprijs, niet ook de berekening van de recette voor grote dance events evenredig aanpast. In rov. 42 stelt het hof de billijke vergoeding voor grote dance events vast op 80% van het percentage voor (de in rov. 41 genoemde) overige dance events. Dit komt neer op een billijke vergoeding van 1,04% van de recette (80% van 1,3%, zie onder 12.2).⁹¹

Conclusie A-G mr. G.R.B. van Peurseem:

1. Inleiding en samenvatting

Deze zaak gaat over de billijke vergoeding voor het openbaar maken van fonogrammen op dance evenementen (bedoeld in art. 7 lid 1 Wnr, het Sena dance-events tarief).

Het hof heeft de billijke vergoeding vastgesteld op een percentage van de recette, te weten 1,625% voor dance evenementen met een ticketprijs tot € 85 en 1,3% voor dance evenementen met een hogere ticketprijs. Voor gratis dance evenementen is de billijke vergoeding gesteld op € 0,075 per bezoeker (met een minimum en een maximum totaalbedrag).

Het hof heeft eerst gemotiveerd waarom een apart tarief voor dance evenementen redelijk is en waarom de recette de beste grondslag is. Uitgaande van een gemiddelde ticketprijs van € 50 en van 70% vergoedingsplichtig repertoire, neemt het hof een tarief van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt. Daarna heeft het hof het percentage Sena-repertoire bijgesteld tot 60%. Het tarief per bezoeker is om die reden gecorrigeerd naar € 0,65. De gemiddelde ticketprijs bedraagt volgens het hof € 40. Het hof is aldus uitgekomen op het percentage van 1,625% (€ 0,65/40) van de recette. Bij evenementen met een ticketprijs van € 85 en meer heeft het hof het percentage *ex aequo et bono* op 1,3% (80% van 1,625%) gesteld. Het hof overweegt bovendien dat een organisator gegevens kan aanleveren voor de vaststelling van het werkelijke percentage Sena-repertoire; blijkt dit percentage hoger of lager te zijn dan 60% dan moet de billijke vergoeding naar evenredigheid worden bijgesteld.

In het 12 onderdelen tellende cassatieberoep bestrijden de Organisatoren de vaststelling van een apart tarief voor dance evenementen, het gebruik van de recette als grondslag, het ontbreken van een correctie voor niet-muziekgerelateerde kosten, het tarief per bezoeker, het percentage Sena-repertoire en de gemiddelde ticketprijs. Naar mijn mening falen de onderdelen 1–11. Uit de rechtspraak van het HvJ EU (waaronder *SABAM/Wearone*) volgt dat het hanteren van een aan de omzet of inkomsten gerelateerd tarief een normale wijze van exploitatie van IE-rechten voor muziek is en dat zo'n tarief ook zonder correctie voor niet-muziekgerelateerde kosten op zichzelf niet in strijd is met het Unierecht. Voor het overige is de beslissing van het hof verweven met waarderingen van feitelijke aard.

Ten aanzien van onderdeel 12 ligt dat anders. Bij het vaststellen van het tarief per bezoeker (eerst € 0,75, daarna bijgesteld tot € 0,65) is uitgegaan van een gemiddelde ticketprijs van € 50. Nadien is het hof tot de conclusie gekomen dat de gemiddelde ticketprijs lager is en € 40 bedraagt. Het hof heeft niet onderzocht of deze bijstelling van de gemiddelde ticketprijs ook gevolgen heeft voor het tarief per bezoeker. Onderdeel 12 betoogt volgens mij terecht dat het hof dit wel had moeten nagaan. De keuze voor de recette als grondslag impliceert dat een evenredig verband bestaat tussen de ticketprijs en de billijke vergoeding. Uitgaande van dit evenredige verband zou Uw Raad de zaak zelf kunnen afdoen door het tarief per bezoeker te stellen op € 0,52 (€ 40/€ 50 oftewel 4/5de van € 0,65), de billijke vergoeding bij een ticketprijs tot € 85 te bepalen op 1,3% (€ 0,52/€ 40) van de recette en de billijke vergoeding bij een ticketprijs boven € 85 op 1,04% (80% van 1,3%) van de recette vast te stellen.

88 Memorie van Grieven par. 15, Memorie na deskundigenbericht Org. par. 58–60, Pleitnota HB Org. par. 48; productie 52.

89 In combinatie met klacht 10.8 komt dit neer op een prijs van € 0,51 per bezoeker (0,64–0,128, want 20% van € 0,64 is 0,128).

90 In combinatie met klacht 10.8 komt dit neer op een billijke vergoeding van 1,275% van de recette (0,51/40).

91 In combinatie met klacht 10.8 komt dit neer op een billijke vergoeding van 1,02% van de recette (80% van 1,275%).

2. Feiten en procesverloop¹

Feiten

2.1. Sena is krachtens art. 15 lid 1 van de Wet op de Naburige Rechten (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 zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerend kunstenaar of hun rechtverkrijgenden.

2.2. Bij de bepaling van de hoogte van de in art. 7 Wnr bedoelde billijke vergoeding maakt Sena een onderscheid tussen verschillende vormen van het gebruik van muziek. Zo hanteert Sena verschillende vergoedingsmodellen voor het muziekgebruik door enerzijds organisatoren van evenementen en anderzijds horeca-instellingen. Ten aanzien van de organisatoren van evenementen maakt het vergoedingsmodel van Sena onderscheid tussen dance events, muziekfestivals en overige evenementen. Ten aanzien van horeca-instellingen wordt een onderscheid gemaakt tussen het gebruik van de fonogrammen als achtergrondmuziek in bijvoorbeeld restaurants, en als amusementsmuziek in bijvoorbeeld discotheken en clubs (hierna: 'het discothekentarief').

2.3. Het discothekentarief is gebaseerd op het aantal vierkante meters van de publiekstoegankelijke ruimte(s) in combinatie met het aantal openstellingen per jaar. De precieze hoogte van het discothekentarief is in de loop der jaren gewijzigd.

2.4. Sena hanteert sinds 2004 een speciaal tarief voor muziekgebruik bij dance events. In de jaren 2004 tot en met 2008 bestond dat tarief uit het navolgende bedrag per bezoeker per dag:

JAAR	BEDRAG
2004	€ 0,23
2005	€ 0,30
2006	€ 0,38
2007	€ 0,39
2008	€ 0,40

2.5. Vanaf 1 januari 2009 hanteert Sena het volgende vergoedingsmodel voor muziekgebruik bij dance events (hierna: 'het dance events-tarief'). In dit model is de vergoeding een percentage van de recette, dat wil zeggen het aantal verkochte kaarten maal de entreeprijs, met een aflopende staffel.

BEZOEKERS	PERCENTAGE
1 t/m 10.000	3%
10.001 t/m 20.000	2,5%
20.001 t/m 30.000	2%
30.001 e.v.	1,5%

Voor gratis dance events bedraagt de vergoeding € 0,075 per bezoeker met een minimum van € 50 en een maximum van € 2.000.

2.6. De Organisatoren zijn organisatoren van dance events waarop dance muziek ten gehore wordt gebracht, zoals house-, techno-, electro- en trancemuziek.

Procesverloop in eerste aanleg

2.7. Bij dagvaarding van 16 december 2009 heeft Sena de Organisatoren in rechte betrokken. In eerste aanleg heeft Sena gevorderd de in art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van fonogrammen door de Organisatoren op de door hen georganiseerde dance events vast te stellen op het dance events-tarief of een door de rechtbank in goede justitie te bepalen vergoeding. Verder vordert Sena, samengevat, de Organisatoren te gebieden alle gegevens te verschaffen die nodig zijn om de door ieder van de Organisatoren verschuldigde billijke vergoeding vast te stellen met betrekking tot alle dance events die zij vanaf 1 januari 2004² tot het moment van het te wijzen vonnis hebben georganiseerd.

2.8. Bij vonnis van 2 oktober 2013³ heeft de rechtbank:

- de in art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding voor het tot en met 31 december 2013 openbaar maken van fonogrammen door de Organisatoren, uitgaande van een aandeel van repertoire dat, kort gezegd, is uitgebracht of geproduceerd in een land binnen de EU, EER of in een land daarbuiten dat het Verdrag van Rome⁴ heeft geratificeerd (verder 'het Rome-repertoire') van tenminste 70%, vastgesteld op het door Sena in die periode gehanteerde discothekentarief;

- de in art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding voor het met ingang van 1 januari 2014 openbaar maken van fonogrammen door de Organisatoren, uitgaande van een aandeel van het Rome-repertoire van tenminste 70%, voor gratis dance events vastgesteld op € 0,075 per bezoeker, met een minimum van € 50 en een maximum van € 2.000, en voor de overige dance events op 1,5% van de recette;

² Rov 2.1 onder B van het tussenarrest van 2 juni 2015 vermeldt hier abusievelijk '1 januari 2010'.

³ IEF 13096, AMI 2015/12. Zie over dit vonnis: J.P. Poort, Billijke vergoeding in recht en economie, AMI 2015-6, p. 157-161.

⁴ Internationaal Verdrag van 26 oktober 1961 inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, Trb. 1986/182.

¹ De feiten en het procesverloop zijn ontleend aan rov. 1.1-1.6, 2.1-2.2 en 3 van het eerste tussenarrest: Hof Den Haag 2 juni 2015, zaaknummer 200.142.023/01 (ongepubliceerd).

- elk van de Organisatoren bevolen binnen vier weken na betekening van het vonnis Sena de gegevens te verschaffen die nodig zijn om de door die Organisator verschuldigde billijke vergoeding vast te stellen, welke gegevens betrekking dienen te hebben op alle dance events die de betreffende Organisator heeft georganiseerd sinds 1 januari 2004 tot het moment van betekening van het vonnis.

Procesverloop in hoger beroep

2.9. De Organisatoren zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Sena heeft incidenteel appel ingesteld en haar eis vermeerderd. Zij vordert na die eisvermeerdering dat het hof:

A. de in art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van fonogrammen door de Organisatoren op de door hen georganiseerde dance events bij gebruik van 70% of meer 'Rome repertoire' vaststelt als volgt:

- 3% van de entreprijs voor events waar een entreprijs wordt betaald;
- € 0,075 per bezoeker voor gratis events, met een minimum per event van € 50 en een maximum van € 2000 (aan te passen conform de CPI-index);⁵ dan wel (subsidiar) een door het hof in goede justitie te bepalen vergoeding;

B. verklaart voor recht dat wanneer de Organisatoren een tarief wensen te betalen dat is gebaseerd op muziekgebruik van minder dan 70% 'Rome repertoire', zij gehouden zijn om per event na afloop van dat event op hun kosten alle relevante gegevens over het daadwerkelijk muziekgebruik digitaal aan te leveren op grond waarvan Sena kan vaststellen of het percentage 'Rome repertoire' lager is dan 70%; dan wel (subsidiar) een door het hof in goede justitie te bepalen verplichting voor de Organisatoren waardoor Sena zonder onredelijke kosten te hoeven maken kan vaststellen wat het percentage 'Rome repertoire' is;

C. de Organisatoren gebiedt om binnen 30 (dertig) dagen na betekening van het te wijzen arrest, en vervolgens per toekomstig dance event steeds binnen 30 (dertig) dagen na het bewuste evenement, alle omzetgegevens, ticketprijzen en het aantal bezoekers aan Sena te verschaffen die nodig zijn om de door ieder der Organisatoren verschuldigde billijke vergoeding vast te stellen, welke gegevens wat het verleden betreft betrekking dienen te hebben op alle dance events die gedaagden sinds 1 januari 2004 tot het betekenen van het te wijzen arrest hebben georganiseerd;

D. de Organisatoren veroordeelt in de kosten van de procedure.

2.10. Bij tussenaarrest van 2 juni 2015 heeft het hof vastgesteld dat beide partijen verzoeken om een deskundigenbericht te gelasten (rov. 4). Zij willen op de voet van art. 24 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs-

en naburige rechten⁶ (Wtcb) een advies verkrijgen over de hoogte van de billijke vergoeding van de in art. 22 Wtcb bedoelde geschillencommissie (hierna: 'de Geschillencommissie'). Het hof ziet aanleiding om de Geschillencommissie als deskundige te benoemen (rov. 4.1) en ziet zich gesteld voor de vraag of het advies moet worden beperkt tot de periode vanaf 1 januari 2014 vanwege het verweer van de Organisatoren dat overeenstemming is bereikt over de vergoeding tot en met 31 december 2013 (rov. 4.2-4.3). Het hof heeft partijen verzocht zich hierover uit te laten.

2.11. Bij tussenaarrest van 8 december 2015 heeft het hof vastgesteld dat Sena haar eis heeft vermindert in die zin dat zij haar vordering heeft beperkt tot de periode na 2009 en dus alleen nog een billijke vergoeding vordert voor de periode vanaf 1 januari 2010 (rov. 3). Verder heeft het hof overwogen dat het advies, gelet op de eensluidende standpunten van partijen daarover, betrekking zal hebben op de periode vanaf 1 januari 2014 (rov. 4).

2.12. De Geschillencommissie heeft haar rapport bij brief van 17 januari 2018 aan het hof gezonden (hierna: 'het deskundigenbericht'). Het deskundigenbericht bevat de volgende conclusie:

"CONCLUSIE:

Omtrent de hoogte van de door de Dance Organisatoren vanaf 1 januari 2014 voor de door hen georganiseerde / te organiseren dance events aan Sena verschuldigde billijke vergoeding ex artikel 7 lid 1 WNR adviseert de Geschillencommissie Auteursrechten als volgt:

- Bij een aandeel van tenminste 70% Rome-repertoire en 0% live door een DJ ten gehore gebrachte fonogrammen acht de geschillencommissie een basistarief (zonder aanmeldkorting) van 1,875% van de recette billijk. Alsdan is bij een maximale korting van 33,3% het billijke tarief 1,25% van de recette.

- Onder 'recette' wordt hier verstaan het totaal aantal bezoekers x de ticketprijs minus btw. Nadere specificering van wat onder recette is te verstaan dient op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderhandeling te worden vastgesteld. Indien partijen een andere grondslag overeenkomen (en daarbij uitgaan van een andere omschrijving van de recette), dan zou dat naar de opvatting van de meerderheid van de commissie van invloed moeten zijn op de hoogte van het over de grondslag te berekenen percentage. Een minderheid van de commissie deelt deze opvatting niet en meent dat de onderhandeling dan van zijn betekenis en effect zou worden ontdaan.

- Is in een concreet geval het aandeel Rome-repertoire van de tijdens het 'dance event'

⁵ Afkorting voor de 'Consumentenprijsindex' van het Centraal Bureau voor de Statistiek.

⁶ Wet van 6 maart 2003, Stb. 2003/111. Het genoemde artikel 24 Wtcb is in onze zaak niet rechtstreeks van toepassing nu de inleidende dagvaarding is uitgebracht op 16 december 2009 en daarmee voor de inwerkingtreding van dat artikel op 1 juli 2013 (zie rov. 4.1 van het tussenaarrest van 2 juni 2015 en rov. 10 van het eindarrest).

gebruikte muziek lager dan 70%, dan zou dat in beginsel naar rato een verlaging van de te betalen vergoeding moeten inhouden, maar daarbij zal in concreto met alle omstandigheden van het geval rekening moeten worden gehouden.

- Is in een concreet geval het aandeel van de 'live' muziek hoger dan 0%, dan zou dat in beginsel naar rato een verlaging van de te betalen vergoeding moeten inhouden, maar daarbij zal in concreto met alle omstandigheden van het geval rekening moeten worden gehouden. Dit voor zover het aandeel 'live' muziek al niet is meegenomen in het aandeel niet-Rome repertoire.

- Voor gratis 'dance events' acht de geschillencommissie een tarief billijk van € 0,075 per bezoeker, met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09. De commissie acht het billijk dat dit tarief vanaf 2015 jaarlijks wordt geïndexeerd op basis van de Consumenten Prijsindex (CPI).

(...)"

2.13. Over de recette als grondslag van de vergoeding vermeldt het rapport onder meer:

"Grondslag van de vergoeding

(...) Voor een meer zuivere bepaling van de 'waarde van het gebruik van het werk in het economisch verkeer' moet naar het oordeel van de commissie aangeknoopt worden bij de waarde die het publiek, aan wie het fonogram ten gehore wordt gebracht, daar aan toekent. Niet de 'inkoopwaarde' van de muziek moet derhalve het aanknopingspunt zijn, maar de 'verkoopwaarde'.

De commissie is van oordeel dat de recette (het totaal aantal bezoekers x de ticketprijs minus de BTW) een verkoopwaarde in bovenstaande zin vertegenwoordigt en dus in die zin een goede en praktisch uitvoerbare grondslag vormt voor de te betalen vergoeding. De commissie erkent evenwel dat er bij 'dance events' kosten worden gemaakt die geen betrekking hebben op het ten gehore brengen van de muziek. Te denken valt aan kosten voor de inrichting van een camping, het organiseren van een theatervoorstelling of het doen houden van een lezing. Aard en omvang van deze niet-muziekgerelateerde kosten verschillen van 'event' tot 'event'. Daarom heeft de commissie afgezien van het in algemene zin benoemen van deze op de recette in mindering te brengen kosten. Het wordt aan partijen overgelaten om op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderling overleg de recette nader te specificeren. Beide partijen hebben zich ter zitting van 20 juni 2017 uitdrukkelijk bereid verklaard hier aan mee te willen werken. De commissie gaat er in haar advies dan ook vanuit dat beide partijen zich daarvoor in zullen zetten en daarvoor ook de benodigde informatie aan elkaar zullen verstrekken."

2.14. Partijen hebben de zaak op 22 november 2018 laten bepleiten.

Het eindarrest

2.15. Bij eindarrest van 11 juni 2019⁷ heeft het hof, in het principaal en incidenteel appel, het vonnis van 2 oktober 2013 vernietigd en opnieuw rechtdoende het volgende beslist:

- stelt de op grond van artikel 7 lid 1 WNR bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van commercieel uitgebrachte fonogrammen door de Organisatoren op de door hen georganiseerde dance evenementen bij gebruik van 60% of meer Sena-repertoire vanaf 1 januari 2014 vast als volgt:

- voor alle dance evenementen met een ticketprijs tot € 85: 1.625, van de recette;

- voor dance evenementen met een ticketprijs van € 85 en meer: 1.3% van de recette;

- voor gratis dance evenementen: € 0,075 per bezoeker met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09.

- bepaalt dat de hiervoor genoemde tarieven voor gratis dance evenementen en het hiervoor genoemde bedrag van € 85 jaarlijks, voor het eerst per 1 januari 2015, dienen te worden geïndexeerd op basis van de Consumentenprijsindex van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CPI);

- bepaalt dat, indien een overnachting (camping/hotel/bungalow) onderdeel uitmaakt van een dance evenement én de prijs van de overnachting is meegenomen in de ticketprijs, bij de berekening van de recette de prijs van de overnachting in mindering wordt gebracht op de ticketprijs;

- bepaalt dat wanneer een organisator een tarief wens[t] te betalen dat is gebaseerd op muziekgebruik van minder dan 60% Sena-repertoire, deze gehouden is om per evenement na afloop van dat evenement alle relevante gegevens over het daadwerkelijke muziekgebruik digitaal aan te leveren op grond waarvan Sena kan vaststellen of het percentage Sena-repertoire lager is dan 60%;

- bepaalt dat als uit de vaststelling van het werkelijke percentage Sena-repertoire blijkt dat dat percentage hoger of lager is dan 60%, de door de betreffende organisator te betalen billijke vergoeding naar evenredigheid zal worden bijgesteld;

- bepaalt dat de betreffende organisator en Sena de redelijke en evenredige kosten ter vaststelling van het werkelijke percentage gebruikt Sena-repertoire ieder voor de helft dienen te dragen;

- gebiedt elk van de Organisatoren afzonderlijk om binnen 30 (dertig) dagen na betekening van dit arrest, en vervolgens per toekomstig dance evenement steeds binnen 30 (dertig) dagen na het bewuste evenement, aan Sena de gegevens te verschaffen die nodig zijn om de door de betreffende organisator verschuldigde billijke vergoeding vast te stellen, welke gegevens wat het verleden betreft betrekking dienen te hebben op alle dance evenementen die de betreffende organisator sinds 1 januari 2014 tot het moment van betekening van het te dezen te wijzen arrest heeft georganiseerd.

⁷ ECLI:NL:GHDHA:2019:1922, IER 2019/39 m.nt. J.M.B. Seignette.

- bepaalt dat de (gezamenlijke) Organisatoren en Sena de kosten van het deskundigenbericht ieder voor de helft dienen te dragen;
- compenseert de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep des dat elk van partijen de eigen kosten draagt;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

De bepalingen in het dictum zien op de periode vanaf 1 januari 2014, en dus niet op de periode van 2010 tot 2014, omdat de Organisatoren volgens het hof terecht stellen dat zij met Sena overeenstemming hebben bereikt over de periode van 2010 tot 2014 (rov. 5–7).

2.16. Bij de motivering van de beslissing is het hof, voor zover in cassatie nog van belang, ingegaan op de volgende aspecten:

- dance evenementen als zelfstandige categorie (rov. 12–13);
- grondslag billijke vergoeding (rov. 14–21);
- hoogte van de vergoeding (rov. 22–26);
- Sena-repertoire (rov. 27–37);
- percentage (rov. 38–42).

De overwegingen over de gratis evenementen (rov. 43–44) zijn in cassatie niet bestreden.

Dance evenementen als zelfstandige categorie

2.17. Het hof is tot het oordeel gekomen dat een speciaal tarief voor dance evenementen redelijk is. In dat kader overweegt het hof onder meer als volgt:

“12. De Organisatoren stellen zich op het standpunt dat de door hen verschuldigde billijke vergoeding zou moeten worden bepaald aan de hand van het horeca-/discothekentarief (gebaseerd op het aantal vierkante meters). Het creëren van een aparte tariefcategorie voor dance evenementen achten zij in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het hof volgt de Organisatoren daarin niet. Dance evenementen kwamen, blijkens de stellingen van partijen, in ontwikkeling in de jaren '80 van de vorige eeuw en hebben met name sinds de jaren '90 van de vorige eeuw een grote vlucht genomen. Dance muziek is bij deze evenementen niet de enige, maar – naar het oordeel van het hof – wel de belangrijkste onderscheidende factor. Zonder dance muziek geen dance evenement. Het hof acht de toepassing van een speciaal tarief voor dance evenementen gelet op de speciale plaats die dance evenementen blijkens de stellingen van partijen in het uitgaansleven innemen, redelijk. Om diezelfde reden is geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel.

13. Het hof volgt de Organisatoren ook niet in hun stelling dat Sena een 'nabuurrechtelijke norm' heeft gecreëerd door in het verleden het horeca-/discothekentarief toe te passen op dance evenementen. De reden daarvan was immers uitsluitend dat er geen ander tarief voorhanden was, terwijl Sena, vanaf het moment dat het dui-

delijk was dat dance evenementen een blijvend fenomeen waren, heeft geprobeerd een nieuw tarief toe te passen. De Organisatoren konden aan de (tijdelijke) toepassing van het horeca-/discothekentarief dan ook niet het vertrouwen ontlenen dat dat tarief van toepassing zou blijven op dance evenementen. Het hof ziet in de toepassing van dat tarief in het verleden dan ook geen aanleiding om te bepalen dat dat tarief ook in de toekomst op dance evenementen van toepassing dient te zijn. Er dient voor de periode vanaf 1 januari 2014 een nieuw tarief vastgesteld te worden.”

Grondslag billijke vergoeding

2.18. Het hof stelt over de grondslag van de billijke vergoeding het volgende voorop. Aan elk van de door partijen naar voren gebrachte grondslagen kleven nadelen. Partijen hebben echter baat bij een duidelijke, relatief eenvoudig te hanteren en te controleren grondslag die zoveel mogelijk tegemoet komt aan die bezwaren (rov. 14). Partijen zijn het erover eens dat het hierbij gaat om de 'muziekwaarde' (de waarde van de door de Organisatoren gebruikte muziek in het handelsverkeer). Zij twisten over de vraag hoe die waarde moet worden vastgesteld (rov. 15).

2.19. In rov. 16 verwerpt het hof het standpunt van de Organisatoren dat de verschuldigde vergoeding het beste kan worden gerelateerd aan de gage die zij aan de dj's betalen:

“16. Volgens de Organisatoren kan de waarde van de tijdens dance evenementen ten gehore gebrachte muziek het beste worden vastgesteld door de verschuldigde billijke vergoeding te relateren aan de gage die zij voor een bepaald evenement aan de dj's betalen. Uit de stukken blijkt dat aan deze grondslag de volgende bezwaren kleven:

- de gage is onvoldoende representatief: de aan de dj's te betalen gage wordt niet alleen bepaald door de waarde van de door hen gebruikte commerciële fonogrammen. Zo hebben de Organisatoren ten pleidooie desgevraagd erkend dat een dj in voorkomende gevallen een hogere gage kan vragen naarmate hij/zij meer livemuziek en niet-commercieel uitgebrachte fonogrammen gebruikt. Het hof verwijst op dit punt voorts naar het deskundigenbericht. De Geschillencommissie overweegt dat de gage slechts ziet op (een deel van) de kosten die een Organisator moet maken om een fonogram openbaar te maken en dat de gage om uiteenlopende redenen zelfs nihil kan zijn, terwijl daarmee de waarde van het gebruik van het fonogram niet eveneens nihil is. Het hof maakt deze overweging tot de zijne;
- de administratieve last om de gage vast te stellen is groot: niet alleen moet inzicht worden gegeven in de gage van de dj's, maar ook in aan de dj's te vergoeden kosten, teneinde te con-

troleren of zijn gage niet kunstmatig laag wordt gehouden.

De Organisatoren hebben ter ondervanging van deze bezwaren geen werkbare oplossing voorgesteld. Dit maakt de gage naar het oordeel van het hof een onwenselijke grondslag voor de vaststelling van de billijke vergoeding.”

2.20. Daarna bespreekt het hof de mogelijkheid van een vast bedrag per bezoeker (rov. 17). Het hof concludeert dat een vast bedrag per bezoeker leidt tot een te grote ongelijkheid:

“17. Partijen hebben in het verleden ook gesproken over de mogelijkheid van het in rekening brengen van een vast bedrag per bezoeker. Die grondslag heeft als voordeel dat deze duidelijk, eenduidig en relatief eenvoudig te controleren is. Een vast bedrag per bezoeker is voorts concreter dan een tarief dat is gebaseerd op de zogenaamde muziekdichtheid (het aantal bezoekers per vierkante meter), dat de Organisatoren als alternatieve grondslag hebben voorgesteld. Beide partijen wijzen er evenwel op dat evenementen waarvoor een lage ticketprijs wordt geheven juist door deze heffingsgrondslag relatief zwaarder worden belast, hetgeen zij onredelijk en/of in strijd met het draagkrachtbeginsel achten. Ook het hof acht dit onwenselijk. Een vast bedrag per bezoeker leidt tot te grote ongelijkheid, in aanmerking genomen de grote verschillen in ticketprijzen. Bovendien heeft Sena onbestreden gesteld dat een vast bedrag per bezoeker als grondslag geen rekening houdt met a) de omvang en b) de duur van een evenement (te denken valt aan evenementen met meerdere podia en aan meerdaagse evenementen). Ook dit pleit tegen het hanteren van een vast bedrag per bezoeker als grondslag. Voor al die bezwaren zou een oplossing moeten worden gevonden, hetgeen afbreuk zou doen aan de wens om een zo eenvoudig mogelijk tarief/een eenvoudige grondslag te hanteren.”

2.21. Het hof sluit zich aan bij de slotsom van de Geschillencommissie dat de recette de beste grondslag is (rov. 18) en respondeert in dat kader op het bezwaar dat de ticketprijs ook dient ter dekking van allerlei niet-muziekgerelateerde kosten (rov. 19–20):

“18. Volgens de Geschillencommissie kan de waarde van de muziek het beste worden benaderd door de recette als grondslag te nemen. De recette is immers gerelateerd aan de ticketprijs, en de ticketprijs is volgens de Geschillencommissie een indicatie van de verkoopwaarde van de muziek, zijnde de waarde van de muziek in het economisch verkeer. Het hof sluit zich hierbij aan. De ticketprijs, basis van de recette, kan – tot op zekere hoogte – worden geacht een indicatie te zijn van de waarde die aan de muziek wordt toegekend. Daarbij komt dat de recette een duidelijke grondslag is, die vrij makkelijk te controleren is. De inkomsten uit de entreegelden zullen immers worden vastgelegd in de administratie

van de Organisatoren. Daarnaast wordt bij de recette als grondslag het draagkrachtbeginsel gewaarborgd, aangezien de recette overeenkomt met de inkomsten van de betreffende organisator. Het hanteren van de recette als grondslag is ten slotte in lijn met de vergoedingsgrondslag die door Buma wordt gehanteerd.

19. Een bezwaar tegen het hanteren van de recette als grondslag is dat deze de ticketprijs als uitgangspunt neemt, terwijl de ticketprijs ook dient ter dekking van allerlei niet-muziekgerelateerde kosten die door de Organisatoren terugverdiend moeten worden. Te denken valt aan kosten voor beveiliging, voor aankleding van locaties en voor niet direct muziek gerelateerd entertainment. De Organisatoren hebben met stukken onderbouwd gesteld (in hun productie 42 en ten pleidooie) dat deze kosten met name bij dance evenementen die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties, hetgeen doorgaans de grotere en duurere dance evenementen zijn, een onevenredig groot deel uitmaken van de totale kosten. Sena heeft dit niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof uit gaat van de juistheid van deze stelling. Dit betekent dat niet-muziekgerelateerde kosten bij evenementen die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties verhoudingsgewijs zwaar meetellen in de vaststelling van de billijke vergoeding. Het hof stelt vast dat de Geschillencommissie vernoemd bezwaar in haar deskundigenbericht heeft onderkend, maar geen oplossing biedt voor dit probleem. Zij laat het aan partijen over om ‘op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderling overleg de recette nader te specificeren’. Dat zou echter niet de duidelijkheid bieden die partijen voor ogen hebben. Dit klemt te meer daar partijen er gedurende 10 jaar niet in zijn geslaagd om overeenstemming te bereiken over deze kwestie. Partijen hebben er dan ook belang bij dat de parameters ter bepaling van de billijke vergoeding zo min mogelijk ruimte voor discussie laten.

20. Het is naar het oordeel van het hof redelijkerwijs niet mogelijk om voor alle niet-muziekgerelateerde onderdelen van de productiekosten uitzonderingen te formuleren. Dat zou geen recht doen aan het belang van partijen bij een eenduidig tarief. Daarom zal geaccepteerd moeten worden dat niet alle niet-muziekgerelateerde kosten uit de heffingsgrondslag kunnen worden gefilterd. Wel kan dit probleem enigszins worden ondervangen door bij evenementen met een hogere ticketprijs (dit zijn doorgaans de evenementen met relatief veel niet-muziekgerelateerde kosten), een lager percentage van de recette af te laten dragen. Overeenkomstig het voorstel van Sena, kan daarnaast voor evenementen waarbij een overnachting (camping/hotel/bungalow) onderdeel uitmaakt van een dance evenement én de prijs van de overnachting is meegenomen in de ticketprijs, een voorziening

worden getroffen in het tarief, waardoor deze kosten buiten de recette worden gehouden. Ook daarmee wordt enigszins tegemoet gekomen aan het bezwaar van de Organisatoren. Het hof zal de overnachting daarom geen onderdeel uit laten maken van de billijke vergoeding. Weliswaar zullen niet-muziekgerelateerde kosten dan nog steeds tot op zekere hoogte onderdeel uitmaken van de heffingsgrondslag, maar dat bezwaar weegt naar het oordeel van het hof – in aanmerking genomen het feit dat aan de andere heffingsgrondslagen ook bezwaren kleven en het feit dat de muziek de belangrijkste onderscheidende factor is van dance evenementen – niet zo zwaar dat daarmee de belangen van de Organisatoren niet voldoende gewaarborgd worden.”

Voor aparte tarieven voor ‘indoor’ en ‘outdoor’ events ziet het hof geen grond (rov. 21).

Hoogte van de vergoeding

2.22. Ter vaststelling van het af te dragen percentage van de recette hebben de rechtbank en de Geschillencommissie gerekend met € 0,75 per bezoeker, uitgaande van een gemiddelde ticketprijs van € 50 en 70% vergoedingsplichtig repertoire (rov. 22).

2.23. Voor een vergelijking met tarieven in omliggende landen ziet het hof geen aanleiding (rov. 23). De tarieven uit het verleden zijn volgens het hof slechts beperkt van belang (rov. 24):

“23. De Organisatoren stellen dat een tarief van € 0,75 per bezoeker in vergelijking met de in het buitenland in rekening gebrachte tarieven te hoog is. Ter onderbouwing van deze stelling verwijzen zij in de pleitnota in eerste aanleg in de eerste plaats naar de vermelding van de tarieven van SIMIM uit België en PPL uit het Verenigd Koninkrijk. Sena betwist dit. Zij stelt dat een vergelijking met buitenlandse tarieven niet veel oplevert, omdat er in het buitenland sterk verschillende tarieven en tariefstructuren bestaan. Hierop hebben de Organisatoren in elk geval ten aanzien van de in Duitsland gehanteerde tarieven erkend dat die zich niet laten vergelijken met de Nederlandse tarieven. Voor het overige hebben de Organisatoren geen toelichting gegeven op hun uitgangspunt dat de tarieven zich laten vergelijken.

De Geschillencommissie heeft ten aanzien van deze kwestie in het deskundigenbericht overwogen dat zij mede op basis van hetgeen partijen ten overstaan van de commissie hebben aangedragen, geen aanknopingspunten ziet voor het maken van een vergelijking met de tarieven die in (een) andere sector(en) gelden en met de tarieven in omliggende (EU-)landen, omdat de verschillen in de grondslag en hoogte van de tarieven zodanig groot zijn dat een vergelijking geen zinvolle informatie zou opleveren. Het hof maakt deze overwegingen van de Geschillencommissie tot de zijne. De conclusie luidt dat de in andere EU-lidstaten gehanteerde tarieven

geen aanknopingspunten bieden om tot de vaststelling van een billijke vergoeding te komen.

24. Daarnaast verwijzen de Organisatoren naar de hoogte van de tarieven die Sena in het verleden in rekening heeft gebracht. Ook in vergelijking met die tarieven vinden zij een bedrag van € 0,75 per bezoeker te hoog. Naar het oordeel van het hof stelt Sena daar terecht tegenover dat die tarieven steeds het gevolg waren van een onderhandelingsresultaat dat achteraf na soms langdurige en moeizame onderhandelingen werd bereikt en waarbij ook andere belangen een rol (kunnen) hebben gespeeld. Daarom komt bij de bepaling van de hoogte van het tarief slechts beperkte betekenis toe aan de tarieven die Sena in het verleden heeft gehanteerd.”

2.24. Het hof acht van meer belang dat partijen eind 2013 op hoofdlijnen overeenstemming hebben bereikt over een percentage van de recette dat, uitgaande van 70% Rome-repertoire, was gebaseerd op een prijs per bezoeker van € 0,75 bij een ticketprijs van € 50. Bij gebreke van andere aanknopingspunten gaat het hof hiervan uit (rov. 25):

“25. Het hof acht van meer betekenis dat ten pleidooie duidelijk is geworden dat partijen in november/december 2013 op hoofdlijnen overeenstemming hebben bereikt over het ten aanzien van de periode na 1 januari 2014 te hantieren tarief. Hoewel zij niet tot definitieve overeenstemming zijn gekomen (zij werden het met name niet eens over het percentage Rome-repertoire dat als uitgangspunt moest dienen), waren zij het wel eens over het te hanteren percentage van de recette, uitgaande van 70% Rome-repertoire. Dit percentage was eveneens gebaseerd op een prijs per bezoeker van € 0,75 bij een ticketprijs van € 50,00. Kennelijk vonden partijen dat een redelijk uitgangspunt voor het voor de toekomst vast te stellen tarief. Bij gebreke van enig ander aanknopingspunt, zal het hof uitgaan van dit bedrag.

26. Op grond van het voorgaande zal het hof, uitgaande van een ticketprijs van € 50,00 en van 70% Rome-repertoire, een prijs van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt nemen bij de vaststelling van de billijke vergoeding voor dance evenementen.”

Sena-repertoire

2.25. Naar de vaststelling van het hof is niet in geschil dat de Organisatoren een vergoeding dienen te betalen voor het gebruik van commercieel uitgebrachte fonogrammen (art. 7 Wnr). Dat betekent dat geen vergoeding verschuldigd is voor het gebruik van niet commercieel uitgebrachte fonogrammen en voor zover live muziek wordt gespeeld. Verder geldt het recht op de billijke vergoeding alleen voor fonogrammen waarvan de producent onderdaan is van, of is opgericht naar het recht van een staat die partij is bij het Verdrag van Rome (art. 32 lid 5 Wnr). Het hof duidt het vergoedingsplichtige repertoire aan als het Sena-repertoire (rov. 27).

2.26. De Organisatoren stellen dat hun muziek voor een belangrijk deel niet onder het Sena-repertoire valt omdat dj's frequent muziek uit de VS mixen (zodat op grond van art. 32 lid 5 Wnr geen vergoedingsrecht bestaat, aangezien de VS geen partij is bij het Verdrag van Rome), dj's veel niet commercieel uitgebrachte 'geheime' muziek gebruiken en dj's door de voortschrijdende techniek steeds meer live muziek ten gehore brengen. Het gemiddelde Sena-repertoire is volgens de Organisatoren tussen 35,5% en 40,94%. Sena stelt dat het gemiddelde percentage Sena-repertoire tussen 68,4% en 85,3% ligt (rov. 28). Het rapport van de Geschillencommissie bevat in zoverre geen aanknopingspunten (rov. 29–30).

2.27. Uit het HR-arrest *Sena/NKP*⁸ volgt, zo overweegt het hof, dat de bewijslast van de stelling dat en in welk percentage een organisator Rome-repertoire ten gehore brengt op Sena rust en dat Sena verplicht is om een lager tarief in rekening te brengen als een aanzienlijk lager percentage vergoedingsplichtig Rome-repertoire is gebruikt dan het percentage op grond waarvan het tarief is vastgesteld. Een organisator die van mening is dat hij een lager percentage Rome-repertoire heeft gebruikt dient deze stelling te onderbouwen met controleerbare informatie over het muziekgebruik, zo blijkt uit het hof-arrest *Sena/Digimusic*.⁹ Deze uitgangspunten gelden naar het oordeel van het hof ook bij de beantwoording van de vraag welk percentage Sena-repertoire gemiddeld tijdens dance evenementen wordt gebruikt (rov. 31).

2.28. Het hof acht het redelijk om uit te gaan van een gemiddeld percentage Sena-repertoire tijdens dance evenementen van 60% en motiveert dit oordeel als volgt:

"32. Ter onderbouwing van hun stelling dat het percentage Sena-repertoire tijdens dance evenementen gemiddeld tussen de 35,5% en 40,94% ligt, hebben de Organisatoren rapportages van DJ Monitor overgelegd (producties 29, 37 en 73). Nog daargelaten het standpunt van Sena dat de aan die rapportages ten grondslag liggende onderzoeken oncontroleerbaar zijn, heeft Sena er in haar productie 20 terecht op gewezen dat productie 37, 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 hun productie 73 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 er van uit dat herkende 'Live Performances' niet onder het Sena-repertoire vallen. Sena wijst er terecht op dat het gebruik van *commercieel uitgegeven opnames van livemuziek* zou kunnen

worden herkend als live muziek, 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/door de dj live gecreëerde muziek, aangezien DJ Monitor verwijst naar live muziek met IRC [lees: ISRC, A-G] codes. Daarbij komt dat DJ Monitor er, blijkens haar toelichting in productie 73 van de Organisatoren, ten onrechte van uit gaat dat online beschikbare muziek die 'nergens officieel verkrijgbaar' is, niet tot het Sena-repertoire behoort. Krachtens artikel 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 percentage 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 – naar de Organisatoren onderbouwd met productie 73 gemotiveerd hebben gesteld en Sena onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken – werkelijk live gespeelde muziek ook herkend kan worden. Gelet op het voorgaande acht het hof het redelijk om uit te gaan van een percentage Sena-repertoire van 60%. Het hof zal dit percentage als uitgangspunt nemen bij de vaststelling van de tarieven."

2.29. In rov. 33 memoreert het hof zijn overweging in rov. 26 dat een tarief van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt kan dienen voor de vaststelling van de vergoeding, uitgaande van een 70% vergoedingsplichtig repertoire. Nu het hof voor de vaststelling van de tarieven echter een Sena-repertoire van 60% als uitgangspunt neemt, dient hiervoor te worden gecorrigeerd. Het hof neemt dan ook een lager tarief als uitgangspunt, te weten € 0,65 per bezoeker (rov. 33).

2.30. Als individuele organisatoren stellen dat zij bij een evenement minder dan 60% Sena-repertoire hebben gebruikt, dan dienen zij deze stelling te onderbouwen. Het hof acht het redelijk dat de Organisatoren die gegevens binnen 30 dagen na het evenement digitaal aanleveren (rov. 34). Als uit de vaststelling van het werkelijke percentage Sena-repertoire blijkt dat dit percentage hoger of lager is dan 60% zal de billijke vergoeding evenredig worden bijgesteld (rov. 35). De betreffende organisator en Sena dienen de redelijke en evenredige kosten van de vaststelling van het werkelijke Sena-repertoire ieder voor de helft te dragen (rov. 36).

⁸ HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694, NJ 2006/376 m.nt. P.B. Hugenholtz.

⁹ Hof Den Haag 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6212.

Percentage

2.31. Het hof ziet geen aanleiding om het percentage van de recette dat dient te worden afgedragen voor kleine evenementen te verlagen (rov. 38). De Geschillencommissie is in haar berekening uitgegaan van een gemiddelde ticketprijs van € 40 (rov. 39). Het hof ziet geen reden om af te wijken van deze gemiddelde ticketprijs en overweegt daartoe als volgt:

“40. De Organisatoren stellen zich op het standpunt dat de door de Geschillencommissie vastgestelde gemiddelde prijs van € 40,00 over de volle breedte van de markt en gelet op de dalende trend van de gemiddelde ticketprijs nog steeds te hoog is, met name in relatie tot dance evenementen op daarvoor ingerichte locaties (clubs), waarvoor een gemiddelde prijs van € 12,50 tot € 15,00 volgens de Organisatoren reëler is. Dat de gemiddelde ticketprijs lager is dan € 40,00 is echter niet in lijn met de door de Organisatoren in productie 51 overgelegde mail van Fanalists, waarin wordt gesteld dat de gemiddelde ticketprijs voor dance evenementen op jaarbasis in 2016 nog € 40,50 bedroeg. Ook het betoog van de Organisatoren dat de gemiddelde ticketprijs sindsdien is gedaald naar € 32,63 kan niet worden gevolgd. Sena wijst er terecht op dat de door de Organisatoren genoemde prijzen niet uit de overlegde producties kunnen worden afgeleid. Het hof ziet dan ook geen aanleiding om af te wijken van de gemiddelde ticketprijs van € 40,00 waarmee de Geschillencommissie heeft gerekend.”

2.32. Uitgaande van de vaststellingen a) dat een tarief van € 0,65 als uitgangspunt billijk is en b) dat de gemiddelde ticketprijs € 40 bedraagt, heeft het hof het percentage ter berekening van de billijke vergoeding vastgesteld op 1,625% van de recette (0,65/40) (rov. 41). Voor grotere evenementen met een ticketprijs van meer dan € 85 heeft het hof het percentage ter berekening van de vergoeding ex aequo et bono vastgesteld op 80% van het percentage voor overige evenementen, dus op 1,3% van de recette (rov. 42).

2.33. Voor wat betreft de gratis evenementen volgt het hof het oordeel van de Geschillencommissie omdat partijen daartegen geen bezwaar hebben gemaakt. De billijke vergoeding wordt bij gratis evenementen gesteld op de volgende jaarlijks te indexeren tarieven: € 0,075 per bezoeker met een minimum van € 50,70 en een maximum van € 2.028,09 (rov. 43 en 46).

Procesverloop in cassatie

2.34. De Organisatoren hebben tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het eindarrest. De procesinleiding in cassatie bevat een voorbehoud wegens het ontbreken van het p-v van het pleidooi in hoger beroep. Na ontvangst van dit p-v hebben de Organisatoren een aangepaste procesinleiding ingediend met (in track changes) aanvullingen op subonderdeel 9.2 en voetnoten 34, 72, 73 en 79. Sena heeft

geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun zaak op 20 november 2020 laten bepleiten. Verder hebben partijen op diezelfde datum schriftelijke toelichting gegeven, waarna zij nog hebben gerepliceerd en gedupliceerd.

3. Juridisch kader¹⁰

De billijke vergoeding van art. 7 Wnr

3.1. Art. 7 lid 1 Wnr bepaalt dat een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan zonder toestemming van de producent¹¹ en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrigenden kan worden uitgezonden, heruitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald. Deze regeling is terug te voeren op art. 12 van het Verdrag van Rome.¹²

3.2. Op grond van art. 7 lid 2 Wnr wordt voor de toepassing van het eerste lid onder een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram mede begrepen een fonogram dat beschikbaar wordt gesteld voor het publiek. Deze bepaling is in 2008 met een reparatiewet ingevoegd.¹³ Zij is blijkens de wetsgeschiedenis¹⁴ ontleend aan art. 15 lid 4 van het Verdrag van 20 december 1996 van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (verder: 'WIPO') inzake uitvoeringen en fonogrammen (hierna: 'het Verdrag van Genève').¹⁵

3.3. Bij gebreke van overeenstemming is de Haagse rechtbank in eerste aanleg bevoegd om de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen (art. 7 lid 3 Wnr).

Collectief beheer

3.4. Art. 15 Wnr houdt in dat de billijke vergoeding moet worden betaald aan een door de Minister van Justitie aan te wijzen rechtspersoon die met de inning en verdeling van deze vergoeding is belast. Bij besluit van 29 juli 1993 is Sena als zodanig aan-

¹⁰ Hierbij put ik deels uit het juridisch kader dat is geschetst in de conclusie van A-G De Bock voor HR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:421, NJ 2020/349 m.nt. D.W.F. Verkade, punten 3.9-3.38 en 3.51-3.53, Geerts & Verschuur, Kort begrip intellectueel eigendomsrecht 2020/688-689 en J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Vsser, Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht (Recht en Praktijk, nr. IE2), 2019/17.17.

¹¹ Zie over de vraag wie als fonogramproducent moet worden aangemerkt, in het bijzonder bij dance muziek, uitvoering de (op dit moment nog niet gepubliceerde) conclusie van A-G Drijber in de lopende zaak *Spinnin' Records/Martin Garrix* (nrs. 20/01158 en 20/01155), punten 4.243-4.254.

¹² Kamerstukken II, 1988-1989, 21 244, nr. 3, p. 15 (MvT bij de Wet op de naburige rechten).

¹³ Wet van 13 maart 2008 tot herstel van wettelijke gebreken en leemten alsmede aanbrenging van andere wijzigingen van ondergeschikte aard in diverse wetsbepalingen op het terrein van het Ministerie van Justitie (Reparatiewet III Justitie), Stb. 2008/85.

¹⁴ Kamerstukken II, 2007-2008, 31 248, nr. 3, p. 14 (MvT bij Reparatiewet III Justitie).

¹⁵ Trb 1997/319 (Engelse en Franse tekst) en Trb 1998/248 (Nederlandse vertaling).

gewezen.¹⁶ Er is dus sprake van verplicht collectief beheer door Sena voor wat betreft de inning en verdeling van de billijke vergoeding.¹⁷ Uw Raad besliste in het arrest *AMP/Sena* dat ook de bevoegdheid tot vaststelling van de billijke vergoeding exclusief toekomt aan Sena.¹⁸

3.5. Sena heeft een andere positie dan het (bij het algemeen publiek beter bekende) Bureau voor Muziekauteursrechten (verder: 'Buma'). Buma bemiddelt inzake het muziekauteursrecht van de bij haar aangesloten componisten, tekstdschrijvers en muziekuitgeverijen (en dus niet inzake de naburige rechten van producenten en uitvoerend artiesten).¹⁹

Communautair karakter billijke vergoeding en collectief beheer

3.6. De Wnr vormt voor een deel de implementatie van de Verhuurrichtlijn (Richtlijn 92/100/EEG²⁰ later vervangen door Richtlijn 2006/115/EG)²¹ De Verhuurrichtlijn bevat eveneens een op art. 12 van het Verdrag van Rome gebaseerde bepaling over een billijke vergoeding: art. 8 lid 2 van de Verhuurrichtlijn harmoniseert het recht op een billijke vergoeding voor de openbaarmaking van commerciële fonogrammen binnen de EU. De term billijke ver-

goeding is daarmee een communautair begrip dat uniform moet worden uitgelegd.²²

3.7. Richtlijn 2014/26/EU (Richtlijn collectief beheer) voorziet in regels voor het collectief beheer van auteurs- en naburige rechten.²³ Deze Richtlijn is in Nederland omgezet in de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (Wtgbc). Art. 2 Wtgbc bepaalt dat er een College van Toezicht is dat tot taak heeft toezicht uit te oefenen op de inning en de verdeling van inkomsten door de beheersorganisaties.

Communautaire uitleg van het begrip billijke vergoeding

3.8. Het begrip billijke vergoeding is door het HvJ EU in verschillende arresten uitgelegd. Het meest recente arrest over de billijke vergoeding is *SABAM/Wearone*²⁴ van 25 november 2020. Alvoorens in te gaan op dat arrest, bespreek ik eerst de uitgangspunten ten aanzien van de billijke vergoeding die het HvJ EU in eerdere rechtspraak heeft geformuleerd.

Uitgangspunten HvJ EU over billijke vergoeding

3.9. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU kunnen collectieve beheerorganisaties in strijd handelen met het verbod van misbruik van een machtspositie (art. 102 VwEU) wanneer zij bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding een te hoge prijs toepassen die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de door hen geleverde prestatie (arresten *AKKA-LAA*,²⁵ *OSA*²⁶ en *Kanal 5 en TV4*²⁷).

3.10. Het is aan de nationale rechter om met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen of de vergoeding buitensporig hoog is (arresten *Bas-set*²⁸ en *Tournier*²⁹). In dit verband moet worden nagegaan of een buitensporig verschil bestaat met de gemaakte kosten en, indien dat het geval is, of een prijs is opgelegd die onbillijk is, hetzij absoluut gezien, hetzij in vergelijking met concurrerende diensten. Er bestaan echter ook andere methoden om te bepalen of een prijs buitensporig hoog is (arresten

¹⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie van 29 juni 1993, Stcrt. 30 juni 1993, 121.

¹⁷ Zie daarover: Kamerstukken II, 2000–2001, 27 775, nr. 3, p. 1–2 (MvT Wtgcb), K. Koelman, Regulation of Collecting Societies, in B. Hugenholtz, A. Quaadvlieg & D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 485, K.J. Koelman, Collectieve rechtenorganisaties en mededinging. Deel I, AMI 2004-2, p. 45, P.B. Hugenholtz, Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?, AMI 2003-6, p. 203 en Jaarverslag Toezicht 2018 College van Toezicht op Collectief Beheer Auteurs- en naburige rechten, nr. 2.3.1 (p. 22–26).

¹⁸ HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1300, NJ 2020/349 m.nt. D.W.F. Verkade.

¹⁹ Op grond van art. 30a Auteurswet is voor het verlenen van bemiddeling inzake muziekauteursrechten toestemming van de Minister van Justitie vereist. Deze toestemming is tot nu toe alleen aan BUMA verleend. BUMA kan slechts bemiddelen als een muziekauteur (contractueel) bij haar is aangesloten. Het gaat hier dus (anders dan bij Sena) om vrijwillig collectief beheer. Zie over de positie van BUMA nader: conclusie A-G De Bock voor HR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:421, NJ 2020/349 m.nt. D.W.F. Verkade (*All Music cs./SENA*), punt 3.28, *T&C Intellectuele eigendom* (D.W.F. Verkade), art. 30a Auteurswet, aant. 1–2 (bijgewerkt tot maart 2020), J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Vsser, Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht (Recht en Praktijk, nr. IE2), 2019/10.14, K. Koelman, Regulation of Collecting Societies, in B. Hugenholtz, A. Quaadvlieg & D. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 485, K.J. Koelman, Collectieve rechtenorganisaties en mededinging. Deel I, AMI 2004-2, p. 45, P.B. Hugenholtz, Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?, AMI 2003-6, p. 203 en Jaarverslag Toezicht 2018 College van Toezicht op Collectief Beheer Auteurs- en naburige rechten, nr. 2.3.1 (p. 22–26).

²⁰ Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, Pb EG 1992, L 346/61.

²¹ Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (gecodificeerde versie), PbEU 2006, L 376/28.

²² HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, NJ 2006/374, AMI 2003/12, p. 136 (*Sena/NOS*), punt 24.

²³ Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor onlinegebruik op de interne markt, PbEU 2014, L 84/72 (Richtlijn collectief beheer).

²⁴ HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959.

²⁵ HvJ EU 14 september 2017, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689, punt 35.

²⁶ HvJ EU 27 februari 2014, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, punten 80, 86 en 88.

²⁷ HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok, punt 28.

²⁸ HvJ EG 9 april 1987, C-402/85, ECLI:EU:C:1987:197, punt 19.

²⁹ HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, NJ 1991/642, AA 1992/0346 m.nt. H. Cohen Jehoram, *TVVS* 1990, p. 266 m.nt. M.R. Mok, AMI 1991, p. 141, punt 32.

AKKA-LAA³⁰ en *United Brands*;³¹ zie ook *British Leyland/Commissie*³²). Indien uit een vergelijking van tariefniveaus op homogene grondslag in verschillende lidstaten blijkt dat aanzienlijk hogere tarieven worden opgelegd dan in de andere lidstaten worden gehanteerd, dan is dit verschil een aanwijzing voor misbruik van een machtspositie (arresten *Tournier*,³³ *Lucazeau/SACEM*³⁴ en *AKKA-LAA*³⁵).

3.11. Verder is het aan de lidstaten om criteria voor de billijke vergoeding vast te stellen (arresten *NOS/Sena*³⁶ en *Lagardère/SPRE*³⁷). De billijkheid van de vergoeding moet met name worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik van het fonogram in het handelsverkeer (arresten *NOS/Sena*,³⁸ *Lagardère/SPRE*³⁹ en *Kanal 5 en TV4*⁴⁰). De vergoeding moet in een redelijke verhouding staan tot het daadwerkelijke of potentiële aantal personen dat van de beschermde werken gebruik maakt of wil maken (arrest *FAPL*⁴¹). Het HvJ EU noemt verder als voorwaarden (arresten *NOS/Sena*⁴² en *Lagardère/SPRE*⁴³):

- dat met het berekeningsmodel een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten om een vergoeding voor de uitzending van een bepaald fonogram te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden;⁴⁴

30 HvJ EU 14 september 2017, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689, punten 36–37.

31 HvJ EG 14 februari 1978, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, punten 252–253.

32 HvJ EG 11 november 1986, C-226/84, ECLI:EU:C:1986:421, punten 27–30.

33 HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, NJ 1991/642, AA 1992/0346 m.nt. H. Cohen Jehoram, TVVS 1990, p. 266 m.nt. M.R. Mok, AMI 1991, p. 141, punt 38.

34 HvJ EG 13 juli 1989, C-110/88, C-241/88 en C-242/88, ECLI:EU:C:1989:326, punt 25.

35 HvJ EU 14 september 2017, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689, punt 38.

36 HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, NJ 2006/374, AMI 2003/12, p. 136, punt 34.

37 HvJ EG 14 juli 2005, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475, NJ 2006/467, punt 48.

38 HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, NJ 2006/374, AMI 2003/12, p. 136, punt 37.

39 HvJ EG 14 juli 2005, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475, NJ 2006/467, punt 50.

40 HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok, punt 36.

41 HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, NJ 2012/164 m.nt. P.B. Hugenholtz, *Computerrecht* 2012/10 m.nt. S.C. van Loon, *IER* 2012/26 m.nt. M. de Cock Buning en H.M.H. Speyart (*Football Association Premier League/QC Leisure*), punt 109 onder verwijzing naar HvJEU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok (*Kanal 5 en TV4*), punten 36–38 en HvJ EU 22 september 1998, C-61/97, ECLI:EU:C:1998:422 (*FDV*), punt 15.

42 HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68, NJ 2006/374, AMI 2003/12, p. 136, punten 34, 36 en 46.

43 HvJ EG 14 juli 2005, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475, NJ 2006/467, punt 49.

44 Zie in vergelijkbare zin: HvJEU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok (*Kanal 5 en TV4*), punt 31.

- dat het model niet in strijd is met enig beginsel van Unierecht. Bij de beginselen van Unierecht valt te denken aan het verbod van prijsdiscriminatie dat volgt uit de arresten *British Airways/Commissie*⁴⁵ en *MEO*.⁴⁶ De Richtlijn collectief beheer bepaalt eveneens dat licentievoorwaarden moeten zijn gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende criteria (art. 16 lid 2).

3.12. Het is niet in strijd met het Unierecht om de billijke vergoeding te relateren aan de inkomsten of omzetten die bij de openbaarmaking worden behaald:

- De arresten *Basset* en *Tournier* gaan over royalty's die worden geheven als auteursrechtelijke vergoeding voor de uitvoering in discotheken van muziekopnamen en worden berekend op basis van de bruto-omzet van die discotheken. Het HvJ EU oordeelde dat deze royalty's moeten worden beschouwd als een normale exploitatie van het auteursrecht en dat de heffing ervan op zichzelf geen misbruik in de zin van art. 102 VwEU oplevert.⁴⁷

- Het arrest *Kanal 5 en TV4* betreft de heffing van royalty's overeenkomstig een percentage van de inkomsten van televisiezenders. Het HvJ EU heeft geoordeeld dat die royalty's in beginsel in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de door de collectieve beheerorganisatie geleverde prestatie.⁴⁸

3.13. Bij de vaststelling van de billijke vergoeding moet rekening worden gehouden met de hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde (muziek)werken die daadwerkelijk is gebruikt (arrest *Kanal 5 en TV4*,⁴⁹ vgl. ook het arrest *Der Grune Punkt/Commissie*⁵⁰). Het hanteren van een vergoedingsmodel kan misbruik opleveren indien er een andere methode bestaat waarmee het gebruik van de werken nauwkeuriger kan worden geïdentificeerd en gekwantificeerd, en met deze methode hetzelfde rechtmatige doel kan worden bereikt, zonder de kosten van het beheer en van het toezicht onevenredig te verhogen (arrest *Kanal 5 en TV4*).⁵¹

45 HvJ EU 15 maart 2007, C-95/04P, ECLI:EU:C:2007:166, NJ 2007/380 m.nt. M.R. Mok, punt 143–144.

46 HvJ EU 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270, punten 25–26.

47 HvJ EG 9 april 1987, C-402/85, ECLI:EU:C:1987:197 (*Basset*), punten 15–16, 18 en 20–21 en HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, NJ 1991/642, AA 1992/0346 m.nt. H. Cohen Jehoram, TVVS 1990, p. 266 m.nt. M.R. Mok, AMI 1991, p. 141 (*Tournier*), punt 45. Zie daarover ook: HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok (*Kanal 5 en TV4*), punten 32–33.

48 HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok, punten 34 en 37.

49 HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok, punt 39.

50 HvJ EU 16 juli 2009, C-358/07P, ECLI:EU:C:2009:456, NJ 2010/237 m.nt. M.R. Mok, punt 143.

51 HvJ EU 11 december 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, NJ 2009/161 m.nt. M.R. Mok, punt 40.

Arrest HvJ EU inzake SABAM/Weareone⁵²

3.14. Van deze meest recente uitspraak is voor onze zaak het volgende van belang. SABAM is de organisatie voor het collectieve beheer van auteursrechten in België. De zaak betreft een model voor de berekening van de billijke vergoeding bij muziek-evenementen. In dit model is de vergoeding gebaseerd op een tarief dat wordt toegepast op de bruto-ontvangsten uit de kaartverkoop, zonder dat daarvan alle niet-muziekgerelateerde kosten kunnen worden afgetrokken. Het model voorziet in de volgende korting op het basistarief voor organisatoren die aan SABAM de lijst van de tijdens het evenement uitgevoerde werken meedelen: indien minder dan een derde van de muziekwerken uit het repertoire van SABAM afkomstig is, past SABAM een derde van het basistarief toe en als minder dan twee derde van de muziekwerken uit dat repertoire komt, rekent SABAM twee derde van het basistarief (de '1/3-2/3-regel').

3.15. De Rechtbank Antwerpen stelde twee door het HvJ EU als volgt geherformuleerde vragen:⁵³

"1. Is sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 102 VwEU wanneer een collectieve beheerorganisatie jegens organisatoren van muziek-evenementen een vergoedingsmodel hanteert waarbij de auteursrechtelijke vergoedingen worden berekend op basis van een tarief dat wordt toegepast op bruto-ontvangsten uit de verkoop van toegangsprijzen, zonder dat van die ontvangsten alle op de organisatie van het festival betrekking hebbende kosten die geen verband houden met de tijdens dat festival uitgevoerde muziekwerken kunnen worden afgetrokken?

2. Is sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 102 VwEU wanneer een collectieve beheerorganisatie aan organisatoren van muziek-evenementen vergoedingen oplegt op basis van een model waarbij er, ter bepaling van het aandeel van de uitgevoerde werken dat uit het repertoire van de beheerorganisatie afkomstig is, gebruik wordt gemaakt van een forfaitair

systeem in schijven, zoals het systeem met de 1/3-2/3-regel?"

3.16. Met betrekking tot de eerste vraag heeft het HvJ EU (samengevat) geoordeeld dat het gebruik van een model op basis van de recette zonder aftrek van de niet-muziekgerelateerde kosten geen misbruik van een machtspositie oplevert, mits de door de beheerorganisatie op grond van dat model daadwerkelijk opgelegde vergoedingen, gelet op alle relevante omstandigheden van het geval, niet onevenredig hoog zijn ten opzichte van met name de aard en reikwijdte van het gebruik van de werken, de economische waarde die door dit gebruik wordt gegenereerd en de economische waarde van de prestatie van die beheerorganisatie.

3.17. Ten aanzien van de tweede vraag oordeelde het HvJ EU (samengevat) dat het forfaitaire tarief geen misbruik van een machtspositie oplevert, mits er geen andere methode bestaat waarmee het gebruik van deze werken nauwkeuriger kan worden vastgesteld en waarmee hetzelfde rechtmatige doel (bescherming belangen auteurs, componisten en muziekuitgevers) kan worden bereikt, zonder de kosten van beheer en toezicht onevenredig te verhogen.

3.18. In zijn motivering ten aanzien van de eerste vraag recapituleert het HvJ EU eerst de hiervoor in 3.9-3.11 besproken uitgangspunten (punten 26-32). Vervolgens memoreert het HvJ EU de oordelen in de arresten *Basset*, *Tournier* en *Kanal 5 en TV4* over een vergoeding op basis van de omzet of inkomsten (punten 37-38; zie ook hiervoor in 3.12). Naar het oordeel van het HvJ EU kan die rechtspraak worden toegepast op het vergoedingsmodel van SABAM, zodat het hanteren van een dergelijk model op zichzelf geen misbruik in de zin van art. 102 VwEU oplevert (punt 39). Met dat model streeft SABAM een rechtmatig doel in het kader van het mededingingsrecht na: het beschermen van de rechten en belangen van haar leden tegenover de gebruikers van de muziekwerken van die leden (punt 40). Bovendien vormen de op grond van dat model betaalde vergoedingen de tegenprestatie voor de mededeling van die muziekwerken aan het publiek. Die tegenprestatie moet namelijk worden beoordeeld in het licht van de waarde van dat gebruik in het handelsverkeer, die met name afhangt van het daadwerkelijke aantal personen dat gebruikmaakt van de beschermde werken en van het belang van het gebruik van de muziekwerken voor het betrokken evenement (punt 41).

3.19. Het HvJ EU is ingegaan op het argument dat niet-muziekgerelateerde investeringen zijn gedaan om van de festivals een 'totaalbeleving' te maken en dat die investeringen invloed hebben op de ticketprijs. Die omstandigheid brengt het Luxemburgse hof niet tot een ander oordeel. Daarvoor worden drie redenen genoemd. (1) Ook in de arresten *Basset*, *Tournier* en *Kanal 5 en TV4* gaat het om modellen waarbij vergoedingen worden opgelegd op basis van de bruto-omzet, zonder aftrek van de uitgaven van de gebruiker, ook al kan de omzet in

⁵² HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959.

⁵³ HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959 (SABAM/Weareone), rov. 34 en 49

Is sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 102 VwEU wanneer een collectieve beheerorganisatie jegens organisatoren van muziek-evenementen een vergoedingsmodel hanteert waarbij de auteursrechtelijke vergoedingen worden berekend op basis van een tarief dat wordt toegepast op bruto-ontvangsten uit de verkoop van toegangsprijzen, zonder dat van die ontvangsten alle op de organisatie van het festival betrekking hebbende kosten die geen verband houden met de tijdens dat festival uitgevoerde muziekwerken kunnen worden afgetrokken?

Is sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 102 VwEU wanneer een collectieve beheerorganisatie aan organisatoren van muziek-evenementen vergoedingen oplegt op basis van een model waarbij er, ter bepaling van het aandeel van de uitgevoerde werken dat uit het repertoire van de beheerorganisatie afkomstig is, gebruik wordt gemaakt van een forfaitair systeem in schijven, zoals het systeem met de 1/3-2/3-regel?

aanzienlijke mate afhangen van factoren die geen verband houden met het gebruik van beschermde muziekwerken (punt 44). (2) Het kan bijzonder moeilijk zijn om op objectieve wijze de specifieke elementen te bepalen die geen verband houden met de uitgevoerde muziekwerken, alsook om de economische waarde van die factoren en hun effect op de ontvangsten uit de ticketverkoop voor de betrokken festivals objectief te kwantificeren (punt 45). (3) Een verplichting om rekening te houden met dergelijke elementen en deze te controleren, kan leiden tot een onevenredige verhoging van de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken (punt 46).

3.20. Hieruit volgt volgens het HvJ EU dat het hanteren van het berekeningsmodel op zichzelf geen misbruik in de zin van art. 102 VwEU oplevert (punt 47). Het hanteren van dit model valt wel onder het verbod van art. 102 VwEU als de vergoeding niet in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie, hetgeen door de nationale rechter moet worden nagegaan met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waaronder het vastgestelde royaltytarief en de inkomstenbasis waarop dat tarief wordt berekend (punt 48).

3.21. In zijn motivering met betrekking tot de tweede vraag memoreert het HvJ EU de hiervoor in 3.13 genoemde beslissingen over de hoeveelheid beschermde werken die is gebruikt (punten 50 en 52). Volgens het hof is het aan de nationale rechter om na te gaan of er in het concrete geval een andere methode bestaat waarmee het gebruik nauwkeuriger kan worden geïdentificeerd en gekwantificeerd, rekening houdend met de voorwaarde dat daarmee hetzelfde doel kan worden bereikt zonder de kosten van beheer en toezicht onevenredig te verhogen (punt 55). Het hof plaatst wel kanttekeningen bij de door SABAM gehanteerde 1/3-2/3-regel. De lijst die de organisator tevoren moet aanleveren biedt namelijk in beginsel de mogelijkheid om het percentage uitgevoerde werken uit het repertoire van SABAM nauwkeuriger te bepalen (punt 57). Verder wordt gewezen op nieuwe technische mogelijkheden (met name muziekherkenningssoftware) en de door SABAM in ander verband goedgekeurde methode van het inschakelen van een monitoringbedrijf (punten 58–59).

Omvang van het beschermde repertoire

3.22. In onze zaak is tussen partijen niet in geschil dat het recht op een billijke vergoeding op grond van art. 32 lid 5 Wnr uitsluitend geldt voor fonogrammen waarvan de producent onderdaan is van, of is opgericht naar het recht van een staat die partij is bij het Verdrag van Rome (rov. 27, ST Sena onder 2.1.4 en ST Organisatoren onder 37). Sena heeft bij pleidooi in cassatie⁵⁴ naar voren gebracht

dat het arrest van het HvJ EU van 8 september 2020 inzake RAAP⁵⁵ en een daarop volgende aanstaande wetswijziging⁵⁶ hierin binnenkort verandering zullen brengen. Het Sena-repertoire is volgens Sena dan niet meer beperkt tot het Rome-repertoire, maar omvat het wereldrepertoire.⁵⁷ Deze door Sena gestelde toekomstige ontwikkeling is in deze zaak niet aan de orde en kan volgens mij daarom blijven rusten.

Andere aangehaalde arresten

3.23. In cassatie wordt ook het HvJ EU arrest *Pelham*⁵⁸ genoemd (ST Organisatoren onder 29). De kern van dit arrest is dat een fonogramproducent kan beletten dat een geluidsfragment van zijn fonogram, hoe kort ook, door een derde wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd, tenzij dat fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm is vastgelegd. Verder is overwogen dat het doel van de bescherming van de fonogrammenproducent is dat hij zijn investeringen kan terugverdienen (punt 30).⁵⁹ De uitspraak heeft geen betrekking op de billijke vergoeding voor het openbaar maken van een fonogram.

3.24. Tot slot is in cassatie naar het HvJ EU arrest *Atresmedia/AGEDI en AIE*⁶⁰ verwezen (replik in cassatie Organisatoren, punt 2). In dit arrest is beslist dat geen billijke vergoeding behoeft te worden betaald wanneer een audiovisuele opname wordt openbaar gemaakt die een vastlegging van een audiovisueel werk bevat waarin een (reproductie van een) fonogram is opgenomen. Dit arrest is dus uitsluitend relevant voor het openbaar maken van audiovisuele werken en niet voor het ten gehore brengen van een fonogram door bijvoorbeeld een DJ.

4. Bespreking van het cassatieberoep

4.1. Het cassatieberoep bestaat uit twaalf onderdelen. Het eerste onderdeel bevat een algemene klacht die zich richt tegen de beslissing als geheel. Onderdelen 2–12 komen op tegen de afzonderlijke overwegingen van het hof en vormen een nadere uitwerking van het eerste onderdeel.⁶¹ Onderdelen

⁵⁵ HvJ EU 8 september 2020, C-265/19, ECLI:EU:C:2020:677.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2020–2021*, 35 317, nr. 8, p. 2–3, onderdeel D (Nota van wijziging (2) wijziging Wtgc)

⁵⁷ Pleitaantekening in cassatie Sena (mr. D.J.G. Visser), punt 12.

⁵⁸ HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, NJ 2020/354 m.nt. P.B. Hugenholtz. Zie daarover: B.H.M. Schipper, De kunst van het samplen na Pelham, *AMI* 2019/5, p. 162–166 en T. Snijders en S. van Deursen, Grondrechtenbescherming in het Nederlandse en Europese auteursrecht na Spiegel Online, *Funke Medien en Pelham*, *NtER* 2020-1/2, p. 43–50.

⁵⁹ Daartoe verwijst het arrest naar overweging 10 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemarkt, *PbEU* 2001, L 167/10. Zie in gelijke zin: overweging 5 van de Verhuurrichtlijn 2006/115/EG en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:11117, *AMI* 2020/6 m.nt. B.H.M. Schipper, rov. 7.79 (*Spinnin' Records/Martin Garrix*).

⁶⁰ HvJ EU 18 november 2020, C-147/19, ECLI:EU:C:2020:935, *IER* 2021/6 m.nt. S.T.M. Terpstra.

⁶¹ Zoals ook blijkt uit de ST van de Organisatoren onder 49–51.

⁵⁴ Pleitaantekeningen in cassatie Sena (mr. D.J.G. Visser), punt 12.

2 en 3 betreffen de kwalificatie van dance evenementen als zelfstandige categorie (rov. 12–13). De onderdelen 6, 7 en 8 bestrijden het oordeel dat de recepte de meest geschikte grondslag is voor het bepalen van de billijke vergoeding (rov. 14–20). In onderdelen 4, 5 en 9 staan rov. 22–26 over de hoogte van de vergoeding centraal. Onderdeel 10 gaat over de omvang van het Sena-repertoire (rov. 27–37). De onderdelen 11 en 12 zijn gericht tegen hetgeen in rov. 38–42 over het percentage is overwogen.

4.2. Hieronder zal ik de onderdelen in die volgorde per onderwerp bespreken. Ik ga niet mee met het primair door Sena aangedragen verweer dat misbruik van een monopolie sowieso niet aan de orde kan zijn omdat Sena de rechter verzoekt om tarieven te doen vaststellen (ST onder 3.1.12 en dupliciek in cassatie onder 10). Het standpunt van de Organisatoren is namelijk aldus te begrijpen dat het arrest geen stand kan houden als het hof een tarief heeft vastgesteld dat, indien Sena dit zelf had opgelegd, misbruik van een machtspositie zou opleveren.

De algemene klacht (onderdeel 1)

4.3. Het *eerste onderdeel*, dat twee subonderdelen bevat, klaagt dat het hof ten onrechte (want met schending van art. 7 Wnr, art. 8 lid 2 Verhuurrichtlijn, art. 16 Richtlijn collectief beheer, de criteria van het *Sena/NOS*-arrest, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel) tarieven heeft vastgesteld die onbillijk zijn omdat deze niet in redelijke verhouding staan tot de economische waarde van het fonogrammegebruik.

4.4. Volgens *subonderdeel 1.1* heeft het hof miskend dat Sena als wettelijk monopolist misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie dan wel dat geen juist evenwicht wordt bereikt tussen het belang van de fonogrammenproducenten en de gebruikers, omdat (1) is gekozen voor recepte als grondslag en (2) Sena niet wil meewerken aan de vaststelling van het aandeel Sena-repertoire dat op dance evenementen wordt gebruikt, terwijl methoden/moderne technologieën bestaan waarmee het fonogrammegebruik nauwkeurig kan worden berekend.

4.5. Volgens mij leidt het gebruik van de recepte als grondslag er niet toe dat sprake is van misbruik van een machtspositie of dat geen juist evenwicht wordt bereikt tussen het belang van de fonogrammenproducenten en de gebruikers. Uit de genoemde rechtspraak van het HvJ EU (waaronder *SABAM/Weareone*) volgt namelijk (a) dat het hanteren van een aan de omzet of inkomsten gerelateerd tarief een normale wijze van exploitatie van IE-rechten voor muziek is, (b) dat zo'n tarief in beginsel in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de prestatie en (c) dat het hanteren van zo'n tarief ook zonder correctie voor niet-muziekgerelateerde kosten op zichzelf geen misbruik van een machtspositie oplevert en niet in strijd is met beginselen van gemeenschapsrecht (zie hiervoor in 3.12 en 3.18).

4.6. Ten aanzien van het gemiddelde percentage Sena-repertoire geldt dat het hof zijn oordeel mede heeft gebaseerd op de door de Organisatoren overgelegde rapporten van DJ Monitor (prods. 29, 37 en 73) en dat een organisator die meent dat bij een dance evenement minder dan 60% Sena-repertoire is gebruikt, op grond van het arrest het werkelijke percentage Sena-repertoire kan laten vaststellen. In dat licht lijkt mij de klacht dat het fonogrammegebruik onvoldoende nauwkeurig wordt berekend ongegrond. *Subonderdeel 1.1* faalt.

4.7. *Subonderdeel 1.2* betoogt dat het oordeel onvoldoende is gemotiveerd en dat essentiële stellingen van de Organisatoren ongemotiveerd terzijde zijn gelaten.⁶² De Organisatoren lichten evenwel niet toe waarom het oordeel van het hof onbegrijpelijk zou zijn en welke essentiële stellingen door het hof zouden zijn gepasseerd. *Subonderdeel 1.2* treft om die reden geen doel.

4.8. Zodoende lijkt mij *onderdeel 1* tevergeefs voorgesteld.

Dance evenementen als zelfstandige categorie (onderdelen 2 en 3)

4.9. Het *tweede onderdeel* bestrijdt het oordeel dat een speciaal tarief voor dance evenementen redelijk is gezien de speciale plaats die dance evenementen in het uitgaansleven hebben (rov. 12–13). Het onderdeel bevat vier subonderdelen.

4.10. *Subonderdeel 2.1* acht het oordeel onjuist, omdat het er niet om gaat of dance events een speciale plaats innemen in het uitgaansleven. Volgens de klacht had het hof moeten beoordelen of (de economische waarde van) het fonogrammegebruik op dance events zodanig afwijkt dat het in verhouding tot de Organisatoren en de nabuurrechthebenden redelijk is een ander, nieuw tarief vast te stellen.

4.11. Deze klacht gaat niet op. Het hof heeft in rov. 12 niet alleen geoordeeld dat dance evenementen een speciale plaats innemen in het uitgaansleven, maar ook dat dance muziek bij dance evenementen de belangrijkste onderscheidende factor is. Anders gezegd: dance evenementen onderscheiden zich van andere muziek-evenementen doordat zij zich specifiek richten op dance muziek. Daarin ligt besloten dat (de waarde van) het fonogrammegebruik op dance evenementen afwijkt van (de waarde van) het fonogrammegebruik bij muziek-evenementen die zich niet specifiek op dance muziek richten.

4.12. *Subonderdeel 2.2* stelt dat onbegrijpelijk is op basis van welke criteria het hof aanneemt dat voor dance muziek een hoger tarief gerechtvaardigd is dan voor andere muziekstromingen. Er zijn geen aanknopingspunten dat bij andere muziekstromingen van een lager percentage Sena-repertoire moet worden uitgegaan dan bij dance, zo luidt de klacht hier.

⁶² Gewezen wordt op CvA 51–53, 70–73 en 76, CvD 64 en Pltn HB Org. 15–17, 22–25, 35–36 en 49–70.

4.13. Dit mist feitelijke grondslag. Het hof heeft geoordeeld dat een apart tarief voor dance evenementen redelijk is en heeft daarna (alleen) voor deze categorie een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 Wnr vastgesteld. Het hof heeft niet geoordeeld dat voor dance muziek een hoger tarief gerechtvaardigd is dan voor andere muziekstromingen of dat bij andere muziekstromingen een lager percentage Sena-repertoire moet worden gehanteerd.

4.14. Volgens *subonderdeel* 2.3 heeft het hof miskend dat dance in het algemeen sinds de jaren 90 zeer populair is en dat dit ook geldt voor reguliere clubavonden in discotheken.⁶³ Het subonderdeel betoogt dat het fonogramgebruik op reguliere clubavonden zich niet (wezenlijk) onderscheidt van dance events (80-90% dance), zodat een hoger tarief niet gerechtvaardigd is.⁶⁴ Ter voorkoming van willekeur zou wenselijk zijn dat het begrip 'dance event' duidelijk wordt afgebakend.⁶⁵ De klacht is dat hier sprake is van onbegrijpelijkheid, omdat het hof heeft nagelaten om het begrip dance event te definiëren. Overigens wordt erop gewezen dat Sena voor door eigenaren van dansgelegenheden georganiseerde dance evenementen met een entreeprijs van maximaal €25 nog steeds het discothekentarieff hanteert.⁶⁶

4.15. Deze klacht treft ook geen doel. Het subonderdeel wijst niet op stellingen over de uitleg van het begrip 'evenement' of 'event'. In het algemeen spraakgebruik wordt daaronder verstaan: een tijdelijke/verplaatsbare georganiseerde gebeurtenis met publiek.⁶⁷ De Organisatoren noemen zelf voorbeelden van (indoor en outdoor) dancefeesten in festivalvorm, waaronder het Amsterdam Dance Event, Dance Valley, Mysteryland en Sensation.⁶⁸ In die zin kan het dance evenement worden onderscheiden van een discotheek waar wekelijks in (min of meer) dezelfde setting en entourage een clubavond plaatsvindt. Dat het fonogramgebruik op reguliere clubavonden hetzelfde is als bij dance evenementen, laat onverlet dat de waarde daarvan in het handelsverkeer anders zal zijn. Ook zullen zeker grensgevallen bestaan tussen een dance evenement en een reguliere clubavond. De advocaat van Sena heeft dit bij pleidooi in cassatie desgevraagd erkend. Het hanteren van het discothekentarieff voor dance avonden in dansgelegenheden met een entreeprijs

tot €25 — ongeacht of sprake is van een dance evenement — moet kennelijk in dat licht worden bezien. Het bestaan van grensgevallen betekent echter niet dat het dance evenement geen te onderscheiden categorie zou (kunnen) zijn.

4.16. *Subonderdeel* 2.4 stelt dat het oordeel ook onbegrijpelijk is als het moet worden gelezen in samenhang met de overweging van de rechtbank dat discotheken geen entreeprijs heffen en dat dit bij dance events wel gebruikelijk is. Aangevoerd wordt dat het, zoals de Organisatoren hebben gesteld, gangbaar is dat bij reguliere clubavonden een entreeprijs geldt⁶⁹ en dat er, zoals het hof vaststelt (rov. 43-44), ook gratis dance evenementen zijn.

4.17. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof refereert niet aan de overweging van de rechtbank dat discotheken geen entreeprijs heffen en dat dit bij dance events wel gebruikelijk is en er is ook geen andere aanwijzing dat het oordeel van het hof (mede) hierop is gegrond.

4.18. Het *derde onderdeel* acht onbegrijpelijk op basis van welke criteria het hof aanneemt dat voor dance evenementen een hoger tarief gerechtvaardigd is in verhouding tot het aanzienlijk lagere tarief voor andere muziekfestivals. Het hof zou voorbij zijn gegaan aan de essentiële stelling dat dance een groot onderdeel van de programmering van muziekfestivals vormt.⁷⁰

4.19. Deze klacht faalt om dezelfde reden als het tweede onderdeel. Uit het oordeel van het hof volgt dat dance evenementen zich onderscheiden van andere muziek evenementen doordat zij zich specifiek richten op dance muziek. Dit betekent dat (de waarde van) het fonogramgebruik op dance evenementen afwijkt van (de waarde van) het fonogramgebruik op andere muziek evenementen (zie hiervoor in 4.11). Het hof heeft niet geoordeeld dat voor dance evenementen een hoger tarief gerechtvaardigd is dan voor andere muziek evenementen (zie hiervoor in 4.13). Dat er grensgevallen bestaan tussen dance evenementen en andere muziek evenementen betekent niet dat het dance evenement geen te onderscheiden categorie zou zijn (vgl. hiervoor in 4.15).

4.20. Onderdelen 2 en 3 zijn daarom in mijn ogen tevergeefs voorgesteld.

De recepte als grondslag van de billijke vergoeding (onderdelen 6, 7 en 8)

4.21. Bij de bespreking van onderdelen 6-8 over de recepte als grondslag memoreer ik dat een aan de omzet of inkomsten gerelateerd tarief volgens het HvJ EU een normale wijze van exploitatie van IE-rechten voor muziek is en dat het hanteren van zo'n tarief ook zonder correctie voor niet-muziekgerelateerde kosten op zich geen misbruik van een machtspositie oplevert en niet in strijd is met begin-

63 Verwezen wordt naar CvD p. 7 en prod. 16 Org (bij CvD).

64 Gerefereerd wordt aan CvA 15-18, CvD 7-16 en 20, Pleitnota EA Org. 10-17, MvG 3, grief 4 en grief 17, MvA inc. p. 43 en prod. 52 Org. (bij MnD).

65 Gewezen wordt op MvA inc 22.

66 Procesinleiding in cassatie, onder XXIV en vt. 18 en 34, Pltn in cassatie Org. (mr. B.H.M. Schipper) 9 en ST Organisatoren 66 onder verwijzing naar p-v pleidooi HB, laatste pagina (bevestiging Marcus Bos).

67 Van Dale definieert een evenement als een georganiseerde grootschalige gebeurtenis (zie www.vandale.nl). Wikipedia omschrijft een evenement als een verplaatsbare georganiseerde gebeurtenis waarbij een veelheid aan mensen betrokken is (nl.wikipedia.org/wiki/Evenement).

68 Zie onder meer CvA 18 en 19, Pltn EA 10-12, MvG 15, grief 4 onder 4, grief 11 onder 3 en Pltn in cassatie mr. Schipper onder 7.

69 Verwezen wordt naar prod. 6 Org. (bij CvA), CvD 10 en 13, prod. 16 Org (bij CvD), Pleitnota EA Org. 16, MvG grief 8 punt 1 en grief 17 punt 4 en MvA Inc. 47.

70 Gerefereerd wordt aan CvA 21, 28 en 43, prods. 4 en 7 (bij CvA), CvD 18 en MvG grief 19, par. 1.

selen van Unierecht (zie hiervoor in 3.12, 3.18 en 4.5).

4.22. *Onderdeel 6*, dat drie subonderdelen bevat, bestrijdt het oordeel dat de recette de beste keuze is als grondslag voor vaststelling van de billijke vergoeding (rov. 14 e.v.).

4.23. *Subonderdeel 6.1* betoogt dat het hof de regel miskent dat de billijke vergoeding moet worden beoordeeld op basis van de meest relevante criteria en met name tegen de achtergrond van de waarde van het fonogramgebruik. Is die regel niet miskend, dan zou het oordeel onvoldoende zijn gemotiveerd. Zoals het hof in rov. 19 overweegt, is het bezwaar tegen het hanteren van de recette als grondslag dat de ticketprijs ook dient ter dekking van niet-muziekgerelateerde kosten (waaronder beveiliging, logistiek, aankleding van locaties en niet direct muziekgerelateerd entertainment). De Organisatoren hebben onderbouwd dat deze kosten een onevenredig groot deel van de totale kosten vormen en verhoudingsgewijs zwaar meetellen bij de vaststelling van de billijke vergoeding.⁷¹ Sena heeft dit niet gemotiveerd betwist en het hof gaat daarom uit van de juistheid van deze stelling. Onder die omstandigheden acht het subonderdeel onbegrijpelijk dat de ticketprijs volgens het hof een indicatie is van de waarde van het fonogramgebruik en kiest voor de recette als grondslag.

4.24. Volgens mij heeft het hof niet miskend dat de billijke vergoeding met name moet worden beoordeeld in het licht van de waarde van het fonogramgebruik. In rov. 15 heeft het hof vastgesteld dat partijen het erover eens zijn dat de waarde van de gebruikte muziek in het handelsverkeer de meest zuivere grondslag is. Vervolgens overweegt het hof in rov. 18 dat de waarde van de muziek volgens de Geschillencommissie het beste kan worden benaderd door de recette als grondslag te nemen. De recette is namelijk gerelateerd aan de ticketprijs, en de ticketprijs is volgens de Geschillencommissie een indicatie van de verkoopwaarde van de muziek, zijnde de waarde van de muziek in het economisch verkeer. Het hof heeft zich hierbij aangesloten (rov. 18). Het hof is dus met de Geschillencommissie van oordeel dat de recette de best bruikbare indicator is voor de waarde van het fonogramgebruik.

4.25. Het hof heeft ook niet voorbij gezien aan het bezwaar dat de ticketprijs mede dient ter dekking van niet-muziekgerelateerde kosten. In rov. 14 heeft het hof vooropgesteld dat aan elk van de naar voren gebrachte grondslagen nadelen kleven. Het hof onderkent dat het hanteren van de recette als grondslag het nadeel heeft dat de niet-muziekgerelateerde kosten relatief zwaar meetellen bij evenementen die plaatsvinden op niet daarvoor ingerichte locaties (rov. 19). Het hof komt aan het bezwaar enigszins tegemoet door evenementen met een hogere ticketprijs een lager percentage van de recette te laten afdragen en een voorziening te treffen voor het geval

bij het ticket een overnachting is inbegrepen. Naar het oordeel van het hof is het redelijkerwijs niet mogelijk om voor alle niet-muziekgerelateerde onderdelen van de productiekosten uitzonderingen te formuleren. Dit bezwaar weegt naar het oordeel van het hof – mede in aanmerking genomen dat aan de andere heffingsgrondslagen ook bezwaren kleven – niet zo zwaar dat dat de belangen van de Organisatoren onvoldoende zijn gewaarborgd (rov. 20). Ik begrijp hieruit dat het hof dit nadeel van de recette als grondslag minder zwaarwegend acht dan de in rov. 16 en 17 genoemde bezwaren tegen het hanteren van de gage als grondslag en het in rekening brengen van een vast bedrag per bezoeker. Bij die stand van zaken is niet onbegrijpelijk waarom het hof voor de recette als grondslag kiest.

4.26. De klachten van *subonderdeel 6.1* ketsen hierop af.

4.27. *Subonderdeel 6.2* strekt ten betoge dat de overweging dat bij de recette het draagkrachtbeginsel wordt gewaarborgd (rov. 18) onvoldoende is gemotiveerd. De klacht is dat dit beginsel door het hof juist wordt veronachtzaamd nu het hof de vergoeding (te zeer) relateert aan de entreprijs en onvoldoende acht slaat op de kosten en daardoor onvoldoende rekening houdt met de werkelijke rendementen van de organisator.⁷²

4.28. Het subonderdeel faalt. Volgens mij doelt het hof met zijn overweging over het draagkrachtbeginsel op de verhouding tussen de inkomsten van de organisator en de hoogte van de billijke vergoeding. Naar de vaststelling van het hof in rov. 17 hebben beide partijen erop gewezen dat het in rekening brengen van een vast bedrag per bezoeker ertoe leidt dat evenementen met een lage ticketprijs verhoudingsgewijs zwaar worden belast, hetgeen zij onredelijk en/of in strijd met het draagkrachtbeginsel achten. In rov. 18 heeft het hof overwogen dat bij het hanteren van de recette als grondslag het draagkrachtbeginsel wordt gewaarborgd, aangezien de recette overeenkomt met de inkomsten van de organisator. De overweging van het hof over het draagkrachtbeginsel heeft volgens mij geen betrekking op het betoog over de niet-muziekgerelateerde kosten. Daarop respondeert het hof nadien in rov. 19–20.

4.29. In *subonderdeel 6.3* wordt opgekomen tegen het oordeel dat het hanteren van de recette als grondslag in lijn is met de vergoedingsgrondslag die door Buma wordt gehanteerd. Dit oordeel is volgens de Organisatoren onbegrijpelijk, omdat zij hebben gesteld dat de recette slechts één onderdeel is van het tarief van Buma,⁷³ terwijl de gages en uitkoopsummen van de artiesten in oorsprong de belangrijkste vergoedingsgrondslag voor Buma zijn.⁷⁴

4.30. Ook dit subonderdeel slaagt volgens mij niet. Sena heeft aangevoerd dat Buma de recette

⁷² Gewezen wordt op MvG grief 6 punt 4; pltn HB Org. 29.

⁷³ Verwezen wordt naar MvG grief 9, MnD Org. 23–24 en Pltn HB Org. par 11.

⁷⁴ Gerefereerd wordt aan MvG grief 6, punt 3, MnD Org. 6 en 39 en Pltn. HB Org. 32.

⁷¹ Verwezen wordt naar MvG grief 3, prod. 42 (bij MnD) en Pltn HB Org. 22–25.

hanteert als grondslag voor de billijke vergoeding⁷⁵ en dat Buma sinds 1 januari 2017 gages gebruikt als alternatieve grondslag voor zover deze hoger zijn dan de recette.⁷⁶ Ter onderbouwing heeft Sena het Algemeen Tarief Muziekgebruik van Buma (versies 2014 en 2018) overgelegd.⁷⁷ In de stelling van de Organisatoren dat de recette slechts één onderdeel is van het tarief van Buma behoeft het hof volgens mij geen gemotiveerde betwisting van het standpunt van Sena te lezen, temeer nu de aangehaalde passages lijken te gaan over een vergoeding bij live muziek. Het hof mocht daarom overwegen dat het hanteren van de recette als grondslag in lijn is met de vergoedingsgrondslag die door Buma wordt gehanteerd. Daarbij is niet relevant wat van oorsprong de belangrijkste vergoedingsgrondslag van Buma is; het hof behoeft dus niet te reageren op de in dat kader door de Organisatoren betrokken stellingen.

4.31. Dit betekent dat *onderdeel 6* tevergeefs is voorgesteld.

4.32. *Onderdeel 7* is met vijf subonderdelen gericht tegen de verwerping van de gage/onkosten van de dj als grondslag voor de billijke vergoeding.

4.33. Volgens *subonderdeel 7.1* heeft het hof ten onrechte (in strijd met art. 24 Rv) verzuimd in zijn overwegingen te betrekken dat partijen het erover eens zijn dat de gage van de dj de meest zuivere grondslag is voor het vaststellen van de billijke vergoeding.⁷⁸ Verder wordt betoogd dat het oordeel onbegrijpelijk is omdat het hof de muziekwaarde definieert als de waarde van de muziek in het handelsverkeer, terwijl partijen en de rechtbank deze term gebruiken voor het aandeel van de kosten voor het inhuren van de dj's in het totale budget van het event, uitgedrukt in een percentage.⁷⁹

4.34. Dit subonderdeel mist feitelijke grondslag. De rechtbank heeft de term 'muziekwaarde' in rov. 16 alleen gebruikt bij de weergave van het standpunt van de Organisatoren en heeft daar geen eigen duiding aan gegeven. Sena heeft in de aangehaalde passages uit de MvA aangevoerd dat partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen over de vraag hoe de waarde van de muziek het beste kan worden berekend (MvA 75) en dat 'muziekwaarde' als zodanig geen hanteerbare en controleerbare grondslag is (MvA 88). Ik lees daarin niet, en het hof behoeft daarin volgens mij ook niet te lezen, dat Sena het ermee eens is dat de gage van de dj de meest zuivere grondslag is voor het vaststellen van de billijke ver-

goeding. Dit geldt zeker nu Sena in MvA 76–77 bestrijdt dat de gage een zuivere grondslag is.

4.35. *Subonderdeel 7.2* stelt dat het oordeel onbegrijpelijk is voor zover het hof in rov. 15 heeft overwogen dat partijen het erover eens zijn dat de waarde van de door de Organisatoren gebruikte muziek in het handelsverkeer de meest zuivere grondslag is voor de vaststelling van de billijke vergoeding. De Organisatoren verwijzen daartoe naar hun stelling bij pleidooi in appel dat aan de economische waarde geen beslissende betekenis toekomt.⁸⁰

4.36. De aangehaalde stelling komt er op neer dat uit het arrest van Uw Raad en de conclusie van A-G Verkade inzake *Sena/NOS*⁸¹ blijkt dat de waarde van de fonogrammen in het economisch verkeer één van de relevante factoren is, maar dat daaraan geen beslissende betekenis toekomt. Het hof heeft bij de keuze voor de grondslag echter ook acht geslagen op andere factoren dan de waarde van de fonogrammen in het economisch verkeer. Het hof overweegt immers (i) dat de recette een duidelijke grondslag is, (ii) dat de recette vrij makkelijk is te controleren omdat de inkomsten uit entreegelden zullen worden vastgelegd in de administratie van de Organisatoren en (iii) dat bij de recette als grondslag het draagkrachtbeginsel wordt gewaarborgd aangezien de recette overeenkomt met de inkomsten van de betreffende organisator (rov. 18). De Organisatoren wijzen niet op passages in de processtukken in feitelijke instanties waarin zij aandacht hebben besteed aan andere relevante factoren. Bij gebreke van een concrete invulling behoeft het hof niet nader in te gaan op de aangehaalde stelling van de Organisatoren. Dit betekent dat *subonderdeel 7.2* faalt.

4.37. Subonderdelen 7.3–7.5 richten zich tegen de overwegingen dat de gage onvoldoende representatief is, dat de administratieve last om de gage vast te stellen groot is en dat de Organisatoren geen oplossing voor deze bezwaren hebben voorgesteld.

4.38. Volgens *subonderdeel 7.3* heeft het hof de beslissing dat de gage een onwenselijke grondslag is voor de vaststelling van de billijke vergoeding ontoereikend gemotiveerd. Het subonderdeel voert aan dat de door het hof in rov. 16 genoemde bezwaren tegen de gage van de dj's als grondslag evenzeer gelden voor de recette. Verder acht het subonderdeel onbegrijpelijk dat het hof aanneemt dat de recette het eenvoudigste te controleren is. Daarvoor zijn steeds verkoopaantallen en entreprijzen nodig, terwijl de gage en onkosten van de DJ eenvoudig zijn vast te stellen aan de hand van de administratie van de Organisatoren.⁸²

75 MvA 18, 28, 47–48, 52, 78, 85, 89, 116 en 177 en Pltn HB Sena 13 en 20.

76 MnD Sena 18.

77 Prod. 10 bij MvA (versie 2014) en Prod. 21 bij MnD (versie 2018).

78 Verwezen wordt naar MvG grief 4, MvA 75 en 88 en Pltn HB Org. 29 en 33.

79 Ter illustratie wordt verwezen naar de met Sena besproken definitie van muziekwaarde: prod. 27a/b, prod. 26a (bij Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging eis Organisatoren d.d. 27 november 2012) en prod. 42 (bij Antwoordekte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 14 juli 2015) (berekening muziekwaarde van verschillende dance events).

80 Gerefereerd wordt aan Pltn HB Org. 13–14.

81 HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AA6180, NJ 2006/375.

82 Verwezen wordt naar MvG grief 9 met verwijzing naar prod. 27 (bij Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging eis Organisatoren d.d. 27 november 2012). Volgens de Organisatoren wordt in prod. 27b naast een definitie van 'muziekwaarde' uitleg gegeven over de praktische toepassing, waarbij Sena o.a. een auditrecht krijgt om de administratie te controleren. Daarnaast wijzen zij op bijlage 22 bij het deskundigenbericht en het als bijlage 23 aan het deskundigenbericht gehechte verslag van de tweede hoorzitting.

4.39. *Subonderdeel 74* stelt dat het hof art. 150 Rv heeft geschonden door te overwegen dat de Organisatoren geen werkbare oplossing hebben voorgesteld voor de bezwaren tegen een vergoeding op basis van de gage van de dj. Volgens het subonderdeel heeft Sena geen onderbouwing gegeven voor haar stelling dat de gage onvoldoende representatief is en dat de administratieve last om de gage vast te stellen groot is.⁸³ Verder wijzen de Organisatoren op stellingen waarmee zij zouden hebben aangetoond dat de door Sena genoemde bezwaren in de praktijk niet of nauwelijks bestaan.⁸⁴ Fonogrammenproducties komen zelf met dj's kickbackregelingen overeen op basis van de gage⁸⁵ en de gage en onkosten van dj's is voor Buma al jarenlang de meest toegepaste grondslag voor vaststelling van de billijke vergoeding.⁸⁶ Het hof heeft de Organisatoren dan ook ten onrechte belast met het aandragen van oplossingen voor bezwaren tegen de gage als grondslag die Sena niet heeft onderbouwd.

4.40. *Subonderdeel 75* stelt dat rov. 16 om drie redenen onvoldoende is gemotiveerd:

- dat de gage hoger kan zijn dan de waarde van het fonogrammegebruik, vormt geen toereikende motivering voor het oordeel dat de recette een betere keuze is. Niet gesteld is dat de gage onevenredig hoog is ten opzichte van het fonogrammegebruik. Door de Organisatoren is daarentegen wel gesteld dat de ticketprijs onevenredig veel hoger is dan de waarde van het fonogrammegebruik,⁸⁷ zoals door het hof is vastgesteld in rov. 19;

- dat de gage nihil kan zijn, vormt geen toereikende motivering voor het oordeel dat de recette een betere keuze is. Ook de ticketprijs kan nihil zijn, zoals blijkt uit rov. 43–44. De Organisatoren hebben aangevoerd dat als de ticketprijs nihil is de gages dat doorgaans niet zijn en verder hebben zij onderbouwd dat de gages zelden nihil zijn;⁸⁸

- zowel de gages als de inkomsten uit de entreegelden worden in de administratie vastgelegd.⁸⁹ Onbegrijpelijk is dan ook dat het hof in rov. 16 en 18

oordeelt dat de administratieve last om gages vast te stellen groot is en dit niet voor recette geldt.

4.41. Deze subonderdelen lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. Het hof geeft twee redenen voor zijn oordeel dat de gage onvoldoende representatief is. In de eerste plaats kan een dj, naar de Organisatoren bij het pleidooi in hoger beroep desgevraagd hebben erkend, een hogere gage vragen naarmate hij/zij meer livemuziek en niet-commercieel uitgebrachte fonogrammen gebruikt. In de tweede plaats heeft het hof zich aangesloten bij de overweging van de Geschillencommissie dat de gage slechts ziet op (een deel van) de kosten die de Organisator moet maken om een fonogram openbaar te maken en dat de gage zelfs nihil kan zijn, terwijl daarmee de waarde van het gebruik van het fonogram niet eveneens nihil is (rov. 16). Het hof heeft hiermee volgens mij tot uitdrukking gebracht dat de gage niet zozeer verband houdt met de waarde van de fonogrammen, maar met de faam en prestaties van de dj. Daarom mocht het hof concluderen dat de gage onvoldoende representatief is.

4.42. Verder is het hof van oordeel dat de administratieve last om de gage vast te stellen groot is. In dat verband wordt overwogen dat niet alleen inzicht moet worden gegeven in de gage van de dj's, maar ook in aan de dj's te vergoeden kosten, teneinde te controleren of zijn gage niet kunstmatig laag wordt gehouden. Het hof heeft daarmee volgens mij niet miskend dat zowel de gage als de recette in de boekhouding zijn terug te vinden. Ik begrijp uit de overweging dat de gage gevoeliger is voor kunstgrepen dan de recette en dat Sena dit bedrag dus beter zal moeten controleren. Dat is bepaald niet onbegrijpelijk. Het opgegeven bedrag aan recette zal relatief eenvoudig controleerbaar zijn omdat de ticketprijs publiek bekend is en het aantal bezoekers vrij eenvoudig (globaal) kan worden ingeschat. De gage en eventuele andere vergoedingen onttrekken zich aan het publieke domein. Het hof mocht volgens mij daarom ook concluderen dat de administratieve last om de gage vast te stellen groot is.

4.43. Ook mocht het hof in zijn oordeel betrekken dat de Organisatoren geen werkbare oplossing hebben voorgesteld ter ondervanging van deze bezwaren. De Organisatoren hebben gesteld dat de gage de beste grondslag is voor het vaststellen van de billijke vergoeding. Voor de weging van die stelling is relevant of de Organisatoren een oplossing hebben verschaft voor de – door Sena genoemde (MvA 76–77) – bezwaren tegen het hanteren van de gage als grondslag. Het gaat hier dus niet om een verdeling van bewijslast.

4.44. Alle klachten van subonderdelen 73–75 lopen hierop stuk.

4.45. Dit betekent dat *onderdeel 7* geen doel treft.

4.46. *Onderdeel 8* betoegt in de kern dat de billijke vergoeding teveel betrekking heeft op niet-muziekgerelateerde kosten. Het onderdeel bestaat uit vijf subonderdelen. De subonderdelen 8.1, 8.2 en 8.4 lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

83 Gerefereerd wordt aan MvA 76–77.

84 De Organisatoren wijzen op prod. 27a/b (bij Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging eis Organisatoren d.d. 27 november 2012) en MvA Inc 54 met uitleg over de boekingscontracten met de dj's en dat er nauwelijks administratieve lasten zijn.

85 Verwezen wordt naar prod. 49 Org. (bij MvD) en Pleitnota HB Org. 30.

86 Gewezen wordt op prod. 21 (bij Akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 15 december 2010), MvG grief 9, Mondelinge toelichting Org. bij de Geschillencommissie, par. 9 (Bijlage 15 deskundigenbericht) en Pltn Org. HB 32.

87 Gerefereerd wordt aan MvG Org. grief 3 en Pltn HB Org. 22–25 en 31.

88 De Organisatoren wijzen op hun prod. 42 (bij Antwoordakte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 14 juli 2015) en hun MvD, 25.

89 Verwezen wordt naar prods. 26 en 27 (bij Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging eis Organisatoren d.d. 27 november 2012), prod. 42 (bij Antwoordakte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 14 juli 2015) en bijlage 22 en 23 bij het Deskundigenbericht.

4.47. *Subonderdeel 8.1* wijst erop dat het hof slechts een beperkte voorziening voor niet-muziekgerelateerde kosten heeft getroffen, en dan alleen voor dance evenementen met een ticketprijs hoger dan € 85 en voor dance evenementen waarbij een overnachting deel uitmaakt van het evenement. Dit is, zo betoogt het subonderdeel, onjuist omdat bij alle dance evenementen (ongeacht aard en ticketprijs) de niet-muziekgerelateerde kosten een onevenredig groot deel vormen van de totale kosten waardoor die kosten verhoudingsgewijs zwaar meetellen bij het vaststellen van de billijke vergoeding.

4.48. Volgens *subonderdeel 8.2* is onbegrijpelijk waarom de niet-muziekgerelateerde kosten niet uit de heffingsgrondslag worden gefilterd. Dit geldt zeker nu het hof afwijkt van het deskundigenbericht dat adviseert om bij alle (grote én kleine) dance evenementen rekening te houden met niet-muziekgerelateerde kosten,⁹⁰ aldus het subonderdeel.

4.49. *Subonderdeel 8.4* acht onbegrijpelijk dat het hof voor de meeste dance evenementen (ticketprijs beneden € 85) geen voorziening opneemt, terwijl ook hier geldt dat de niet-muziekgerelateerde kosten een onevenredig groot deel zijn van de kosten (rov. 19).⁹¹

4.50. Voorop staat dat het hof onder ogen heeft gezien dat ook bij dance evenementen met een ticketprijs lager dan € 85 de niet-muziekgerelateerde kosten verhoudingsgewijs zwaar meetellen bij de vaststelling van de billijke vergoeding. Het hof benoemt dit aspect uitdrukkelijk in rov. 19. Het hof heeft het echter redelijkerwijs niet mogelijk geacht om voor alle niet-muziekgerelateerde onderdelen van de productiekosten uitzonderingen te formuleren (rov. 20). Hierbij heeft het hof het rapport van de Geschillencommissie meegewogen. Volgens het hof biedt dat rapport geen oplossing voor dit probleem. De Geschillencommissie laat het aan partijen over om 'op transparante wijze en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel in onderling overleg de recepte nader te specificeren.' Dat zou volgens het hof onvoldoende duidelijkheid bieden. Daarmee heeft het hof gemotiveerd dat en waarom naar zijn oordeel de niet-muziekgerelateerde kosten niet uit de grondslag *kunnen* worden gefilterd. Subonderdelen 8.1, 8.2 en 8.4 ketsen naar mijn mening hierop af.

4.51. *Subonderdeel 8.3* betreft de vaststelling van het percentage ter berekening van de billijke vergoeding voor dance evenementen met een ticketprijs van meer dan € 85 op 80% van het percentage dat geldt voor overige dance evenementen. Volgens het subonderdeel heeft het hof niet inzichtelijk gemaakt waarom in dat geval slechts een voorziening van 20% voor niet-muziekgerelateerde kosten gerechtvaardigd is. Verder wordt geklaagd dat het oordeel onvoldoende is gemotiveerd, omdat het hof

niet is ingegaan op de stelling van de Organisatoren dat gemiddeld 75% van de productiekosten betrekking heeft op niet-muziekgerelateerde kosten⁹² en dat daarom een correctie van ten minste 45% redelijk is.⁹³

4.52. Ook *subonderdeel 8.3* treft geen doel. De correctie van 20% voor evenementen met een ticketprijs van meer dan € 85 berust op een afweging *ex aequo et bono*, zo blijkt uit het arrest (rov. 42). Het gaat hier dus om een inschatting die in belangrijke mate berust op intuïtieve inzichten, zodat er geen hoge motiveringseisen aan kunnen worden gesteld.⁹⁴ Het hof behoeft volgens mij niet te responderen op de stelling dat gemiddeld 75% van de productiekosten ziet op niet-muziekgerelateerde kosten. Het gaat hier namelijk om een enkele stelling bij pleidooi in appel. De stelling verwijst weliswaar naar prod. 42, een 'overzicht kosten artiesten/line up dance events 2016', maar onduidelijk is wie dit overzicht heeft opgesteld en de daarin genoemde bedragen zijn niet controleerbaar. Het hof was volgens mij ook niet gehouden om in te gaan op de stelling dat een correctie van 45% redelijk is. De Organisatoren hebben die stelling onderbouwd door te wijzen op een modernisering van Buma, waarbij voor bepaalde meerdaagse live evenementen met een camping een correctie van 45% op de recepte kan worden toegepast.⁹⁵ Daaruit volgt dat de correctie van Buma kennelijk is bedoeld voor meerdaagse evenementen met overnachting. In onze zaak heeft het hof al beslist dat de kosten van een overnachting helemaal buiten de heffingsgrondslag dienen te vallen.

4.53. *Subonderdeel 8.5* stelt dat het oordeel van het hof niet wordt gerechtvaardigd doordat, zoals het hof in rov. 38 overweegt, op kleinere en middelgrote dance evenementen minder niet-muziekgerelateerde entertainment wordt aangeboden. Volgens het subonderdeel is zonder motivering onbegrijpelijk dat het hof zijn oordeel baseert op de absolute niet-muziekgerelateerde kosten en niet op de relatieve kosten, terwijl bij kleinere en middelgrote dance evenementen die niet-muziekgerelateerde kosten verhoudingsgewijs (dus relatief) zwaar meetellen bij de vaststelling van de billijke vergoeding.⁹⁶

4.54. Het subonderdeel mist feitelijke grondslag, omdat het hof wel het oog heeft op de relatieve omvang van de niet-muziekgerelateerde kosten. Het hof overweegt dat kleinere evenementen, zoals volgt uit de stellingen van partijen, doorgaans minder niet-muziekgerelateerd entertainment hebben. De muziekwaarde is bij kleinere evenementen vol-

90 Verwezen wordt naar het Deskundigenbericht, blz. 7, laatste alinea.

91 De Organisatoren wijzen op prod. 42 (bij hun Antwoordakte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties d.d. 14 juli 2015), hun Mnd 8 en hun Pltn HB 18.

92 Verwezen wordt naar prod. 42 (bij Antwoordakte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 14 juli 2015) en Pltn. HB Org 19.

93 Gerefereerd wordt aan Mnd Org 23 en 44 en Pltn HB Org. 72.

94 Vgl. HR 16 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1628, NJ 2020/392 (AHP Manufacturing) en HR 8 juli 2011,

ECLI:NL:HR:2011:BP6996, NJ 2011/307 (Zürich/Van Gemert).

95 Zie Mnd Org, 23.

96 Verwezen wordt naar CvA 69 en 70, CvD 52, Pleitnota Org. EA 25, MvG grief 10 en MvA inc. 83.

gens het hof dan ook relatief groter dan bij grotere evenementen. Dat rechtvaardigt naar het oordeel van het hof dat voor kleine evenementen geen (verdere) voorziening wordt getroffen (rov. 38).

4.55. *Onderdeel 8* slaagt zodoende in mijn optiek evenmin.

De hoogte van de vergoeding (rov. 22–26) (onderdelen 4, 5 en 9)

4.56. In rov. 23 is het hof ingegaan op de stelling van de Organisatoren dat een tarief van € 0,75 per bezoeker te hoog is in vergelijking met de in het buitenland gehanteerde tarieven. Het hof heeft zich aangesloten bij de conclusie van de Geschillencommissie dat de verschillen in grondslag en hoogte van de tarieven in omliggende landen te groot zijn voor een zinvolle vergelijking. *Onderdeel 4* komt met twee subonderdelen tegen dit oordeel op.

4.57. Volgens *subonderdeel 4.1* is de overweging over de verschillen in grondslag en hoogte van de tarieven geen toereikende motivering om de tarieven in het buitenland buiten beschouwing te laten. Het subonderdeel wijst op het betoog dat dit juist een aanwijzing is dat de hoogte van het tarief en de grondslag die Sena voor dance events hanteert (zonder voorziening voor niet-muziekgerelateerde kosten) onbillijk is.⁹⁷ Bovendien acht het subonderdeel onbegrijpelijk dat het hof de Belgische zaak tussen SABAM en de Belgische organisatoren van muziekfestivals, waarin vergelijkbare problematiek speelt, niet in zijn oordeel heeft betrokken.⁹⁸

4.58. Ik stel voorop dat, wanneer uit een vergelijking van tariefniveaus op homogene grondslag in verschillende lidstaten blijkt dat aanzienlijk hogere tarieven worden opgelegd dan in de andere lidstaten worden gehanteerd, dit verschil een aanwijzing oplevert voor misbruik van een machtspositie (zie hiervoor in 3.10). In onze zaak is het hof met de Geschillencommissie van oordeel dat de verschillen in grondslag en hoogte van de tarieven in de omliggende landen te groot zijn om een zinvolle vergelijking te maken. Daarin ligt besloten dat volgens het hof geen vergelijking kan worden gemaakt met andere tariefniveaus op homogene grondslag. De stelling van de Organisatoren dat het tarief van € 0,75 per bezoeker in hoogte en grondslag verschilt van de tarieven in omliggende landen, levert naar mijn mening als zodanig geen aanwijzing op dat het gehanteerde tarief onbillijk is. Aangezien die stelling niet verder is uitgewerkt – zoals volgt uit rov. 23 – behoeft het hof hier volgens mij niet nader op in te gaan.

4.59. Met hun stellingen over de Belgische zaak tussen SABAM en de organisatoren van muziekfestivals hebben de Organisatoren een beroep gedaan op een uitspraak van de Rechtbank Brussel. In die uitspraak is geoordeeld dat het hanteren van de recet-

tegrondslag zonder correctie voor niet-muziekgerelateerde kosten door SABAM misbruik van een machtspositie oplevert. In onze zaak ligt in het bestreden arrest besloten dat het hof die conclusie niet deelt en naar inmiddels blijkt: op goed verdedigbare gronden. In de zaak *SABAM/Weareone* heeft het HvJ EU immers naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Rechtbank Antwerpen beslist dat het hanteren van een recettegrondslag zonder correctie voor niet-muziekgerelateerde kosten op zich geen misbruik van een machtspositie vormt (zie hiervoor 3.16 en 3.18–3.20).

4.60. De klachten van *subonderdeel 4.1* ketsen hierop af.

4.61. *Subonderdeel 4.2* stelt dat het oordeel in rov. 23 in strijd is met art. 150 Rv. Er wordt op gewezen dat de Organisatoren gemotiveerd hebben betwist dat het dance event tarief billijk is in verhouding tot het buitenland. De stelplicht en bewijslast van het tegendeel zouden daarom op Sena rusten, hetgeen het hof in rov. 23 zou hebben miskend. Verder is het oordeel op dit punt volgens de klacht onbegrijpelijk. De Organisatoren hebben zich namelijk beroepen op de tarieven in België (SIMIM) en het Verenigd Koninkrijk (PPL) en aangevoerd dat het praktisch uiterst bezwaarlijk is om nog meer buitenlandse tarieven voor dance events te achterhalen, terwijl het voor Sena minder problematisch is om die informatie van haar zusterorganisaties op te vragen en Sena hierover niets naar voren heeft gebracht.⁹⁹

4.62. Ook *subonderdeel 4.2* slaagt in mijn ogen niet. Naar de vaststelling van het hof hebben de Organisatoren zich erop beroepen dat een tarief van € 0,75 per bezoeker in vergelijking met de in het buitenland in rekening gebrachte tarieven te hoog is (rov. 23). Volgens het hof heeft Sena dit betwist en gesteld dat een vergelijking met buitenlandse tarieven niet veel oplevert, omdat er in het buitenland sterk verschillende tarieven en tariefstructuren bestaan. Bij die stand van zaken is niet onjuist of onbegrijpelijk dat het op de weg van de Organisatoren lag om hun stelling over de buitenlandse tarieven toe te lichten. Het hof behoeft niet in te gaan op het betoog van de Organisatoren dat het voor hen praktisch uiterst bezwaarlijk zou zijn om nadere informatie over de buitenlandse tarieven te achterhalen. Zij hebben die stelling niet gemotiveerd of geadstrueerd met (bijvoorbeeld) onbeantwoorde verzoeken om informatie.

4.63. *Onderdeel 4* is zodoende naar ik meen tevergeefs voorgesteld.

4.64. Het *viijde onderdeel* bestrijdt de overweging dat bij het bepalen van de hoogte van het tarief slechts beperkte betekenis toekomt aan de tarieven die Sena in het verleden heeft gehanteerd (rov. 24). Verder komt het onderdeel op tegen de overweging dat aan de toepassing van het discothekentarieff op dance evenementen niet het vertrouwen kon worden ontleend dat dit tarief van toepassing zou blijven (rov. 13).

⁹⁹ Gerefereerd wordt aan MvG grief 20.

⁹⁷ Gewezen wordt op Pleitnota EA Org. 27 en 34, MvG grief 20, Mnd Org. 24 en Pleitnota HB Org. 45.

⁹⁸ De Organisatoren verwijzen naar hun prods. 55 en 56 (bij akte overlegging aanvullende producties d.d. 22 november 2018) en hun Pleitnota HB 22–25 en 33.

4.65. *Subonderdeel 5.1* betoogt dat het hof ten onrechte heeft nagelaten om zijn oordeel te baseren op een vergelijking van de economische waarde van het fonogramgebruik op dance evenementen in het verleden ten opzichte van het heden of op andere objectieve, niet-discriminerende en verifieerbare criteria.

4.66. Ik meen dat het hof in rov. 24 toereikend heeft gemotiveerd waarom naar zijn oordeel slechts beperkte betekenis toekomt aan de tarieven die Sena in het verleden heeft gehanteerd. Die motivering houdt in dat deze tarieven steeds het gevolg waren van een onderhandelingsresultaat achteraf na soms langdurige en moeizame onderhandelingen waarbij ook andere belangen een rol (kunnen) hebben gespeeld. Het hof heeft hier kennelijk het oog op de tarieven in de periode tussen 2004 en 2009; voordien hanteerde Sena immers het discothekentarief. Het hof is dus van oordeel dat de tarieven in de periode tussen 2004 en 2009 niet (zonder meer) een juiste weergave zijn van de economische waarde van de fonogrammen.

4.67. Het tarief van € 0,75 per bezoeker, uitgaande van 70% Rome-repertoire en een ticketprijs van € 50, ontleent het hof aan een overeenstemming op hoofdlijnen die Sena en de Organisatoren eind 2013 hebben bereikt. Uit de overeenstemming op hoofdlijnen heeft het hof opgemaakt – en mogen opmaken – dat dit tarief redelijk en gangbaar werd geacht, hetgeen een objectief, niet-discriminerend en verifieerbaar criterium is. Een nadere motivering kon naar mijn mening niet worden verlangd, temeer nu zowel de rechtbank¹⁰⁰ als de Geschillencommissie ook tot een tarief van € 0,75 per bezoeker waren gekomen (zie rov. 22) en er volgens het hof geen andere aanknopingspunten zijn voor het vaststellen van het tarief per bezoeker.

4.68. *Subonderdeel 5.2* acht onbegrijpelijk op grond waarvan het hof oordeelt dat (de waarde van) het fonogramgebruik op dance evenementen in 2004 en in 2009 zodanig is gestegen dat tweemaal een aanzienlijke tariefsverhoging gerechtvaardigd is. De Organisatoren verwijzen naar hun stelling dat van een waardestijging geen sprake is.¹⁰¹ Volgens het subonderdeel ziet het hof er ook aan voorbij dat de bewijslast op Sena rust en niet op de Organisatoren.

4.69. Dit subonderdeel mist feitelijke grondslag. Het hof heeft niet geoordeeld dat (de waarde van) het fonogramgebruik in 2004 en in 2009 zodanig is gestegen dat een aanzienlijke tariefsverhoging gerechtvaardigd is. Ik begrijp het oordeel van het hof in rov. 24 aldus dat de tarieven die Sena tussen 2004 en 2009 hanteerde niet (zonder meer) een

correcte weerspiegeling vormen van de economische waarde van het fonogramgebruik (zie hiervoor 4.66).

4.70. *Subonderdeel 5.3* is gericht tegen het oordeel in rov. 13 dat aan de toepassing van het discothekentarief op dance evenementen niet het vertrouwen kon worden ontleend dat dit tarief van toepassing zou blijven. Het subonderdeel betoogt dat het hof zijn oordeel niet toereikend heeft gemotiveerd met de overwegingen dat er geen ander tarief voorhanden was en dat Sena heeft geprobeerd om een nieuw tarief toe te passen toen bleek dat dance events een blijvend fenomeen waren. Volgens het subonderdeel miskent het hof daarmee dat er vanaf 1993 een tarief voorhanden was dat Sena als monopolist heeft vastgesteld¹⁰² en gedurende een periode van meer dan 10 jaar op dance events heeft toegepast.¹⁰³

4.71. Verder klaagt het subonderdeel dat het hof niet heeft vastgesteld vanaf welk moment het voor Sena duidelijk was dat dance events een blijvend fenomeen waren. Voor zover het hof aanneemt dat dit pas vanaf 2004 voor Sena duidelijk was, is dit volgens het subonderdeel tegenstrijdig met de vaststelling in rov. 12 dat dance events al in de jaren '80 in ontwikkeling kwamen en met name sinds de jaren '90 van de vorige eeuw een grote vlucht genomen hebben en de essentiële stelling dat juist die ontwikkeling voor Sena aanleiding was het discothekentarief te introduceren.¹⁰⁴ Bovendien laat het hof na te motiveren waarom in 2009 dan opnieuw een aanzienlijke tariefsverhoging gerechtvaardigd is, aldus het subonderdeel.

4.72. Ook dit subonderdeel kan volgens mij niet tot cassatie leiden. Sena is in juli 1993 aangewezen als rechtspersoon die belast is met de inning en verdeling van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 Wnr (zie hiervoor in 3.4). Het hof heeft onbestreden overwogen dat dance evenementen in de jaren 90 een grote vlucht hebben genomen (rov. 12). Dance evenementen waren in de jaren 90 dus een fenomeen dat zich nog ontwikkelde. In dat licht is voorstelbaar dat, zoals volgt uit rov. 13, Sena zich niet meteen na haar oprichting heeft gericht op een tarief voor dance evenementen, maar dit tarief pas enige tijd later, per 2004, heeft geïntroduceerd. Verder heeft het hof voldoende gemotiveerd waarom een wijziging van dat tarief in 2009 gerechtvaardigd was. De tarieven die Sena van 2004 tot 2009 hanteerde, waren naar het oordeel van het hof immers geen juiste weerslag van de waarde van het fonogramgebruik (zie hiervoor in 4.66).

4.73. *Subonderdeel 5.4* is geformuleerd voor het geval het hof heeft geoordeeld dat slechts beperkte betekenis kan worden toegekend aan de in het verleden gehanteerde tarieven, omdat die steeds het gevolg waren van een onderhandelingsresultaat dat

¹⁰⁰ Vonnis rov. 4.18 onder verwijzing naar een (concept)overeenkomst tussen Sena en ID&T voor de jaren 2012–2014. Sena heeft als prod. 5 bij inleidende dagvaarding een niet-ondertekende overeenkomst tussen haar en ID&T overlegd. De Organisatoren bestrijden dat deze overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen (MvG grief 11). Het hof heeft dit in het midden gelaten.

¹⁰¹ Gewezen wordt op MvG, grief 3 en Pltn HB Org. 35.

¹⁰² Gerefereerd wordt aan MvG grief 17, par. 2.

¹⁰³ De Organisatoren wijzen op hun Pltn EA 10–12, hun Mnd 47–49 en 53 en hun Pleitnota HB 6–8 en 37.

¹⁰⁴ Verwezen wordt naar MvG grief 17, par. 2 en Pltn HB Org. 6–8 en 37.

achteraf na langdurige en moeizame onderhandelingen werd bereikt. Betoogd wordt dat partijen dat standpunt niet hebben betrokken, zodat dit oordeel in strijd is met art. 24 Rv. Naar de Organisatoren hebben gesteld, heeft Sena het discothekentariaf zonder voorbehoud ruim 10 jaar op dance evenementen toegepast en is dit tarief (dus) niet het resultaat van langdurige onderhandelingen.¹⁰⁵

4.74. Deze klacht treft evenmin doel. In rov. 24 heeft het hof in mijn visie het oog op de tarieven uit de periode van 2004 tot 2009 en niet op het discothekentariaf. Sena heeft in haar MvA betoogd (i) dat zij van 2004 tot 2008 een tarief per bezoeker had afgesproken met organisator ID&T, (ii) dat de Organisatoren, verenigd in de Belangenvereniging Dance (BVD), deze vergoeding te hoog vonden en alleen wilden aansluiten bij het discothekentariaf en (iii) dat Sena dikwijls genoodzaakt is geweest om akkoord te gaan met lage tarieven omdat anders helemaal niets werd betaald.¹⁰⁶ Uit deze stellingen mocht het hof begrijpen dat de in het verleden gehanteerde tarieven volgens Sena een soms moeizaam bereikt onderhandelingsresultaat waren, waarbij ook andere belangen een rol gespeeld (kunnen) hebben (namelijk: het belang van Sena om te voorkomen dat de betreffende organisator helemaal niets betaalde). Het hof is met zijn oordeel dus niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.

4.75. *Onderdeel 5* mist zodoende eveneens doel.

4.76. *Onderdeel 9* komt op tegen de beslissing om, uitgaande van een ticketprijs van € 50 en 70% Rome-repertoire, in het licht van een overeenstemming op hoofdlijnen tussen partijen in de periode november/december 2013 een vergoeding van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt te nemen (rov. 25–26). Het onderdeel valt in twee subonderdelen uiteen.

4.77. Volgens *subonderdeel 9.1* had het hof de onderhandelingen uit november/december 2013 niet in zijn oordeel mogen betrekken. Het hof had zijn oordeel moeten baseren op de meest relevante criteria voor de vaststelling van de billijke vergoeding. In punten 124–128 van hun ST benadrukken de Organisatoren dat het hier niet gaat om een tarief dat op basis van een vrije markt tot stand komt; Sena heeft immers een wettelijk monopolie en daarmee een machtspositie.

4.78. Deze klacht faalt volgens mij ook. Het is niet onjuist of onbegrijpelijk dat het hof bij de vaststelling van de billijke vergoeding acht heeft geslagen op aspecten waarover partijen het, naar bij het pleidooi in appel is gebleken, in november/december 2013 op hoofdlijnen eens zijn geworden. Volgens het hof vonden beide partijen een prijs van € 0,75 per bezoeker, uitgaande van 70% Rome-repertoire en een ticketprijs van € 50, kennelijk een redelijk uitgangspunt. De Organisatoren wijzen niet op stellingen waarin wordt betoogd dat deze uit-

gangspunten zijn bereikt omdat Sena bij de onderhandelingen een machtspositie had. Dat andere criteria bij de vaststelling van de billijke vergoeding een rol kunnen spelen, heeft het hof niet miskend. Naar het oordeel van het hof waren hier echter geen andere aanknopingspunten voorhanden (rov. 25).

4.79. *Subonderdeel 9.2* acht het oordeel onbegrijpelijk omdat zowel Sena als de Organisatoren hebben betwist dat op hoofdlijnen overeenstemming is bereikt¹⁰⁷ en Sena in deze procedure ook geen nakoming van deze overeenkomst heeft gevorderd en evenmin (een verklaring voor recht) dat sprake is van een overeenkomst.¹⁰⁸ Verder blijkt uit een eventuele overeenstemming op hoofdlijnen nog niet dat die prijs reëel is om als uitgangspunt te dienen voor het vaststellen van de billijke vergoeding. Partijen verschilden bovendien van inzicht over het percentage Sena-repertoire, welk van doorslaggevend betekenis is voor de vaststelling van de billijke vergoeding. Daarom is het oordeel niet voldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

4.80. Dat zowel Sena als de Organisatoren hebben betwist dat overeenstemming op hoofdlijnen is bereikt, vindt geen steun in de gedingsstukken. In de aangehaalde passages uit de MvA heeft Sena alleen gesteld dat er geen definitieve regeling is bereikt, hetgeen het hof ook onder ogen heeft gezien. Bij het pleidooi in appel heeft mr. Visser namens Sena met zoveel woorden gesteld dat er op hoofdlijnen overeenstemming was bereikt (p-v, p. 6, 4e aandachtsstreepje):

“U noemt productie 12 en noemt een brief d.d. 18 december 2013. Die brief is gestuurd naar de Organisatoren en hieruit blijkt dat er overeenstemming bestaat op de hoofdlijnen. We hebben deze brief gestuurd in de veronderstelling dat alles rond was, op het moment van het versturen was niet duidelijk dat er hoger beroep zou worden ingesteld.”

4.81. Verder behoefde het hof volgens mij niet in te gaan op de stelling van de Organisatoren dat Sena in deze zaak geen nakoming van die overeenkomst heeft gevorderd en evenmin (een verklaring voor recht) dat sprake is van een overeenkomst. Die stellingen zijn niet relevant omdat partijen naar het oordeel van het hof niet tot definitieve overeenstemming waren gekomen. Het subonderdeel maakt niet duidelijk waarom het onjuist of onbegrijpelijk zou zijn dat het hof, bij gebreke van enig ander aanknopingspunt, op grond van de overeenstemming op hoofdlijnen tussen de Organisatoren en Sena uitgaat van een tarief van bezoeker van € 0,75 bij een ticketprijs van € 50. Dit geldt temeer nu zowel de rechtbank als de Geschillencommissie op hetzelfde tarief zijn uitgekomen (zie hiervoor in 4.67).

¹⁰⁷ Gerefereerd wordt aan MvG 8 en 9, MvA 31, 33 en 34, Antwoordakte Org. na Tussenarrest d.d. 14 juli 2015, par. 14 en p-v pleidooi HB p. 3 (onder 8ste streepje) en p. 4 (onder 4e, 6e en 9e streepje).

¹⁰⁸ Verwezen wordt naar MvG 8 en p-v pleidooi HB p. 3 (onder 8ste streepje) en p. 4 (onder 4e, 6e en 9e streepje).

¹⁰⁵ Gewezen wordt op MvG grief 17 punten 2–3 en Pltn HB Org. 6–8 en 37.

¹⁰⁶ MvA 13–20, 107, 170 en 173.

4.82. Ook *onderdeel 9* slaagt dus niet.

De omvang van het sena-repertoire (onderdeel 10)

4.83. Het *tiende onderdeel*, dat negen subonderdelen bevat, is gericht tegen het oordeel dat het redelijk is om uit te gaan van een percentage Sena-repertoire van 60% en dat het hof daarom een lager (zij het niet evenredig lager) tarief van € 0,65 per bezoeker als uitgangspunt neemt voor de vaststelling van de billijke vergoeding (rov. 32–33).

4.84. *Subonderdeel 10.1* stelt dat het hof ten onrechte heeft beslist dat moet worden uitgegaan van een percentage Sena-repertoire van 60% zonder die beslissing te baseren op moderne technologie op basis waarvan het percentage fonogramgebruik uit het Sena-repertoire nauwkeurig en objectief kan worden vastgesteld.¹⁰⁹ Volgens *subonderdeel 10.2* is onbegrijpelijk hoe het hof het percentage Sena-repertoire van 60% heeft berekend; dit lijkt gebaseerd op het door Sena genoemde percentage van 68,4% of de eerder door Sena gehanteerde ervaringsregel van 70% waarna het met 10% is verlaagd vanwege live muziek, maar de Organisatoren hebben die ervaringsregel betwist (prods. 29 en 37).¹¹⁰ Ook meent het sub-onderdeel dat het hof voorbij heeft gezien aan de stellingen dat Sena zonder gegronde reden weigert mee te werken aan moderne monitortechnieken (die ook Buma gebruikt),¹¹¹ terwijl Sena (wettelijk) de enige organisatie in Nederland is die beschikt over de informatie op basis waarvan een nauwkeurige vaststelling van het fonogramgebruik kan worden gemaakt.¹¹²

4.85. Bij de beoordeling van het gemiddelde percentage Sena-repertoire op dance evenementen heeft het hof in de eerste plaats de rapportages van DJ Monitor betrokken die de Organisatoren hebben overgelegd ter onderbouwing van hun standpunt dat het percentage Sena-repertoire gemiddeld tussen 35,5% en 40,94% bedraagt (prods. 29, 37 en 73).

4.86. Vervolgens heeft het hof overwogen dat Sena er terecht op gewezen dat prod. 37 een aantal onregelmatigheden bevat. Dit is door de Organisatoren in zoverre erkend dat zij hun prod. 73 hebben overgelegd met daarin een herberekening. Het hof heeft vastgesteld dat Sena op de volgende twee punten terechte kritiek heeft op die herberekening: (1) het gebruik van commercieel uitgegeven opnames van live muziek zou kunnen worden herkend als live muziek, terwijl in dat geval toch sprake is van Sena-repertoire; (2) DJ Monitor gaat er ten on-

rechte vanuit dat online beschikbare muziek die 'nergens officieel verkrijgbaar' is, niet tot het Sena-repertoire behoort. Het hof overweegt nadien dat zelfs als wordt gecorrigeerd voor de onregelmatigheden, niet tot het door Sena gestelde percentage van 68,4% tot 85,3% wordt gekomen. Sena houdt er in haar herberekening ten onrechte geen rekening mee dat herkenning van muziek niet zonder meer impliceert dat sprake is van een commercieel uitgebracht fonogram, omdat werkelijk live gespeelde muziek ook herkend kan worden.

4.87. Aldus afwegende acht het hof een gemiddeld percentage Sena-repertoire van 60% redelijk. Een organisator die meent dat bij een dance evenement minder dan 60% Sena-repertoire is gebruikt, kan het werkelijke percentage Sena-repertoire laten vaststellen (rov. 34–36).

4.88. Waar het hof de door de Organisatoren overgelegde rapporten van DJ Monitor in zijn beoordeling van het gemiddelde percentage Sena-repertoire heeft betrokken en iedere individuele organisator het werkelijke percentage Sena-repertoire kan laten vaststellen, faalt de klacht van subonderdeel 10.1 dat het Sena-repertoire onvoldoende nauwkeurig is/wordt berekend.

4.89. Anders dan subonderdeel 10.2 betoogt, berust het uitgangspunt van een gemiddelde percentage Sena-repertoire van 60% in het licht van het voerststaande niet uitsluitend op het door Sena genoemde percentage van 68,4% of de door Sena gestelde ervaringsregel van 70%.

4.90. Subonderdeel 10.2 klaagt ook tevergeefs over het passeren van de genoemde essentiële stellingen. Het subonderdeel maakt niet duidelijk op welke grond Sena gehouden zou zijn om haar databases open te stellen voor onderzoek met moderne monitortechnieken. Evenmin wordt door de Organisatoren verwezen naar stellingen in de feitelijke instanties waaruit blijkt dat de database van Sena zich leent voor een dergelijk onderzoek,¹¹³ terwijl Sena dit wel heeft betwist.¹¹⁴ De in het subonderdeel genoemde stelling dat Sena de enige organisatie is die beschikt over de informatie op basis waarvan een nauwkeurige vaststelling van het fonogramgebruik kan worden gemaakt, heb ik in de genoemde vindplaatsen niet gelezen.

4.91. Tot slot hebben de Organisatoren in dit verband nog betoogd dat DJ Monitor altijd achteraf een controle uitvoert met betrekking tot de live gespeelde muziek (pleitaantekeningen in cassatie Organisatoren (mr. B.H.M. Schipper), onder 35 en ST onder 170) en dat het kastje van DJ Monitor al vanaf € 75 voor een evenement kan worden ingezet (pleitaantekeningen in cassatie Organisatoren (mr. B.H.M. Schipper), onder 36). Er wordt daartoe echter niet verwezen naar vindplaatsen in de gedingstukken en in het cassatiemiddel is ook niet geklaagd over het

¹⁰⁹ De Organisatoren doen een beroep op CvA 64, 65 en 75–81, Cvd 59–63 en 65, prod. 29 (bij hun Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging eis d.d. 27 november 2012) hun Pltn EA 39–45, MvG 16, 17, 24–34, grief 1, grief 13 en grief 22, prod. 37 (bij MvG), MvA inc. 2–18, 73, 87 en 89–95 en hun Pltn HB 67.

¹¹⁰ Verwezen wordt naar Pltn EA Org. 39–41, MvG, 16 en 30–34, grieven 1 en 22, MvA inc. 13 en Pltn. HB Org. 49–69.

¹¹¹ Gewezen wordt op MvG 30–33, MvA inc. 87–93 en Pltn HB Org. 59.

¹¹² Gerefereerd wordt aan MvA inc. 25 en Pltn HB Org. 59, 62 en 69.

¹¹³ De feitelijke stellingen hierover in vt. 5 van de repliek in cassatie vinden dus geen steun in het procesdossier.

¹¹⁴ MvA 140.

passeren van die stellingen. Dit betoog dient daarom buiten beschouwing te blijven.

4.92. *Subonderdeel 10.3* acht het oordeel van het hof over het percentage Sena-materiaal onbegrijpelijk in het licht van de stelling van de Organisatoren dat het Sena-repertoire nooit hoger kan zijn dan het 48% Buma-repertoire dat op dance evenementen wordt gedraaid, omdat Sena anders dan Buma niet het gehele wereldrepertoire vertegenwoordigt.¹¹⁵

4.93. In de aangehaalde passages uit hun mvG hebben de Organisatoren het volgende betoogd: (1) uit prod. 29 blijkt dat het monitorsysteem 80% van de muziek heeft herkend die op de onderzochte dance evenementen is gedraaid, (2) van die 80% blijkt 60% tot het repertoire van Buma te behoren, hetgeen voor Buma een herkenningspercentage van 48% oplevert en (3) nu het Rome-repertoire van Sena aanzienlijk kleiner is dan het wereldrepertoire van Buma, is het werkelijke gebruik van commerciële fonogrammen waarvoor Sena op basis van art. 7 Wnr een billijke vergoeding kan vragen aanmerkelijk lager dan 70%. Het gaat in deze stelling dus om het percentage van de gedraaide muziek dat het monitorsysteem volgens de Organisatoren heeft herkend als Buma-repertoire (48%) en de discrepantie met het door de rechtbank vastgestelde percentage Sena-repertoire (70%). De Organisatoren hebben niet gesteld dat het percentage Sena-repertoire nooit hoger kan zijn dan het percentage van 48% en het hof behoefde de stelling ook niet in die zin te begrijpen. Overigens volgt uit de stelling evenmin dat het aandeel Buma-repertoire op de onderzochte dance evenementen 48% bedraagt; ook muziek die niet (als zodanig) door het monitorsysteem is herkend, kan immers tot het Buma-repertoire behoren. *Subonderdeel 10.3* is om die reden tevergeefs voorgedragen.

4.94. *Subonderdeel 10.4 tot en met 10.6* zijn gericht tegen het oordeel in rov. 32 dat DJ Monitor er ten onrechte vanuit gaat dat online beschikbare muziek die 'nergens officieel verkrijgbaar' is, niet tot het Sena-repertoire behoort. Volgens *subonderdeel 10.4* rekt het hof het begrip 'voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen' te ver op door daaronder alle online beschikbare muziek te begrijpen en miskent het hof dat een fonogram dat voor particuliere doeleinden online beschikbaar is gesteld geen commerciële fonogram is. *Subonderdeel 10.5* voegt daaraan toe dat niet valt in te zien waarom het billijk is dat Sena voor alle online beschikbare muziek een billijke vergoeding incasseert, terwijl Sena die vergoeding niet uitkeert aan een particulier die de muziek heeft vastgelegd teneinde deze (zonder commerciële doeleinden) online beschikbaar te stellen. Het hof zou ook niet hebben gereageerd op essentiële stellingen in dit kader.¹¹⁶ De Organisato-

ren hebben toegelicht dat Sena geen vergoedingen uitkeert voor muziek zonder ISRC, een uniek identificatienummer (ST Organisatoren onder 160–161 en pleitaantekeningen in cassatie Organisatoren (mr. V. Rorsch) 4.5–4.6). *Subonderdeel 10.6* acht het oordeel onbegrijpelijk omdat onduidelijk is in hoeverre het hof bij de vaststelling dat 60% Sena-repertoire wordt gebruikt, online muziek heeft meegerekend (waaronder opnamen van niet-uitgebrachte muziek en van live muziek door particulieren).

4.95. De subonderdelen 10.4–10.6 lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

4.96. Volgens het (in 2008 ingevoegde)¹¹⁷ art. 7 lid 2 Wnr wordt onder een 'voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram' mede begrepen een fonogram dat beschikbaar wordt gesteld voor het publiek. In de literatuur over die bepaling staat dat een opname die aan het publiek ter beschikking is gesteld, moet worden aangemerkt als een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram, ook als er feitelijk geen commerciële intenties aan ten grondslag hebben gelegen.¹¹⁸ Daartoe wordt verwezen naar de memorie van toelichting.

4.97. In de memorie van toelichting is inderdaad opgemerkt dat met art. 7 lid 2 Wnr duidelijk wordt dat een fonogram dat bijvoorbeeld via internet beschikbaar wordt gesteld voor het publiek, wordt beschouwd als voor commerciële doeleinden uitgebracht, ook als er feitelijk geen commerciële intenties waren. Verder blijkt uit de memorie van toelichting dat de wetgever met deze bepaling beoogt aan te sluiten bij art. 15 lid 4 van het Verdrag van Genève:¹¹⁹

"Artikel 15, vierde lid, van het Verdrag van Genève 1996 bepaalt dat «aan het publiek beschikbaar gestelde fonogrammen» mede worden beschouwd als «voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen» voor de toepassing van het in het eerste lid bedoelde vergoedingsrecht. Omwille van de duidelijkheid wordt voorgesteld, onder vernummering van het tweede en derde lid tot het derde en vierde lid, aan artikel 7 Wnr een nieuw tweede lid toe te voegen met een met artikel 15, vierde lid, van het Verdrag van Genève 1996 corresponderende regel. Daarmee wordt duidelijk dat, wanneer een fonogram via bijvoorbeeld het Internet voor leden van het publiek op zodanige wijze beschikbaar wordt gesteld dat zij daartoe op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegang toe hebben, het fonogram wordt beschouwd als

¹¹⁷ Wet van 13 maart 2008 tot herstel van wets technische gebreken en leemten alsmede aanbrenging van andere wijzigingen van ondergeschikte aard in diverse wetsbepalingen op het terrein van het Ministerie van Justitie (Reparatiewet III Justitie), *Stb.* 2008/85. Zie hierover ook punt 3.2 hiervan.

¹¹⁸ Geerts & Verschuur, Kort begrip intellectueel eigendomsrecht 2020/688, J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Vsser, Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht (Recht en Praktijk, nr. IE2), 2019/1717 en T&C Intellectuele Eigendom (D.J.G. Visser), art. 7 Wnr, aant. 2.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 2007–2008, 31 248, nr. 3, p. 14 (MvT bij Reparatie wet III Justitie).

¹¹⁵ Verwezen wordt naar CvA 65, prod. 29 Org (bij Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging van eis d.d. 27 november 2012), Pleitnota EA Org. 40–41 en MvG grief 1 en grief 22 punt 4.

¹¹⁶ Gerefereerd wordt aan MvG 22 en MvA Inc. 3 en p-v pleidooi HB p. 3 (onder 12e streepje).

voor commerciële doeleinden uitgebracht, ook als er feitelijk geen commerciële intenties aan het beschikbaar stellen van het fonogram ten grondslag hebben gelegen. Bijgevolg loopt de Wet op de naburige rechten dan geheel synchroon met het Verdrag van Genève 1996.”

4.98. Art. 15 lid 4 van het Verdrag van Genève bepaalt het volgende:

“Voor de toepassing van dit artikel worden fonogrammen die per draad of langs draadloze weg aan het publiek beschikbaar worden gesteld op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek toegankelijk zijn vanaf een door hen gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip, geacht voor commerciële doeleinden te zijn gepubliceerd.”

4.99. De Organisatoren betogen in cassatie dat art. 15 lid 4 van het Verdrag van Genève alleen betrekking heeft op de term ‘beschikbaar stellen’ en niet op de woorden ‘voor commerciële doeleinden’. Onder verwijzing naar een handboek van J. Reinbothe en S. von Lewinski stellen zij dat art. 15 lid 4 uitsluitend dient om te verduidelijken dat commerciële fonogrammen als gepubliceerd moeten worden verstaan wanneer zij online beschikbaar zijn gemaakt.¹²⁰

4.100. Deze beperkte lezing van art. 15 lid 4 van het Verdrag van Genève vindt geen steun in de (voor de uitleg relevante)¹²¹ toelichting van de WIPO bij art. 15 lid 4 Verdrag van Genève op p. 251 van haar *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO*.¹²²

“It is, however, a truly substantive difference that, under paragraph (4), phonograms made

available to the public by wire or wireless means in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them (that is, made available for digital delivery in an interactive system) — ‘for the purpose of this Article’ — are to be considered as if they had been published for commercial purposes. This means that, as a result of the uploading of a phonogram on a web-site, and making it available in such a way, the phonogram is to be regarded as if it had been published (although, under Article 2(e) of the Treaty, such an act is not covered by the definition of publication as read together with the agreed statement adopted concerning it) and as if the publication had been for commercial purposes, irrespective of whether or not there is any commercial purpose or impact at all behind the act. Emphasis has been given above to the phrase ‘for the purposes of this Article’ since it indicates that this provision does not change the definition of ‘publication’ provided in another Article — Article 2 — of the Treaty.”

4.101. Uit de toelichting van WIPO blijkt dus dat de strekking van art. 15 lid 4 van het Verdrag van Genève tweeledig is: (1) het online beschikbaar stellen van een fonogram moet als openbaarmaking worden aangemerkt en (2) deze openbaarmaking wordt geacht voor commerciële doeleinden te zijn geschied ongeacht of er werkelijk een commercieel oogmerk was (*irrespective of whether or not there is any commercial purpose or impact at all behind the act*). Deze lezing wordt gevolgd in het door Sena aangehaalde handboek van M. Fiscor.¹²³

4.102. De Nederlandse wetgever heeft zich dus niet gebaseerd op een (evident) onjuiste lezing van art. 15 lid 4 Verdrag van Genève. Er is volgens mij dan ook geen aanleiding is om art. 7 lid 2 Wnr anders uit te leggen dan de wetgever gezien de memorie van toelichting voor ogen had.

4.103. In dat licht heeft het hof terecht geoordeeld dat krachtens art. 7 lid 2 Wnr ook online voor het publiek beschikbaar gestelde muziek valt onder het begrip ‘voor commerciële doelen uitgebrachte fonogrammen’ en daarmee onder het Sena-repertoire. Een commercieel oogmerk is niet vereist. Ik zie geen grond voor een prejudiciële vraag, zoals voorgesteld in de ST van de Organisatoren onder 156. Art. 7 lid 2 Wnr is immers, zoals uit het vorenstaande blijkt, niet op een communautaire leest geschoeid. Dit betekent dat *subonderdeel 10.4* faalt.

4.104. *Subonderdeel 10.5* ziet er volgens mij aan voorbij dat een zuiver rechtsoordeel geen motiveer behoefte,¹²⁴ en dat het hof daarom niet behoefde in te gaan op de billijkheid van de regel uit art. 7 lid 2 Wnr en de stellingen die de Organisatoren in dit ka-

120 Pleitaantekeningen in cassatie Org (mr. V. Rorsch) 3.4 en ST Org. 162–165 met verwijzing naar J. Reinbothe & S. von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright*, 2015, p. 392–393 en 397–398.

121 De uitleg van verdragsbepalingen dient te geschieden aan de hand van de maatstaven van de art. 31–33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, *Trb.* 1972/51 (Engelse en Franse tekst) en *Trb.* 1985/79 (Nederlandse vertaling), die moeten worden beschouwd als codificatie van het geldende volkenrecht inzake de uitleg van verdragen. Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag (art. 31 lid 1). Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b, volgt dat daarnaast ook rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan, hetgeen meebrengt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van dat verdrag vormt. Zie: HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1280, NJ 2021/42 m.nt. F.G.M. Smeele (*V Marine Fuels/Dexhon Shipping cs.*), HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:918, NJ 2019/224 m.nt. H.J. Snijders (*Diag Human/Republiek Tsjechië*), HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2992, NJ 2019/223 m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2018/139 m.nt. C.G. van der Plas (*Maximov/NLMK*) en HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2363, NJ 2018/144, *IER* 2017/67 m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*High Point/KPN*). Vgl. ook: HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, NJ 1992/106 m.nt. J.C. Schultsz (*Gabriele Wehr*).

122 Te vinden op www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

123 M. Fiscor, *The law of the Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, 2012, p. 635–636, zoals geciteerd bij dupliek in cassatie 17 door Sena.

124 B.T.M. van der Wiel (red.), *Cassatie 2019/63 en 113 en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/185 en 218*.

der hebben betrokken. Daar komt bij dat die stellingen betrekking hebben op de wijze van repartitie (verdeling) van de vergoeding, hetgeen in onze zaak geen onderwerp van geschil is. *Subonderdeel 10.6* ketst erop af dat het genoemde percentage van 60% Sena-repertoire een uitgangspunt is dat berust op een (gemotiveerde) inschatting en niet op een exacte berekening.

4.105. Daaruit volgt dat subonderdelen 10.4–10.6 geen doel treffen.

4.106. *Subonderdeel 10.7* betoogt dat het hof onterecht buiten beschouwing heeft gelaten dat het voor de Organisatoren, zoals zij hebben gesteld,¹²⁵ niet mogelijk was om bewijs van het Sena-repertoire te leveren, omdat Sena weigerde mee te werken aan de vaststelling van het precieze aandeel Sena-repertoire met moderne en onafhankelijke technologie. Met die techniek kan aan de hand van de playlists worden nagegaan welk percentage tot het Sena-repertoire hoort en de Organisatoren hebben aangeboden alle benodigde informatie te verstrekken.¹²⁶

4.107. Ook dit subonderdeel gaat naar ik meen niet op. Het hof heeft in het de door de Organisatoren overgelegde rapporten van DJ Monitor (prods. 29, 37 en 73) en prod. 20 van Sena voldoende aanknopingspunten gevonden om een redelijk uitgangspunt te formuleren voor het gemiddelde percentage Sena-repertoire. Daarin ligt besloten dat het hof een nadere vaststelling van het aandeel Sena-repertoire met moderne en onafhankelijke technologie niet noodzakelijk heeft geacht. Dit oordeel is niet onjuist of onbegrijpelijk, temeer omdat een individuele organisator die meent dat bij een bepaald dance evenement minder dan 60% Sena-repertoire is gebruikt, ingevolge het arrest het werkelijke percentage Sena-repertoire kan laten vaststellen.

4.108. *Subonderdeel 10.8* stelt voorop dat rov. 33 verwijst naar het oordeel in rov. 26 dat een tarief van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt kan dienen voor de vaststelling van een billijk tarief voor dance events, uitgaande van 70% Rome-repertoire. Nu het hof voor de vaststelling van de billijke vergoeding een Sena-repertoire van 60% als uitgangspunt neemt, is volgens het subonderdeel onjuist of onbegrijpelijk dat het hof het tarief niet evenredig lager heeft vastgesteld, dus op € 0,64 in plaats van € 0,65. Door te wijzen op het arrest *SENA/NKP*¹²⁷ zou het hof miskennen dat de omstandigheden uit dat arrest zich in deze zaak niet voordoen, nu de vermindering van het percentage Sena-repertoire in deze zaak aanzienlijk lager is, terwijl de billijke ver-

goeding in 10 jaar tijd meer dan verdriedubbeld is.¹²⁸ Daar komt bij dat het hof afwijkt van het advies in het deskundigenbericht om bij een lagere vaststelling van het Sena-repertoire het tarief in beginsel 'naar rato' te verlagen,¹²⁹ aldus het subonderdeel.

4.109. Volgens mij hebben de Organisatoren bij dit subonderdeel geen belang. Het hof heeft het tarief per bezoeker in wezen naar evenredigheid aangepast. Het tarief per bezoeker komt bij evenredige aanpassing naar aanleiding van de bijstelling van het percentage Sena-repertoire uit op ($€ 0,75/70 * 60$) € 0,6428571429. Het is dan een kwestie van afronding of dit tarief op € 0,64 of € 0,65 wordt gesteld. Zuiver rekenkundig bezien zou op € 0,64 worden afgerond. Het hof was bij de afronding echter niet gebonden aan deze rekenkundige wijze van afronding, nu het hier niet gaat om een louter rekenkundige berekening, maar om het bepalen een redelijk uitgangspunt voor de vaststelling van een billijke vergoeding op de voet van art. 7 Wnr. Subonderdeel 10.8 kan tegen die achtergrond in mijn ogen niet tot cassatie leiden.

4.110. *Subonderdeel 10.9* bestrijdt in de eerste plaats de overwegingen in rov. 35 en 36 dat het hof beoogt te voorkomen dat de Organisatoren al te lichtzinnig gebruik maken van de mogelijkheid om het werkelijke percentage Sena-repertoire vast te stellen. Het subonderdeel voert aan dat dit oordeel in strijd is met het deskundigenbericht,¹³⁰ met de regel dat bij de vaststelling van een billijke vergoeding moet worden uitgegaan van een zo realistisch mogelijk percentage (rov. 30) en met het transparantiebeginsel. In de tweede plaats komt het subonderdeel ertegen op dat het hof het aan Sena laat om vast te stellen wat het daadwerkelijke percentage is (rov. 35–37). Dit is volgens het subonderdeel eveneens in strijd met het transparantiebeginsel en verder onbegrijpelijk omdat het hof geen aanwijzingen heeft gegeven hoe de vaststelling van het Sena-repertoire gecontroleerd kan worden en niet de eis stelt dat gebruik moet worden gemaakt van moderne technologieën (zoals DJ Monitor).¹³¹

4.111. Over het eerste gedeelte van het subonderdeel het volgende. De Organisatoren worden met het bestrede arrest volgens mij niet beperkt in hun mogelijkheden om het werkelijke percentage Sena-repertoire te laten vaststellen. Het hof heeft beslist dat de billijke vergoeding niet alleen wordt bijgesteld als het percentage Sena-repertoire lager blijkt te zijn dan 60% (dus in het voordeel van de organisator), maar ook wanneer het percentage Sena-repertoire hoger blijkt te zijn dan 60% (dus in het nadeel van de organisator). Daarmee wil het hof naar zich laat aanzien bereiken dat het laten van vaststellen van het werkelijke Sena-repertoire geen 'loterij zonder nieten' is; wanneer het werkelijke

¹²⁵ Verwezen wordt naar MvG 30 en grief 22 par. 2, MvA Inc, 73, Pltn HB Org. 59, 62 (met verwijzing naar prod. 71 (bij Akte overlegging aanvullende producties Org. d.d. 22 november 2018)) en 69.

¹²⁶ Zie toelichting in prod. 27b (bij Akte overlegging aanvullende producties tevens akte wijziging eis d.d. 27 november 2012) over 'muziekwaarde', waarin vanuit de Organisatoren is opgenomen dat de Organisatoren – gelijk de regeling met Buma – standaard zullen meewerken aan monitoring.

¹²⁷ HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694, NJ 2006/376 m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2004/5.

¹²⁸ Verwezen wordt naar Pltn HB Org. 40–47.

¹²⁹ Gewezen wordt op het Deskundigenbericht van de Geschillencommissie p. 9, derde en vierde alinea.

¹³⁰ Gerefereerd wordt aan het Deskundigenbericht van de Geschillencommissie p. 9, derde en vierde alinea.

¹³¹ De Organisatoren doen een beroep op hun Pltn HB 69.

percentage Sena-repertoire hoger is dan 60% moet de organisator ook een hogere vergoeding betalen. De overweging dat het hof beoogt te voorkomen dat de Organisatoren al te lichtzinnig gebruik maken van de mogelijkheid om het daadwerkelijke percentage Sena-repertoire vast te stellen, is in dat licht te begrijpen. In die context bezien is de overweging niet in strijd met het deskundigenrapport, het uitgangspunt van een zo realistisch mogelijk percentage en het transparantiebeginsel.

4.112. Ten aanzien van het tweede gedeelte van het subonderdeel geldt het volgende. Het hof is van oordeel dat beide partijen een verantwoordelijkheid hebben in het kader van de vaststelling van het daadwerkelijke percentage: de Organisatoren ten aanzien van de onderbouwing van hun stelling en het aanleveren van de gegevens en Sena ten aanzien van het verwerken van de aangeleverde gegevens ter vaststelling van het daadwerkelijk gebruikte percentage Sena-repertoire (rov. 36). Ik volg de Organisatoren niet in hun beoogd dat er daarmee onvoldoende waarborgen zijn voor het controleren van het Sena-repertoire. De Organisatoren kunnen de aangeleverde gegevens in geval van twijfel immers ook nog laten verwerken door een onafhankelijke derde en de resultaten van Sena op die manier tegen het licht houden.

4.113. *Subonderdeel 10.9* acht ik daarom ongegrond.

4.114. Dit betekent dat onderdeel 10 faalt.

Het percentage (rov. 38–42) (onderdelen 11 en 12)

4.115. Het *elfde onderdeel* komt op tegen de berekening van de gemiddelde ticketprijs in rov. 40. Het onderdeel bevat twee subonderdelen die zich lenen voor gezamenlijke bespreking.

4.116. Volgens *subonderdeel 11.1* heeft het hof de ticketprijs ten onrechte berekend op basis van het hogere marktsegment (de duurdere dance events op externe locaties) en de ticketprijzen van het lagere marktsegment (in discotheken en clubs) buiten beschouwing gelaten, terwijl dat lagere marktsegment een groter (of aanzienlijk) deel van de markt betreft.¹³²

4.117. *Subonderdeel 11.2* acht onbegrijpelijk dat het hof de gemiddelde ticketprijs alleen heeft gebaseerd op de in prod. 51 overgelegde mail van Fanalists, waarin wordt gesteld dat de gemiddelde ticketprijs voor dance events op jaarbasis in 2016 € 40,50 bedroeg, terwijl het hof de ticketprijs van het lagere segment dance events in discotheken, clubs en andere dansgelegenheden met een gemiddelde prijs van € 12,50 tot € 15 buiten beschouwing laat.¹³³

4.118. Naar aanleiding van een vraag van mij bij pleidooi in cassatie hebben de Organisatoren hun belang bij dit onderdeel nader toegelicht. Bij repliek

in cassatie onder 16 hebben zij opgemerkt dat onderdeel 11, naar volgt uit voetnoten 89 t/m 91, moet worden gelezen in samenhang met subonderdelen 10.8 en 12.2 en dat in subonderdeel 12.2 wordt beoogd dat onbegrijpelijk is dat een lagere gemiddelde ticketprijs leidt tot een hoger inningspercentage. Bij het slagen van deze klacht stellen de Organisatoren belang te hebben bij onderdeel 11.

4.119. Onderdeel 11 slaagt volgens mij inhoudelijk niet. De Geschillencommissie heeft de gemiddelde ticketprijs vastgesteld op € 40. Deze gemiddelde ticketprijs is in het deskundigenrapport aanmemelijk geacht in het licht van de door de Organisatoren verstrekte informatie, te weten een mail van 18 mei 2017 van de Managing Director van Fanalists¹³⁴ en de cijfers van de Dance Festival Monitor Q1 2017. Het hof heeft onderzocht of er aanleiding is om af te wijken van de gemiddelde ticketprijs van € 40 waarmee de Geschillencommissie heeft gerekend. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval omdat Sena er terecht op wijst dat de door de Organisatoren gestelde lagere gemiddelde ticketprijzen niet uit de overgelegde producties kunnen worden afgeleid. Daaruit volgt (1) dat het hof zich (anders dan subonderdeel 11.1 beoogt) voor de gemiddelde ticketprijs niet alleen heeft gebaseerd op de mail van Fanalists, maar ook op de cijfers van de Dance Festival Monitor Q1 2017 en de conclusie die de Geschillencommissie daaraan heeft verbonden en (2) dat het hof de stelling van de Organisatoren over een lagere gemiddelde ticketprijs (anders dan subonderdeel 11.2 bepleit) niet heeft miskend, maar als onvoldoende onderbouwd heeft verworpen.

4.120. Alle klachten van *onderdeel 11* zijn zodoende te vergeefs voorgesteld.

4.121. Het *twaalfde onderdeel* bestrijdt het uitgangspunt van een tarief van € 0,65 per bezoeker.

4.122. *Subonderdeel 12.1* stelt voorop dat het hof in rov. 26 een prijs van € 0,75 per bezoeker als uitgangspunt heeft genomen bij de vaststelling van de billijke vergoeding, uitgaande van een ticketprijs van € 50. In rov. 33 en 41 heeft het hof de prijs per bezoeker van € 0,75 naar € 0,65 verlaagd, nu het hof een Sena-repertoire van 60% in plaats van 70% hanteert. Vervolgens stelt het hof in rov. 39–41 de gemiddelde ticketprijs per bezoeker op € 40 in plaats van € 50. Het hof gaat dus uit van een 20% lagere ticketprijs dan het in rov. 26 genoemde uitgangspunt.

4.123. De *subonderdelen 12.1 en 12.2* betogen dat het oordeel van het hof tegen die achtergrond onjuist want te onnauwkeurig is, althans dat zonder nadere motivering onbegrijpelijk is waarom het hof vanwege de 20% lagere ticketprijs dan in rov. 26 niet ook de prijs per bezoeker evenredig lager vaststelt. Dit komt volgens de subonderdelen neer op een

¹³² De Organisatoren verwijzen naar hun MvG 15 en grief 17 par. 6.

¹³³ Verwezen wordt naar MvG 15, MnD Org. 58–60, prod. 52 (bij MnD Org.) en Pltn. HB Org. 48.

¹³⁴ Volgens de eigen website een datagedreven marketing en business bureau, zie: www.fanalists.com.

prijs per bezoeker van 0,52 en daarmee op een billijke vergoeding van 1,3% van de recette (0,52/40).¹³⁵

4.124. Sena heeft daar in haar ST onder 3.7.3 alleen tegenovergesteld dat niet valt in te zien waarom het hof bij verlaging van de ticketprijs ook de prijs per bezoeker had moeten verlagen. Wanneer een verlaging van de ticketprijs al tot aanpassing van de prijs per bezoeker had moeten leiden, dan lag een stijging van de prijs per bezoeker eerder in de rede, aldus Sena.¹³⁶

4.125. De motiveringsklacht van de *subonderdelen 12.1 en 12.2* treft volgens mij doel. Bij het vaststellen van het tarief per bezoeker (eerst € 0,75, bijgesteld tot € 0,65) is het hof uitgegaan van een gemiddelde ticketprijs van € 50 (rov. 26 en 33). Nadien is het hof tot de conclusie gekomen dat de gemiddelde ticketprijs € 40 bedraagt (rov. 40). Het hof heeft niet onderzocht of deze bijstelling van de gemiddelde ticketprijs gevolgen heeft voor het tarief per bezoeker. Het hof had dat volgens mij wel moeten onderzoeken. De verlaging van het gemiddelde Sena-repertoire van 70% naar 60% leidde immers tot een aanpassing van het tarief per bezoeker van € 0,75 naar € 0,65 (rov. 33) en de keuze voor de recette als grondslag impliceert dat er eveneens een verband bestaat tussen de ticketprijs en de hoogte van de billijke vergoeding.

4.126. Volgens mij kan Uw Raad de zaak op dit punt zelf afdoen. Bij een gelijk aantal bezoekers bestaat een evenredig verband tussen de ticketprijs en de billijke vergoeding. De totale billijke vergoeding voor, bijvoorbeeld, een evenement met een ticketprijs € 20 is bij een gelijk aantal bezoekers immers het dubbele van de totale billijke vergoeding voor een evenement met een ticketprijs van € 10. Bij de vaststelling van het percentage van de recette kan volgens mij daarom ook worden uitgegaan van een evenredig verband tussen de ticketprijs en het tarief per bezoeker. De gemiddelde ticketprijs is vastgesteld op € 40 in plaats van € 50 (4/5de). Het gemiddelde tarief per bezoeker komt dan uit op $(4/5de) \times € 0,65 = € 0,52$. De billijke vergoeding voor evenementen met een ticketprijs tot € 85,00 komt dan uit op € 0,52 (tarief per bezoeker) / € 40 (gemiddelde ticketprijs) = 1,3% van de recette.

4.127. Ik meen dat afdoening door Uw Raad ook wenselijk is. Partijen procederen namelijk al sinds 2009 over de hoogte van deze billijke vergoeding en partijen hebben belang bij duidelijkheid, zoals het hof in rov. 19 heeft vastgesteld en Sena bij pleidooi in cassatie heeft benadrukt.¹³⁷

4.128. *Subonderdeel 12.3* brengt naar voren dat het hof de in *subonderdelen 12.1 en 12.2* bepleite

aanpassing ook had moeten doorvoeren in het tarief voor grote dance evenementen. In rov. 42 stelt het hof de billijke vergoeding voor grote dance evenementen vast op 80% van het percentage voor de (in rov. 41 genoemde) overige dance evenementen. Dit komt na aanpassing neer op een billijke vergoeding van 1,04% van de recette (80% van 1,3%).¹³⁸

4.129. *Subonderdeel 12.3* slaagt naar ik meen in het kielzog van de *subonderdelen 12.1 en 12.2*. Het percentage van de recette ter berekening van de billijke vergoeding voor dance evenementen met een ticketprijs boven € 85 is door het hof gesteld op 80% van het percentage voor overige dance evenementen. Nu *subonderdelen 12.1 en 12.2* met succes klagen over de vaststelling van het percentage voor overige dance evenementen, en het percentage voor dance evenementen met een ticketprijs boven € 85 daarvan een afgeleide is, treft *subonderdeel 12.3* doel.

4.130. Ook hier kan Uw Raad de zaak zelf afdoen. De vaststelling van de billijke vergoeding voor dance evenementen met een ticketprijs van meer dan € 85 op 80% van de billijke vergoeding voor overige dance evenementen is als zodanig niet (met succes) bestreden. Zoals wij zagen, zou de billijke vergoeding voor dance evenementen met een ticketprijs tot € 85,00 door Uw Raad gesteld kunnen worden op 1,3% van de recette (zie hiervoor in 4.126). De billijke vergoeding voor dance evenementen met een ticketprijs boven € 85 komt dan uit op $(80\% \text{ van } 1,3\%) = 1,04\%$. Ik meen dat deze eigen afdoening door Uw Raad om de hiervoor al genoemde redenen (zie hiervoor in 4.127) ook wenselijk is.

4.131. *Onderdeel 12* is naar mijn mening dus terecht voorgedragen.

4.132. Ten overvloede merk ik op dat de vaststelling van de billijke vergoeding voor gratis dance evenementen (rov. 43–44) in cassatie niet is bestreden.

Slotsom

4.133. Ik kom tot de slotsom dat alle klachten van de onderdelen 1 tot en met 11 falen, dat *onderdeel 12* (*subonderdelen 12.1-12.3*) gegrond is en dat Uw Raad de zaak kan afdoen door de op grond van art. 7 lid 1 Wnr bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van commercieel uitgebrachte fonogrammen door de Organisatoren op de door hen georganiseerde dance evenementen bij gebruik van 60% of meer Sena-repertoire vanaf 1 januari 2014 vast te stellen als volgt:

- voor alle dance evenementen met een ticketprijs tot € 85: 1,3% van de recette;
- voor dance evenementen met een ticketprijs van € 85 en meer: 1,04% van de recette;

¹³⁵ Het *subonderdeel* wijst erop dat dit in combinatie met *subonderdeel 10.8* neerkomt op een prijs van € 0,51 per bezoeker (0,64-0,128, want 20% van € 0,64 is 0,128) en een percentage van 1,275% van de recette (0,51/40).

¹³⁶ Verwezen wordt naar MnD Sena onder 30. Die passage ziet vlg. mij overigens niet op het tarief per bezoeker, maar signaleert dat een lagere gemiddelde ticketprijs leidt tot een hoger percentage aan billijke vergoeding.

¹³⁷ Pleitaantekeningen in cassatie Sena (mr. D.J.G. Visser) 18.

¹³⁸ Het *subonderdeel* wijst erop dat dit in combinatie met *subonderdeel 10.8* neerkomt op een billijke vergoeding van 1,02% van de recette (80% van 1,275%).

- voor gratis dance evenementen: € 0,075 per bezoeker met een minimum vergoeding van € 50,70 en een maximum vergoeding van € 2.028,09. Eén en ander met instandhouding van de overige beslissingen in het dictum van het arrest.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest van 11 juni 2019 en tot afdoening als hiervoor in 4.133 voorgesteld.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak C/09/356216/HA ZA 10-66 van de Rechtbank Den Haag van 2 oktober 2013;
- b. de arresten in de zaak 200.142.023/01 van het Gerechtshof Den Haag van 2 juni 2015, 8 december 2015 en 11 juni 2019.

De organisatoren hebben tegen het arrest van het hof van 11 juni 2019 beroep in cassatie ingesteld.

Sena heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen mondeling en schriftelijk toegelicht door hun advocaten, voor de organisatoren mede door B.H.M. Schipper en voor Sena mede door D.J.G. Visser.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursestrek strekt tot vernietiging van het bestreden arrest van 11 juni 2019 en tot afdoening als onder 4.133 van de conclusie voorgesteld.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

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 uitgangspunt 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 gaan van een aandeel Sena-repertoire van 60%. Het hof zal dit percentage als uit-

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

gangspunt 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/NKT*² 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 otrekt 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 Verhuurrichtlijn,³ 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 gecorrigeerde 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

³ Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (gecodeerde versie), *PbEU* 2006, L 376/28.

² HR 28 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3694 (NJ 2006/376, m.nt. P.B. Hugenholtz; red.).

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 "ticketprijzen" en de "prijzen per bezoeker" geen recht evenredig verband bestaat. Dit oordeel is, gelet op het deskundigenbericht van de Geschillencommissie (p. 8), waarin de "ticketprijzen" en de "prijzen 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).

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt de organisatoren in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Sena begroot op € 882,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wette-

lijke rente over deze kosten indien de organisatoren deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Noot

Dit arrest is de uitkomst van een langjarig geschil tussen de Stichting SENA en een groot aantal organisatoren van dance-events. Op grond van art. 7 lid 1 jo. art. 15 lid 1 van de Wet op de naburige rechten (WNR) is voor het openbaar maken van voor commerciële doeleinden uitgebrachte 'fonogrammen' (muziekopnames) een 'billijke vergoeding' verschuldigd aan SENA. De door SENA geïncasseerde vergoedingen worden verdeeld onder platenproducenten en uitvoerende kunstenaars (artiësten).

Het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding is door de wetgever overgelaten aan partijen, maar dat is in de praktijk geen sine cure. De wet biedt nauwelijks aanknopingspunten; de Conventie van Rome (Internationaal Verdrag van 26 oktober 1961 inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, *Trb.* 1986/182) en Richtlijn 92/100/EEG, het verdrag en de richtlijn waarop de WNR is gebaseerd, evenmin. Omdat SENA en de muziekgebruikers wettelijk tot elkaar zijn veroordeeld, kan er van vrije onderhandelingen geen sprake zijn. Geen wonder dat partijen er vaak niet uit komen en de rechter vragen om een tarief vast te stellen.

Daarmee wordt de rechter opgescheept met een buitengewoon lastige opgave. In het verleden is er tot aan het Hof in Luxemburg geprocedeerd over het SENA-tarief voor het uitzenden van fonogrammen via de omroep (HvJ EG 6 februari 2003, *NJ* 2006/374 (SENA/NOS)). Uiteindelijk ging het HvJ EU akkoord met een door het Haagse Hof ontwikkeld vergoedingenmodel bestaande uit diverse vaste en variabele factoren. Het arrest leert dat bij het bepalen van de billijke vergoeding veel ruimte wordt gelaten aan de nationale rechter.

Deze zaak gaat over het SENA-tarief voor muziekgebruik bij dance-events. Tot 2003 hanteerde SENA hiervoor, evenals voor discotheken en clubs, een tarief gerelateerd aan het vloeroppervlak van de locatie. In 2004 introduceerde SENA een speciaal tarief, tot onvrede van de dance-organisatoren die zich ongelijk behandeld voelden. Het nieuwe tarief werd aanvankelijk gecalculiseerd op basis van een vast bedrag per bezoeker. Maar vanaf 2008 rekent SENA een percentage van de recette (verkochte kaarten maal ticketprijs).

De onvrede onder de organisatoren leidde uiteindelijk tot een procedure die eind 2009 in gang werd gezet en met bovenstaand arrest van de HR is afsloten. Het Haagse Hof, geadviseerd door een deskundigenbericht van de Geschillencommissie Auteursrecht, zag de redelijkheid van een recette-gerelateerd tarief wel in en kwam na het nodige gereken uit op een tarief van 1,625 % voor evenementen met

een ticketprijs tot €85 en 1,3 % voor duurdere events.

Partijen verschilden ook van mening over het aandeel vergoedingsplichtige fonogrammen. Op grond van art. 7 lid 1 WNR geldt het vergoedingsrecht enkel voor fonogrammen die voor commerciële doeleinden zijn uitgebracht. Maar dj's draaien vaak ook opnames die niet commercieel of zelfs helemaal niet zijn uitgebracht; en sommige dj's spelen tijdens hun optredens livemuziek. Het Haagse Hof kwam na veel wikken en wegen uit op een percentage 'SENA-repertoire' van 60 %.

Veel heeft de lange procesgang de dance-organisatoren uiteindelijk niet opgeleverd. De twaalf tegen het arrest gerichte cassatieklachten worden door de HR, grotendeels met een beroep op art. 81 lid 1 RO, verworpen.

Het arrest is kritisch besproken door Poort, *Auteursrecht* 2022/2, p. 107-109; en Slimmen en Verschuur, *IER* 2022/3, p. 14-15.

P.B. Hugenholtz

NJ 2024/137

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 april 2024, nr. 23/00271

(Mrs. C.E. du Perron, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma, K. Teuben; A-G mr. S.D. Lindenbergh)
met redactionele aantekening

Art. 7:15 BW

RvdW 2024/414

NJB 2024/872

ECLI:NL:HR:2024:521

ECLI:NL:PHR:2023:1072

Koop. Bijzondere lasten en beperkingen (art. 7:15 BW); bestemmingsplan dat verkochte zaak in het bijzonder betreft; maatstaf HR 30 januari 2015, NJ 2016/76 (Portsight).

Zoals is overwogen in HR 30 januari 2015, NJ 2016/76, m.nt. Jac. Hijma (Portsight) bestaat er geen goede grond om art. 7:15 lid 1 BW van toepassing te achten indien de lasten of beperkingen voortvloeien uit publiekrechtelijke besluiten van algemene strekking, zoals beleidsregels, verordeningen of bestemmingsplannen. Mede met het oog op de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van art. 7:15 lid 1 BW moet aangenomen worden dat slechts sprake is van een bijzondere publiekrechtelijke last of beperking, indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) de rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht besluit. Er bestaat onvoldoende reden in dit verband een uitzondering te maken voor een bestemmingsplan dat de verkochte zaak in het bijzonder betreft. Ook een dergelijk bestemmingsplan is immers geen tot de rechthebbende van

de zaak gericht besluit en is door publicatie eenvoudig kenbaar voor derden. Een uitzondering zou bovendien al snel kunnen leiden tot afbakingsproblemen. De belangen van de koper kunnen in voorkomend geval worden beschermd door de mogelijkheid de verkoper aan te spreken op grond van dwaling (art. 6:228 BW) of non-conformiteit (art. 7:17 BW).

[Groep A] B.V., eiseres tot cassatie, hierna: [Groep A], adv.: mr. D. Rijpma, tegen

1. [verkoper 1],

2. [verkoper 2],

verweerders in cassatie, hierna gezamenlijk: [de verkopers], adv.: mr. K. Aantjes.

Hof:

3 De beoordeling

Waar gaat de zaak (nog) over

[geïntimeerden] hebben in februari 2019 hun hippische accommodatie gelegen in [plaats] verkocht aan de familie [XX]. Op de daarbij behorende gronden was na een aanpassing van het bestemmingsplan vanaf 2013 een extra bouwblok vastgesteld. De [appellante] heeft op haar beurt via levering door de familie [XX] in juli 2019 de eigendom verworven van deze hippische accommodatie. Aan de verkoop door [geïntimeerden] aan de familie [XX] kleven volgens de [appellante] een aantal gebreken, zo is het bouwblok kleiner dan voorgespiegeld, is de grond ernstig vervuild én is door [geïntimeerden] onvoldoende/niet duidelijk gemaakt dat het verwerven van een omgevingsvergunning gepaard zou gaan met de noodzaak van een (veeleisende) landschappelijke inpassing van de eventueel nieuw te bouwen stallen. [geïntimeerden] hebben deze verwijten bestreden en stellen zich bovendien op het standpunt dat de eventuele vorderingen van de familie [XX] niet zijn overgegaan op de [appellante].

De vaststaande feiten

Tegen de vaststelling van de feiten door de rechtbank zijn geen grieven gericht, zodat ook het hof hiervan zal uitgaan, eventueel aangevuld met andere relevante feiten. Deze feiten komen neer op het volgende.

3.1 [geïntimeerden] hebben aan de familie [XY] (hierna: de familie [XX]) op 18 februari 2019 verkocht voor € 1.050.000 en voorts op 15 maart 2019 geleverd een vrijstaande woning (bedrijfswooning) met garage en tuin en hippische accommodatie, bestaande uit negen paardenboxen, overdekte stapmolen en weiland in de gemeente Weert, bekend als Gemeente Weert, [sectieletter] nummer [sectienummer 1] en nummer [sectienummer 2].

3.2 De accommodatie was al sinds 1972 eigendom van [geïntimeerden].

3.3 Op de verkochte percelen is het bestemmingsplan 'Paardenhouderij [adres], [plaats]' van de gemeente Weert van toepassing, dat laatstelijk op 11 december 2013 is vastgesteld.