

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

**Nummer** 19/04192  
**Zitting** 23 april 2021

CONCLUSIE

G.R.B. van Peurseem

In de zaak

1. A Venue Entertainment B.V.,
2. Alda Events B.V.,
3. Art of Dance Indoor B.V.,
4. Art of Dance Outdoor B.V.,
5. Art of Entertainment B.V.,
6. Chemistry B.V.,
7. Cyndium Dance B.V.,
8. Cyndium Intoxicated B.V.,
9. Cyndium Small Events B.V.,
10. Cyndium Events B.V.,
11. Disco Management Solutions B.V.,
12. Extrema B.V.,
13. Extrema Outdoor B.V.,
14. FCA-Music B.V.,

15. Hihat Productions B.V.,
16. Loveland Events B.V.,
17. Veel Meubel Stukken B.V.,
18. Monumental Productions B.V.,
19. PAR-T B.V.,
20. Bart Schils, h.o.d.n. Skills Productions,
21. Solar Festival B.V.,
22. Stichting Rotterdam Dance Parade,
23. Gijs van de Wint, t.h.o.d.n. Superfly Productions,
24. Twada Entertainment B.V.,
25. You-Dance VOF,

eisers tot cassatie,  
hierna gezamenlijk aan te duiden als “de Organisatoren”,  
adv. mr. V. Rörsch

tegen

Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten,  
verweerster in cassatie,  
hierna: “Sena” te noemen,  
adv. mr. S.M. Kingma

## 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/Weareone*) 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 4/5<sup>de</sup> 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.

## 2. Feiten en procesverloop<sup>1</sup>

### *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

<sup>1</sup> 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).

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 2004<sup>2</sup> tot het moment van het te wijzen vonnis hebben georganiseerd.

- 2.8. Bij vonnis van 2 oktober 2013<sup>3</sup> 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 Rome<sup>4</sup> 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

<sup>2</sup> Rov 2.1 onder B van het tussenarrest van 2 juni 2015 vermeldt hier abusievelijk "1 januari 2010".

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

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

€ 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;

- 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<sup>5</sup>);  
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 dezen te wijzen arrest hebben georganiseerd;

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

2.10. Bij tussenarrest 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

---

<sup>5</sup> Afkorting voor de "Consumentenprijsindex" van het Centraal Bureau voor de Statistiek.

geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten<sup>6</sup> (Wtco) een advies verkrijgen over de hoogte van de billijke vergoeding van de in art. 22 Wtco 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 tussenarrest van 8 december 2015 heeft het hof vastgesteld dat Sena haar eis heeft verminderd 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’ 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:

<sup>6</sup> Wet van 6 maart 2003, Stb. 2003/111. Het genoemde artikel 24 Wtco 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 tussenarrest van 2 juni 2015 en rov. 10 van het eindarrest).

*“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 2019<sup>7</sup> 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 € 85,00:

1.625 % van de recette;

- voor dance evenementen met een ticketprijs van € 85,00 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 € 85,00 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;

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

- 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.
- 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 “naburrechtelijke 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*

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 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.”

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 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.”

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 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 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<sup>8</sup> 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*<sup>9</sup>. 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

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

<sup>9</sup> Hof Den Haag 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6212.

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).

#### *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 € 40,00 (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 € 40,00 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 € 85,00 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 indexerende 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 kader<sup>10</sup>**

#### 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 producent<sup>11</sup> en de uitvoerende kunstenaar of hun rechtverkrijgenden 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<sup>12</sup>.
- 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<sup>13</sup>. Zij is blijkens de wetsgeschiedenis<sup>14</sup> 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”)<sup>15</sup>.
- 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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Zie over de vraag wie als fonogramproducent moet worden aangemerkt, in het bijzonder bij dance muziek, uitvoerig 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.

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

<sup>13</sup> Wet van 13 maart 2008 tot herstel van wetstechnische 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.

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

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

- 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 aangewezen<sup>16</sup>. Er is dus sprake van verplicht collectief beheer door Sena voor wat betreft de inning en verdeling van de billijke vergoeding<sup>17</sup>. Uw Raad besliste in het arrest *AMP/Sena* dat ook de bevoegdheid tot vaststelling van de billijke vergoeding exclusief toekomt aan Sena<sup>18</sup>.
- 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, tekstschrijvers en muziekwerkgevers (en dus niet inzake de naburige rechten van producenten en uitvoerend artiesten)<sup>19</sup>.

#### Communautair karakter billijke vergoeding en collectief beheer

- 3.6. De Wnr vormt voor een deel de implementatie van de Verhuurrichtlijn (Richtlijn 92/100/EEG<sup>20</sup> later vervangen door Richtlijn 2006/115/EG<sup>21</sup>). 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 vergoeding is daarmee een communautair begrip dat uniform moet worden uitgelegd<sup>22</sup>.
- 3.7. Richtlijn 2014/26/EU (Richtlijn collectief beheer) voorziet in regels voor het collectief beheer van auteurs- en naburige rechten<sup>23</sup>. 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.

<sup>16</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Justitie van 29 juni 1993, Stcrt. 30 juni 1993, 121.

<sup>17</sup> 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. Quaedvlieg & 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).

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

<sup>19</sup> 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 c.s./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. Quaedvlieg & 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).

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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).

### 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/Weareone*<sup>24</sup> van 25 november 2020. Alvorens 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*<sup>25</sup>, *OSA*<sup>26</sup> en *Kanal 5 en TV4*<sup>27</sup>).
- 3.10. Het is aan de nationale rechter om met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen of de vergoeding buitensporig hoog is (arresten *Basset*<sup>28</sup> en *Tournier*<sup>29</sup>). 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 *AKKA-LAA*<sup>30</sup> en *United Brands*<sup>31</sup>; zie ook *British Leyland/Commissie*<sup>32</sup>). 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*<sup>33</sup>, *Lucazeau/SACEM*<sup>34</sup> en *AKKA-LAA*<sup>35</sup>).
- 3.11. Verder is het aan de lidstaten om criteria voor de billijke vergoeding vast te stellen (arresten *NOS/Sena*<sup>36</sup> en *Lagardère/SPRE*<sup>37</sup>). 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*<sup>38</sup>, *Lagardère/SPRE*<sup>39</sup> en *Kanal 5 en TV4*<sup>40</sup>). De vergoeding moet in een redelijke verhouding staan tot het daadwerkelijke of potentiële aantal

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

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

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

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

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

<sup>29</sup> 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.

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

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

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

<sup>33</sup> 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.

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

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

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

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

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

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

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



personen dat van de beschermde werken gebruik maakt of wil maken (arrest *FAPL*<sup>41</sup>). Het HvJ EU noemt verder als voorwaarden (arresten *NOS/Sena*<sup>42</sup> en *Lagardère/SPRE*<sup>43</sup>):

- 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<sup>44</sup>;
- 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*<sup>45</sup> en *MEO*<sup>46</sup>. 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<sup>47</sup>.
- 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<sup>48</sup>.

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*<sup>49</sup>; vgl. ook het arrest *Der Grune Punkt/Commissie*<sup>50</sup>). 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,

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

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

<sup>44</sup> 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.

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

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

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

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

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

zonder de kosten van het beheer en van het toezicht onevenredig te verhogen (arrest *Kanal 5 en TV4*<sup>51</sup>).

*Arrest HvJ EU inzake SABAM/Weareone*<sup>52</sup>

- 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 muziekevenementen. 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<sup>53</sup>:
- “1. Is sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 102 VwEU wanneer een collectieve beheerorganisatie jegens organisatoren van muziekevenementen 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 muziekevenementen 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 muzikuitgevers) kan worden bereikt, zonder de kosten van beheer en toezicht onevenredig te verhogen.

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

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

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

- 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 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 cassatie<sup>54</sup> naar voren gebracht dat het arrest van het HvJ EU van 8 september 2020 inzake *RAAP*<sup>55</sup> en een daarop volgende aanstaande wetwijziging<sup>56</sup> hierin binnenkort verandering zullen brengen. Het Sena-repertoire is volgens Sena dan niet meer beperkt tot het Rome-repertoire, maar omvat het wereldrepertoire<sup>57</sup>. 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*<sup>58</sup> 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)<sup>59</sup>. 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*<sup>60</sup> verwezen (replik in cassatie Organisatoren, punt 2). In dit arrest is beslist dat geen billijke vergoeding hoeft te worden betaald wanneer een audiovisuele opname wordt geopenbaard 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

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

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

<sup>56</sup> Kamerstukken II, 2020-2021, 35 317, nr. 8, p. 2-3, onderdeel D (Nota van wijziging (2) wijziging Wtgcg)

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

<sup>58</sup> 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. Sniijders 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.

<sup>59</sup> 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 informatiemaatschappij, 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*).

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

afzonderlijke overwegingen van het hof en vormen een nadere uitwerking van het eerste onderdeel<sup>61</sup>. Onderdelen 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 recette 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 dupliek 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 fonogramgebruik.
- 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 recette 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 fonogramgebruik nauwkeurig kan worden berekend.
- 4.5. Volgens mij leidt het gebruik van de recette 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-

<sup>61</sup> Zoals ook blijkt uit de ST van de Organisatoren onder 49-51.

repertoire kan laten vaststellen. In dat licht lijkt mij de klacht dat het fonogramgebruik 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<sup>62</sup>. 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 fonogramgebruik op dance events zodanig afwijkt dat het in verhouding tot de Organisatoren en de nabuurrechthebbenden 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 fonogramgebruik op dance evenementen afwijkt van (de waarde van) het fonogramgebruik 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.

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<sup>63</sup>. Het subonderdeel betoogt dat het fonogramgebruik op reguliere clubavonden zich niet (wezenlijk) onderscheidt van dance events (80-90% dance), zodat een hoger tarief niet

---

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Verwezen wordt naar CvD p. 7 en prod. 16 Org (bij CvD).

gerechtvaardigd is<sup>64</sup>. Ter voorkoming van willekeur zou wenselijk zijn dat het begrip “dance event” duidelijk wordt afgebakend<sup>65</sup>. 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 entreprijs van maximaal € 25 nog steeds het discothekentarief hanteert<sup>66</sup>.

- 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<sup>67</sup>. De Organisatoren noemen zelf voorbeelden van (indoor en outdoor) dancefeesten in festivalvorm, waaronder het Amsterdam Dance Event, Dance Valley, Mysteryland en Sensation<sup>68</sup>. 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 discothekentarief voor dance avonden in dansgelegenheden met een entreprijs tot € 25 – ongeacht of sprake is van een dance evenement – moet kennelijk in dat licht worden gezien. 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 entreprijs 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 entreprijs geldt<sup>69</sup> 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 entreprijs 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

<sup>64</sup> 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).

<sup>65</sup> Gewezen wordt op MvA inc 22

<sup>66</sup> 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).

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

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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.

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<sup>70</sup>.

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 muziekevenementen 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 muziekevenementen (zie hiervoor in 4.11). Het hof heeft niet geoordeeld dat voor dance evenementen een hoger tarief gerechtvaardigd is dan voor andere muziekevenementen (zie hiervoor in 4.13). Dat er grensgevallen bestaan tussen dance evenementen en andere muziekevenementen 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 recette als grondslag van de billijke vergoeding (onderdelen 6, 7 en 8)*

4.21. Bij de bespreking van onderdelen 6-8 over de recette 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 beginselen 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<sup>71</sup>. 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,

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

<sup>71</sup> Verwezen wordt naar MvG grief 3, prod. 42 (bij MnD) en Pltn HB Org. 22-25.



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 fonogrammegebruik.

- 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 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<sup>72</sup>.
- 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

---

<sup>72</sup> Gewezen wordt op MvG grief 6 punt 4; pltn HB Org. 29.

slechts één onderdeel is van het tarief van Buma<sup>73</sup>, terwijl de gages en uitkoopsommen van de artiesten in oorsprong de belangrijkste vergoedingsgrondslag voor Buma zijn<sup>74</sup>.

- 4.30. Ook dit subonderdeel slaagt volgens mij niet. Sena heeft aangevoerd dat Buma de recette hanteert als grondslag voor de billijke vergoeding<sup>75</sup> en dat Buma sinds 1 januari 2017 gages gebruikt als alternatieve grondslag voor zover deze hoger zijn dan de recette<sup>76</sup>. Ter onderbouwing heeft Sena het Algemeen Tarief Muziekgebruik van Buma (versies 2014 en 2018) overgelegd<sup>77</sup>. In de stelling van de Organisatoren dat de recette slechts één onderdeel is van het tarief van Buma behoefde 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 behoefde 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<sup>78</sup>. 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<sup>79</sup>.
- 4.34. Dit subonderdeel mist feitelijke grondslag. De rechtbank heeft de term "muziekwaarde" in rov. 4.16 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 behoefde 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 vergoeding. Dit geldt zeker nu Sena in MvA 76-77 bestrijdt dat de gage een zuivere grondslag is.

<sup>73</sup> Verwezen wordt naar MvG grief 9, MnD Org. 23-24 en Pltn HB Org. par 11.

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

<sup>75</sup> MvA 18, 28, 47-48, 52, 78, 85, 89, 116 en 177 en Pltn HB Sena 13 en 20.

<sup>76</sup> MnD Sena 18

<sup>77</sup> Prod. 10 bij MvA (versie 2014) en Prod. 21 bij MnD (versie 2018).

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

<sup>79</sup> 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 Antwoordakte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 14 juli 2015) (berekening muziekwaarde van verschillende dance events).

- 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<sup>80</sup>.
- 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*<sup>81</sup> 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<sup>82</sup>.
- 4.39. *Subonderdeel 7.4* 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<sup>83</sup>. Verder wijzen de Organisatoren op stellingen waarmee zij zouden hebben aangetoond dat de door Sena genoemde bezwaren

---

<sup>80</sup> Gerefereerd wordt aan Pltn HB Org. 13-14.

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

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> Gerefereerd wordt aan MvA 76-77.

in de praktijk niet of nauwelijks bestaan<sup>84</sup>. Fonogrammenproducenten komen zelf met dj's kickback-regelingen overeen op basis van de gage<sup>85</sup> en de gage en onkosten van dj's is voor Buma al jarenlang de meest toegepaste grondslag voor vaststelling van de billijke vergoeding<sup>86</sup>. 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 7.5* stelt dat rov. 16 om drie redenen onvoldoende is gemotiveerd:

- dat de gage hoger kan zijn dan de waarde van het fonogramgebruik, 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 fonogramgebruik. Door de Organisatoren is daarentegen wel gesteld dat de ticketprijs onevenredig veel hoger is dan de waarde van het fonogramgebruik<sup>87</sup>, 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<sup>88</sup>;
- zowel de gages als de inkomsten uit de entreegelden worden in de administratie vastgelegd<sup>89</sup>. 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

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> Verwezen wordt naar prod. 49 Org. (bij MnD) en Pleitnota HB Org. 30.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Gerefereerd wordt aan MvG Org. grief 3 en Pltn HB Org. 22-25 en 31.

<sup>88</sup> De Organisatoren wijzen op hun prod. 42 (bij Antwoordakte na tussenarrest tevens akte overlegging aanvullende producties Organisatoren d.d. 14 juli 2015) en hun MnD. 25.

<sup>89</sup> 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.

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 7.3-7.5 lopen hierop stuk.
- 4.45. Dit betekent dat onderdeel 7 geen doel treft.
- 4.46. Onderdeel 8 betoogt 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.
- 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<sup>90</sup>, 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)<sup>91</sup>.
- 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

<sup>90</sup> Verwezen wordt naar het Deskundigenbericht, blz. 7, laatste alinea.

<sup>91</sup> 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.

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 recette 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 kosten<sup>92</sup> en dat daarom een correctie van ten minste 45% redelijk is<sup>93</sup>.
- 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<sup>94</sup>. 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 recette kan worden toegepast<sup>95</sup>. 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

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> Gerefereerd wordt aan MnD Org 23 en 44 en Pltn HB Org. 72.

<sup>94</sup> 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*).

<sup>95</sup> Zie MnD Org, 23.

dance evenementen die niet-muziekgerelateerde kosten verhoudingsgewijs (dus relatief) zwaar meetellen bij de vaststelling van de billijke vergoeding<sup>96</sup>.

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 volgens 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<sup>97</sup>. 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<sup>98</sup>.

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 omringende 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.

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

<sup>97</sup> Gewezen wordt op Pleitnota EA Org. 27 en 34, MvG grief 20, MnD Org. 24 en Pleitnota HB Org. 45.

<sup>98</sup> 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.

- 4.59. 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 recettegrondslag 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<sup>99</sup>.
- 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 behoefde 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 vijfde 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 discothekentarief op dance evenementen niet het vertrouwen kon worden ontleend dat dit tarief van toepassing zou blijven (rov. 13).
- 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

---

<sup>99</sup> Gerefereerd wordt aan MvG grief 20.



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 rechtbank<sup>100</sup> 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<sup>101</sup>. 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

---

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> Gewezen wordt op MvG, grief 3 en Pltn HB Org. 35.

vanaf 1993 een tarief voorhanden was dat Sena als monopolist heeft vastgesteld<sup>102</sup> en gedurende een periode van meer dan 10 jaar op dance events heeft toegepast<sup>103</sup>.

- 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 discothekentarium te introduceren<sup>104</sup>. Bovendien laat het hof na te motiveren waarom in 2009 dan opnieuw een aanzienlijke tariefverhoging 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 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 discothekentarium zonder voorbehoud ruim 10 jaar op dance evenementen toegepast en is dit tarief (dus) niet het resultaat van langdurige onderhandelingen<sup>105</sup>.
- 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 discothekentarium. 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 discothekentarium en (iii) dat Sena dikwijls genoodzaakt is geweest om akkoord te gaan met lage tarieven omdat anders helemaal niets werd betaald<sup>106</sup>. 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

<sup>102</sup> Gerefereerd wordt aan MvG grief 17, par. 2.

<sup>103</sup> De Organisatoren wijzen op hun Pltn EA 10-12, hun MnD 47-49 en 53 en hun Pleitnota HB 6-8 en 37.

<sup>104</sup> Verwezen wordt naar MvG grief 17, par. 2 en Pltn HB Org. 6-8 en 37.

<sup>105</sup> Gewezen wordt op MvG grief 17 punten 2-3 en Pltn HB Org. 6-8 en 37.

<sup>106</sup> MvA 13-20, 107, 170 en 173.

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 uitgangspunten 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 bereikt<sup>107</sup> 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<sup>108</sup>. 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 doorslaggevende 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 gedingstukken. 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, 4<sup>e</sup> 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*

<sup>107</sup> 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).

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

*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).
- 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<sup>109</sup>. 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)<sup>110</sup>. 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)<sup>111</sup>, 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<sup>112</sup>.
- 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).

<sup>109</sup> 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.

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> Gewezen wordt op MvG 30-33, MvA Inc. 87-93 en Pltn HB Org. 59.

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

- 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 onrechte 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 vorenstaande 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 monitortechneken. 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<sup>113</sup>, terwijl Sena dit wel heeft betwist<sup>114</sup>. 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

---

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

<sup>114</sup> MvA 140.

geklaagd over het 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<sup>115</sup>.
- 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 herkenningpercentage 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 behoeft 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 commercieel 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<sup>116</sup>. De Organisatoren 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. Rörsch) 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).

<sup>115</sup> 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.

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

- 4.95. De subonderdelen 10.4-10.6 lenen zich voor gezamenlijke bespreking.
- 4.96. Volgens het (in 2008 ingevoegde<sup>117</sup>) 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<sup>118</sup>. 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<sup>119</sup>:

"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 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<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Wet van 13 maart 2008 tot herstel van wetstechnische 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 hiervoor.

<sup>118</sup> 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), 2019/17.17 en T&C Intellectuele Eigendom (D.J.G. Visser), art. 7 Wnr, aant. 2.

<sup>119</sup> Kamerstukken II, 2007-2008, 31 248, nr. 3, p. 14 (MvT bij Reparatiewet III Justitie).

<sup>120</sup> Pleitaantekeningen in cassatie Org (mr. V. Rörsch) 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.

- 4.100. Deze beperkte lezing van art. 15 lid 4 van het Verdrag van Genève vindt geen steun in de (voor de uitleg relevante<sup>121</sup>) 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*<sup>122</sup>:

“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. Fisor<sup>123</sup>.
- 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

<sup>121</sup> 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 c.s.*), 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. Eijvogels (*High Point/KPN*). Vgl. ook: HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, NJ 1992/106 m.nt. J.C. Schultsz (*Gabriele Wehr*).

<sup>122</sup> Te vinden op [www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf).

<sup>123</sup> M. Fisor, *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.



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 motivering behoeft<sup>124</sup>, 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 kader 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<sup>125</sup>, 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<sup>126</sup>.
- 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<sup>127</sup> 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 vergoeding in 10 jaar tijd meer dan verdriedubbeld is<sup>128</sup>. Daar komt bij dat

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

<sup>125</sup> 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.

<sup>126</sup> 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.

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

<sup>128</sup> Verwezen wordt naar Pltn HB Org. 40-47.

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<sup>129</sup>, 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  $(\text{€ } 0,75 / 70 * 60) \text{ € } 0,6428571429$ . 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<sup>130</sup>, 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)<sup>131</sup>.
- 4.111. Over het eerste gedeelte van het subonderdeel het volgende. De Organisatoren worden met het bestreden 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 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

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

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

<sup>131</sup> De Organisatoren doen een beroep op hun Pltn HB 69.

percentage Sena-repertoire (rov. 36). Ik volg de Organisatoren niet in hun betoog 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<sup>132</sup>.

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 € 15,00 buiten beschouwing laat<sup>133</sup>.

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 betoogd 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 € 40,00. Deze gemiddelde ticketprijs is in het deskundigenrapport aannemelijk geacht in het licht van de door de Organisatoren verstrekte informatie, te weten een mail van 18 mei 2017 van de Managing Director van Fanalists<sup>134</sup> 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 betoogt) 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

<sup>132</sup> De Organisatoren verwijzen naar hun MvG 15 en grief 17 par. 6.

<sup>133</sup> Verwezen wordt naar MvG 15, MnD Org. 58-60, prod. 52 (bij MnD Org) en Pltn. HB Org. 48.

<sup>134</sup> Volgens de eigen website een datagedreven marketing en business bureau, zie: [www.fanalists.com](http://www.fanalists.com).

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 tevergeefs 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 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<sup>136</sup>.
- 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

---

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

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

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 (4/5<sup>de</sup>). Het gemiddelde tarief per bezoeker komt dan uit op  $(4/5^{de}) \times € 0,65 = € 0,52$ . 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<sup>137</sup>.
- 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%)<sup>138</sup>.
- 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% 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

<sup>137</sup> Pleitaantekeningen in cassatie Sena (mr. D.J.G. Visser) 18.

<sup>138</sup> 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%).

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 € 85,00:  
1,3% van de recette;
- voor dance evenementen met een ticketprijs van € 85,00 en meer:  
1,04% 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.

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.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

19/04192

# Ondertekening Conclusie P.G.

## Handtekeningen

Peurseem, mr. drs. G.R.B. van

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G.R.B. van', is written over a horizontal line. The signature is enclosed in a light gray rectangular box.