

**Noot Jacqueline Seignette bij Hof Den Haag 11 juni 2019, (Sena/Dance organisatoren), [ECLI:NL:GHDHA:2019:1922](#), gepubliceerd in IER 2019/39**

Hoger beroep van rechtbank Den Haag 2 oktober 2013. De rechtbank stelde daarin op verzoek van Sena de billijke vergoeding vast voor het afspelen van opgenomen muziek (fonogrammen) tijdens dance events. Sena int deze billijke vergoeding ten behoeve van producenten en artiesten ([artikel 7 lid 3 WNR](#)). Bij geschil over de hoogte is de rechtbank Den Haag bij uitsluiting bevoegd tot vaststelling (artikel 7 [lid 3 WNR](#)). In procedures vanaf 1 juli 2013 moet de rechter advies vragen aan de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk (artikel 24 WTCBO). De onderhavige zaak begon voor die datum en de rechtbank vond het dan ook niet nodig om advies te vragen. Het Hof doet dat wel, maar beslist op wezenlijke punten anders dan de Geschillencommissie.

Een vergoeding bestaat uit (lump sum of percentage) x (heffingsgrondslag), bijvoorbeeld 75 cent per bezoeker, 1,5% van de ticketomzet minus BTW of € 100 per jaar voor een ruimte tot 100 m<sup>2</sup>. Of de vergoeding billijk is, hangt van beide factoren af.

In het *SENA/NOS* arrest uit 2003 oordeelde het Hof van Justitie dat de lidstaten de criteria voor het vaststellen van de billijke vergoeding zelf kunnen vaststellen, binnen de door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen, waaronder het gelijkheidsbeginsel. In de Richtlijn Collectief Beheer uit 2014 zijn de criteria geharmoniseerd: tarieven moeten objectief en non-discriminair zijn en in redelijke verhouding staan tot onder meer de economische waarde van het gebruik van de rechten in het handelsverkeer, gelet op de aard en reikwijdte van het gebruik van de werken en andere materie, en in verhouding tot de economische waarde van de door de collectieve beheerorganisatie verstrekte dienst (artikel 16 Richtlijn 2014/26/EU, artikel 21 WTCBO).

Collectieve beheersorganisaties (CBO's) moeten dus op objectieve gronden differentiëren. Er zit wel een grens aan wat op dit punt mogelijk is. De CBO moet de beheerskosten in het belang van de rechthebbenden binnen de grenzen houden (artikel 2h lid 4 WTCBO). Het tarief moet dus werkbaar zijn. En dus bij voorkeur duidelijk en niet te ingewikkeld. Vage of ingewikkelde heffingsgrondslagen leiden nogal eens tot incassoproblemen omdat gebruikers de heffingsgrondslag anders uitleggen of weigeren de feitelijke informatie te verschaffen die nodig is om de concrete vergoeding te kunnen vaststellen.

Bij dance events ligt enige differentiatie voor de hand. Dance events zijn er in alle soorten en maten: gratis of betaald, goedkope of duurdere tickets, groot of klein, eendaags of meerdaags, veel live muziek of juist niet (en dus meer gebruik van fonogrammen), alleen muziek of muziek in combinatie met andere betaalde diensten, zoals een camping. Het is evident dat hier geen eenduidige 'muziekwaarde' op kan worden geplakt.

Sena heeft in 2009 een variabel tarief geïntroduceerd, gebaseerd op percentage x ticketomzet waarbij het percentage afhankelijk van het bezoekersaantal staffelsgewijs afloopt van 3 naar 1,5%. De dance organisatoren willen dit variabele tarief niet. Zij vinden dat ze gelijk moeten worden behandeld met de discotheken, die een jaarlijkse lump sum betalen waarvan de hoogte afhankelijk is van het aantal vierkante meters en aantal openstellingen.

Het Hof ziet dance events echter als een categorie die een eigen plaats in het uitgaansleven inneemt en als zodanig een eigen tarief rechtvaardigt. Uitgangspunt daarbij moet zijn dat het tarief duidelijk is en eenvoudig te hanteren. De recette als grondslag is dan de beste keuze, zo overweegt het Hof, omdat tickets een indicatie zijn van de muziekwaarde en de ticketopbrengst vrij gemakkelijk te controleren is. Een vast bedrag per bezoeker is ook duidelijk, maar houdt geen

rekening met de verschillen in ticketprijzen en de omvang en duur van het event. Een percentage van de gage van de DJ, zoals de organisatoren (subsidiar) voorstellen, acht het Hof niet geschikt omdat de gage niet noodzakelijk een uitdrukking is van de waarde van de muziek en lastig is vast te stellen en te controleren.

Het Hof erkent het bezwaar van de organisatoren dat de recette met name bij grote events grotendeels dienen ter dekking van kosten voor niet-muzikale elementen zoals beveiliging, aankleding en niet-muziekgerelateerde entertainment. De Geschillencommissie stelt in dit verband voor om het aan partijen over te laten om de recette in onderling overleg te definiëren. Dit vindt het Hof geen goede oplossing omdat partijen al tien jaar in onderhandeling zijn en het niet de bedoeling is om een tarief vast te stellen die opnieuw aanleiding geeft tot discussie. In plaats daarvan stelt het Hof een lager percentage vast voor events met ticketprijzen boven € 85. Daarnaast dienen de kosten van een overnachting op de recette in mindering te worden gebracht als de prijs van de overnachting is meegenomen in de ticketprijs. Voor kleinere events ziet het Hof geen aanleiding om het percentage te verlagen omdat bij deze events doorgaans minder niet-muziekgerelateerde entertainment is en de "muziekwaarde" daardoor relatief hoger is dan bij grotere evenementen.

Dit levert een genuanceerd resultaat op dat niet alleen duidelijk is, maar ook vanuit het oogpunt van de economische waarde van de fonogram te billijken is. Het feit dat de recette deels dient ter dekking van andere dan muziekkosten, zoals kosten van beveiliging, is op zich geen reden voor een aftrek op de recette. De ticketprijs is daardoor niet minder aan de muziek toe te rekenen. Zonder de muziek koopt men het ticket niet. Of, zoals het Hof het verwoordt: dance muziek is niet de enigste, maar wel de belangrijkste onderscheidende factor. Zonder dance muziek geen dance evenement (rov. 12, 20).

Naast deze discussie over wel of niet-muziekgerelateerde kosten speelt de vraag in hoeverre het tarief rekening moet houden met het feit dat niet 100% van de muziek wordt vertegenwoordigd door Sena. De door Sena te incasseren billijke vergoeding ziet alleen op voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen en dus bijvoorbeeld niet op een live uitvoering ([artikel 7 WNR](#)). Daarnaast geldt de vergoeding alleen voor fonogrammen van producenten uit landen die bij de Conventie van Rome zijn aangesloten ([artikel 32 lid 5 WNR](#)).

Het Hof vindt dat hier rekening mee moet worden gehouden, maar volgt de Geschillencommissie niet in de wijze waarop. De Geschillencommissie adviseert om per geval vast te stellen wat het concrete percentage Sena-repertoire is en op basis daarvan het tarief naar rato aan te passen. Het Hof vindt dat te weinig houvast bieden. Het tarief moet gebaseerd zijn op een realistisch percentage Sena-repertoire en de individuele dance organisator kan dan aanspraak maken op een pro rata aanpassing door binnen 30 dagen na het event digitaal gegevens aan te leveren op grond waarvan Sena kan vaststellen wat het werkelijke percentage Sena-repertoire was. Partijen moeten de kosten van deze vaststelling ieder voor de helft dragen. Een praktische oplossing die voorkomt dat de incasso voor *ieder* event wordt belast met discussies over het percentage Sena-repertoire.

Dat discussie mogelijk is, bewijst de uiteenlopende positie van partijen in de procedure: de dance organisatoren stellen dat het percentage Sena-repertoire 35-40% is en Sena stelt het percentage tussen 68 en 85%. Het Hof zet het percentage Sena-repertoire op 60%, rekening houdende met het feit dat een deel Amerikaans en dus niet-Rome repertoire is, een deel live muziek en een deel niet voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen. Daarbij tekent het Hof aan dat online voor het publiek beschikbaar gestelde muziek onder het begrip "voor commerciële doelen uitgebrachte fonogrammen" valt. Daarmee reageert het Hof op de stelling van de dance

organisatoren dat in een set gemixt materiaal afkomstig van zogenaamde "lackers", "white labels" of "edits" geen Sena-repertoire is.

Ten aanzien van in de set gemixte live muziek merkt het Hof op dat dit wel Sena-repertoire kan zijn als gebruik is gemaakt van een bestaande opname van een live uitvoering.

Het Hof gaat mee in de stelling van de dance organisatoren dat het tijdens de set aan elkaar mixen van losse geluiden in feite live muziek is. Dit lijkt mij juist als de geluiden door de DJ zelf worden geproduceerd. Als de geluiden afkomstig zijn van een bestaande opname, zou er wel sprake kunnen zijn van Sena-repertoire. In de recente *Pelham* zaak oordeelde het Europese Hof van Justitie dat het fonogramrecht zich uitstrekt tot iedere reproductie van een fonogram, hoe kort dan ook, tenzij dat fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm wordt vastgelegd.<sup>1</sup>

Kan Sena de vergoeding ook verhogen als het percentage Sena-repertoire hoger is dan 60%? Het Hof bepaalt inderdaad dat de vergoeding naar evenredigheid moet worden bijgesteld als bij vaststelling blijkt dat het percentage hoger ligt dan 60%. Het lijkt mij dat Sena dat ook mag doen als de organisator zelf niet om vaststelling van het percentage heeft gevraagd. Daarvoor geldt hetzelfde als wat het Hof redengevend acht voor verlaging: de WNR biedt (enkel) grondslag voor een billijke vergoeding voor gebruik van Sena-repertoire.

Partijen waren het in 2013 bijna eens over een prijs van € 0,75 per bezoeker, uitgaande van een ticketprijs van € 50,00 en 70% Rome-repertoire. Het Hof grijpt dit aan als uitgangspunt voor de bepaling van de vergoeding. De door de dance organisatoren gewenste vergelijking met de tarieven in het buitenland vindt niet plaats omdat het Hof evenals de Geschillencommissie vindt dat de tarieven en tariefstructuur daarvoor per land te sterk verschillen.

Het Hof hecht verder beperkte waarde aan het feit dat het tarief voorheen lager was, omdat dit tarief achteraf, na langdurige en moeizame onderhandelingen, tot stand is gekomen. Het Hof doet hiermee recht aan het feit dat een fonogram gebruikt mag worden zonder toestemming mits een billijke vergoeding wordt betaald ([artikel 7 WNR](#)). Wordt die vergoeding niet betaald, dan herleeft het verbodsrecht.<sup>2</sup> De vergoeding die Sena achteraf nog heeft weten binnen te halen voor gebruik in het verleden is dan niet zonder meer een goede benchmark.

Het Hof volgt de Geschillencommissie in diens conclusie dat de gemiddelde ticketprijs niet € 50,00 maar € 40,00 is. Bij 60% Sena-repertoire komt het tarief bij een ticketprijs onder de € 85,00 dan uit op 1,625% van de recette en voor evenementen met een ticketprijs boven de € 85,00 op 1,3% van de recette. De drempel van € 85,00 dient jaarlijks te worden geïndexeerd.

Voor gratis evenementen volgt het Hof de Geschillencommissie die adviseert om de prijs per bezoeker vast te stellen op € 0,075 met een minimumvergoeding van € 50,70 en een maximum van € 2.028,29. De Geschillencommissie zag hier geen plaats voor aanpassing wegens het percentage Sena-repertoire, het Hof ziet dat wel. De organisator kan dus ook hier binnen 30 dagen een pro rata aanpassing vragen als er minder dan 60% Sena-repertoire is gebruikt.

\*\*\*