

Billijke vergoeding in recht en economie

Finale kopie voor AMI – s.v.p. niet verder verspreiden

Joost Poort

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

Op 2 oktober 2013 wees de Rechtbank Den Haag vonnis in de zaak van SENA tegen 25 organisatoren van 'dance events' over de billijke vergoeding die zij aan SENA verschuldigd zijn voor het draaien van muziekopnames.¹ Hoger beroep dient bij het Haagse Gerechtshof, dat de zaak naar verwachting voor advies zal verwijzen naar de Geschillencommissie Auteursrecht. Niet eerder liet een Nederlandse rechter zich expliciet uit over de hoogte van de billijke vergoeding en nu de billijke vergoeding voor auteurs ook in het nieuwe auteurscontractenrecht een centrale rol speelt, rijst de vraag hoe zo'n vergoeding kan worden bepaald. Economen kunnen wel wat zeggen over welvaartseffecten van vergoedingen, maar rekenen vragen over billijkheid tot het domein van politiek en recht. Ook in het recht blijken er echter nauwelijks aanknopingspunten zijn om dit concept concreet te maken.

Geschil en uitspraak

Op grond van artikel 7 lid 1 WNR mogen de organisatoren van *dance events* commercieel uitgebrachte muziekopnames draaien zonder toestemming van de rechthebbenden, zolang ze daarvoor een billijke vergoeding betalen. SENA is belast met de inning en verdeling van die billijke vergoeding (krachtens artikel 15a lid 1 WNR). De WNR zegt echter niets over de hoogte, grondslag of structuur van die billijke vergoeding. Dat moeten SENA en de betalingsplichtigen in beginsel onderling uitmaken. Wel bepaalt de WNR dat partijen bij de Rechtbank Den Haag dienen aan te kloppen als ze er niet uitkomen (artikel 7 lid 3 en artikel 15c WNR).

¹ Rb. Den Haag 2 oktober 2013, IEF 13096 (SENA/Organisatoren Dance Events), zie het Jurisprudentiekatern van dit blad.

SENA hanteert sinds lange tijd verschillende vergoedingsmodellen voor bijvoorbeeld evenementen en diverse soorten horeca-instellingen. Bij horeca-instellingen bestaat onderscheid tussen achtergrondmuziek in bijvoorbeeld restaurants en amusementsmuziek in discotheken en clubs (r.o. 2.2 van het Rb. vonnis). Het tarief voor discotheken en clubs is gebaseerd op het vloeroppervlak van de publiekstoegankelijke ruimtes en het aantal openstellingen per jaar (r.o. 2.3) en tot en met 2003 gold dit tarief ook voor *dance events* die niet in clubs plaatsvonden maar bijvoorbeeld op grote festivals in tenten of in de open lucht.

In 2004 introduceerde SENA een speciaal tarief voor *dance events* dat niet was geënt op het vloeroppervlak maar op het aantal bezoekers. Tussen 2004 en 2008 verhoogde SENA dit tarief van € 0,23 naar € 0,40 per bezoeker (r.o. 2.4): een stijging van 74% in vier jaar tijd oftewel gemiddeld 15% per jaar. In 2009 kondigde SENA weer een andere tariefgrondslag af, gebaseerd op de recette van de events. Kleine events waren 3% van de omzet uit de kaartverkoop verschuldigd, en bij events met meer dan tienduizend bezoekers liep dat tarief gestaffeld af naar 1,5% voor bezoekersaantallen boven de dertigduizend. Gratis events bleven een tarief per bezoeker betalen dat werd vastgesteld op € 0,075 met een minimum van € 50 en een maximum van € 2000 (r.o. 2.5).

De organisatoren van *dance events* waren het niet eens met de nieuwe tarieven die in 2004 waren geïntroduceerd en met de latere stijging ervan. Ze weigerden te betalen en hielden vast aan het discothekentarief gebaseerd op het vloeroppervlak. Daarop stapte SENA eind 2009 naar de Haagse Rechtbank met het verzoek de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen. Eind 2010 leek het er even op dat partijen er zelf uit zouden komen, waardoor de zaak enige tijd is aangehouden. Toen duidelijk geworden was dat een minnelijke regeling er niet inzat, is op 2 oktober 2013 vonnis gewezen.

Inhoudelijk spitst het geschil over de billijke vergoeding zich toe op twee hoofdaspecten. In de eerste plaats is er de vraag wat de beste *grondslag* voor de vergoeding is: vloeroppervlak,

bezoekersaantallen of recette. Verwant daaraan is ook de vraag of er een wezenlijk onderscheid bestaat tussen *dance events* in discotheken en clubs en tussen indoor en outdoor events en of er daarbij een verschil is in de waarde die de gedraaide muziek toevoegt. Ten tweede is er natuurlijk de vraag naar de *hoogte* van de billijke vergoeding, gegeven een gekozen grondslag. Daaraan vast zit dan nog de vraag of een tarief degressief zou moeten zijn, zoals het door SENA vastgestelde tarief op basis van de recette, of eerder progressief zoals de organisatoren liever zagen. Tot slot speelt bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding een discussie over het aandeel 'Rome-repertoire' in de gedraaide muziek, omdat alleen over muziekopnames die onder het Verdrag van Rome vallen een afdracht aan SENA verschuldigd is. SENA gaat er bij de heffing van uit dat het aandeel Rome-repertoire ten minste 70% is, hetgeen door de organisatoren van Dance Events betwist wordt. De Rechtbank is deze feitelijke discussie uit de weg gegaan door te beslissen dat de vergoeding die een dance event aan SENA moet betalen naar rato moet worden aangepast, indien het aandeel Rome-repertoire in de gedraaide muziek onder de 70% ligt.

De WNR zegt dus niets over de grondslag, hoogte of structuur van de billijke vergoeding. Ook handvatten uit de Nederlandse en Europese jurisprudentie zijn er amper, al helemaal niet ten aanzien van de hoogte. De Rechtbank Den Haag noemt de uitspraak van het Europese Hof van Justitie uit 2003 in een Nederlandse zaak tussen SENA en de NOS over de voor radio- en televisie-uitzendingen van de publieke omroepen verschuldigde billijke vergoeding.² Het Europese Hof oordeelde dat de billijke vergoeding een communautair begrip is dat in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast, en constateert dat de billijkheid van de vergoeding "met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer" (r.o. 37). Niettemin bestaat er veel ruimte voor lidstaten en biedt het Europese Hof slechts twee aanknopingspunten

² HvJ EG 6 februari 2003, zaak C-245/00. Deze uitspraak is onder meer besproken in J.M.B Seignette, 'Vergoedingen in de contractuele praktijk, wet en rechtspraak', *AMI 2003-4*, p. 109-119.

voor een model voor de berekening van de billijke vergoeding, die de rechtbank als volgt weergeeft: "Ten eerste moet het model een juist evenwicht bereiken tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten om een vergoeding voor de uitzending van een bepaald fonogram te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden. Ten tweede mag het model niet in strijd zijn met enig beginsel uit het Unierecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Het is aan lidstaten om binnen deze grenzen de meest relevante criteria op hun grondgebied vast te stellen." (r.o. 4.4). Als uitleg van het begrip billijke vergoeding komt dat eerste nogal tautologisch over: de billijke vergoeding geeft een juist evenwicht tussen belangen en biedt redelijke voorwaarden. Tja.³ Ook het tweede geeft weinig sturing: zolang de vergoeding niet in strijd is met andere unierechtelijke beginselen, staat de lidstaat er in feite alleen voor.

De Rechtbank Den Haag noemt vervolgens de uitspraak van het Haagse Gerechtshof in dezelfde zaak tussen SENA en de NOS. Daarin is wederom niets gezegd over de hoogte van de billijke vergoeding, maar is wel een aantal mee te wegen factoren bepaald: het aantal uren dat fonogrammen worden uitgezonden, kijk- en luisterdichtheden, tarieven voor de uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken, tarieven van publieke omroepen in het buitenland en de door de commerciële omroepen betaalde bedragen (r.o. 4.5). Tot slot geeft de Rechtbank aan dat rekening gehouden moet worden met de draagkracht van de betalingsplichtingen (r.o. 4.6).

Van het aantal uitzendingen en de kijk- en luisterdichtheden is het aannemelijk dat zij positief samenhangen met de waarde die de fonogrammen voor de kijkers en luisteraars van de NOS vertegenwoordigen. Een billijke vergoeding die rekening houdt met deze factoren sluit dan aan bij het profijtbeginsel: hoe meer waarde de NOS of

³ Merk wel op dat deze uitleg niettemin op gespannen voet kan staan met 'de waarde van het gebruik in het handelsverkeer', aangezien het handelsverkeer niet altijd tot uitkomsten leidt waarbij de belangen van alle betrokkenen in evenwicht zijn.

haar kijkers en luisteraars aan de fonogrammen ontlenen, hoe meer er betaald wordt. Dat klinkt op zich in ieder geval billijk. Of het economisch ook optimaal is, is een andere kwestie. Daarover later meer. De andere mee te wegen factoren die het Haagse Gerechtshof noemt, zeggen meer over vergelijkbaarheid dan over billijkheid. Alleen als de tarieven voor auteursrecht, in het buitenland en voor commerciële omroepen billijk zijn, kunnen deze factoren de weg wijzen naar een billijke vergoeding voor naburige rechten voor de NOS. Wel kan betoogd worden dat ook zonder die aanname benchmarking van de tarieven in lijn is met het gelijkheidsbeginsel.

In haar vonnis maakt de Rechtbank Den Haag onderscheid tussen de tarieven tot en met 2013 en die daarna. Voor *dance events* in discotheken en clubs rekende SENA anno 2013 nog altijd het lagere op vierkante meters bepaalde discothekentarief, ook al werd er in veel gevallen net als bij andere *dance events* een toegangsprijs gerekend en geadverteerd met een vooraf bepaalde *line-up* van DJ's. Daarom oordeelde de Rechtbank op grond van het gelijkheidsbeginsel dat het discothekentarief tot en met 2013 ook van toepassing moest zijn op (andere) *dance events*. SENA had haar positie op dit punt in feite ondermijnd, door in de rechtszaal het standpunt in te nemen dat het tarief voor *dance events* ook van toepassing zou moeten zijn voor zulke events in discotheken e.d., terwijl zij geen pogingen had ondernomen dat tarief ook daadwerkelijk bij hen in rekening te brengen (r.o. 4.8-10).

Voor de tarieven vanaf 2014 veronderstelt de Rechtbank dat SENA deze ongelijke situatie repareert en alle *dance events* gelijkelijk zal aanslaan (r.o. 4.11). De recette vormt daarvoor volgens de Rechtbank een goede grondslag, omdat het een goede indicatie is van de waarde van het event en daarmee van de waarde van de tijdens het evenement gebruikte muziek, beter dan het oppervlak (r.o. 4.12-14). In de kwestie of billijke tarieven zouden moeten afnemen of juist toenemen met het aantal bezoekers streept de Rechtbank de argumenten van beide partijen tegen elkaar weg, om te komen tot een vast percentage van de recette zonder toe- of afname in het bezoekersaantal (r.o. 4.17).

Met betrekking tot de hoogte van het tarief oordeelt de Rechtbank Den Haag dat een tarief van 1,5% billijk is. Dat correspondeert volgens de rechtbank ongeveer met het tussen SENA en ID&T overeengekomen bedrag van € 0,45 oplopend naar € 0,55 per bezoeker (r.o. 4.18). Ook is het volgens de Rechtbank niet onbillijk hoog in vergelijking met het tarief van BUMA voor organisatoren van *dance events*, dat volgens SENA op 5% en volgens de organisatoren van *dance events* op 3,5% van de recette lag (r.o. 4.22). De afdracht van de commerciële radiostations aan SENA lag met 1,6 tot 4,3% van de totale inkomsten eveneens hoger. Een juiste vergelijking met het discothekentarief zou volgens de Rechtbank anders dan de gedaagde partijen suggereren ook geen onredelijk groot verschil opleveren (r.o. 4.25-4.26). De vergelijking met popfestivals gaat volgens de Rechtbank mank, omdat over livemuziek geen vergoeding aan SENA verschuldigd is, terwijl bij *dance events* vooral muziekopnames worden gedraaid waarvoor wel een vergoeding verschuldigd is (r.o. 4.26). Een vergelijking door de organisatoren van *dance events* met de tarieven in België en het Verenigd Koninkrijk, ten slotte, wordt door de Rechtbank terzijde geschoven, omdat SENA heeft aangevoerd dat tarieven in het buitenland sterk uiteenlopen (r.o. 4.27). Het noemen van slechts twee voorbeelden is dus feitelijk te beperkt bevonden.

Het is uiteindelijk aan juristen om te beoordelen of het oordeel van de Haagse Rechtbank aansluit bij de criteria die zijn meegegeven door het Europese Hof en het Haagse Gerechtshof in de SENA-NOS zaak. Op het eerste gezicht lijkt het erop dat de Haagse Rechtbank netjes binnen die lijntjes heeft gekleurd. Met het oordeel de tarieven voor *dance events* tot en met 2013 ongemoeid te laten wordt tegemoetgekomen aan het door het Europese Hof onderstreepte gelijkheidsbeginsel. De keuze voor de recette als grondslag voor de tarieven is congruent met het profijtbeginsel dat ook aansluit bij het gebruik van uitzenduren en kijk-/luisterdichtheden. En tot slot wordt er vergeleken met de tarieven van BUMA voor *dance events* en die van SENA voor commerciële radiostations. Toch blijft de kernvraag onbeantwoord of de tarieven en de grondslag daarmee echt billijk zijn. Hadden uit deze gerechtelijke toetsing niet evengoed hogere of lagere en anders

vormgegeven tarieven kunnen rollen. Blijft billijkheid, met andere woorden, een kwestie van smaak?

Vervolg procedure

Hoewel SENA-directeur Marcus Bos aanvankelijk aangaf tevreden te zijn met de uitspraak, “zeker voor zover het de toekomst betreft”⁴, zijn beide kampen uiteindelijk in beroep gegaan bij het Haagse Gerechtshof. Op 2 juni jl. wees het Hof een procedureel tussenarrest. Gelet op de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (WTCBO) die sinds 1 juli 2013 van kracht is, is de verwachting dat het Haagse Hof de kwestie binnenkort voor advies zal verwijzen naar de Geschillencommissie Auteursrecht. Deze Geschillencommissie heeft sinds haar oprichting eind 2011 pas één geschil in behandeling genomen, dat bovendien niet ging over billijke vergoedingen.⁵ Onlangs is een eerste dispuut over billijke tarieven voor vertoning en doorgifte van TV en video's in ziekenhuizen, voor advies door de rechtbank Rotterdam aan de Geschillencommissie Auteursrecht doorverwezen.⁶

In het auteurscontractenrecht dat sinds 1 juli 2015 van kracht is, speelt de billijke vergoeding voor auteurs eveneens een centrale rol (artikel 25c en artikel 25d Aw). De wet voorziet in de oprichting van een geschillencommissie voor de beslechting van geschillen (artikel 25g Aw) maar hoe logisch het wellicht ook zou zijn, het lijkt niet de bedoeling dat de hiervoor genoemde Geschillencommissie Auteursrecht die rol op zich gaat nemen.⁷ Hoe dan ook valt te verwachten dat de vraag wat in

⁴ Zie: <http://www.sena.nl/Gebruikers/Nieuws/132/1>.

⁵ Zie: VOICE, *Jaarverslag* 2014, p. 12. (<http://www.voice-info.nl/assets/voice/voice%20secretarieel%20jaarverslag%202014.pdf>). Deze ene zaak ging over een tamelijk onschuldig punt van het niet tonen van een voetbalwedstrijd waarvoor toch betaald moest worden (zie: <http://www.voice-info.nl/voice/152210/>).

⁶ Zie Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, IEF 15205; ECLI:NL:RBROT:2015:6050 (NVZ Vereniging Ziekenhuizen/Stichting Videma)

⁷ Zie voor de politieke discussie over de beoogde geschillencommissie ten tijde van de aanname van de wet: *Kamerstukken I* (2014/15). 33 308 (Wet auteurscontractenrecht), C (Memorie van Antwoord). De discussie spitste zich vooral toe op de verdeling van de kosten van de geschillencommissie.

verschillende situaties de contouren van de billijke vergoeding zijn of zouden moeten zijn, zich de komende tijd op toenemende belangstelling zal kunnen verheugen.

Kanttekeningen vanuit het economische normatieve kader

Economen rekenen vragen over billijkheid en verdeling over het algemeen tot het domein van de politiek en het recht. Het normatieve economische kader kent slechts één criterium, namelijk maatschappelijke welvaart⁸, losjes te omschrijven als de som van alle huidige en toekomstige al dan niet in geld uitgedrukte baten van consumenten en producenten. Het plezier dat de bezoeker van een dance event beleeft maakt dus onderdeel uit van die welvaart, evenals de boterham die de artiest met zijn muziek verdient. Binnen het economische kader worden alle huidige en toekomstige baten vergelijkbaar gemaakt door ze met een discontovoet naar het heden te vertalen. Dit alles staat echter los van de verdeling van de welvaart. De economische wetenschap kan niet achterhalen welke verdeling van welvaart rechtvaardig is of welke vergoeding voor het ten gehore brengen van fonogrammen billijk is. Wel kan worden onderzocht welke vergoedingen in andere landen of sectoren gehanteerd worden, al dan niet na correctie voor relevante ‘harde’ verschillen. Ook kan worden geëvalueerd welke implicaties een gegeven interventie in de verdeling van welvaart heeft voor de prikkels van de betrokken partijen en voor de totale welvaart. Doorgaans gaat er namelijk per saldo welvaart verloren bij een dergelijke herverdeling omdat partijen als gevolg ervan andere beslissingen nemen.

Een voorbeeld kan dat laatste duidelijk maken. Wanneer alle organisatoren van *dance events* per bezoeker een bedrag van € 0,50 moeten afdragen aan SENA, stijgen kun kosten met hetzelfde bedrag per bezoeker ten opzichte van de situatie dat ze geen vergoeding verschuldigd zijn. Als de overige kosten van de organisatoren hetzelfde blijven,

⁸ Zie bijvoorbeeld: J. Poort, *Empirical Evidence for Policy in Telecommunication, Copyright & Broadcasting*. Vossiuspers UvA – Amsterdam University Press, 2015, p. 13.

zullen zij in een sterk concurrerende markt genoodzaakt zijn de toegangsprijs exclusief BTW met € 0,50 cent te verhogen. Inclusief BTW komt de toegangsprijs dan zo'n € 0,60 hoger uit. Voor sommige bezoekers zal die prijsverhoging ertoe leiden dat ze het event niet bezoeken en iets anders gaan doen, en dat is waar maatschappelijke welvaart verloren gaat.⁹ Ook een billijke vergoeding als percentage van de recette zal in een dergelijke markt direct leiden tot een prijsverhoging, omdat een kleiner deel van de omzet beschikbaar komt om de kosten te dekken. Een vergoeding per vierkante meter vloeroppervlak heeft geen direct effect op de ticketprijs, omdat er per extra verkocht kaartje geen kostenverhoging of inkomstendaling is. Wel kan het de organisator van een *dance event* stimuleren kleinere ruimtes te gebruiken.

Wanneer een organisator van een populair evenement marktmacht heeft en ruimte heeft om (flink) boven zijn kosten te beprijzen, zal hij geneigd zijn niet de gehele prijsverhoging door te berekenen, om het aantal bezoekers dat daardoor afhaakt te beperken. Ook een vergoeding als percentage van de recette zal in zo'n geval niet volledig worden gecompenseerd met een prijsverhoging. Specifieke concurrentieverhoudingen of het niet willen overschrijden van voor consumenten psychologisch belangrijke prijsgrenzen (bijvoorbeeld € 50) kunnen eveneens reden zijn een kostenverhoging niet door te berekenen in de prijs. Om kort te gaan: het is afhankelijk van de marktomstandigheden aan zowel vraag- als aanbodzijde, wat het effect is van verschillende tariefgrondslagen voor billijke vergoeding voor SENA op de ticketprijzen en op de welvaart, al valt in alle gevallen een prijsverhoging en daarmee (in statisch perspectief) een afname van de welvaart te verwachten. Daar tegenover staat natuurlijk het vermeende positieve langetermijneffect van de billijke vergoeding door de stimulerende werking van de SENA-vergoedingen op de productie van muziekopnames. Het punt hier is echter dat een

⁹ Bij een ticketprijs van ongeveer € 50 en een prijselasticiteit van -1 zou een prijsverhoging met € 0,60 tot 1,2% minder bezoekers leiden. Dat leidt er weer toe dat vaste kosten over minder bezoekers kunnen worden omgeslagen.

gegeven vergoeding voor SENA en met verschillende grondslagen bijeengebracht kan worden, die verschillende – meer en minder versturende – prikkels geven. Net als er welvaarts-economisch meer en minder optimale manieren zijn om belasting te heffen.

Op voorhand is niet evident of een prijs per bezoeker of een prijs als percentage van de recette in dit opzicht beter scoort. Dat zou een nadere en uitvoerige analyse van de marktomstandigheden vergen. Wel valt iets op te merken over andere prikkels die van deze twee grondslagen uitgaan: een vergoeding als percentage van de recette prikkelt de organisator om zo veel mogelijk inkomsten buiten de grondslag van de vergoeding te houden. Als de recette simpelweg wordt gedefinieerd als de inkomsten uit de verkoop van toegangskarten, loont het aparte kosten in rekening te brengen voor bijvoorbeeld garderobe en eventueel zelfs toiletten. In dat opzicht is een vaste vergoeding per bezoeker minder versturend voor de prikkels van de organisator.

Over de hoogte van een billijke vergoeding kan het economische kader geen uitspraken doen. Het is eigenlijk een kwestie van smaak hoeveel geld men via SENA aan de uitvoerende kunstenaars en producenten gunt en hoeveel aan de organisatoren van dance events en de DJ's. En zelfs als deze vraag louter normatief welvaarts-economisch wordt uitgelegd en een billijke vergoeding wordt gelijkgesteld aan een vergoeding die op lange termijn de welvaart maximaliseert, is er simpelweg te weinig empirisch onderzoek naar de langetermijneffecten van dergelijke vergoedingen op de creatie van werken (in dit geval fonogrammen) om een antwoord te kunnen geven.

Waarde van de muziek

Hiervoor werd geconstateerd dat de recette als grondslag voor de tarieven congruent is met het profijtbeginsel en enkele door het Europese Hof en het Haagse Gerechtshof genoemde criteria, maar wanneer nauwer aangesloten wordt bij de eveneens genoemde "waarde van dit gebruik [van fonogrammen] in het handelsverkeer" of "de waarde van het tijdens het evenement gebruikte

muziek" (r.o. 4.12), dan zijn wel enkele economische kanttekeningen te plaatsen. Ten aanzien van de grondslag valt om te beginnen ernstig te betwijfelen of die waarde van de gebruikte muziek goed benaderd wordt door een percentage te nemen van de recette. Het is niet aannemelijk dat die waarde bij een gratis evenement een fractie is van die bij een evenement waarvoor bezoekers € 50 betalen, terwijl de door SENA voorgestelde vergoeding in het eerste geval € 0,075 per bezoeker is en in het tweede geval tien tot twintigmaal zoveel (€ 0,75 tot € 1,50). Een gratis evenement heeft een ander verdienmodel. Dat kunnen wellicht sponsor- of advertentiegelden zijn of een subsidie, maar dat heeft allemaal weinig tot niets te maken met de waarde of belevingswaarde van de gebruikte muziek. Ook is het zeer de vraag of de waarde van de gebruikte muziek zeer verschilt tussen een event met een ticketprijs van € 25 of van € 100 met dezelfde duur en of het niet de kwaliteit of faam van de DJ's, de aankleding en het niet-muzikale entertainment zijn die het verschil in toegangsprijzen rechtvaardigen.

Als de "waarde van de gebruikte muziek" de basis is voor de hoogte van de billijke vergoeding, dan is het een verdedigbaar gedachtenexperiment om te kijken naar de licentievergoedingen die gerekend zou worden als artikel 7 lid 1 WNR niet bestond en alle op dance events gedraaide muziek individueel gelicentieerd zou moeten worden: wat zijn de gederfde licentie-inkomsten als gevolg van dit artikel, waarvoor de billijke vergoeding moet compenseren? De achterliggende notie van dit gedachte-experiment zou kunnen zijn dat artikel 7 lid 1 WNR in het leven is geroepen om transactiekosten te besparen, niet om de positie van rechthebbenden te versterken door ze via SENA een onderhandelingskartel te laten vormen dat monopolieprijzen rekt.¹⁰ De stijging van de tarieven per bezoeker met 74% tussen 2004 en 2008 roept in dit licht vragen op, omdat deze moeilijk te duiden is als toename van de gederfde licentievergoeding of van de waarde van de gebruikte muziek in het handelsverkeer.

¹⁰ Zie in dit kader ook: K. Koelman, Regulation of Collecting Societies. Hoofdstuk 16 in: P.B. Hugenholtz, A.A. Quaadvlieg, D.J.G. Visser, e.a. (red), *A Century of Dutch Copyright Law*, Amsterdam: deLex 2012.

Ook dit zijn echter vragen die eenvoudiger gesteld dan beantwoord zijn. Vast staat wel dat de gederfde licentievergoeding sterk zou verschillen tussen de verschillende uitvoerende kunstenaars en producenten: sommige opnames kunnen wellicht niet ontbreken op een geslaagd dance event, terwijl andere zeer inwisselbaar zijn. Maar omdat de marginale kosten voor de licentiëring van muziekopnames niet hoger zijn dan de transactiekosten van de onderhandeling, is de ondergrens van de uitkomst van deze hypothetische onderhandelingen bijna nul, terwijl de bovengrens wordt gevormd door de situatie dat de volledige winst van de organisatoren van dance events via de licentievergoeding wordt afgeroomd.

De Rechtbank Den Haag beoordeelt een percentage van 1,5% van de recette als billijk, op basis van een vergelijking met een aantal voorbeelden. Het belangrijkste in die vergelijking is de vergoeding die overeengekomen zou zijn met ID&T. Daarnaast wordt vergeleken met afdrachten aan BUMA en afdrachten van commerciële radiostations aan SENA. Het moge duidelijk zijn dat deze vergelijkingen opnieuw geen echt antwoord kunnen geven op de vraag wat de waarde van de gebruikte muziek is. Uitsluitend werpen ze wat licht op de vraag wat in meer of minder vergelijkbare gevallen als vergoeding wordt betaald. Deze 'benchmarking' is echter wel erg ad hoc en had net zo goed op 1% of 3% uit kunnen komen. De vergelijking met de vergoedingen betaald door ID&T speelt een hoofdrol, maar is noodzakelijk gebaseerd op een opeenstapeling van aannames, terwijl de vergelijkingen met BUMA-afdrachten en radiostations veel verder afstaan van de voorliggende casus.

Het is wat dat betreft een gemiste kans dat de vergelijking met de hoogte van de tarieven in het buitenland door de Rechtbank terzijde is geschoven, terwijl het Europese Hof toch geoordeeld had dat er weliswaar veel ruimte voor lidstaten is ten aanzien van het bepalen van de billijke vergoeding, maar het niettemin een communautair begrip is dat in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast: de (voor zover bekend) niet verder gedocumenteerde stelling van SENA dat de tarieven in het buitenland sterk uiteenlopen wordt

door de Rechtbank overgenomen om een weliswaar selectieve vergelijking met België en het Verenigd Koninkrijk te negeren (r.o. 4.27). Weliswaar kan ook een vergelijking met het buitenland geen uitsluitel geven over de waarde van het tijdens het evenement gebruikte muziek en zijn ook de buitenlandse zusterorganisaties van SENA monopolisten, maar internationale benchmarking kan een nuttige extra toets opleveren van het gelijkheidsbeginsel en een eenduidige toepassing van de billijke vergoeding bevorderen. Voor zover dance events internationaal concurreren is dat ook goed voor gelijke concurrentieverhoudingen.

Conclusies

De Rechtbank Den Haag heeft met het vonnis in de zaak van SENA tegen 25 organisatoren van dance events een salomonsoordeel geveld, door in plaats van de door SENA voorgestelde vergoeding van 3% van de recette (aflopend bij grotere events) op 1,5% te gaan zitten en dit nieuwe tarief pas te laten ingaan in 2014, onder de aanname dat SENA deze vergoeding ook voor dance events in discotheken en clubs zal vragen.

Op de vraag of daarmee ook daadwerkelijk een billijke vergoeding is vastgesteld, is echter nauwelijks het begin van een antwoord gegeven. Alleen de vergelijkbaarheid met enkele andere vergoedingstarieven is getoetst, en dat nog tamelijk ad hoc. Vanuit economisch perspectief valt er weinig te zeggen over wat een billijke vergoeding is, alleen over de welvaartseffecten van een vergoeding en de prikkels die verschillende grondslagen of berekeningswijzen geven aan de betrokken partijen. Als het begrip verder wordt ingekaderd, bijvoorbeeld als de gederfde licentie-inkomsten als gevolg van artikel 7 lid 1 WNR of als de vergoeding met het gunstigste langetermijneffect op de welvaart, is een nadere economische uitwerking in principe wel mogelijk. Ook voor een meer systematische vergelijking met andere relevante casussen uit binnen- en buitenland kan de economische wetenschap behulpzaam zijn. Op die manier kan zij helpen het gelijkheidsbeginsel te respecteren.