

Hoge Raad, 28 november 2003, Sena v NKP



## NABURIGE RECHTEN

### Billijke vergoeding secundaire openbaarmaking

#### “Niet-Rome-muziek”

#### Is muziek waarvoor geen billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 is verschuldigd.

De Hoge Raad tekent hierbij aan dat ingevolge art. 32 lid 5 WNR het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR niet geldt voor fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van noch rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Staat die partij is bij het Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties. "Niet-Rome-muziek" is dus, kort gezegd, muziek waarvoor geen billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 is verschuldigd.

#### Forfatair systeem onredelijk

- Basistarief kan niet onverkort van toepassing zijn indien percentage Rome-muziek lager is dan 75-80

Door te oordelen dat in redelijkheid niet kan worden volgehouden dat het basistarief onverkort moet worden toegepast indien het percentage Rome-muziek in de programma's van de NKP-leden relevant lager is dan 75 - 80, heeft de rechtbank, mede in het licht van de wetsgeschiedenis vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 en 4.18, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het bepaalde in art. 7 lid 1 WNR. De rechtbank heeft voorts (in rov. 20) geoordeeld dat het door SENA gehanteerde forfaitaire systeem - een tarief, onafhankelijk van het aandeel dat niet-Rome-muziek uitmaakt van de ten gehore gebrachte muziek - niet op redelijkheid en billijkheid kan worden gebaseerd. Anders dan onderdeel 3.3 kennelijk voorts nog wil betogen, is dit oordeel niet onbegrijpelijk en heeft de rechtbank dit oordeel alleszins toereikend gemotiveerd in de rov. 16 - 19.

- Evenredige aanpassing basistarief niet zonder meer gerechtvaardigd omdat incassokosten percentageel hoger zijn

4.2.6 Door te oordelen dat er "dan ook" een evenredige verlaging van het basistarief zal moeten plaatsvinden, wanneer in rechte is aan te nemen dat de NKP-leden voor minder dan 75 - 80% Rome-muziek uitzenden, miskent de rechtbank dat evenredige aanpassing van het basistarief in dat geval niet zonder meer gerechtvaardigd is. Immers, de incassokosten, die ook door de vast te stellen billijke vergoeding moeten worden gedekt, zijn percentageel hoger indien in afwijking van het bij het basistarief gehanteerde uitgangspunt minder dan 75 - 80% Rome-muziek wordt uitgezonden. De hierop gerichte subsidiaire klacht van onderdeel 3.3 slaagt derhalve.

## PROCESRECHT

### Bewijslast NKP

#### Op NKP rust de bewijslast van wervings- en productiekosten bij kabelkranten

Voor haar oordeel in rov. 7 dat het jegens NKP als basistarief te hanteren percentage 0,44 bedraagt, heeft de rechtbank redengevend geacht dat de verwervings- en productiekosten bij kabelkranten "erg hoog" zijn en dat die kosten 61% [namelijk (1,125% - 0,44%)/1,125 x 100] bedragen. Die redengeving behoefde tegen de achtergrond van het debat van partijen nadere motivering die evenwel ontbreekt. Immers, het percentage van 61 is door NKP slechts (impliciet) ter comparitie genoemd en aldaar door SENA betwist, terwijl dit percentage in aanzienlijke mate afwijkt van eerder door NKP bij conclusie van antwoord genoemde percentages. Voor zover de rechtbank ervan is uitgegaan dat op SENA de bewijslast rustte ter zake van de hoogte van evenvermelde kosten, is zij uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent de verdeling van de bewijslast. Immers, de bewijslast ter zake van de door NKP aangevoerde stelling dat de evenvermelde kosten 61% bedroegen, rustte op NKP. De hierop gerichte klachten van de onderdelen 2.3 en 2.4 zijn derhalve gegrond.

### Bewijslast niet-Rome muziek

#### Rust niet 'per se' op partij die stelling betreft een lager dan gemiddeld percentage Rome-muziek openbaar te maken

In de art. 7 en/of 15 WNR zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de opvatting van SENA dat op de partij die de stelling betreft dat zij een lagere billijke vergoeding verschuldigd is, omdat zij een lager dan gemiddeld percentage Rome-muziek openbaar maakt, de bewijslast rust van die stelling

Vindplaatsen: [AK3694](#); NJ 2006, 376, m.nt. Hugenholtz

### Hoge Raad, 28 november 2003

(R. Herrmann, J.B. Fleers, H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spavens en E.J. Numann.)

(...)

in de zaak van:

STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN SENA, gevestigd te Hilversum,

EISERES tot cassatie,

incidenteel verweerster,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

VERENIGING NEDERLANDSE KABELKRANT

PERS, gevestigd te 's-Gravenhage,

VERWEERSTER in cassatie,

incidenteel eiseres,

advocaat: aanvankelijk mr. E. Grabandt, thans mr. J.P.

Heering.

#### 1. Het geding in feitelijke instantie

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: SENA - heeft bij exploitatie van 10 april 1997 verweerster in cassatie - verder te noemen: NKP - gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis uit te spreken dat de vergoeding die uit hoofde van art. 7 van de Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via zgn. kabelkranten, ten laste van de bij de gedaagde aangesloten exploitanten van dergelijke kabelkranten, moet worden berekend naar rato van 0,7% van het totaal in enig jaar aan derden netto gefactureerde bedrag, als tegenprestatie voor reclame-uitingen; en wel aldus betaalbaar, dat telkens per einde maart van elk jaar een voorschot wordt betaald, berekend naar 70% van de in het betreffende kalenderjaar redelijkerwijs als verschuldigd te verwachten vergoeding; en dat eveneens per einde maart van elk jaar aan SENA een schriftelijke opgave wordt gedaan van de in het afgelopen kalenderjaar ontvangen commerciële inkomsten als hiervoor bedoeld, met gelijktijdige betaling van het over het betreffende kalenderjaar verschuldigde saldo, berekend volgens de hoger genoemde maatstaf, en verminderd met een eventueel reeds over de betreffende periode betaald voorschot, waarbij een eventueel negatief saldo mag worden verrekend met het gelijktijdig per einde maart verschuldigd wordende voorschot over het dan aangevallen kalenderjaar; alles: met veroordeling van NKP in de proceskosten.

NKP heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 30 september 1998 een comparitie van partijen gelast en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen dit tussenvonnis heeft NKP hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 8 februari 2001 heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar de rechtbank te 's-Gravenhage verwezen.

Na comparitie van partijen heeft de rechtbank bij eindvonnis van 19 december 2001:

- voor recht verklaard dat de vergoeding die uit hoofde van artikel 7 WNR verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via zgn. kabelkranten, ten laste van de bij NKP aangesloten exploitanten van dergelijke kabelkranten over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 moet worden berekend naar rato van 0,28% van het totaal van de over die periode aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclame-uitingen;

- NKP veroordeeld om, binnen twee maanden na betekening van dit vonnis, aan SENA schriftelijk opgave te doen van het totaal van de over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 door de bij NKP aangesloten kabelkrant-exploitanten aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclame-uitingen;

- NKP veroordeeld om, binnen twee maanden na betekening van dit vonnis, een vergoeding aan SENA te betalen, berekend naar 0,28% van het totaal van de

over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 door de bij NKP aangesloten kabelkrantexploitanten aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclame-uitingen, verminderd met eventueel reeds betaalde voorschotten;

- het meer of anders gevorderde afgewezen, en

- de proceskosten aldus gecompenseerd dat ieder de eigen kosten draagt.

Het vonnis van de rechtbank is aan dit arrest gehecht.

## **2. Het geding in cassatie**

Tegen het vonnis van de rechtbank heeft SENA beroep in cassatie ingesteld. NKP heeft incidenteel beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

NKP heeft geconcludeerd tot verwerping van het principaal beroep. SENA heeft in het incidenteel beroep geconcludeerd tot referte.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor SENA mede door mr. W.J.M. Diekman en voor NKP mede door mr. J.P. Heering, beiden advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt zowel in het principale als in het incidentele beroep tot vernietiging van het bestreden vonnis, met verwijzing van de zaak naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

De advocaat van SENA heeft bij brief van 19 september 2003 op die conclusie gereageerd.

## **3. Uitgangspunten in cassatie**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) SENA is de krachtens art. 15 Wet op de naburige rechten (hierna: WNR) aangewezen rechtspersoon die bij uitsluiting als vertegenwoordigster van de rechthebbenden optreedt voor de invordering en verdeling van de ingevolge art. 7 verschuldigde vergoedingen.

(ii) NKP is de overkoepelende organisatie waarin de meeste in Nederland werkzame exploitanten van zogenoemde kabelkranten zich hebben verenigd.

(iii) Onder een kabelkrant is te verstaan een via een kabel distributienetwerk verspreid televisieprogramma bestaande uit nieuws en reclameberichten ondersteund met geluid. Het geluid is veelal muziek.

3.2 SENA vordert in dit geding dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat de vergoeding die uit hoofde van art. 7 WNR verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via kabelkranten, ten laste van de bij NKP aangesloten exploitanten van kabelkranten, moet worden berekend naar rato van 0,7% van het totaal in enig jaar aan derden, als tegenprestatie voor reclame-uitingen, gefactureerde bedrag en voorts verklaringen voor recht ter zake van de wijze van betaling en de vaststelling van de grootte van de als grondslag te nemen reclame-inkomsten als nader omschreven onder 1.

3.3.1 In haar - in cassatie niet bestreden - tussenvonnis heeft de rechtbank vooropgesteld dat partijen het erover eens zijn dat als grondslag voor de jaarlijks te betalen vergoeding kan dienen het bedrag van de jaarlijkse reclame-inkomsten c.a. van de exploitanten. Zij zijn het

evenwel, aldus de rechtbank, niet eens geworden over de hoogte van het als uitgangspunt te hanteren percentage van de reclame-inkomsten en de vraag of dit percentage in de relatie met NKP nadere correctie behoeft en zo ja in welke mate. In dat tussenvonnis heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast. In haar eindvonnis heeft de rechtbank - in cassatie onbestreden - geoordeeld dat in het onderhavige geding nog slechts aan de orde is welk basistarief SENA jegens NKP kan hanteren en of, en zo ja, in hoeverre, daarop nog een correctie voor "niet-Rome-muziek" dient plaats te vinden.

3.3.2 De Hoge Raad tekent hierbij aan dat ingevolge art. 32 lid 5 WNR het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR niet geldt voor fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van noch rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Staat die partij is bij het Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties. "Niet-Rome-muziek" is dus, kort gezegd, muziek waarvoor geen billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 is verschuldigd.

3.3.3 De rechtbank heeft vervolgens, samengevat, als volgt geoordeeld. De rechtbank stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat het uitgangspunt voor het naburig recht 1,125 bedraagt en dat daarop nog een percentage in mindering moet worden gebracht dat overeenkomt met het percentage waarvoor de verwervings- en productiekosten deel uitmaken van de omzet van de kabelkrantexploitanten (rov. 5). In het licht van het in rov. 7 overwogene dient het ervoor te worden gehouden dat met aftrek van een percentage voor verwervings- en productiekosten het jegens het NKP te hanteren percentage 0,44 bedraagt. Dit is het basistarief (rov. 7). Nu SENA ter comparitie heeft aangegeven dat zij haar basistarief van 0,7% heeft gebaseerd op "haar algemene ervaringsregel" dat 75 - 80% van de uitgezonden muziek Rome-muziek is, betekent dat dat ook het door de rechtbank vastgestelde basistarief van 0,44% op dit uitgangspunt gebaseerd is te achten (rov. 8). In redelijkheid kan niet worden volgehouden dat het basistarief onverkort moet worden toegepast indien het percentage Rome-muziek in de programma's van de NKP-leden relevant lager is dan 75 - 80%. Er zal dan ook een evenredige verlaging van het basistarief moeten plaatsvinden wanneer in rechte is aan te nemen dat de NKP-leden voor minder dan 75 - 80% Rome-muziek uitzenden (rov. 10). Op grond van hetgeen de rechtbank heeft overwogen in de rov. 11 - 21 is de rechtbank in rov. 22 tot de slotsom gekomen dat het aan SENA is om het bewijs te leveren van haar stelling dat de programma's van de NKP-leden voor 75 - 80%, respectievelijk voor een bepaald percentage Rome-muziek bevatten, althans voor zover deze stelling niet reeds als vaststaand moet worden beschouwd. In rov. 32 komt de rechtbank tot het oordeel dat rekening houdend met een correctie voor niet-Rome-muziek het door SENA jegens NKP te hanteren percentage moet worden bepaald op 0,28. De rechtbank heeft vervolgens een dienovereenkomstige verklaring voor recht uitgesproken over de periode 1 juli 1993 tot en met 31

december 2000 en voorts NKP veroordeeld om aan SENA schriftelijke opgave te doen van aan derden netto gefactureerde bedragen en aan SENA een vergoeding te betalen, en ander als nader omschreven onder 1.

#### 4. Beoordeling van de middelen in het principale beroep

4.1.1 Middel 1 bevat slechts een inleiding. Middel 2 keert zich tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 7 dat het jegens NKP te hanteren basistarief 0,44% bedraagt en de daarvoor gegeven motivering.

4.1.2 De in de onderdelen 2.2, 2.5, 2.6 en 2.8 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.1.3 Voor haar oordeel in rov. 7 dat het jegens NKP als basistarief te hanteren percentage 0,44 bedraagt, heeft de rechtbank redengevend geacht dat de verwervings- en productiekosten bij kabelkranten "erg hoog" zijn en dat die kosten 61% [namelijk (1,125% - 0,44%)/1,125 x 100] bedragen. Die redengeving behoeft tegen de achtergrond van het debat van partijen nadere motivering die evenwel ontbreekt. Immers, het percentage van 61 is door NKP slechts (impliciet) ter comparitie genoemd en aldaar door SENA betwist, terwijl dit percentage in aanzienlijke mate afwijkt van eerder door NKP bij conclusie van antwoord genoemde percentages. Voor zover de rechtbank ervan is uitgegaan dat op SENA de bewijslast rustte ter zake van de hoogte van evenvermelde kosten, is zij uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent de verdeling van de bewijslast. Immers, de bewijslast ter zake van de door NKP aangevoerde stelling dat de evenvermelde kosten 61% bedroegen, rustte op NKP. De hierop gerichte klachten van de onderdelen 2.3 en 2.4 zijn derhalve gegrond.

4.1.4 De rechtbank heeft voorts voor haar hiervoor in rov. 7 vermelde oordeel betekenis eraan toegekend dat NKP bij conclusie van antwoord heeft gesteld dat SENA haar destijds het voorstel had gedaan om 0,49% (inclusief diverse kortingen) van de commerciële inkomsten als vergoeding te voldoen, dat SENA deze stelling niet heeft betwist, dat daaruit kan worden afgeleid dat zij destijds een basistarief van 0,49% reëel achtte en dat het verschil tussen 0,49% en 0,44% niet groot is. De enkele omstandigheid dat SENA in een eerder stadium buitengerechtelijk het voorstel heeft gedaan om een percentage van 0,49 te hanteren, rechtvaardigt evenwel niet de conclusie dat zij dat tarief reëel achtte. Daarbij moet tevens in aanmerking genomen worden dat het verschil tussen 0,49% en 0,44% in absolute bedragen aanzienlijk kan zijn. Een en ander leidt tot de slotsom dat de motivering van de rechtbank ook op dit punt tekortschiet. De hierop gerichte klachten van onderdeel 2.7 zijn gegrond.

4.2.1 Middel 3 heeft betrekking op, kort gezegd, de door de rechtbank in de rov. 10 en 31 toegepaste aftrek voor niet-Rome-muziek.

4.2.2 De in onderdeel 3.2 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.2.3 Uit rov. 8 blijkt dat de rechtbank de stelling van SENA dat zij haar basistarief van 0,7% heeft gebaseerd op "haar algemene ervaringsregel" dat 75 - 80% van de uitgezonden muziek Rome-muziek is, onder ogen heeft gezien. In rov. 10 heeft de rechtbank het gebruik van die algemene ervaringsregel afgewezen. Voor zover onderdeel 3.3 betoogt dat de rechtbank evenvermelde stelling van SENA niet in haar oordeelsvorming heeft betrokken, mist het dus feitelijke grondslag.

4.2.4 Door te oordelen dat in redelijkheid niet kan worden volgehouden dat het basistarief onverkort moet worden toegepast indien het percentage Rome-muziek in de programma's van de NKP-leden relevant lager is dan 75 - 80, heeft de rechtbank, mede in het licht van de wetsgeschiedenis vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 en 4.18, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het bepaalde in art. 7 lid 1 WNR. In zoverre faalt onderdeel 3.3.

4.2.5 De rechtbank heeft voorts (in rov. 20) geoordeeld dat het door SENA gehanteerde forfaitaire systeem - een tarief, onafhankelijk van het aandeel dat niet-Rome-muziek uitmaakt van de ten gehore gebrachte muziek - niet op redelijkheid en billijkheid kan worden gebaseerd. Anders dan onderdeel 3.3 kennelijk voorts nog wil betogen, is dit oordeel niet onbegrijpelijk en heeft de rechtbank dit oordeel alleszins toereikend gemotiveerd in de rov. 16 - 19.

4.2.6 Door te oordelen dat er "dan ook" een evenredige verlaging van het basistarief zal moeten plaatsvinden, wanneer in rechte is aan te nemen dat de NKP-leden voor minder dan 75 - 80% Rome-muziek uitzenden, miskent de rechtbank dat evenredige aanpassing van het basistarief in dat geval niet zonder meer gerechtvaardigd is. Immers, de incassokosten, die ook door de vast te stellen billijke vergoeding moeten worden gedekt, zijn procentueel hoger indien in afwijking van het bij het basistarief gehanteerde uitgangspunt minder dan 75 - 80% Rome-muziek wordt uitgezonden. De hierop gerichte subsidiaire klacht van onderdeel 3.3 slaagt derhalve.

4.3.1 Middel 4 keert zich tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 22 dat het aan SENA is om het bewijs te leveren van haar stelling dat de programma's van de NKP-leden voor 75 - 80%, respectievelijk voor een bepaald percentage Rome-muziek bevatten, althans voor zover deze stelling niet reeds als vaststaand moet worden beschouwd, en de daarvoor door de rechtbank gegeven motivering.

4.3.2 De in de onderdelen 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9 en 4.10 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.3.3.1 Met haar hiervoor in 4.3.1 weergegeven oordeel heeft de rechtbank mede in het licht van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.17 en 4.18 vermelde wetsgeschiedenis, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de verdeling van de bewijslast. De rechtbank is daarbij in rov. 14 terecht ervan uitgegaan dat art. 32 lid 5 WNR "in feite geen uitzondering [geeft] op art. 7 WNR, maar een basisvoorwaarde voor toepasselijkheid daarvan". Zij heeft haar oordeel ook alleszins toereikend gemotiveerd. De onderdelen 4.3 en 4.4 stuiten hierop af.

4.3.3.2 Ten aanzien van hetgeen in de onderdelen 4.3 en 4.4 in het bijzonder nog wordt betoogd, wordt het volgende aangetekend. In de art. 7 en/of 15 WNR zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de opvatting van SENA dat op de partij die de stelling betreft dat zij een lagere billijke vergoeding verschuldigd is, omdat zij een lager dan gemiddeld percentage Rome-muziek openbaar maakt, de bewijslast rust van die stelling. Voorts heeft de rechtbank in de rov. 16 - 20 voldoende gemotiveerd waarom zij geen redenen aanwezig acht voor omkering van de bewijslast of een forfaitair systeem in verband met hetgeen SENA heeft aangevoerd omtrent (de problemen bij) incasso van de vergoedingen.

4.4 De in middel 5 en onderdeel 6.2 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.5 De rechtbank heeft blijkens de rov. 26 - 31 geoordeeld dat bij de correctie op het basistarief voor de van Digi Music betrokken muziek uitgegaan moet worden van een percentage van 20% Rome-muziek. Dit oordeel is onbegrijpelijk in het licht van de in rov. 27 vastgestelde percentages van 23,2 en 21,7. De hierop gerichte motiveringsklachten van de onderdelen 6.3 en 6.4 zijn derhalve gegrond.

## 5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Blijkens het petitum heeft SENA slechts verklaringen voor recht gevorderd. Met haar dictum is de rechtbank derhalve, naar het middel met juistheid betoogt, buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.

5.2 Nu SENA de bestreden beslissing van de rechtbank niet heeft uitgelokt of verdedigd, zullen de kosten van het beroep worden gereserveerd.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

### in het principale en het incidentele beroep;

vernietigt het vonnis van de rechtbank te 's-Gravenhage van 19 december 2001;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep voorts:

veroordeelt NKP in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van SENA begroot op €376,36 aan verschotten en €1.590,- voor salaris;

in het incidentele beroep voorts:

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak; begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van NKP op € 68,07 aan verschotten en € 1.590,- voor salaris, en aan de zijde van SENA op ? 68,07 aan verschotten en ? 1.365,- voor salaris. Dit arrest is gewezen door de vice-president R. Herrmann als voorzitter en de raadsheren J.B. Fleers, H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spapens en E.J. Numann, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 28 november 2003

---

## Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

(...)

### 1. Inleiding

1.1. Partijen zullen hierna doorgaans worden aangeduid als Sena en NKP.

1.2. Het gaat in deze (sprongcassatie)zaak hoofdzakelijk om de toepassing die de rechtbank heeft gegeven aan artikel 7 lid 1 van de Wet op de naburige rechten van 1993 (hierna: WNR), meer in het bijzonder de vaststelling van de daar bedoelde billijke vergoeding: 'Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerend kunstenaar of hun rechtverkrijgenden worden uitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald.'

### 2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.(1)

a) Sena is de krachtens artikel 15 Wet Naburige Rechten (WNR) aangewezen rechtspersoon die bij uitsluiting als vertegenwoordigster van de rechthebbenden optreedt voor de invordering en verdeling van de ingevolge artikel 7 WNR verschuldigde vergoedingen.

b) NKP is de overkoepelende organisatie waarin de meeste in Nederland werkzame exploitanten van zogenoemde kabelkranten zich hebben verenigd.

c) Onder kabelkrant is te verstaan een via een kabel-distributienetwerk verspreid televisieprogramma bestaande uit nieuws- en reclameberichten, ondersteund met geluid. Het geluid is veelal muziek.

2.2. Bij inleidende dagvaarding van 10 april 1997 heeft Sena de onderhavige procedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank te 's-Gravenhage.(2) Zij vorderde hierbij een verklaring voor recht, inhoudende dat:

'het de rechtbank behage om bij vonnis uit te spreken, dat de vergoeding die uit hoofde van art. 7 WNR verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via zgn. kabelkranten, ten laste van de bij de gedaagde aangesloten exploitanten van dergelijke kabelkranten, moet worden berekend naar rato van 0,7 % van het totaal in enig jaar aan derden netto gefactureerde bedrag, als tegenprestatie voor reclameuitingen; en wel aldus betaalbaar, dat telkens per einde maart van elk jaar een voorschot wordt betaald, berekend naar 70 % van de in

het desbetreffende kalenderjaar redelijkerwijs als verschuldigd te verwachten vergoeding; en dat eveneens per einde maart van elk jaar aan Sena een schriftelijke opgave wordt gedaan van de in het afgelopen kalenderjaar ontvangen commerciële inkomsten als hiervan bedoeld, met gelijktijdige betaling van het over het betreffende kalenderjaar verschuldigde saldo, berekend volgens de hoger genoemde maatstaf, en verminderd met een eventueel reeds over de betreffende periode betaald voorschot; waarbij een eventueel negatief saldo mag worden verrekend met het gelijktijdig per einde maart verschuldigd wordend voorschot over het dan aangevallen kalenderjaar; alles: met veroordeling van gedaagde in de proceskosten'.

2.3. NKP voerde gemotiveerd verweer.

2.4. Op 30 september 1998 wees de rechtbank een tussenvonnis.(3) Hierin overwoog zij, samengevat weergegeven, het volgende.(4)

Ook in de onderhavige procedure zijn van belang de door de rechtbank in een (andere) procedure, nl. tussen Sena en de NOS, geformuleerde criteria, te weten:

(i) de BUMA-tarieven,

(ii) de vergoedingen in de omliggende landen,

(iii) de vergoedingen die andere organisaties bereid zijn te betalen, en

(iv) de kijk- en luisterdichtheden.

Het criterium onder ii (vergelijking met de ons omliggende landen) blijft buiten beschouwing, omdat dit criterium volgens partijen niet relevant is voor zover het kabelkranten betreft. Omdat partijen de vergoeding wenselijk te relateren aan de reclameinkkomsten, blijft ook het criterium onder iv buiten beschouwing, teneinde te voorkomen dat dit criterium twee maal wordt meegevoerd (r.ovv. 4.1-4.4).

De rechtbank gelastte een comparitie van partijen, onder meer ter verkrijging van nadere inlichtingen ten aanzien van de (resterende) criteria, alsmede over de aan te brengen correcties op het aan de hand van genoemde criteria vast te stellen tarief.

2.5. Van dit tussenvonnis is NKP in hoger beroep gegaan. Bij arrest van 8 februari 2001 bekrachtigde het gerechtshof te 's-Gravenhage het tussenvonnis van de rechtbank en verwees de zaak terug naar deze rechtbank ter verdere behandeling en afdoening.

2.6. Na comparitie d.d. 9 oktober 2001 wees de rechtbank op 19 december 2001 eindvonnis.(5) De rechtbank verklaarde hierbij voor recht:

'dat de vergoeding die uit hoofde van artikel 7 WNR verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via zgn. kabelkranten, ten laste van de bij NKP aangesloten exploitanten van dergelijke kabelkranten over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 moet worden berekend naar rato van 0,28 % van het totaal van de over die periode aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclameuitingen.'

De rechtbank veroordeelde NKP om schriftelijk opgaaf te doen van het totaal van de over de genoemde periode aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclameuitingen, en om aan Sena over deze periode een vergoeding te betalen van 0,28 % van ge-

noemde bedragen, verminderd met eventueel reeds betaalde voorschotten.

2.7. In het eindvonnis overwoog de rechtbank hiertoe, samengevat weergegeven, als volgt. Partijen zijn het erover eens dat het uitgangspunt van het naburig recht 1,125 van de reclame-omzet bedraagt, waarop een percentage in mindering wordt gebracht voor de productie- en verwervingskosten (r.ovv. 3-5). Aldus is de uitkomst nog slechts van feitelijke gegevens afhankelijk zodat in het midden kan blijven naar welke maatstaven in het algemeen de billijke vergoeding moet worden vastgesteld en behoeft de uitkomst van de prejudiciële procedure (in de zaak Sena/NOS) niet te worden afgewacht (rov. 6).

Als door NKP ter comparitie gesteld en door Sena niet weersproken staat vast dat de verwervings- en productiekosten bij de NKP-leden 'erg hoog' zijn. Het door Sena genoemde percentage van 38 % is niet erg hoog, terwijl het door NKP genoemde percentage van 61 % wel erg hoog kan worden genoemd. Het verschil tussen het daarbij resterende basistarief van 0,44 % en het destijds door Sena redelijk geachte basistarief van 0,49 % is niet groot. Het basistarief bedraagt 0,44 % (rov. 7). Dit basistarief is gebaseerd op het door Sena genoemde uitgangspunt dat naar algemene ervaringsregels, 75-80% van de uitgezonden muziek, Rome-muziek is (rov. 8). Er zal een evenredige verlaging van het basistarief moeten worden toegepast wanneer in rechte kan worden aangenomen dat, zoals de NKP-leden stellen, deze voor minder dan 75-80% Rome-muziek uitzenden (r.ovv. 9-10).

De billijke vergoeding van art. 7 WNR is alleen verschuldigd voor zover Rome-muziek wordt uitgezonden. Op grond van de hoofdregel van art. 177 Rv heeft Sena, die zich beroept op het rechtsgevolg van het door haar gestelde feit dat de NKP-leden voor 75-80 % Rome-muziek gebruiken, dit feit te bewijzen. De stelling van NKP dat haar leden geen of minder Rome-muziek uitzenden strekt tot ontkenning van dat feit, zodat zij dit op grond van die hoofdregel niet hoeft te bewijzen (r.ovv. 11-14).

De wet geeft geen bijzondere regel voor de bewijslastverdeling en het bestaan van zo'n regel kan ook niet uit de parlementaire geschiedenis worden afgeleid (rov. 15). Voor omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid is geen plaats (rov. 20). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever aan het belang dat het werken voor Sena anders onmogelijk zou worden, minder grote betekenis hecht dan Sena zelf doet (r.ovv. 16-18). Aangenomen mag worden dat Sena ten behoeve van de repartitie over de (meeste) producentengegevens beschikt. Nu NKP haar playlists heeft aangeboden, moet het mogelijk zijn dat Sena door vergelijking met haar eigen gegevens, althans grotendeels, nagaat in welk percentage Rome-muziek is uitgezonden. Het belang van Sena dat het werken anders onmogelijk of te kostbaar zal worden, is niet voldoende om haar beroep op de redelijkheid en billijkheid te dragen (rov. 19). Wel kan van NKP worden verlangd desgevraagd Sena aanknopingspunten voor de bewijsoverlevering te bieden door het verstrekken

van voldoende feitelijke gegevens. NKP heeft deze gegevens in de vorm van playlists aangeboden, zodat de bewijslast ook niet moet worden omgekeerd op de grond dat NKP niet aan haar stelplicht/informatieplicht heeft voldaan (rov. 21).

De NKP-leden betrekken hun muziek van radiostations, van Digi Music en van eigen CD's. De rechtbank gaat ervan uit dat in de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 van de door de NKP-leden uitgezonden muziek gemiddeld 50 % afkomstig was van Digi Music en gemiddeld 50% van de radiostations en van eigen CD's (rov. 24). Als vaststaand moet worden beschouwd de stelling van Sena dat de radio-muziek en de eigen muziek voor 75-80 % uit Rome-muziek bestonden. Hiervoor geldt het basistarief van 0,44% onverkort (rov. 25). In de periode 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 bevatte het muziekbestand van Digi Music in ieder geval voor 20 % Rome-muziek, waarvoor het te hanteren percentage op een vierde van het basispercentage, derhalve op 0,11% komt (r.ovv. 27-31). Het gemiddelde percentage komt dan op 0,28 %, voor welk percentage de gevorderde verklaring voor recht wordt toegewezen (rov. 32).

De nevenvorderingen van Sena hebben over het verleden geen zin meer, behalve voor zover zij door de rechtbank worden opgevat in die zin dat Sena opgave vordert van de tot en met 2000 aan derden netto gefactureerde bedragen alsmede van betaling van 0,28 % van het totaal van deze bedragen (rov. 33).

Sena is niet ontvankelijk in haar vorderingen met betrekking tot het jaar 2001, dat nog niet voorbij is, en de toekomst, zodat deze vorderingen zullen worden afgewezen (rov. 34).

2.8. Tegen dit vonnis heeft Sena tijdig(6) beroep in cassatie ingesteld (sprongcassatie(7)). NKP concludeerde tot verwerping van het beroep en stelde incidenteel cassatieberoep in. Sena concludeerde tot referte in het incidentele cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Sena heeft gerepliceerd en NKP heeft gedupliceerd.

### **3. Inleidende beschouwingen**

3.1. Voorafgaand aan de bespreking van de cassatiemiddelen, maak ik de volgende inleidende opmerkingen.

3.2. Het volledige artikel 7 WNR, dat in deze procedure centraal staat, luidt als volgt:

'1. Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerend kunstenaar of hun rechtverkrijgenden worden uitgezonden of op een andere wijze openbaar gemaakt, mits daarvoor een billijke vergoeding wordt betaald.

2. Bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van de billijke vergoeding is de arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd om op vordering van de meest gereede partij de hoogte van de vergoeding vast te stellen.

3. De vergoeding komt toe aan zowel de uitvoerende kunstenaar als de producent of hun rechtverkrijgenden en wordt tussen hen gelijkmatig verdeeld.'

Ingevolge artikel 15 WNR is Sena aangewezen als de ter zake van vergoedingen ex art. 7 WNR exclusief bevoegde incasso-organisatie.

3.3. De artikelen 7 en 15 WNR zijn gebaseerd op art. 12 van het Internationale verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, van producenten van fonogrammen en van omroeporganisaties, van Rome, 20 oktober 1961. Ik zal dit verdrag aanhalen als: Conventie van Rome 1960 of kortweg CvR. In de WNR zelf en in de door mij geciteerde passages uit de wetsgeschiedenis wordt veelal gesproken over 'het Verdrag van Rome', alsof er geen andere verdragen van Rome zouden zijn.

Artikel 12 CvR luidt:

'Indien een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram, of een reproductie van zulk een geluidsdrager, rechtstreeks wordt gebruikt voor uitzending of voor enigerlei overbrenging aan het publiek, dient door de gebruiker een enkele redelijke vergoeding te worden betaald aan de uitvoerende kunstenaar of aan de producenten van de fonogrammen of aan beiden. De nationale wetgeving kan, bij het ontbreken van overeenstemming tussen deze partijen, de voorwaarden inzake de verdeling van deze vergoeding bepalen.'

Artikel 16 CvR geeft lidstaten de mogelijkheid om voorbehouden te maken ten aanzien van de toepassing van art. 12. Nederland heeft hiervan gebruik gemaakt. In onderdeel 4.17 van deze conclusie kom ik aan de hand van de wetsgeschiedenis van de WNR en van de CvR-goedkeuringswet daarop terug.

3.4. Reeds thans vermeld ik evenwel dat ingevolge art. 32 lid 5 WNR de vergoedingsplicht uitsluitend bestaat voor zgn. 'Rome-muziek'. Deze bepaling luidt:

'5. Het recht op een billijke vergoeding, als bedoeld in artikel 7, geldt niet voor fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van noch rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Staat die partij is bij het in het eerste lid, onder a, bedoelde Verdrag van Rome.'

3.5. Op grond van de EG-richtlijn 92/100 inzake leen- en verhuurrecht en bepaalde naburige rechten, is de genoemde vergoedingsaanspraak binnen de EG geharmoniseerd. De leden 1 en 2 van artikel 8 van Richtlijn 92/100 luiden:

'1. De Lid-Staten kennen uitvoerende kunstenaars het uitsluitende recht toe, het uitzenden via de ether en het mededelen aan het publiek van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden, behalve wanneer de uitvoering op zichzelf reeds een uitzending is of aan de hand van een vastlegging is vervaardigd.

2. De Lid-Staten stellen een recht in om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek, en dat deze vergoeding wordt verdeeld tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen. Bij gebreke van overeenstemming tussen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen kunnen de Lid-Staten bepalen volgens welke

voorwaarden deze vergoeding tussen beide partijen wordt verdeeld.'

3.6. In een geding tussen Sena en de NOS, dat eveneens de billijke vergoeding van art. 7 WNR betrof, heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie der EG. Het Hof heeft die vragen op 6 februari 2003 beantwoord.(8)

Ik vermeld aanstonds dat het Hof in zijn arrest enerzijds heeft bevestigd dat het begrip 'billijke vergoeding' een communautair rechtsbegrip is, maar anderzijds aan de nationale rechters van de lidstaten nog steeds grote vrijheid heeft toegekend ten aanzien van de invulling daarvan. Anders gezegd: het Hof heeft zijn 'eindcontrole' weliswaar niet 'weggegeven', maar heeft anderzijds, althans voorlopig, veel ruimte gelaten voor hetgeen naar nationale maatstaven 'billijk' wordt geacht. Van een streven van het Hof naar een uniform EU-tarief, of zelfs maar van een uniform of limitatief aangeven van in aanmerking komende parameters bij de vaststelling van het tarief, blijkt for the time being geen sprake, nu het Hof in wezen ieder berekeningsmodel toelaat 'voorzover met dit model 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'.(9),(10)

3.7. Ook de partijen Sena en NKP zijn - kennelijk - van mening dat in deze zaak van het HvJEG geen nadere verlossende woorden zijn te verwachten.

De Haagse rechtbank heeft immers in haar eindvonnis, nadat zij had vastgesteld dat partijen het over het uitgangsperscentage eens waren geworden niet (meer), als in het tussenvonnis nog was overwogen, op basis van de daarin vermelde criteria zelfstandig de hoogte van de te betalen billijke vergoeding vastgesteld, maar heeft de inmiddels - op basis van dat artikel bereikte - overeenstemming tussen partijen/partijafpraak uitgelegd en 'doorgerekend'. Om die reden overwoog de rechtbank dat zij in staat was om uitspraak te doen, zonder te wachten op de hierboven weergegeven prejudiciële beslissing van HvJEG (r.ovv. 5-6 van het bestreden vonnis). Aan de in het tussenvonnis nog wel aangehaalde algemene criteria heeft de rechtbank, nadat partijen overeenstemming over het 'basistarief' hadden bereikt, dan ook niet meer getoetst. Tegen de r.ovv. 5 en 6, waarin de rechtbank een en ander uiteenzet, zijn geen klachten gericht.

3.8. Volledigheidshalve geef ik hieronder het dictum van het arrest van het HvJEG weer, en vervolgens enige rechtsoverwegingen uit het arrest.

Het dictum luidt:

'1) Het begrip billijke vergoeding (?) moet in alle lidstaten uniform worden uitgelegd en in die zin worden toegepast dat elke lidstaat op zijn grondgebied de meest relevante criteria vaststelt om er binnen de door het gemeenschapsrecht en met name door deze richtlijn gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd.

2) Artikel 8, lid 2, van de richtlijn 92/100 verzet zich niet tegen een model voor de berekening van de billijke vergoeding van uitvoerende kunstenaars of producenten dat variabele en vaste factoren bevat, zoals het aantal uren dat fonogrammen worden uitgezonden, de kijk- en luisterdichtheden van de door de omroeporganisatie vertegenwoordigde radio- en televisieomroepen, de bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van de rechten voor uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken, de tarieven die de publieke omroepen in de buurlanden van de betrokken lidstaat toepassen en de door de commerciële omroepen betaalde bedragen, voorzover met dit model 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 en het model niet in strijd is met enig beginsel van het gemeenschapsrecht.'

3.9. Het hof kwam tot de eerste beslissing op grond van onder meer de volgende overwegingen:

'34. Bij gebreke van een communautaire definitie van het begrip billijke vergoeding is er evenwel geen enkele objectieve reden voor de vaststelling van precieze methodes ter bepaling van een uniforme billijke vergoeding door de gemeenschapsrechter, waardoor het Hof zich noodzakelijkerwijs in de plaats zou moeten stellen van de lidstaten, waaraan richtlijn 92/100 geen enkel bijzonder criterium oplegt (?). Het staat dus uitsluitend aan de lidstaten om op hun grondgebied de meest relevante criteria vast te stellen om er binnen de door het gemeenschapsrecht en in het bijzonder richtlijn 92/100 gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt ge'erbidigd.'

'37. Gelijk de Commissie beklemtoont, impliceert deze vergoeding, die de tegenprestatie vormt voor het gebruik van een commercieel fonogram, vooral voor uitzending, dat de billijkheid ervan met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer.'

In verband met het onder 2 gegeven antwoord, overwoog het HvJ EG over zijn rol ten aanzien van de bij de berekening van de billijke vergoeding te hanteren criteria:

'40. Gelijk uit het antwoord op de eerste vraag blijkt, staat het niet aan het Hof om zelf de criteria voor een billijke vergoeding vast te stellen of algemene en vooraf bepaalde grenzen te stellen voor de vaststelling van dergelijke criteria, maar dient het de verwijzende rechter de gegevens te verschaffen die deze nodig heeft om te kunnen beoordelen of de nationale criteria voor de vaststelling van de vergoeding van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen van dien aard zijn dat zij hun, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, een billijke vergoeding verzekeren.'

3.10. Ik sta nog stil bij de verwijzing door het Hof in zijn rov. 37 naar 'de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer'. Ik meen in het kader van mijn inleidende opmerkingen hierover het volgende te moeten opmerken.

De bepaling van 'de waarde in het handelsverkeer' (of: marktwaarde) is, op zijn zachtst gezegd, een uiterst moeizaam hanteerbare parameter in een situatie waarin er aan aanbodzijde geen sprake is van concurrentie. Het systeem van art. 12 CvR, art. 8 lid 2 Richtlijn 92/100 en in elk geval art. 7 jo. art. 15 WNR brengt mee dat concurrentie aan aanbodzijde - als het ware per definitie - is uitgesloten.(11)

De door Sena (zie haar middelonderdeel 2.5) ingeroepen omstandigheid dat er debiteuren ex art. 7 WNR zijn, die bereid zijn om zonder rechterlijke veroordeling daartoe de door Sena voorgestelde tarieven te betalen, doet daaraan m.i. niet of onvoldoende af. Een betalingsbereidheid ten aanzien van door een monopolist gevraagde tarieven kan immers eerder duiden op onwetendheid of een hoge 'value' die iemand toekent aan het voorkomen van 'nuisance', dan dat daaruit, bij gebreke aan de nu eenmaal wettelijk uitgesloten concurrentie, 'de waarde in het handelsverkeer', respectievelijk de 'billijkheid' van die tarieven zou behoren te worden afgeleid.(12)

#### **4. Bespreking van het principale cassatieberoep van Sena**

4.1. Middel 2 (middel 1 bevat slechts een inleiding)(13), keert zich met acht onderdelen tegen rov. 7 van het vonnis waarvan cassatieberoep. Daarin overwoog de rechtbank:

'7. Ter comparitie is namens NKP gesteld dat, en aangegeven waarom, de verwervings- en productiekosten bij kabelkranten 'erg hoog' zijn. Sena heeft, hoewel haar de gelegenheid daartoe was geboden, deze deugdelijk gemotiveerde stelling niet voldoende betwist, zodat deze stelling van NKP als vaststaand wordt beschouwd. Uitgaande van het door Sena genoemde percentage van 0,7% zouden de productie- en verwervingskosten ongeveer 38% [namelijk 1,125% - 0,7%)/1,125% x 100] van de omzet van de kabelkrant-exploitanten uitmaken, en dat is niet erg hoog. NKP heeft ter comparitie, onder verwijzing naar de erg hoge verwervings- en productiekosten van haar leden, gesteld dat het uiteindelijke tarief op 0,44 % van de totale reclame-inkomsten van haar leden dient te komen. Bij dit tarief zou het aandeel van de verwervings- en productiekosten in de omzet 61% [namelijk (1,125% - 0,44%)/1,125 x 100] zijn, hetgeen wel erg hoog is te noemen. Bij antwoord (pagina 11, bovenaan) heeft NKP gesteld dat Sena haar destijds het voorstel had gedaan om 0,49% (inclusief diverse kortingen) van de commerciële inkomsten als vergoeding te voldoen. Sena heeft ook deze stelling niet, althans niet duidelijk weersproken en daaruit kan worden afgeleid dat zij destijds een basistarief van 0,49% reëel achtte. Het verschil tussen 0,49% en 0,44% is niet groot. In het licht van dit een en ander dient het ervoor te worden gehouden dat met aftrek van een percentage voor verwervings- en productiekosten het jegens NKP te hanteren percentage 0,44% bedraagt. Dit is het basistarief.'

4.2. Onderdeel 2.2 (onderdeel 2.1 bevat een inleiding), verwijt de rechtbank buiten de grenzen van de rechtspraak te zijn getreden (art. 48 Rv (oud)), althans haar

oordeel onvoldoende te hebben gemotiveerd, omdat partijen bij comparitie het eens waren over de redelijkheid van een verhouding van 1:2 voor het naburig recht ten opzichte van het auteursrecht. Voorts zou de rechtbank bij voormeld oordeel hebben verzuimd essentiële stellingen van partijen in zijn oordeel te betrekken. Hiertoe wijst het onderdeel op door NKP overgelegde overeenkomst waaruit blijkt dat NKP aan BUMA een vergoeding van 2,25% minus 25% verwervingskosten verschuldigd is.

4.3. Het onderdeel mist feitelijke grondslag, voorzover het klaagt dat de rechtbank uit het oog heeft verloren dat partijen overeenstemming hadden bereikt over een verhouding 1:2 tussen naburig recht en auteursrecht. De rechtbank heeft immers in r.ovv. 3 tot en met 5 van het eindvonnis geoordeeld dat partijen ter comparitie overeenstemming hadden bereikt over genoemde verhouding, maar zij heeft daarbij deze overeenstemming alleen aanwezig geacht terzake van het uitgangsperscentage, waarop vervolgens nog een percentage voor de productie- en verwervingskosten in mindering moet worden gebracht.

Het (feitelijk) oordeel dat de bereikte overeenstemming niet zag op de verhouding tussen de na kostenafrek resterende percentages, is niet onbegrijpelijk, nu de rechtbank heeft vastgesteld dat NKP ter comparitie bij hantering van een uitgangsperscentage van 1,125 na kostenafrek op een tarief van 0,44% - derhalve een kostenafrek van 61% - uitkwam, terwijl Sena bij hantering van hetzelfde uitgangsperscentage, een tarief van 0,7% vorderde - daarbij derhalve uitgaand van een kostenafrek van 0,38%. Hieruit kon de rechtbank concluderen, met voorbijgaan aan de in het onderdeel genoemde overeenkomsten, dat partijen geen overeenstemming hadden bereikt over aansluiting bij de tussen NKP en BUMA gehanteerde kostenafrek. Tot het onderdeel dat ook Sena van een verhouding 1:2 van de uitgangsperscentages - v??r afrek van een percentage voor de productie- en verwervingskosten - uitging, kwam de rechtbank door een vergelijking van het percentage van 1,125% met het door Sena gevorderde percentage van 0,7% (rov. 3). Ook dit feitelijk oordeel is alleszins begrijpelijk en voldoende gemotiveerd. Het onderdeel faalt derhalve.

4.4. De onderdelen 2.3 en 2.4 lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Onderdeel 2.3 acht de overweging van de rechtbank, dat de verwervings- en productiecosten van de kabelkranten 'erg hoog' zijn, waarbij de rechtbank vervolgens het door NKP laatst genoemde percentage van 61 % van de omzet aanneemt, onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel voert aan dat het kostenpercentage waarvan Sena uitging (38%), al hoger is dan het door Buma/Stemra gehanteerde percentage alsmede hoger is dan de eerder bij CvA door NKP genoemde percentages en voorts dicht ligt bij het door NKP, eveneens bij CvA, als hoogst genoemde kostenpercentage (40%).

Onderdeel 2.4 wijst erop dat NKP het door haar eerst bij comparitie genoemde percentage, volgens de rechtbank neerkomend op 61%, op geen enkele wijze heeft

onderbouwd noch dienaangaande bewijs heeft aangeboden, terwijl NKP eerder bij CvA kortings/kostenpercentages van 31,5% en 40% had genoemd. Van Sena kon een gemotiveerde betwisting ter comparitie niet geveerd worden, zo wil het onderdeel.

4.5. Het oordeel van de rechtbank dat de kostenafrek 61% bedraagt, berust uitsluitend op de overweging dat als onvoldoende betwist vaststaat, dat de productie- en verwervingskosten bij kabelkranten 'erg hoog' zijn, waarop de rechtbank het door Sena genoemde percentage van 38 % niet 'erg hoog' achtte, in tegenstelling tot het door NKP bij comparitie (impliciet) genoemde percentage van 61%.

Dit oordeel acht ook ik onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd. Ook indien als onvoldoende betwist vaststaat dat de kosten bij NKP 'erg hoog' zijn, staat daarmee niet eveneens als onbetwist vast dat deze 61% van de omzet bedragen. De door NKP ter comparitie naar voren gebrachte percentages waren door Sena ter comparitie immers w?l betwist. Het had op de weg van NKP gelegen om dit wel betwiste en eerst bij comparitie (impliciet) genoemde percentage met cijfermateriaal te onderbouwen. Dat de rechtbank het door NKP ter comparitie genoemde percentage van 61% overneemt is te meer onbegrijpelijk, nu dit percentage in aanzienlijke mate afwijkt van eerder bij CvA door NKP genoemde kostenpercentages. In de redenering van de rechtbank had, zo lijkt het, in wezen ieder door NKP ter comparitie genoemd nog hoger percentage gehonoreerd kunnen worden, omdat dit ook 'erg hoog' zou zijn.

Bedacht moet voorts worden dat, anders dan de s.t. zijdens NKP voorhoudt, de onderhavige beslissing inzake de hoogte van de kostenafrek geen noodzakelijkerwijze 'intu?tief' rechterlijk oordeel betreft: het kortingspercentage komt in de redenering van de rechtbank immers rechtstreeks overeen met het feitelijke (en objectief vast te stellen) aandeel van de productie- en verwervingskosten in de omzet van de kabelkranten.(14)

Voor zover de rechtbank gemeend heeft dat op Sena de bewijslast rustte terzake van de hoogte van de kosten, heeft zij art. 177 Rv (oud) geschonden: gelet op de even genoemde betwisting door Sena was het immers aan NKP om de door haar gestelde kostencijfers te onderbouwen, waartoe zij ook in staat zou moeten worden geacht.

4.6. Ook de onderdelen 2.5 en 2.6 lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

Onderdeel 2.5 stelt dat het in rov. 7 vervatte oordeel in strijd is met art. 7 WNR, althans onbegrijpelijk is, omdat de rechtbank niet in zijn oordeel heeft betrokken welke 'billijke vergoeding' de zelfstandige, met de bij NKP aangesloten exploitanten vergelijkbare, exploitanten van kabelkranten aan Sena betalen. Het onderdeel komt erop neer dat de rechtbank heeft verzuimd bij de vaststelling het in het tussenvonnis als relevant genoemde criterium (iii) (hetgeen door vergelijkbare derden wordt betaald) in zijn oordeel over het basistarief te betrekken.

Onderdeel 2.6, eveneens klagend over schending van art. 7 WNR, voert aan dat de rechtbank niet in zijn oordeel heeft betrokken, welke vergoedingen door de commerciële radio-omroepen aan Sena worden betaald. Voorzover het oordeel niet in strijd is met art. 7 WNR, is het onvoldoende gemotiveerd, omdat de rechtbank een aantal essentiële stellingen van Sena op dit punt heeft gepasseerd (het onderdeel verwijst naar de brief mr. Cohen Jehoram aan mr. Hensen van 7 september 2001, p. 2 en de stukken nrs. 3 t/m 7 die ter comparitie door Sena zijn overgelegd).

4.7. Beide onderdelen zien m.i. eraan voorbij dat de rechtbank tot uitgangspunt heeft genomen dat partijen overeenstemming hadden bereikt over het te hanteren uitgangsperscentage. In de redenering van de rechtbank, zo blijkt uit de voorafgaande r.ovv. 5-6, kon na die gebleken overeenstemming, een toets aan de 'algemene criteria' van art. 7 WNR voor de vaststelling van dit (uitgangs)perscentage (welke criteria in het tussenvonnissen waren besproken), achterwege blijven. Tot die in het eindvonnis achterwege te laten algemene criteria behoorden, volgens het tussenvonnissen: '(iii) de vergoedingen die andere organisaties bereid zijn te betalen' (zie de weergave van het tussenvonnissen in par. 2.4 hierboven, A-G).

Tegen r.ovv. 5 en 6 van het eindvonnis zijn geen klachten gericht.

Op grond van dit een en ander kunnen de onderdelen 2.5 en 2.6 van het middel m.i. niet tot cassatie leiden.

De onderdelen falen m.i. eveneens, voorzover zij zouden inhouden dat de rechtbank ook ongeacht de bereikte overeenstemming alsnog het uitgangsperscentage diende te toetsen aan de algemene criteria van art. 7 WNR (met andere woorden: dat de billijke vergoeding niet op basis van partij-autonomie kan worden vastgesteld, maar alleen door de rechter aan de hand van aan de wet ontleende criteria).(15)

4.8. Onderdeel 2.7 bevat een rechts-, subsidiair motiveringsklacht, gericht tegen de overweging dat het verschil tussen het door de rechtbank gevonden (basis)tarief na aftrek van 61% kosten niet groot is vergeleken met het door Sena voorafgaand aan de procedure genoemde basistarief van 0,49%. Het onderdeel betoogt dat de rechtbank in strijd met art. 7 WNR in zijn oordeel heeft betrokken, de omstandigheid dat Sena in buitengerechtelijke onderhandelingen had aangeboden akkoord te gaan met een vergoeding van 0,49% van de commerciële inkomsten aan NKP. Dat de rechtbank heeft geoordeeld dat Sena destijds zo'n perscentage redelijk achtte, is voorts onvoldoende gemotiveerd, gelet op de omstandigheden dat het om buitengerechtelijke (schikkings)onderhandelingen ging, waarbij het aangeboden perscentage tevens de toen lopende periode betrof, in welke periode Sena 'nog in de kinderschoenen' stond.

4.9. De overweging dat het - door de kostenaf trek van 61% - in 0,44% van de netto commerciële inkomsten resulterende basistarief, dicht in de buurt lag van het destijds door Sena in buitengerechtelijke onderhandelingen gevorderde tarief van 0,49%, diende voor de

rechtbank kennelijk als aanvullende motivering van de aanvaardbaarheid van genoemde uitkomst van 0,44%.

Het gaat hierbij m.i. niet om een dragend argument, maar om een argument ten overvloede. De rechtbank heeft eerder in rov. 7 een 'erg hoog' perscentage voor verwervings- en productiekosten n.l. n?et (ook niet vanwege die hoogte) gediskwalificeerd, maar integendeel de aftrekbaarheid van die 'erg hoge' kosten als een gegeven genomen, omdat (i) partijen het eens waren over aftrek voor verwervings- en productiekosten (rov. 5 waartegen geen klacht is gericht), en omdat (ii) Sena NKP's stellingen over de hoogte van het bij kabelkranen spelende 'erg hoge' perscentage (door de rechtbank in het voetspoor van de stellingen van NKP ter comparitie op 61% gehouden), niet voldoende betwist zou hebben. Een nadere argumentatie voor het uitkomen op 0,44% had de rechtbank dus niet nodig, waarmee het 'ten overvloede'-karakter van de hier aangevochten deelopweging zich aandient.

Aldus bezien mist Sena belang bij deze klacht.

Het ontbreken van dit belang veronderstelt intussen dat gegrondbevinding van onderdelen 2.3 en/of 2.4 (waartoe ik hierboven genoegzame reden zag), n?et afstuit op de hier besproken deelopweging. Indien men - anders dan ik en anders dan kennelijk ook NKP - daaraan w?l zou denken, heeft Sena weer w?l belang bij deze klacht. In dat geval meen ik dat de klacht, als motiveringsklacht, opgaat. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom een kostenperscentage van 61% voor Sena acceptabel moet zijn omdat na aftrek van dit kostenperscentage, het verschil van de einduitkomst ad 0,44% 'niet groot' is in verhouding tot een (veel) eerder door Sena in het kader van buitengerechtelijke onderhandelingen voor Sena acceptabel geacht basistarief van 0,49%. Het op deze wijze welhaast 'afstraffen' van tegemoetkomendheid met het oog op een buitengerechtelijke oplossing, acht ik niet een begrijpelijke ofwel terzake dienende motivering.

In dit verband herinner ik eraan - mede in het licht van het Sena/NOS-arrest van het HvJEG - dat bij dit onderwerp enerzijds materieelrechtelijk veel waarderingsvrijheid is overgelaten aan de burgerlijke rechter, maar dat het anderzijds bij het vaststellen van de billijke vergoeding om een voor partijen zeer essentiële aangelegenheid gaat. Anders gezegd: kan bezwaarlijk een rechtsklacht worden gericht tegen de (on)billijkheid van een tarief van 0,44% in plaats van 0,49% over reclame-inkomsten, daar staat tegenover dat juist omdat tegelijkertijd het verschil tussen 0,49% en 0,44% in absolute bedragen aanzienlijk kan zijn, er in deze context aanleiding is om hoge(re) eisen te stellen aan de motivering met betrekking tot in aanmerking te nemen parameters en argumenten.

4.10. Uitsluitend voor het geval de voorgaande klachten niet tot cassatie leiden, komt onderdeel 2.8 op tegen het oordeel van de rechtbank dat een vergoeding van 0,44% van de commerciële inkomsten 'billijk' is. Het onderdeel voert aan dat het verschil tussen het destijds door Sena in buitengerechtelijke onderhandelingen voorgestelde vergoedingsperscentage (0,49% van de commerciële inkomsten) en het door de rechtbank bil-

lijk geachte vergoedingspercentage (0,44%) anders dan de rechtbank heeft overwogen, substantieel is (10%). Op grond hiervan acht het onderdeel dit oordeel in strijd met art. 7 WNR, althans onvoldoende gemotiveerd.

4.11. Hetgeen ik hierboven heb overwogen, brengt mee dat dit onderdeel naar mijn mening geen bespreking behoeft. Zou het onderdeel naar het oordeel van uw Raad w?l bespreking behoeven, dan acht ik het - als motiveringsklacht - gegrond overeenkomstig hetgeen ik in de laatste alinea van nr. 4.9 heb opgemerkt.

4.12. Middel 3 gaat, kort gezegd, over de door de rechtbank toegepaste aftrek voor 'niet-Rome-muziek'. Het middel komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen r.ovv. 10 en 31 van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank overwoog:

'10. De rechtbank begrijpt uit hetgeen Sena ter comparitie heeft opgemerkt dat zij zich op het standpunt stelt dat het basistarief een forfaitair tarief is in die zin dat zij het percentage daarvan jegens NKP kan hanteren ongeacht of de NKP-leden Rome-muziek of niet Rome-muziek uitzenden, althans zolang niet gebleken is dat de NKP-leden geen enkele Rome-titel openbaar maken. Naar het oordeel van de rechtbank kan echter in redelijkheid niet worden volgehouden dat het basistarief onverkort moet worden toegepast indien het percentage Rome-muziek in de programma's van de NKP-leden relevant lager is dan 75-80%. Er zal dan ook een evenredige verlaging van het basistarief moeten plaatsvinden wanneer in rechte is aan te nemen dat de NKP-leden voor minder dan 75-80% Rome-muziek uitzenden.'

'31. Bij 80% Rome-muziek hoort (zie rov. 8) een vergoeding naar rato van 0,44%. Blijkens het zojuist overwogene is in rechte echter aan te nemen dat tot en met 31 december 2000 de programma's van Digi Music gemiddeld voor niet meer dan 20% uit Rome-muziek bestonden en daarvoor dient een evenredige correctie plaats te vinden (zie rov. 10). 20% is 1/4e van 80%. Derhalve komt, gezien het basispercentage van 0,44%, terzake van de van Digi Music betrokken muziek het jegens de NKP-leden te hanteren percentage op 1/4e daarvan, derhalve op 0,11%.'

4.13. Onderdeel 3.2 (onderdeel 3.1 bevat alleen een inleiding) acht rov. 10 onbegrijpelijk omdat Sena zich, anders dan daarin wordt overwogen, niet op het standpunt heeft gesteld dat het basistarief ook verschuldigd is wanneer in het geheel geen Rome-muziek wordt uitgezonden, maar alleen heeft gesteld dat het basistarief (steeds) geldt wanneer het percentage uitgezonden Rome-muziek lager ligt dan 75-80% (maar hoger dan 0%). De verwerping door de rechtbank van het standpunt van Sena dat ook bij een lager percentage dan 75-80% gebruikte Rome-muziek hetzelfde basispercentage moet worden gehanteerd, is volgens het onderdeel ontoereikend gemotiveerd, nu in dat oordeel van de rechtbank niet kenbaar zijn betrokken, de essentiële stellingen van Sena dat een andere benadering te arbeids- en (daardoor) kostenintensief zou zijn waardoor een onwenselijk hoog deel van de ge?ncasseerde vergoedingen moet worden gebruikt tot dekking van de

incassokosten, alsmede dat forfaitaire vergoedingen gebruikelijk zijn bij collectieve incasso.

4.14. De eerste klacht, gericht tegen de in rov. 10, eerste volzin, weergegeven lezing van de in het proces-verbaal van comparitie vervatte stellingen van Sena, faalt bij gebrek aan belang, omdat het oordeel van de rechtbank dat een evenredige verlaging moet plaatsvinden wanneer de percentages gebruikte Rome-muziek relevant lager liggen dan 75-80%, is gebaseerd op de in rov. 8 weergegeven eigen stelling van Sena dat het gevorderde basistarief is gebaseerd op een percentage van 75-80%. Voorts ziet de klacht eraan voorbij dat de rechtbank in die volzin (na het woord 'althans') een alternatieve, niet bestreden (maar juist in het onderdeel herhaalde), tweede lezing van de stelling van Sena toevoegt, terwijl ten slotte de (niet onbegrijpelijke) interpretatie van de gedingstukken (proces-verbaal van de comparitie) aan de feitenrechter is voorbehouden.

4.15. De tweede in onderdeel 3.2 vervatte klacht mist feitelijke grondslag. Blijkens rov. 20 heeft de rechtbank Sena's argumenten omtrent de haalbaarheid van een niet-forfaitair systeem zowel beoordeeld in het kader van de omkering van de bewijslast, als bij haar beoordeling (en verwerping) van het door Sena voorgestane forfaitaire systeem.

4.16. Onderdeel 3.3 keert zich eveneens tegen de beslissing van de rechtbank dat wanneer het percentage Rome-muziek beneden de 75-80% ligt, een evenredige verlaging van het basistarief moet plaatsvinden. Allereerst betoogt het onderdeel dat de rechtbank heeft miskend dat Sena het gevorderde percentage van 0,7% niet erop heeft gebaseerd dat NKP-leden 75-80% Rome-muziek openbaar maken, maar op een algemene ervaringsregel dat 20-25% van de openbaargemaakte muziek, niet-Rome-muziek is. Door anders te oordelen heeft de rechtbank de stellingen van Sena onbegrijpelijk uitgelegd, gelet op de bij MvA aangevoerde stellingen, dat bij wisselende percentages gebruikte muziek het vaststellen van individuele percentages ondoenlijk en onwenselijk is (MvA, nrs. 13-17). Ten slotte bevat het onderdeel, voor het geval de voorgaande klachten van onderdeel 3 niet tot cassatie leiden, de klacht dat het hof heeft miskend dat een billijke vergoeding als de onderhavige niet voor evenredige vermindering vatbaar is, omdat ongeacht het percentage Rome-muziek, steeds sprake is van vaste incassokosten, welke kosten procentueel hoger zijn naarmate een kleiner percentage Rome-muziek wordt gebruikt.

#### **Intermezzo: 'Niet-Rome-muziek' in de parlementaire geschiedenis**

4.17. Bij de behandeling van de onderscheiden klachten in dit middelonderdeel 3.3 (en tevens met het oog op de beoordeling van middel 4, in het bijzonder onderdeel 4.7) moge ik het volgende vooropstellen.

4.17.1. Krachtens de wet (art. 7 jo. art. 32 WNR) bestaat slechts een betalingsverplichting, en heeft Sena dus slechts een vordering, binnen de in art. 32 (lid 5) WNR aangegeven (internationaalprivaatrechtelijke) toepassingscriteria: in navolging van partijen en de

rechtbank hier kort aan te duiden als het 'Rome-repertoire' of 'Rome-muziek'.

4.17.2. De wetgever had verder kunnen gaan, en had kunnen afzien van de beperking tot 'Rome-muziek'. De wetgever heeft evenwel, na ampele overweging (waarop het eindvonnis van de rechtbank in rov. 18 deels ingegaan is) die beperking w?l gemaakt.

Aan de Parlementaire geschiedenis van de WNR(16) en van de (daaraan voorafgegane) Rijkswet tot goedkeuring van het op 26 oktober 1961 te Rome tot stand gekomen Internationale Verdrag inzake bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties(17), ontleen ik in dit verband het volgende.

4.17.3. Het voorstel voor de even bedoelde goedkeurings(rijks)wet (w.v. 20.021/R1330) hield, in art. 2, aanstonds het voorbehoud in met betrekking tot het 'Rome-repertoire':

'Artikel 2. Goedgekeurd worden de volgende [...] voorbehouden:

Het Koninkrijk der Nederlanden maakt de in artikel 16, eerste lid, onderdeel (a) onder (iii) en (iv) van [de CvR] voorziene voorbehouden, en verklaart dat:

het Koninkrijk artikel 12 van voornoemd Verdrag niet zal toepassen op fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van een andere verdragsluitende Staat [...].

In de MvT van het desbetreffende wetsvoorstel werd de volgende (korte) toelichting gegeven:

'In artikel 2 van het voorstel van Rijkswet worden twee voorbehouden geformuleerd die bij de bekrachtiging van het Verdrag van Rome worden gemaakt. Op de inhoud van deze voorbehouden is nader ingegaan in de toelichting bij art. 16 van het Verdrag van Rome'.(18)

In de toelichting bij dit art. 16 van de CvR is, voor zover hier van belang, vermeld:

'De derde mogelijkheid houdt in dat een verdragsluitende staat verklaart artikel 12 niet toe te passen ten aanzien van fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van een andere verdragsluitende Staat. Deze uitzondering brengt mee dat artikel 12 niet wordt toegepast ten aanzien van een fonogram dat voor de eerste keer in een verdragsluitende Staat is vastgelegd of op de markt is gebracht, indien de eerste vastlegging niet is verricht door een onderdaan van een verdragsluitende Staat'.(19)

Het voorstel van de regering om dit voorbehoud te maken, heeft bij de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringswet niet tot discussie geleid.

Dat die discussie destijds uitbleef, behoeft niet te verbazen. In de voorafgaande ca. tien jaren was er vanuit de Tweede Kamer meer dan eens ge?nformeerd naar de plannen van de regering om de Conventie van Rome te ratificeren en om een wet op de naburige rechten in te voeren. De regering nam lange tijd een afhoudend standpunt in, waarbij vooral de financiële gevolgen voor Nederland (meer in het bijzonder voor de omroep) als motivering naar voren werden gebracht. De verlangens vanuit de Tweede Kamer werden evenwel mettertijd met meer nadruk naar voren gebracht.(20) Uiteindelijk leidde dit tot een brief van de ministers van

justitie en van welzijn, volksgezondheid en cultuur d.d. 3 maart 1986, waarvan de slotalinea luidde:

'De regering is voornemens te bevorderen dat een voorstel van wet houdende goedkeuring van het VvR met als enig voorbehoud de nog uit te werken, op artikel 16 van [het Verdrag] gebaseerde voorwaarde van reciprociteit zal worden voorbereid alsmede een daarmee verband houdend voorstel van wet houdende een nationale regeling van de naburige rechten, zoals hierboven summier is omschreven.'(21)

Met dit voornemen, inclusief het voornemen tot het maken van het nader uit te werken voorbehoud, was de Tweede Kamer destijds kennelijk tevreden. Het parlement was kennelijk ook tevreden met de in art. 2 van de Goedkeuringswet aan dit voornemen gegeven uitwerking.

4.17.4. In de MvT bij het voorstel voor de Wet op de naburige rechten (w.v. 21.244) werd, vervolgens, ten deze opgemerkt:

'Een ander voorbehoud, dat wordt gemaakt bij de bekrachtiging van het Verdrag, is nader uitgewerkt in het vijfde lid van artikel 32. Dit voorbehoud houdt in dat artikel 7, waarin een recht op billijke vergoeding voor secundair gebruik is voorzien, alleen geldt voor fonogrammen waarvan de producent onderdaan is van een Staat die partij is bij het Verdrag van Rome. Het recht op een billijke vergoeding kan derhalve in Nederland niet worden geldend gemaakt (noch door de fonogrammenproducent, noch door de uitvoerende kunstenaar) indien de eerstgenoemde geen onderdaan is van een lid-staat van het Verdrag van Rome.'(22)

4.17.5. Aan de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer ontleen ik het volgende:

'De leden van de VVD-fractie verwezen naar de Franse regeling, waarbij een onderscheid is gemaakt tussen de verplichting te betalen vanwege naburige rechten en identificatie van de rechthebbende. Een en ander betekent naar de mening van deze leden dat, ongeacht waar een creatie is opgenomen een vergoedingsplicht geldt. [...] De leden van de VVD-fractie waren van mening dat een dergelijke regeling nog een bijkomend voordeel in zich draagt. Het is naar hun mening slechts ten koste van zeer hoge perceptie-kosten mogelijk na te gaan of bijvoorbeeld discotheken, wanneer deze melden slechts opnames van voor 1964 en creaties uit landen die de Conventie niet hebben geratificeerd [openbaar te maken (? , A-G) ], ook daadwerkelijk zo handelen.

[...]

Het cre?ren van een vergoedingsverplichting, ongeacht de plaats van eerste vastlegging, is naar onze mening niet te verenigen met de voorbehouden die door Nederland in het kader van artikel 12 van het Verdrag van Rome worden gemaakt en die juist gebaseerd zijn op reciprociteit. Wij zijn ons ervan bewust dat de criteria die in artikel 32 zijn uitgewerkt en die ontleend zijn aan het Verdrag van Rome, de incasso en de repartitie van de op grond van deze wet verschuldigde vergoedingen kunnen compliceren. Het is ons echter niet gebleken dat in andere landen, die eveneens deze voorbehouden hebben gemaakt, dit tot grote problemen aanleiding heeft gegeven. Overigens blijft ook indien de in artikel

32, vierde en vijfde lid, gestelde beperkingen niet zouden gelden, de beoordeling of aan de overige criteria wordt voldaan, onverlet.'(23)

Alsmede:

'Het recht op een billijke vergoeding, als bedoeld in artikel 7, geldt volgens artikel 32, vijfde lid, niet voor fonogrammen waarvan de producent geen onderdaan is van noch rechtspersoon is naar het recht van een staat die partij is bij het Verdrag van Rome. Voor het secundair gebruik van fonogrammen die voldoen aan het in artikel 32, vijfde lid, in negatieve zin geformuleerde criterium, bestaat derhalve niet de verplichting tot betaling van een billijke vergoeding.'

[...]

'Deze voorbehouden [bedoeld zijn de voorbehouden bij de ratificatie van de CvR, A-G] worden immers gemaakt om de financiële gevolgen van de toetreding van Nederland tot het Verdrag van Rome te beperken en te voorkomen dat vergoedingen dienen te worden betaald aan onderdanen van landen die zelf een dergelijk recht niet kennen.

Bij de praktische uitvoering van de onderhavige regeling in het bijzonder de vaststelling van de hoogte van de tarieven zullen de in het wetsvoorstel voorziene beperkingen in aanmerking moeten worden genomen. Het is ons niet bekend dat in andere landen die dezelfde voorbehouden hebben gemaakt, praktische problemen zich voordoen bij de toepassing daarvan.'(24)

4.17.6. In de Nota naar aanleiding van het Eindverslag valt ten deze nog te lezen:

'Gelet op het vorenstaande ligt het niet in de lijn van de in artikel 16 van het Verdrag voorziene, relevante voorbehouden - Frankrijk heeft dezelfde voorbehouden gemaakt als Nederland - dat ondanks het feit dat door een voorbehoud onder bepaalde omstandigheden artikel 12 van het Verdrag buiten toepassing blijft en mitsdien de aanspraak op een billijke vergoeding ontbreekt, er niettemin toch een betalingsverplichting bestaat voor secundair gebruik. Een dergelijke betalingsverplichting kan dan niet geacht worden gegrond te zijn op het naburige recht, zoals omschreven in artikel 12 van het Verdrag. Vorenstaande overwegingen in aanmerking nemende zijn wij dan ook van mening dat het Franse stelsel, hoewel daar vanuit cultuurbeleid iets voor te zeggen valt, niet voor navolging in aanmerking kan komen. Daarbij komen dan nog de financiële consequenties van een algemene betalingsverplichting voor de gebruikers. De door de leden van de PvdA-fractie gestelde voordelen van een algemene betalingsverplichting wegen naar onze mening dan ook niet op tegen de hiervoor geschetste bezwaren van juridische en financiële aard. Wij zijn ons er overigens van bewust dat de regeling als geformuleerd in het onderhavige wetsvoorstel meer gecompliceerd is, maar daarom nog niet onduidelijk is.'(25)

4.17.7. Het 'Franse stelsel' was vervolgens inzet van een amendement-Jurgens (nr. 24) op art. 32 (ontwerp: art. 31), voor zover hier van belang luidende:

I. Het vierde lid wordt vervangen door:

4. De verplichting tot betaling van een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7 geldt voor gebruik van ieder fonogram, ongeacht de herkomst.

II. Het vijfde lid wordt vervangen door:

5. Het recht op een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7, geldt voor fonogrammen waarvan de producent onderdaan is van of rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Staat die partij is bij het in het eerste lid, onder a, bedoelde Verdrag.

III. Na het vijfde lid wordt een nieuw lid ingevoegd, luidende:

4. Met betrekking tot fonogrammen, waarvan de producent onderdaan is van dan wel rechtspersoon is opgericht naar het recht van een Staat die partij is bij het in het eerste lid, onder a, bedoelde Verdrag geldt het recht op een billijke vergoeding slechts in de mate waarin en de duur waarvoor deze Staat bescherming verleent ten aanzien van fonogrammen, waarvan de producent Nederlander is dan wel zijn zetel heeft in Nederland.'(26)

4.17.8. Dit amendement-Jurgens werd, na ampele mondelinge discussie, die ik niet overneem, maar waarnaar ik verwijs(27), verworpen.(28)

4.17.9. Over de stelplicht en bewijslast ten aanzien van 'niet-Rome-repertoire' in de zin van art. 32 lid 5 WNR, is, bij de parlementaire behandeling van de WNR nauwelijks gesproken. Dat laat zich begrijpen, nu de aandacht vooral uitging naar het - hierboven besproken - verdergaande alternatief van het 'Franse stelsel' als neergelegd in het amendement-Jurgens nr. 24: een alternatief waarbij de kwestie van stelplicht en bewijslast ten aanzien van 'niet-Rome-repertoire' nu juist niet zou spelen.

Ik wijs echter nog op de volgende uitlating van staatssecretaris Kosto bij de mondelinge behandeling van dat amendement:

'Van de kant van rechthebbenden is opgemerkt dat de incasso makkelijker en minder kostbaar is, aangezien men niet hoeft na te gaan welke fonogrammen secundair gebruikt worden. Het is echter de vraag of dit praktische argument voldoende gewicht heeft om een onjuiste uitwerking van de voorbehouden te rechtvaardigen. Ook onder het regime van het amendement zal de repartitie moeten geschieden op basis van feitelijke informatie, waarbij ook inlichtingen van de gebruikers relevant zijn. Er zal dus recherche gepleegd moeten worden naar wat er wordt gebruikt.'(29)

4.18. De kwestie van stelplicht en bewijslast is in de parlementaire geschiedenis van de WNR nadrukkelijker aan de orde geweest bij een verwante kwestie: de vraag van toepasselijkheid van de WNR in de tijd. Over de duur van de bescherming, resp. de terugwerking in tijd onder overgangsrecht is uitvoerig gediscussieerd. In dat verband is door niemand een 'eeuwigdurend' systeem (naar analogie van het Franse stelsel) voorgesteld. Hier bestond dus aanleiding voor discussie over stelplicht en bewijslast ten aanzien van het aandeel van gebruik van 'nog wel' of 'niet meer' beschermd materiaal. De discussie had in het bijzonder plaats aan de hand van het voorstel voor (thans) art. 33 WNR (in het wetsvoorstel nog genummerd: 32).

Aan de parlementaire geschiedenis van de WNR op dit punt ontleen ik het volgende.(30)

4.18.1. In de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer valt ten deze te lezen:

'Het is in het kader van het secundair gebruik van fonogrammen in eerste instantie aan de incasso-organisatie om te bewijzen dat een gebruiker fonogrammen ten gehore brengt die vallen onder de werkingssfeer van de wet. De rechter heeft echter de mogelijkheid om vanwege de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast op te leggen. Een dergelijke omkering is niet ondenkbaar indien de gebruiker, die zich erop beroept onbeschermd repertoire ten gehore te brengen, beschikt over gegevens terzake.'(31)

4.18.2. In de Nota naar aanleiding van het Eindverslag (NEV) is het volgende te vinden:

'Het in het wetsvoorstel gekozen tijdstip brengt met zich mee dat het secundair gebruik van voor 1 januari 1964 vervaardigde fonogrammen niet leidt tot een vergoedingsverplichting zoals omschreven in artikel 7 van het wetsvoorstel. [?] De gebruiker die stelt dat hij alleen fonogrammen openbaar maakt die vallen buiten de werkingssfeer van de onderhavige regeling, zal dit aan de incasso-organisatie moeten bewijzen.'(32)

4.19. Tussenbalans op basis van de wetsgeschiedenis. Bovenstaand exposé van de - tamelijk recente - wetsgeschiedenis van de WNR wijst in de eerste plaats uit dat de wetgever welbewust gekozen heeft voor een stelsel, waarbij slechts betaald hoeft te worden voor 'Rome-repertoire'. Het wijst voorts uit dat beperking van de financiële gevolgen van de invoering van de WNR daarvoor het argument was. Uit een en ander laat zich afleiden dat naar de zo niet expliciete, dan toch impliciete bedoeling van de wetgever, de mate waarin 'Rome-repertoire' gebruikt zou worden, bij de tarifiering overeenkomstig art. 7 WNR een rol diende te spelen, of minst genomen zou mogen spelen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt voorts dat in dit verband het bezwaar van het onbelast laten van 'niet-Rome-repertoire', bestaande in hogere perceptiekosten, door de wetgever onder ogen is gezien, doch niet doorslaggevend is geoordeeld.

Ten slotte blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever ten aanzien van stelplicht en bewijslast ervan uitgegaan is dat die in beginsel bij de rechthebbenden (Sena) liggen. De mogelijkheid van bewijslastomkering door de rechter is aangeduid voor gevallen waarin de gebruiker, die zich op gebruik van onbeschermd repertoire beroept, beschikt over gegevens terzake, of in het geval dat de gebruiker stelt alleen maar 'vrije' fonogrammen openbaar te maken.

4.20. Aan deze bevindingen aan de hand van de wetsgeschiedenis voeg ik nog het volgende toe.

Het staat een organisatie als Sena uiteraard vrij om in het kader van een door haar voorgesteld 'tarief' voor de billijke vergoeding ex art. 7 WNR, een 'forfaitair' tarief voor te stellen, waarin, via een (verlaagde) hoogte van het tarief, ceteris paribus, het gebruik van meer of minder niet-Sena-plichtig materiaal - naar analogie van een vaststellingsovereenkomst - is verdisconteerd.

Evenzo staat het een organisatie als Sena vrij om in het kader van een door haar voorgesteld 'tarief' voor de billijke vergoeding ex art. 7 WNR, bij het 'forfaitaire' tariefvoorstel uit te gaan van een volgens haar aanwezige ervaringsregel van '75-80% Rome-repertoire'.

Daarmee staat evenwel de billijkheid van de door Sena gevraagde, forfaitaire vergoeding op basis van een Sena-inschatting van 'naar haar ervaringsregels 75-80% Rome-repertoire' ten opzichte van gebruikers die aanzienlijk minder 'Rome-repertoire' gebruiken, niet vast. Er mogen goede argumenten zijn voor het forfaitaire systeem (zoals door Sena in de feitelijke instanties en in cassatie ampel verdedigd), maar daarmee is niet gezegd dat dit 'billijk' (of 'het meest billijk') is in de zin van art. 7 WNR. En aan de wetsgeschiedenis vallen contra-argumenten te ontleenen.

4.21. Na dit intermezzo, met een tussenbalans op basis van de wetsgeschiedenis in nr. 4.19 en mijn aanvulling daarop in nr. 4.20, keer ik terug naar het cassatiemiddelonderdeel waar ik gebleven was: onderdeel 3.3.

### **Middelonderdeel 3.3 e.v.**

4.22. Voor zover onderdeel 3.3 betoogt dat de rechtbank niet in zijn oordeel heeft betrokken, de stelling van Sena dat zij zich terzake van het percentage Rome-muziek op een 'algemene ervaringsregel' beroept en niet op daadwerkelijk gebruik door NKP, mist het feitelijke grondslag. Uit rov. 8 blijkt immers dat de rechtbank deze stelling van Sena wel onder ogen heeft gezien. De rechtbank heeft in r.ovv. 10 en 20 echter het gebruik van de genoemde algemene ervaringsregel afgewezen voor het geval in rechte kan worden aangenomen dat het daadwerkelijk gebruik door de NKP leden van Rome-muziek 'relevant lager is' dan genoemd percentage Rome-muziek (rov. 10).

4.23. Voorzover onderdeel 3.3 betoogt dat de rechtbank, gezien die afwijzing, artikel 7 WNR heeft geschonden, dan wel de ter ondersteuning van het beroep op het gebruik van zo'n algemene ervaringsregel aangevoerde stellingen onbegrijpelijk heeft uitgelegd, faalt het eveneens.

4.24. De rechtsklacht (schending van art. 7 WNR met het criterium van een 'billijke vergoeding') stuit m.i. hierop af dat de rechtbank in het licht van de hierboven gereleveerde wetsgeschiedenis zonder schending van het recht heeft kunnen oordelen dat de billijkheid van het Sena-tarief (tot op zekere hoogte) differentiatie naar de mate van gebruik van 'niet-Rome-repertoire' verlangt, en dat de rechtbank daarbij, eveneens zonder schending van het recht, heeft kunnen oordelen dat niet 'het basistarief onverkort moet worden toegepast indien het percentage Rome-muziek in de programma's van de NKP-leden relevant lager is dan 75-80%'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers de wens van de wetgever dat (met het oog op de financiële gevolgen van de invoering van de WNR) met gebruik van niet-Rome-repertoire en daardoor te beperken financiële gevolgen wel degelijk rekening wordt gehouden. Zonder schending van het recht kon de rechtbank dan ook oordelen dat een Sena-systeem, waarbij geen verschil gemaakt wordt tussen de gebruiksfrequentie van 'Rome-

repertoire' binnen een bandbreedte van 0% en 75%, te ruw is: daar komt het oordeel van de rechtbank op neer. Dat Sena in haar optiek op basis van haar ervaringsregels vanwege mogelijk 'niet-Rome-gebruik' reeds 25% 'cadeau gegeven' had (de 25 % tussen 75-80% 'Rome-repertoire' op een totaal van 100% muziek), doet daaraan niet af.

Men kan het hier besproken, door Sena verdedigde tariefsysteem vergelijken met het menusysteem van restaurants. In het Sena-systeem krijgt de consument van een menu weliswaar een 'toetje' (20-25% van het repertoire) altijd 'cadeau', vergeleken bij de ? la carte-prijs, zoals in de horeca niet ongebruikelijk. Maar waar de rechtbank ni?t in mee ging was dat de consument van enkel een voorgerecht of enkel een hoofdgerecht als het ware ??k steeds de gehele menuprijs moet betalen (al krijgt hij er dan een gratis toetje bij). Dat de rechtbank dit geen billijk tariefsysteem vindt, getuigt m.i. niet van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij moet niet uit het oog verloren worden dat, nog steeds in dezelfde beeldspraak, Sena (wettelijk) het enige 'restaurant' is, waar de consument die in Nederland iets uit de 'Rome-keuken' wil gebruiken, terecht kan.

4.25. Naar mijn mening faalt eveneens de motiveringsklacht tegen de verwerping door de rechtbank van Sena's beroep op de billijkheid van haar tarief, waarbij volgens Sena het reeds naar haar ervaringsregels verdisconteerde aandeel van 'niet-Rome-repertoire' geen nadere aftrek bij relevant lager 'Rome-repertoire'-gebruik zou rechtvaardigen. Voor zover deze klacht niet reeds strandt omdat met een motiveringsklacht niet tegen een rechtsoordeel kan worden opgekomen, wijs ik nog op het volgende.

De rechtbank heeft de in het onderdeel genoemde stellingen van Sena in de r.ovv. 16-20 uitvoerig besproken. Nadat de rechtbank deze stellingen te licht bevonden had om een omkering van de bewijslast terzake van de percentages gebruikte Rome-muziek te rechtvaardigen, heeft zij in rov. 20 uitdrukkelijk aangegeven dat deze - door de rechtbank als beroep op de redelijkheid en billijkheid aangemerkt - feitelijke argumenten onvoldoende steun bieden voor het door Sena voorgestane forfaitaire systeem.

Al had in het kader van een hoger beroep het hof hierover wellicht, zonder schending van het recht, anders kunnen oordelen, deze met een waardering van feiten verweven beoordeling door de rechtbank is m.i. in (sprong)cassatie niet verder toetsbaar.(33)

4.26. De laatste, subsidiaire klacht van onderdeel 3.3 (dat het oordeel van de rechtbank dat het basistarief evenredig moet worden verlaagd als vaststaat dat relevant minder Rome-muziek wordt gebruikt miskent dat de basiskosten aan evenredige vermindering in de weg staan), acht ik w?! gegrond.

Zonder nadere motivering - die ten deze ontbreekt - is zo'n evenredige of pondspondsgewijze vermindering, door de rechtbank gerelateerd aan Sena's ervaringsregels, inderdaad niet begrijpelijk. In lijn met Sena's hier besproken klacht valt op te merken dat algemeen bekende en begrijpelijke ervaringsregels uitwijzen dat het afnemen van een minder groot aantal diensten uit een

groter pakket (of: menu) doorgaans niet leidt tot een pondspondsgewijze vermindering van het te betalen bedrag. Zoals het onderdeel aangeeft (en zoals trouwens eveneens van algemene bekendheid mag heten), kunnen basiskosten aan de zijde van de dienstverlener een (goed) argument vormen voor een niet-evenredige aftrek. Ten onrechte is de rechtbank zonder motivering voorbijgegaan aan Sena's desbetreffende, in het middelonderdeel vermelde stellingen. Ik herinner aan mijn opmerking in nr. 4.9, laatste alinea, dat een grote mate van materieelrechtelijke waarderingsvrijheid voor de burgerlijke rechter bij het vaststellen van de voor partijen in een zaak als deze zeer essentiële aangelegenheid van de billijke vergoeding, aanleiding geeft om hoge(re) eisen te stellen aan de motivering met betrekking tot in aanmerking te nemen parameters en argumenten.

4.27. Middel 4 keert zich tegen de overwegingen 11 tot en met 22, waarin de rechtbank zich heeft uitgesproken over de bewijslastverdeling terzake van het percentage gebruikte (vergoedingsplichtige) Rome-muziek.

4.28. Onderdeel 4.2 (onderdeel 4.1 omvat slechts een inleiding) betoogt dat onbegrijpelijk is de beslissing van de rechtbank dat Sena dient te bewijzen dat NKP-leden 75-80% openbaarmaken, omdat Sena zich niet op een daadwerkelijk gebruikpercentage, maar juist op een, op algemene ervaringsregels gebaseerd, percentage had beroepen.

4.29. Het onderdeel, dat evenals onderdeel 3.3 klaagt dat de rechtbank heeft miskend dat Sena van een forfaitair systeem uitgaat, mist feitelijke grondslag, zoals blijkt uit r.ovv. 8-10 en 20. De rechtbank heeft in r.ovv. 8-10 wel degelijk het door Sena gewenste forfaitaire, van het concrete geval geabstraheerde, systeem onder ogen gezien, maar zij heeft dit van de hand gewezen indien kan worden aangenomen dat, zoals door NKP (mede met betrekking tot de van Digi Music betrokken muziek) is gesteld, relevant minder Rome-muziek wordt gebruikt. Vervolgens heeft de rechtbank de vraag beoordeeld of Sena al dan niet moet bewijzen dat NKP al dan niet minder dan het door haar gestelde (op ervaringsregels gebaseerde) percentage gebruikt (r.ovv. 11 e.v.).

4.30. Onderdeel 4.3 behelst de rechtsklacht dat de beslissing van de rechtbank in strijd is met (het doel van) art. 7 en/of 15 WNR, omdat deze voor Sena en de rechthebbenden kostenverhogend werkt en een deugdelijke handhaving belemmert. Onderdeel 4.4 voegt daaraan toe dat de artikelen 7 en 32 lid 5 WNR alsmede 177 Rv (oud) meebrengen dat sprake moet zijn van een effectieve incasso, hetgeen betekent dat van forfaitaire bedragen gebruik mag worden gemaakt, alsmede dat op de gebruiker die muziek openbaar maakt, de bewijslast rust dat hij geen of een lager percentage dan het naar ervaringsregels vastgestelde percentage Rome-muziek openbaar maakt.

4.31. De rechtbank heeft overwogen dat op grond van art. 32 lid 5 WNR geldt dat alleen voor het gebruik van 'Rome-muziek' de vergoedingsplicht van art. 7 WNR ontstaat. Hieraan heeft de rechtbank vervolgens de gevolgtrekking verbonden dat het dan ook aan Sena is om

te bewijzen dat de NKP-leden het door Sena gestelde en door NKP betwiste, op ervaringsregels gebaseerde, percentage Rome-muziek openbaarmaken, waarbij zij tevens overwoog dat NKP Sena aanknopingspunten voor de bewijslevering dient te verschaffen in de vorm van playlists (rov. 21).

Van strijd met het doel van art. 7 en/of 15 WNR is ten aanzien van dit oordeel m.i. geen sprake. In deze artikelen en de wetsgeschiedenis zijn geen (althans: onvoldoende) aanknopingspunten te vinden voor de opvattingen van Sena, terwijl daarentegen, zoals de rechtbank in rov. 13 terecht overwoog, art. 32 lid 5 de vergoedingsplicht uitdrukkelijk beperkt tot 'Rome-muziek'. Ik verwijs naar hetgeen ik hierboven onder het kopje 'Intermezzo' over de wetsgeschiedenis heb gerelateerd.

Ik voeg hieraan, ten overvloede, nog toe dat de wettelijke vertegenwoordiging van rechthebbenden door Sena, blijkens art. 15 lid 1, tweede volzin, WNR inhoudt dat zij inderdaad alleen de 'rechthebbenden' vertegenwoordigt. Dit kan in verbinding met art. 32 lid 5 WNR slechts rechthebbenden uit Rome-landen betreffen.

4.32. Naar mijn oordeel heeft de rechtbank in r.ovv. 16-20 met voldoende motivering de door Sena aangevoerde feitelijke argumenten omtrent de praktische (on)haalbaarheid van de incasso indien op haar de bewijslast rustte en zij geen forfaitair systeem kan hanteren, gerelativeerd en verworpen. Een verdere beoordeling van deze feitelijke stellingen van Sena zou in een hogere feitelijke instantie plaats gehad kunnen hebben. Zonder iets te willen indiceren over een (mogelijk andere) uitkomst daarvan, acht ik een beroep in (sprong)cassatie voor een zodanige herwaardering niet de juiste plaats.

4.33. Ook de in deze onderdelen 4.3 en 4.4 vervatte klacht dat de rechtbank in strijd met (het systeem van) art. 177 Rv de bewijslast bij Sena heeft gelegd, faalt. De rechtbank heeft m.i. in rov. 14 terecht geoordeeld dat art. 32 lid 5 WNR materieel gezien als voorwaarde moet worden aangemerkt en niet als uitzondering op art. 7. Zij heeft daaraan m.i. terecht, althans zonder schending van het recht, de gevolgtrekking verbonden dat op Sena de bewijslast rust dat NKP (overeenkomstig de door Sena genoemde ervaringsregels) voor 75-80% Rome-muziek openbaar maakt. Dit wordt niet anders door de omstandigheid dat art. 32 lid 5 WNR het gevolg is van een door Nederland bij toetreding tot de CvR gemaakt voorbehoud (art. 16 lid 1 sub a, onder iii CvR). De bewijslastverdeling op grond van de hoofdregel van art. 177 Rv (oud) moet worden gezocht in het materiele recht.(34) De in de artikelen 7 en 32 lid 5 neergelegde systematiek van de WNR houdt (mede blijkens de wetsgeschiedenis) onmiskenbaar in dat de vergoedingsplicht van art. 7 alleen bestaat voor Rome-muziek (en dus niet dat een reeds ontstane vergoedingsplicht jegens Sena weer kan wegvallen(35)). De rechtbank heeft dan ook de hoofdregel van 177 Rv juist toegepast.

4.34. In de parlementaire geschiedenis van de WNR is, zoals reeds vermeld, de bewijslastverdeling in verband

met de ouderdom van de nabuurrechtelijke prestaties aan de orde geweest. De desbetreffende passages heb ik hiervoor in nrs. 4.17.9, 4.18.1 en 4.18.2 aangehaald.(36)

4.35. De passage uit de MvA, aangehaald in nr. 4.18.1, ondersteunt de door de rechtbank gekozen hoofdregel, namelijk dat de bewijslast dat Rome-repertoire wordt gebruikt in beginsel bij Sena ligt. Voorzover in die passage over een omkering van de bewijslast wordt gesproken, wordt slechts de mogelijkheid aangegeven dat de rechter in een concreet geval de bewijslast omkeert, waarbij 'niet ondenkbaar' is, dat een omkering van de bewijslast aan de orde is wanneer de gebruiker over de relevante gegevens beschikt.

4.36. Of men de minder uitgebouwde passage in de NEV, aangehaald in nr. 4.18.2, nu (met de rechtbank) in strijd acht met de passage in de MvA, dan wel (met Sena) de passages met elkaar te rijmen acht, hangt ervan af wat men in elk van beide passages leest. Ik volg het uitgangspunt van Sena's stelling, dat er bij vergelijking van de volledige citaten g??n sprake is van tegenstrijdigheid.

Met het standpunt in de MvA II, reeds aangehaald in par. 4.18.1 (doch hier gemakshalve herhaald):

'Het is in het kader van het secundair gebruik van fonogrammen in eerste instantie aan de incasso-organisatie om te bewijzen dat een gebruiker fonogrammen ten gehore brengt die vallen onder de werkingssfeer van de wet. De rechter heeft echter de mogelijkheid om vanwege de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast op te leggen. Een dergelijke omkering is niet ondenkbaar indien de gebruiker, die zich erop beroept onbeschermd repertoire ten gehore te brengen, beschikt over gegevens terzake.'(37)

acht ik, anders dan de rechtbank, en m?t Sena, te rijmen de uitlating in de NEV, reeds aangehaald in par. 4.18.2 (eveneens gemakshalve hier herhaald):

'[?] De gebruiker die stelt dat hij alleen fonogrammen openbaar maakt die vallen buiten de werkingssfeer van de onderhavige regeling, zal dit aan de incasso-organisatie moeten bewijzen.'(38)

De beide passages vallen goed te rijmen bij een lezing:

(i) dat het primair aan Sena is om te bewijzen dat een gebruiker fonogrammen ten gehore brengt die vallen onder de werkingssfeer van de wet;

(ii) dat er vanwege de eisen van redelijkheid en billijkheid aanleiding kan zijn voor omkering van de bewijslast indien de gebruiker, die zich erop beroept onbeschermd repertoire ten gehore te brengen, beschikt over gegevens terzake;

(iii) dat voor bewijslastomkering te meer aanleiding is, indien de gebruiker stelt dat hij alleen fonogrammen openbaar maakt die vallen buiten de werkingssfeer van de onderhavige regeling (mijn cursiveringen, A-G).

4.37. Een zodanige - met de bewijslastverdeling volgens het WvBRv strokende - interpretatie van de wetsgeschiedenis van de WNR bevestigt intussen, qua uitkomst, dat Sena g??n gelijk heeft waar zij in middelonderdeel 4.4 de passage uit de NEV verabsoluteert.(39),(40)

Dat de rechtbank vervolgens in het onderhavige geval heeft geoordeeld dat op grond van de redelijkheid en billijkheid geen plaats is voor een omkering van de bewijslast, juist vanwege de specifieke kennis bij Sena over de producentengegevens in verband met de repartitie, en daarbij tevens op NKP de verplichting legde om door overlegging van playlists aanknopingspunten voor dat bewijs te bieden, geeft in het licht van het voorgaande geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel is voor het overige zodanig verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat het niet verder voor toetsing in cassatie vatbaar is.

4.38. Volgens onderdeel 4.5 heeft de rechtbank zonder toereikende motivering essentiële stellingen van Sena gepasseerd, welke stellingen erop neerkomen dat het voor Sena niet mogelijk is om het gevraagde bewijs te leveren, omdat (mede doordat steeds nieuwe landen tot het Verdrag van Rome toetreden) het Sena-bestand voortdurend verandert en veel titels nog niet zijn aangemeld en Sena daardoor steeds enigszins achterloopt. Hierdoor kan Sena niet op voorhand uitsluitel geven over het percentage gebruikte Rome-muziek.

4.39. Het onderdeel mist feitelijke grondslag. Uit de overweging in rov. 19 dat het voor Sena mogelijk moet zijn om door de bedoelde vergelijking in ieder geval grotendeels na te gaan welk percentage Rome-muziek wordt gebruikt, kan worden afgeleid dat de rechtbank wel degelijk met de desbetreffende stellingen van Sena rekening heeft gehouden. De rechtbank heeft daaruit evenwel niet de door Sena gewenste verdergaande conclusie - dat het daardoor niet mogelijk zou zijn om het percentage Rome-muziek te achterhalen - getrokken, maar daarentegen, niet onbegrijpelijk, geoordeeld dat het mogelijk moet zijn om grotendeels het gebruikte Rome-repertoire vast te stellen. Bovendien miskent het onderdeel dat de rechtbank in deze overwegingen omtrent de bewijslast niet heeft geoordeeld dat Sena op voorhand uitsluitel dient te geven over het percentage gebruikte Rome-muziek.

4.40. Onderdeel 4.6 klaagt dat onbegrijpelijk is, het in rov. 19 gegeven oordeel dat, 'zoals Sena ook zelf heeft aangegeven', het voor Sena niet zo moeilijk moet zijn om door vergelijking van de playlists met haar producentengegevens na te gaan welk percentage van de openbaargemaakte muziek Rome-muziek is. Volgens het onderdeel heeft Sena dit niet aangegeven, maar heeft zij integendeel gesteld dat dit voor haar uiterst bezwaarlijk is.

De stellingen waarop het onderdeel beroept zijn de volgende. Sena heeft ter comparitie aangegeven dat zij niet kan onderzoeken waar alle titels zijn geproduceerd, zeker niet nu deze regelmatig veranderen, en dat het uitgebreide personeelskosten zou vergen indien zij zich met het controleren van playlists op beschermd repertoire zou moeten bezig houden. Voorts heeft Sena bij MvA - overigens in ander verband - gesteld dat 'zelfs' zij de vereiste gegevens met enige vertraging ontvangt en niet op voorhand uitsluitel kan geven over de gebruikte Rome-muziek.(41)

4.41. Voorzover het onderdeel klaagt dat de rechtbank deze stellingen heeft miskend, mist het feitelijke grond-

slag. Met de overweging, dat aangenomen mag worden dat Sena de beschikking heeft over de producentengegevens omdat zij anders geen repartitie zou kunnen verrichten, heeft de rechtbank klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk de bij comparitie geuite stelling van Sena dat zij niet kan onderzoeken waar alle titels zijn geproduceerd, verworpen. Uit de vierde volzin van rov. 19 ('Het belang (?) dat het werken voor haar onmogelijk of te kostbaar zou worden?') blijkt ook dat de rechtbank de in het onderdeel genoemde stellingen wel onder ogen heeft gezien, maar te licht heeft bevonden.

Voorzover het onderdeel zich specifiek richt op de, klaarblijkelijk ten overvloede gegeven zinsnede 'zoals zij (Sena) zelf ook aangeeft', stuit het onderdeel reeds af op gebrek aan belang, omdat deze zinsnede in de redenering van de rechtbank ('hieruit volgt') niet dragend is voor de beslissing dat door vergelijking van de (reeds voor de repartitie benodigde) producentengegevens met de playlists in ieder geval grotendeels kan worden nagegaan welk percentage Rome-muziek wordt gebruikt. Bovendien miskent de klacht dat de rechtbank in de desbetreffende zinsnede klaarblijkelijk doelt op de stelling van Sena dat zij niet op voorhand uitsluitel kan geven over het percentage gebruikte Rome-muziek, waaruit de rechtbank niet onbegrijpelijk heeft geconcludeerd dat Sena in ieder geval 'grotendeels' kan nagaan in welk percentage de door de NKP-leden uitgezonden muziek Rome-muziek bevat.

4.42. Onderdeel 4.7 betoogt dat het in strijd is met de taak van Sena en met artikel 15 WNR, om te verlangen dat Sena de investeringen die zij heeft aangewend tot het verkrijgen van haar bestanden aanwendt ten behoeve van anderen, die de vergoedingsplicht trachten te ontlopen. Op grond hiervan is het oordeel van de rechtbank (in rov. 19) rehtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd omdat de rechtbank aan de desbetreffende stellingen van Sena is voorbijgegaan.

4.43. De rechtsklacht faalt. Waar het onderdeel spreekt van het 'ontlopen van de vergoedingsplicht', berust het op een onjuiste rechtsopvatting, omdat voor niet-Rome-muziek immers op grond van art. 32 lid 5 jo. 7 WNR uitdrukkelijk geen vergoedingsplicht bestaat, en artikel 15 houdt niet meer in dat Sena met de inning van de in artikel 7 bedoelde vergoeding belast is en de rechthebbers in en buiten rechte vertegenwoordigt.

Dat de beslissing van de rechtbank omtrent de bewijslastverdeling kan meebrengen dat voor gebruikers transparant(er) wordt voor welke muziek de vergoedingsplicht bestaat, is in ieder geval niet in strijd met de door de wetgever in genoemde artikelen gekozen opzet, waarbij door de uitsluiting van niet-Rome-muziek (en de afwijzing van het bij amendement voorgestelde 'Franse stelsel') een beperking van de financiële gevolgen van de invoering van de WNR is beoogd. Ik verwijs naar hetgeen ik daarover in de nrs. 4.17-4.19 van deze conclusie heb opgemerkt.

Voorzover het onderdeel betoogt dat de beslissing ertoe leidt dat Sena met haar investeringen in strijd met art. 15 WNR en/of haar taak zou handelen, faalt het om dezelfde reden, en voorts omdat, zoals de rechtbank

overwoog, reeds investeringen voor de repartitie aan de rechthebbenden moeten worden gedaan.

4.44. Ook de motiveringsklacht faalt. Blijkens de vijfde volzin van rov. 19 heeft de rechtbank de desbetreffende stellingen van Sena in zijn oordeel betrokken. De rechtbank heeft evenwel geoordeeld dat de aan die stellingen ten grondslag liggende belangen van onvoldoende gewicht zijn om op grond van de redelijkheid en billijkheid tot een omkering van de bewijslast te komen.

Hieraan legde de rechtbank ten grondslag dat naar heersende rechtsopvattingen niets laakbaars is gelegen in het streven zoveel mogelijk niet-Rome-muziek te gebruiken. Dit oordeel is niet onvoldoende gemotiveerd, mede in het licht van de meermaals genoemde systematiek en geschiedenis van de WNR ten deze.

4.45. Onderdeel 4.8 klaagt op de in het voorgaande onderdeel aangevoerde gronden, dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het belang van Sena, om te voorkomen dat de muziekgebruikers hun vergoedingsplicht zullen trachten ontlopen door alleen niet-Rome-muziek openbaar te maken, niet zodanig van gewicht is, om een beroep op de redelijkheid en billijkheid bij de bewijslastverdeling te doen slagen.

Het onderdeel vormt een herhaling van de voorgaande klacht, en faalt om dezelfde, in nrs. 4.43 en 4.44 aangegeven, redenen.

4.46. Onderdelen 4.9 en 4.10 verwijten de rechtbank dat zij in strijd met art. 337 Rv (oud) niet het uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordeel van het hof in rov. 4 van zijn arrest van 8 februari 2001 heeft gevolgd. De onderdelen stellen dat de rechtbank gebonden was aan de door het hof hierin uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven eindbeslissing, welke beslissing inhoudt dat op NKP de bewijslast rust met betrekking tot haar stelling dat uitsluitend niet-Rome-muziek wordt uitgezonden.

4.47. Het hof overwoog in rov. 4 van zijn arrest, voor zover hier van belang:

'Grief II houdt blijkens de toelichting verder in, dat de kabelexploatanten, die NKP vertegenwoordigt, uitsluitend, dan wel bijna uitsluitend "niet-Rome muziek" uitzenden. Het reeds bij antwoord gevoerde betoog van NKP, dat de door haar vertegenwoordigde kabelexploatanten slechts muziek uitzenden (betrokken van Digi Music) afkomstig van fonogrammen die krachtens art. 32 lid 5 juncto lid 7 WNR buiten het toepassingsgebied van art. 7 vallen, is gemotiveerd door Sena bij repliek weersproken. Hierop heeft NKP bij dupliek slechts haar eerdere stelling herhaald, zonder op die gemotiveerde betwisting van Sena in te gaan. In de toelichting op de grief stelt zij dat 147 (94 %) van de 157 kabelkranten die NKP vertegenwoordigt, gebruik maken van volledig dan wel nagenoeg volledig WNR-rechten vrije muziekselecties. Nu zij evenwel van deze door Sena al eerder betwiste stelling geen bewijs heeft aangeboden en de juistheid van haar betoog niet reeds uit de stukken is gebleken, leidt de grief niet tot vernietiging van het vonnis, zodat dit geschilpunt alsnog aan de orde zal komen ter comparitie, zoals in het vonnis is overwogen.'

De rechtbank overwoog in haar eindvonnis in rov. 13 (in fine):

'De stelling van NKP dat haar leden geen Rome-muziek uitzenden, of veel minder dan volgens Sena het geval is, strekt tot ontkenning van het door Sena te bewijzen feit [dat de NKP-leden voor 75-80 % Rome-muziek gebruiken, A-G], zodat, uitgaande van de hoofdregel van art. 177 Rv, NKP deze stelling niet hoeft te bewijzen.'

4.48. De onderdelen falen bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het hof niet een uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven eindoordeel over de bewijslast ter zake van het daadwerkelijk aandeel van niet-Rome-muziek in de door NKP vertegenwoordigde kabelexploatanten heeft gegeven. Het hof heeft in de geciteerde overweging slechts over het geschilpunt of de NKP-leden in het geheel geen of nagenoeg geen Rome-muziek gebruiken geoordeeld dat NKP tegen de gemotiveerde weerspreking hiervan door Sena bij repliek, bij dupliek slechts haar stellingname ten deze heeft herhaald en geen bewijs heeft aangeboden en de juistheid daarvan niet reeds uit de stukken is gebleken, en dat daarom deze stellingname van NKP niet (aanstonds) tot vernietiging van het vonnis kan leiden. Daarmee heeft het hof enerzijds beslist dat niet (ten voordele van NKP, althans NKP-leden die alleen muziek van Digi Music gebruiken) de vordering van Sena van de baan was, maar het heeft anderzijds geen beslissing, laat staan een voorbehoudloze eindbeslissing gegeven over de bewijslast ten aanzien van het aandeel van het Rome-repertoire in de muziek die de NKP-leden uitzenden. Het hof heeft, naar ook blijkt uit de deeloverweging 'dat dit geschilpunt alsnog aan de orde zal komen ter comparitie, zoals in het vonnis is overwogen', de rechtstoestand van partijen zoals die in het tussenvonnis was neergelegd, als het ware 'bevoren'.

Bij een en ander heeft het hof in de laatste volzin van rov. 4 bovendien verwezen naar het tussenvonnis (kenmerklijk naar rov. 9.1 t/m 9.3 van het tussenvonnis), waarin evenmin een (eind)beslissing over de bewijslast kan worden gelezen. De rechtbank gaf daar aan dat partijen haar omtrent het verschijnsel Digi Music slechts summier hadden voorgelicht en stelde voor dat NKP 'als voorlopige indicatie' van de juistheid van de ter comparitie met partijen te bespreken stelling van NKP een playlist van een willekeurige dag zou overleggen.

4.49. Middel 5 keert zich met een andere motiveringsklacht (nogmaals) tegen r.ovv. 19 en 21, voor zover de rechtbank daarin het volgende overwogen heeft. In rov. 21 gaat het om het oordeel:

'dat van NKP kan worden verlangd dat zij desgevraagd aan Sena voldoende feitelijke gegevens verstrekt om Sena aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te bieden. Zoals zojuist is overwogen, heeft NKP zulke gegevens (in de vorm van haar playlists) evenwel aan Sena aangeboden, zodat evenmin tot omkering van de bewijslast (?) kan worden overgegaan op de grond dat NKP niet aan haar stelplicht/informatieplicht heeft voldaan.'

In de tweede volzin van rov. 21 verwees de rechtbank naar rov. 19, waarin zij vaststelde:

'NKP heeft onweersproken gesteld (bijvoorbeeld op pagina 10, tweede alinea, van de conclusie van antwoord) dat zij herhaaldelijk haar playlists aan Sena heeft aangeboden.'

4.50. Onderdeel 5.2 (onderdeel 5.1 bevat slechts een inleiding) komt met motiveringsklachten op tegen het in rov. 21 gegeven oordeel, dat een omkering van de bewijslast ook niet aan de orde was, omdat NKP voldoende feitelijke gegevens had overgeleverd. De eerste klacht houdt in dat de rechtbank daarbij onvoldoende gemotiveerd is voorbijgegaan aan de eigen stelling van NKP dat de overgelegde playlists door Sena als niet volledig ingevuld waren geretourneerd, waaruit volgens het onderdeel blijkt dat die playlists onvoldoende aanknopingspunten boden voor de bewijsvoering door Sena.

Vervolgens brengt het onderdeel naar voren dat NKP in de procedure geen playlists heeft overlegd of anderszins aannemelijk heeft gemaakt in welke omvang zij niet-Rome-muziek gebruikt.

Tenslotte heeft NKP niet voldaan aan het door de rechtbank bij tussenvonnis gegeven bevel een playlist over te leggen, aldus het onderdeel.

4.51. De eerste klacht faalt. Het oordeel van de rechtbank dat moet worden aangenomen dat NKP door overlegging van haar playlists aan haar informatieplicht voldoet, is niet onbegrijpelijk gezien de daaraan voorafgaande overweging van de rechtbank dat Sena voor de repartitie zelf geacht moet worden te beschikken over de producentengegevens (rov. 19, eerste volzin). De klacht dat de rechtbank uit de eigen stelling van NKP dat de overgelegde playlists door Sena als niet volledig ingevuld waren geretourneerd, had moeten afleiden dat die playlists onvoldoende aanknopingspunten boden voor de bewijsvoering door Sena, voldoet m.i. reeds niet aan de door art. 407 lid 2 Rv. gestelde eisen, nu het onderdeel niet aangeeft waarom de aanknopingspunten onvoldoende zouden zijn. Daarnaast mist deze motiveringsklacht feitelijke grondslag: de rechtbank heeft in r.ovv. 19 en 21 niet geoordeeld dat NKP alle door Sena gevraagde informatie (zoals producentengegevens, die Sena blijktens haar stellingname bij CvR, p. 5 ook verlangde) diende te verschaffen. Het onderdeel geeft niet aan dat en waarom het voor Sena niet mogelijk (zij het, vermoedelijk: administratief belastender) zou zijn de playlists te vergelijken met de bij Sena aanwezige producentengegevens. Het oordeel van de rechtbank, blijktens rov. 19, tweede volzin, dat de door NKP overgelegde playlists voldoende aanknopingspunten bieden voor de bewijslevering, is overigens een feitelijk en op zichzelf niet onbegrijpelijk oordeel, dat zich wellicht zou lenen voor een andere beoordeling in hoger beroep, maar dat niet voor verdere toetsing in cassatie vatbaar is.

4.52. De tweede klacht, dat NKP geen playlists heeft overlegd, noch anderszins aannemelijk heeft gemaakt of en in welke mate haar leden (niet-)Rome-muziek openbaar maken, miskent dat de rechtbank gesproken heeft over het door Sena onweersproken aanbod tot het overleggen van playlists, en mist dus feitelijke grond-

slag. Voor zover Sena het oog heeft op haars inziens onvoldoende aanknopingspunten biedende playlists (die zij aan NKP geretourneerd heeft), deelt de klacht het lot van de eerste klacht van dit onderdeel.

4.53. De derde klacht van onderdeel 5.2, dat het eindvonnis onbegrijpelijk zou zijn omdat NKP niet aan de bij tussenvonnis bevolen overlegging van een playlist zou hebben voldaan, miskent niet alleen dat het daarbij om een niet bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis ging, maar ook dat blijktens r.ovv. 19 en 21 van het eindvonnis de rechtbank van oordeel was dat NKP aan haar informatieplicht had voldaan op basis van de als onweersproken vastgestelde omstandigheid dat NKP haar aanbod had gedaan, respectievelijk al eerder (vergeefs) playlists aan Sena had overgelegd.

4.54. Middel 6 komt met een drietal klachten op tegen r.ovv. 26 tot en met 31. Hierin overwoog de rechtbank: '26. De vraag is nu of voor de van Digi Music betrokken muziek een correctie op het basistarief is geïndiceerd.

27. Ter comparitie heeft de rechter-commissaris partijen een passage voorgehouden uit de - hem ambtshalve bekende - conclusie van repliek van Sena van 26 september 2000 in de door haar jegens Digi Music bij deze rechtbank aanhangig gemaakte procedure (rolnummer 00/1235). In deze passage, waarop partijen ter comparitie hebben kunnen reageren, is vermeld dat Sena op basis van door Digi Music aangeleverde gegevens over de periode tussen 5 november en 10 december 1999 heeft vastgesteld dat Digi Music in die periode 23,2% van de tijd Rome-muziek verzorgde alsmede dat een in opdracht van Sena uitgevoerde steekproef in de periode 19 november 1999 - 19 december 1999 heeft uitgewezen dat 21,7% van de van Digi Music afkomstige muziek Rome-muziek was.

28. Sena kan aan de uitkomsten van deze eigen onderzoeken worden gehouden, terwijl NKP de daaruit blijkende feiten niet of niet voldoende heeft betwist. Derhalve wordt als vaststaand aangenomen dat in de periode 5 november - 19 december 1999 de van Digi Music betrokken muziek voor circa 20 % uit Rome-muziek bestond.

29. Dit vaststaande feit wettigt het vermoeden dat in de periode 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 het muziekbestand van Digi Music in ieder geval voor 20% Rome-muziek bevatte. Bij gebreke van een aanbod van NKP tot tegenbewijs zal dit vermoeden voor juist worden gehouden.

30. Met dit vaststaande feit is echter ook de stelling van NKP, dat de van Digi Music afkomstige muziek voor (veel) minder dan 75-80% uit Rome-muziek bestond, genoegzaam onderbouwd te achten. De stelling van Sena, dat dit percentage hoger was dan 20%, wordt gepasseerd nu zij voor deze, derhalve voldoende betwiste, stelling geen bewijs heeft aangeboden, hoewel op haar de bewijslast rust (zie de rov. 11 tot en met 21).

31. Bij 80% Rome-muziek hoort (zie rov. 8) een vergoeding naar rato van 0,44%. Blijkens het zojuist overwogene is in rechte echter aan te nemen dat tot en met 31 december 2000 de programma's van Digi Music

gemiddeld voor niet meer dan 20% uit Rome-muziek bestonden en daarvoor dient een evenredige correctie plaats te vinden (zie rov. 10). 20% is 1/4e van 80%. Derhalve komt, gezien het basispercentage van 0,44%, terzake van de van Digi Music betrokken muziek het jegens de NKP-leden te hanteren percentage op 1/4e daarvan, derhalve op 0,11%.'

4.55. Onderdeel 6.2 (onderdeel 6.1 vormt een inleiding) klaagt dat de rechtbank in strijd met art. 177 Rv (oud), althans onbegrijpelijk, heeft geoordeeld (in rov. 28) dat Sena kan worden gehouden aan de uitkomsten van de eigen onderzoeken naar de omvang van het door Digi Music ingestelde gebruikte percentage Rome-muziek. Sena had immers gesteld dat het hierbij ging om summier onderzoek door middel van steekproeven, gebaseerd op door Digi Music aangeleverde gegevens. Uit dit onderzoek kan alleen het minimaal gebruikte percentage Rome-muziek worden afgeleid.

4.56. In het onderdeel lees ik niet de klacht dat de rechtbank - op grond van art. 176 lid 1 Rv (oud) - de gegevens in de procedure tussen Sena en Digi Music in de onderhavige niet mocht gebruiken. Wel bevat het onderdeel de klacht dat de rechtbank in haar oordeel 'dat Sena aan de uitkomsten van de eigen onderzoeken kan worden gehouden' art. 177 Rv (oud) heeft geschonden, althans onvoldoende gemotiveerd is voorbijgegaan aan de genoemde stellingen van Sena.

De rechtsklacht faalt m.i., omdat niet valt in te zien waarom, nu op Sena de bewijslast ter zake van het percentage gebruikte Rome-muziek ligt, het aangevochten oordeel in strijd is met art. 177 Rv (oud). Voorzover het onderdeel zich opnieuw tegen de beslissing omtrent de bewijslastverdeling richt, faalt het op de bij de bespreking van onderdeel 4 genoemde gronden.

4.57. Ook de motiveringsklacht faalt, nu de rechtbank in rov. 30 (tweede volzin), w?l op de in het onderdeel bedoelde stelling is ingegaan. Kennelijk doelt de rechtbank aldaar met 'de stelling van Sena, dat dit percentage hoger was dan 20%' op de in dit onderdeel aangevoerde stellingen. De rechtbank overwoog evenwel dat zij aan deze stelling voorbij kon gaan, omdat Sena voor deze door NKP betwiste stelling, waarvoor op Sena de bewijslast rustte, geen bewijs had aangeboden.

4.58. De onderdelen 6.3 en 6.4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Onderdeel 6.3 acht, in de kern, strijdig met art. 7 WNR, althans ontoereikend of tegenstrijdig gemotiveerd, de beslissing van de rechtbank dat bij de correctie op het basistarief, van een percentage van 20% Rome-muziek moet worden uitgegaan. Het onderdeel voert aan dat het door de rechtbank gehanteerde percentage 10% lager ligt dan het gemiddelde van de door Sena uitgevoerde, door de rechtbank tot uitgangspunt genomen steekproeven. Bij dit laatste doelt Sena kennelijk op de door de rechtbank in rov. 27 gereleveerde percentages van 21,7 resp. 23,2%.

Onderdeel 6.4 bestrijdt, in het verlengde van onderdeel 6.3, de toepassing door de rechtbank (in rov. 31) van een 'evenredige correctie' overeenkomstig rov. 29 en 30 voor de periode 1 juli 1993 t/m 31 december 2000 aan de hand van een basistarief, gebaseerd op gebruik

van 80% Rome-muziek. Het onderdeel klaagt in de kern erover dat de rechtbank in haar vonnis steeds was uitgegaan dat het basistarief gold voor een gebruik van 75-80% Rome-muziek.

4.59. Ik meen dat de (motiverings)klachten slagen. Tussen de percentages in de door Sena uitgevoerde onderzoeken (resp. 21,7 en 23,2%) en het door de rechtbank gekozen percentage van 20% bestaat een verschil, dat in procentpunten op het eerste gezicht gering mag lijken, maar qua uitkomst in geld bij de rechtbank zo'n 10% lager ligt dan de uitkomst van de Sena-steekproeven, die de rechtbank nu juist tot uitgangspunt heeft genomen. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, acht ik deze afronding naar beneden onbegrijpelijk.(42)

Ik verwijs naar mijn stellingname in nr. 4.9, laatste alinea, om in een WNR-context als deze hoge(re) eisen te stellen aan de motivering met betrekking tot in aanmerking te nemen parameters en argumenten.

## **5. Bespreking van het incidentele cassatieberoep van NKP**

5.1. Het incidentele cassatieberoep van NKP richt zich tegen het dictum van het bestreden vonnis. Het middel verwijt de rechtbank met dit dictum buiten de grenzen van de rechtsstrijd te zijn getreden, nu de vordering van Sena slechts ertoe strekte dat de rechtbank een verklaring voor recht zou geven omtrent genoemde opgaaf en betaling, althans is de lezing van die vordering door de rechtbank onbegrijpelijk.

5.2. Het petitum(43) luidde als onder 2.2 van deze conclusie weergegeven.

5.3. Het dictum luidde:

'De rechtbank:

- Verklaart voor recht dat de vergoeding die uit hoofde van artikel 7 WNR verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via zgn. kabelkranten, ten laste van de bij NKP aangesloten exploitanten van dergelijke kabelkranten over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 moet worden berekend naar rato van 0,28% van het totaal van de over die periode aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclameuitingen;

- Veroordeelt NKP om, binnen twee maanden na betekening van dit vonnis, aan Sena schriftelijk opgave te doen van het totaal van de over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 door de bij NKP aangesloten kabelkrant-exploitanten aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclame-uitingen;

- Veroordeelt NKP om, binnen twee maanden na betekening van dit vonnis, een vergoeding aan Sena te betalen, berekend naar 0,28% van het totaal van de over de periode van 1 juli 1993 tot en met 31 december 2000 door de bij NKP aangesloten kabelkrant-exploitanten aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclame-uitingen, verminderd met eventueel reeds betaalde voorschotten.'

In rov. 33 overwoog de rechtbank:

'De nevenvorderingen van Sena hebben voor het verleden geen zin meer waar zij de specifieke wijze waarop

jaarlijks schriftelijk opgave moet worden gedaan en de specifieke wijze van jaarlijkse betaalbaarstelling op het oog hebben. De rechtbank zal deze - niet op zelfstandige gronden betwiste - vorderingen, voor zover zij betrekking hebben op het verleden, aldus opvatten dat Sena opgave vordert van de door de NKP-leden tot en met het kalenderjaar 2000 aan derden netto gefactuurde bedragen alsmede betaling van 0,28% van het totaal van deze bedragen. Deze vorderingen zullen worden toegewezen in voege als in het dictum te vermelden.'

5.4. Het petitum is steeds de uiterste grens voor het aanvullen van rechtsgronden van de rechter, dat wil zeggen het oorspronkelijk gevorderde met inachtneming van nadien gevolgde eisenwijzigingen.(44) Het dictum levert een overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd op, en tevens een verrassingsbeslissing, wanneer meer wordt toegewezen dan is gevorderd.

5.5. Het incidentele middel slaagt. Blijkens het petitum heeft Sena in de onderhavige zaak, afgezien van een kostenveroordeling, slechts een verklaring voor recht gevorderd, ook voor wat betreft hetgeen de rechtbank in rov. 33 als nevenvorderingen heeft aangemerkt.

5.6. Aangezien Sena de in het incidentele middel bestreden beslissing niet heeft uitgelokt, en zich in cassatie heeft gerefereerd, is er geen plaats voor veroordeling van Sena in de kosten van het incidentele beroep.

## 6. Conclusie

Mijn conclusie strekt zowel in het principale beroep als in het incidentele beroep tot vernietiging van het bestreden vonnis, met verwijzing van de zaak naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

---

## Noten bij Conclusie A.-G.

1 Ontleend aan het tussenvonnis van 30 september 1998 van de rechtbank te Den Haag, zie aldaar onder 1.

2 De rechtbank te 's-Gravenhage is op grond van art. 7 lid 2 WNR uitsluitend bevoegd ten aanzien van geschillen omtrent de hoogte van de op grond van art. 7 WNR verschuldigde vergoeding.

3 Gepubliceerd in Mediaforum 1999, p. 293 m.nt. D.J.G. Visser.

4 De door de rechtbank en hof verworpen stelling van NKP, dat bij de kabelkranten op grond van art. 2 lid 9 WNR geen sprake is van een (afzonderlijke) openbaarmaking, is in cassatie niet langer aan de orde, en blijft in deze conclusie verder buiten beschouwing.

5 Gepubliceerd in AMI 2002, nr. 5, p. 46 m.nt. D.J.G. Visser. Zoals het vonnis aangeeft, wees de rechtbank 's-Gravenhage eveneens op 19 december 2001 een (eind)vonnis in de zaak Sena/Digi Music. Dat vonnis is gepubliceerd in AMI 2002, nr. 6, p. 50 m.nt. D.J.G. Visser.

6 De cassatiedagvaarding dateert van 19 maart 2002.

7 Zie par. 1.1 van de cassatiedagvaarding, niet weersproken bij de conclusie van antwoord in cassatie.

8 HR 9 juni 2000, AMI 2000, p. 164 m.nt. Seignette, Mediaforum 2000, p. 247 m.nt. D.J.G. Visser, NJ 2001,

569 m.nt. DWFV; HvJEG 6 februari 2003, zaak C-245/00, AMI juli/aug. 2003, p. 136 met comm. Seignette op p. 109 (117-119).

9 Deze uitkomst verbaast niet, in het licht van het 'officiële' commentaar op de richtlijn van de Commissieambtenaren Reinbothe en Von Lewinski: The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, London 1993, p. 98.

10 In de monografie van F. Brison, Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar, Brussel 2001 (bewerking diss. 1988) heb ik voor de beoordeling van de onderhavige zaak geen nadere aanknopingspunten aangetroffen; evenmin in het recente artikel van Fernández-Albar Baltar in GRUR Int. 2003, p. 595.

11. Vgl. reeds Hof 's-Gravenhage in het arrest a quo in de zaak Sena/NOS, NJ 2001, 569, rov. 24.

12 In deze zin eerder een opmerking in de noot in NJ 2001, 569, sub 15.

13 Sena's cassatiedagvaarding spreekt op pag. 2 van middelen tot cassatie, en ik houd mij maar aan die terminologie, al houdt Sena zelf die niet consequent vast.

14 Dit blijft zo, ook als de steller van de s.t. namens NKP gelijk heeft dat het vaststellen van de billijke vergoeding ex art. 7, niettegenstaande het streven naar aansluiting bij 'algemene objectieve criteria', in het algemeen (althans in de aanloopperiode) wel een zeker 'intuïtief' karakter zal hebben. In het onderhavige geval is sprake van een uitgangsperscentage dat berust op een onderhandelingsresultaat, en van een berekenbaar kostenpercentage.

15 Ik verwijs terzijde nog naar hetgeen ik in par. 3.10 opmerkte over het, in een zaak als deze, al dan niet indicatief karakter van hetgeen derde partijen bereid waren te betalen.

16. Waar hierna verwezen wordt naar Parl. Gesch. WNR plus paginanummer, is bedoeld een verwijzing naar Verkade/Visser, Parlementaire geschiedenis van de Wet op de naburige rechten, Delft 1993. De aldaar aangebrachte vernumming naar de uiteindelijke nummering van artikelen en artikelleden in de WNR neem ik over, zonder telkens de oorspronkelijke nummering volgens het wetsvoorstel te vermelden.

17 Stb. 1990, 303. De parlementaire geschiedenis van deze Rijkswet is eveneens opgenomen in de in de vorige voetnoot bedoelde uitgave.

18 Parl. Gesch. WNR, p. 329.

19 Parl. Gesch. WNR, pp. 374-375.

20 Vgl. Parl. Gesch. WNR, inhoudsopgave p. IX bovenaan, resp. pp. 295-315.

21 Parl. Gesch. WNR, p. 316 e.v. (322).

22 Parl. Gesch. WNR, p. 209.

23 Parl. Gesch. WNR, pp. 211-212.

24 Parl. Gesch. WNR, pp. 213-214.

25 Parl. Gesch. WNR, p. 219.

26 Parl. Gesch. WNR, p. 223.

27 Parl. Gesch. WNR, p. 224 (Koetje, CDA), pp. 226-227 (Jurgens, PvdA), pp. 227-229 (Wolffensperger, D66; Jurgens, PvdA; Koetje, CDA), pp. 231-234 (staatssecretaris Kosto; Koetje, CDA, Jurgens, PvdA), pp. 236-239 (staatssecretaris Kosto; Wolffensperger, D66; Jurgens, PvdA).

28 Parl. Gesch WNR, p. 239 (PvdA en Groen Links v?r, overige fracties tegen).

29 Parl. Gesch. WNR, p. 231.

30 Het gaat hier om muziek die de aanvankelijk volgens art. 33 WNR als pre-1964 repertoire buiten de regeling zou vallen, en niet om de 'niet-Rome'-beperking in art. 32 lid 5 WNR. Ook al is eerst bedoelde uitzondering later weer geschrapt (zie daarover Parl.Gesch. WNR (1993), Inleiding, p. 14, en de op p. 255 opgenomen passage uit de NvW3), het stelplicht/bewijslast-debat ging voordien evenzeer om een muziekcategorie die buiten de regeling zou vallen. De schrapping bij NvW3 ontdoet de bewuste passages uit de parlementaire geschiedenis dus niet zonder meer van hun betekenis voor de onderhavige kwestie.

31 Parl. Gesch. WNR, p. 248.

32 Parl. Gesch. WNR, p. 252.

33 Als NJ-annotator ben ik in mijn noot onder HR 9 juni 2000, NJ 2001, 569 (Sena/NOS) nader ingegaan op de mate van toetsing door de HR van het oordeel van de hoogste feitenrechter in zaken als deze: zie de nrs. 12-13 van die annotatie.

34 Asser, Bewijslastverdeling, Mon. Nieuw BW A24 (1992), p. 77 e.v.

35 Zoals bij een ontbindende voorwaarde, waarbij de bewijslast voor het vervuld zijn van die voorwaarde op de partij rust die daardoor van zijn (reeds ontstane) verbintenis wordt bevrijd (HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (Schilperoot/De Nijs)). Bij een opschortende voorwaarde, dient de partij die nakoming verlangt te bewijzen dat deze niet langer aan de nakoming in de weg staat (HR 7 december 2001, NJ 2002, 494 (Probis/De Smedt)).

36 Zie over de context van een en ander voetnoot 30.

37 Parl. Gesch. WNR, p. 248.

38 Parl. Gesch. WNR, p. 252.

39 Een lezing van Sena, dat het eerstgenoemde citaat uit de MvA slechts inhoudt dat Sena moet bewijzen d't (en niet hoeveel) Rome-muziek wordt gebruikt, is m.i. onjuist, evenals de betekenis die Sena aan het woord 'alleen' in het citaat uit de NEV hecht. Dat woord zwakt de door de steller van de NEV gegeven regel juist af.

40 In dit verband dringt zich nog een herinnering op aan de discussie over de bewijslastverdeling in het kader van het zgn. 'reprorecht' bij de behandeling van het - later ingetrokken - wetsvoorstel 22.600. Het voorstel, zoals het bij de Eerste Kamer werd ingediend (zittingsjaar 1993-1994, 22.600, nr. 62), omvatte in art. 17 een bevoegdheid van de incasso-organisatie [Stichting Reprorecht] om op basis van 'een representatieve steekproef en de overige gegevens' het aandeel van het reprorechtplichtig materiaal op het totaal van de door de betrokken kopieerder gemaakte kopie?n eenzijdig te 'schatten'. Daarmee zou de door de kopieerder te betalen vergoeding vaststaan, tenzij deze aannemelijk maakt dat van een ander percentage moet worden uitgegaan. Juist dit onderdeel van het wetsvoorstel leidde in de Eerste Kamer tot breed gedragen bezwaren: zie Handelingen I, 1994-1995, 7 februari 1995, pp. 17-585 t/m 17-596, en vervolgens tot de intrekking van het wetsvoorstel.

In 2001 is een nieuw wetsvoorstel (27 617) voor het reprorecht ingediend, dat geleid heeft tot de wet van 28 maart 2002, Stb. 2002, 186. Zie daarover Holzhauser, Het nieuwe reprorecht, AMI 2002, p. 1). De wet is per 1 februari 2003 in werking getreden (vgl. AMI 2003, p. 64). In deze regeling komt geen bewijslastregeling voor, zoals die in het oude wetsvoorstel 22 600 was voorzien.

41 Zie proces-verbaal van de comparitie, p. 2; MvA, nr. 13.

42. Hetzelfde zou, ceteris paribus, opgemerkt kunnen worden in geval van een afronding naar boven.

43 Inleidende dagvaarding van 10 april 1997, pp. 4-5.

44 Zie bijv. Hugenholtz/Heemskerck, 19e druk 1998, nr. 76.