

**Hoge Raad, 28 mei 2004, Sena v NOS II****NABURIGE RECHTEN****Billijke vergoeding uitvoerend kunstenaar bij secundaire openbaarmaking****• “Billijke vergoeding” autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip, maar wijze van vaststellen en bepalen daarvan niet geharmoniseerd**

Voor zover het onderdeel op het uitgangspunt is gebaseerd dat het hof niet van oordeel zou zijn dat het begrip billijke vergoeding een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is dat in de lidstaten uniform moet worden geïnterpreteerd, mist het feitelijke grondslag. Blijkens de zojuist samengevat weergegeven overwegingen van het hof is dit college van dezelfde rechtsopvatting uitgegaan. Ook de klacht dat het hof de Richtlijn zou hebben uitgelegd of toegepast in die zin dat de nationale wetgevers de vrijheid hebben om aan de Richtlijn een zodanige uitleg en/of uitvoering te geven, dat daardoor 'billijke vergoedingen' op een aanzienlijk lager niveau zouden uitkomen dan strookt met de overigens voor die vergoedingen in aanmerking te nemen parameters, mist feitelijke grondslag, nu het hof zulks niet heeft overwogen. Voor zover het onderdeel 's hofs in 2.1 weergegeven oordeel als onjuist bestrijdt, faalt het, omdat uit het hiervoor onder 1 aangehaalde arrest van het HvJEG blijkt dat in de Richtlijn inderdaad geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld en dat de wijze waarop de billijke vergoeding wordt bepaald, wel degelijk per lidstaat kan verschillen: de lidstaten mogen immers ieder voor hun eigen grondgebied de meest relevante criteria vaststellen.

**• Billijkheid dient met name beoordeeld te worden tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het handelsverkeer**

dat het HvJEG in zoverre uniformerende, door alle lidstaten in aanmerking te nemen, criteria voor de berekening van de billijke vergoeding heeft gegeven, (i) dat een juist evenwicht dient te worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden (rov. 36) - met dien verstande dat de billijkheid van deze vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer (rov. 37) - en (ii) dat het te ontwikkelen model voor de berekening van de billijke vergoeding van uitvoerende kunstenaars of producenten niet in

strijd mag komen met enig beginsel van het gemeenschapsrecht (rov. 46). Onderdeel 2.3 betoogt dat als richtinggevend voor het begrip 'billijke vergoeding' de marktwaarde in het handelsverkeer moet worden gehanteerd. Voor zover het onderdeel op de gedachte berust dat het hof geen betekenis heeft toegekend aan de marktwaarde van de prestaties die zijn verricht door de door SENA vertegenwoordigde groeperingen, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft in zijn beoordeling van het geschil immers uitdrukkelijk betekenis toegekend aan de BUMA/STEMRA-tarieven, de in het buitenland door de publieke omroepen betaalde bedragen en hetgeen de commerciële omroepen betalen als factoren die mede van belang zijn voor het bepalen van de hoogte van de verschuldigde billijke vergoeding. Voor zover het onderdeel betoogt dat de marktwaarde van de desbetreffende prestaties in beginsel van beslissende betekenis is voor de hoogte van de in dit geding vast te stellen billijke vergoeding, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Uit het arrest van het HvJEG blijkt immers dat dit begrip mag worden uitgewerkt door een model waarin een reeks factoren is verwerkt, zoals in het dictum van dat arrest onder 2 nader aangeduid. Tot die factoren behoort - en zelfs "met name" - de waarde van het gebruik in het handelsverkeer, maar die waarde is niet in beginsel beslissend voor de hoogte van de te betalen billijke vergoeding.

**Hoogte vergoeding in eerste jaren conform historie? Oordeel dat billijke vergoeding in eerste jaren vanaf inwerkingtreding ongeveer moet overeenkomen met wat NOS voordien op vrijwillige basis aan NVPI voldeed niet voldoende gemotiveerd c.q. getuigend van onjuiste rechtsopvatting**

Deze overwegingen zijn echter in zoverre te absoluut gesteld en met te weinig voorbehoud omgeven dat, naar uit het inmiddels gewezen arrest van het HvJEG blijkt, bij de bepaling van de door de NOS verschuldigde billijke vergoeding een juist evenwicht dient te worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden, met dien verstande dat de billijkheid van deze vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer. Indien het hof deze regel in zijn door het onderdeel bestreden overweging heeft miskend, is het in zoverre van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan; indien het hof deze regel aan die overweging ten grondslag heeft gelegd, heeft het onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is immers onduidelijk op grond waarvan het hof tegen deze achtergrond zonder voorbehoud oordeelt dat de billijke vergoeding in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed.

Vindplaatsen: [AA6180](#); NJ 2006, 375, m.nt Hugenholtz (onder NJ 2006, 376)

### Hoge Raad, 28 mei 2004

(P. Neleman, A. Hammerstein, P.C. Kop, E.J. Numann en F.B. Bakels)

(...)

Arrest

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

EISERES tot cassatie,

advocaat: aanvankelijk jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper, thans mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

de stichting NEDERLANDSE OMROEP STICHTING NOS, gevestigd te Hilversum,

VERWEERSTER in cassatie,

advocaat: mr. R.S. Meijer.

#### 1. De loop van het geding tot dusver

De Hoge Raad verwijst naar zijn tussenarrest van 9 juni 2000, nr. C 99/248, NJ 2001, 569, voor een samenvatting van het geding in feitelijke instanties en het geding in cassatie tussen eiseres tot cassatie - verder te noemen: SENA - en verweerster in cassatie - verder te noemen: de NOS - tot aan dat arrest.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest onderdeel 2 van het middel behandeld en naar aanleiding daarvan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (verder: het HvJEG) de volgende vragen van uitleg voorgelegd:

"(I) Is het in art. 8 lid 2 van de Richtlijn gebezigde begrip "billijke vergoeding" een communautair begrip dat in alle lidstaten van de Europese Gemeenschap op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast?

(II) Zo ja:

(a) naar welke maatstaven dient de hoogte van de billijke vergoeding te worden vastgesteld?

(b) dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die voor de inwerkingtreding van de Richtlijn in de desbetreffende lidstaat tussen de betrokken organisaties overeengekomen of gebruikelijk waren?

(c) moet of mag rekening worden gehouden met bij de totstandkoming van de nationale wet ter implementatie van de Richtlijn bij belanghebbenden ten aanzien van de hoogte van de vergoeding gewekte verwachtingen?

(d) dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die op grond van muziek-auteursrecht worden betaald ter zake van uitzendingen door omroeporganisaties?

(e) moet de vergoeding worden gerelateerd aan het potentiële bereik aan luisteraars of kijkers, of aan het werkelijke aantal luisteraars of kijkers, dan wel deels aan eerstbedoeld bereik en deels aan laatstbedoeld bereik, en in dit laatste geval: in welke verhouding?

(III) Indien het antwoord op vraag (I) ontkenkend luidt, betekent dit dan dat de lidstaten volledig vrij zijn in het vaststellen van de maatstaven waarnaar de hoogte van de billijke vergoeding moet worden vastgesteld? Of

kent die vrijheid bepaalde grenzen, en zo ja, welke zijn die grenzen?"

Bij het arrest van 6 februari 2003, zaak C-245/00, heeft het HvJEG, oordelend dat de Hoge Raad met zijn eerste vraag in wezen wenst te vernemen of het begrip billijke vergoeding in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en in elk van die staten aan de hand van dezelfde criteria moet worden toegepast, en dat de Hoge Raad met zijn tweede en derde vraag in wezen wenst te vernemen welke criteria moeten worden toegepast om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen en binnen welke grenzen de lidstaten bij de vaststelling van deze criteria moeten blijven, voor recht verklaard:

"1. Het begrip billijke vergoeding in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, moet in alle lidstaten uniform worden uitgelegd en in dier voege 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 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."

Vervolgens hebben partijen de zaak schriftelijk nader toegelicht.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en terugwijzing van de zaak naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

#### 2. Verdere beoordeling van het middel

2.1 De onderdelen 2.1-2.4 richten zich tegen de uitleg die het hof in de rov. 14 en 24 van zijn arrest heeft gegeven aan het begrip 'billijke vergoeding' in art. 8 lid 2 van richtlijn 92/100/EEG (verder ook: de Richtlijn). Kort weergegeven heeft het hof dienaangaande in rov. 14 overwogen dat de aanspraak op een billijke vergoeding is geharmoniseerd, doch dat vooralsnog geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de bil-

lijke vergoeding dient te worden vastgesteld. De consequentie hiervan is dat de wijze waarop de billijke vergoeding wordt bepaald, per staat uiteen mag en kan lopen, aldus nog steeds het hof, dat in rov. 24 voorts overwoog dat het gevolg van zijn opvatting is dat de billijke vergoeding die omroepen aan producenten en uitvoerende kunstenaars verschuldigd zijn, per land kan verschillen vanwege de mogelijkerwijze per land verschillende onderlinge verhoudingen. Dit is de consequentie van het feit dat in de Richtlijn is gekozen voor het begrip 'billijke vergoeding' en de Richtlijn klaarblijkelijk niet bedoeld is om de hoogte van de billijke vergoeding in de lidstaten te harmoniseren, aldus nog steeds het hof.

2.2 Onderdeel 2.1 voert hiertegen aan, kort weergegeven, dat het begrip billijke vergoeding een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is, dat in de lidstaten uniform moet worden geïnterpreteerd. Daarmee is onverenigbaar de uitleg die het hof in rov. 14 van zijn arrest aan de Richtlijn heeft gegeven, namelijk dat de nationale wetgevers de vrijheid zouden hebben om aan de Richtlijn een zodanige uitleg en/of uitvoering te geven, dat daardoor 'billijke vergoedingen' op een aanzienlijk lager niveau zouden uitkomen dan strookt met de overigens voor die vergoedingen in aanmerking te nemen parameters.

Voor zover het onderdeel op het uitgangspunt is gebaseerd dat het hof niet van oordeel zou zijn dat het begrip billijke vergoeding een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is dat in de lidstaten uniform moet worden geïnterpreteerd, mist het feitelijke grondslag. Blijkens de zojuist samengevat weergegeven overwegingen van het hof is dit college van dezelfde rechtsopvatting uitgegaan. Ook de klacht dat het hof de Richtlijn zou hebben uitgelegd of toegepast in die zin dat de nationale wetgevers de vrijheid hebben om aan de Richtlijn een zodanige uitleg en/of uitvoering te geven, dat daardoor 'billijke vergoedingen' op een aanzienlijk lager niveau zouden uitkomen dan strookt met de overigens voor die vergoedingen in aanmerking te nemen parameters, mist feitelijke grondslag, nu het hof zulks niet heeft overwogen.

Voor zover het onderdeel 's hofs in 2.1 weergegeven oordeel als onjuist bestrijdt, faalt het, omdat uit het hiervoor onder 1 aangehaalde arrest van het HvJEG blijkt dat in de Richtlijn inderdaad geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld en dat de wijze waarop de billijke vergoeding wordt bepaald, wel degelijk per lidstaat kan verschillen: de lidstaten mogen immers ieder voor hun eigen grondgebied de meest relevante criteria vaststellen.

2.3 Onderdeel 2.2 stelt dat de uit het bestreden arrest blijkende opvatting dat lidstaten de billijke vergoeding aan de hand van eigen, uiteenlopende, maatstaven mogen vaststellen, ertoe leidt dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, omdat de door de Richtlijn beschermde prestaties dan in verschillende lidstaten verschillend worden gewaardeerd.

Het onderdeel faalt op de bij de behandeling van onderdeel 2.1 laatstgenoemde grond. Daarbij verdient wel

aantekening dat het HvJEG in zoverre uniformerende, door alle lidstaten in aanmerking te nemen, criteria voor de berekening van de billijke vergoeding heeft gegeven, (i) dat een juist evenwicht dient te worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden (rov. 36) - met dien verstande dat de billijkheid van deze vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer (rov. 37) - en (ii) dat het te ontwikkelen model voor de berekening van de billijke vergoeding van uitvoerende kunstenaars of producenten niet in strijd mag komen met enig beginsel van het gemeenschapsrecht (rov. 46).

2.4 Onderdeel 2.3 betoogt dat als richtinggevend voor het begrip 'billijke vergoeding' de marktwaarde in het handelsverkeer moet worden gehanteerd.

Voor zover het onderdeel op de gedachte berust dat het hof geen betekenis heeft toegekend aan de marktwaarde van de prestaties die zijn verricht door de door SENA vertegenwoordigde groeperingen, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft in zijn beoordeling van het geschil immers uitdrukkelijk betekenis toegekend aan de BUMA/STEMRA-tarieven, de in het buitenland door de publieke omroepen betaalde bedragen en hetgeen de commerciële omroepen betalen als factoren die mede van belang zijn voor het bepalen van de hoogte van de verschuldigde billijke vergoeding.

Voor zover het onderdeel betoogt dat de marktwaarde van de desbetreffende prestaties in beginsel van beslissende betekenis is voor de hoogte van de in dit geding vast te stellen billijke vergoeding, berust het op een onjuiste rechtsopvatting. Uit het arrest van het HvJEG blijkt immers dat dit begrip mag worden uitgewerkt door een model waarin een reeks factoren is verwerkt, zoals in het dictum van dat arrest onder 2 nader aangeduid. Tot die factoren behoort - en zelfs "met name" - de waarde van het gebruik in het handelsverkeer, maar die waarde is niet in beginsel beslissend voor de hoogte van de te betalen billijke vergoeding.

2.5 Onderdeel 2.4 heeft naast de onderdelen 2.1-2.3 geen zelfstandige betekenis, zodat het geen afzonderlijke beoordeling behoeft.

2.6 De Hoge Raad ziet aanleiding thans onderdeel 4.6.1 en de daarop voortbouwende onderdelen 9.1 en 9.2 te bespreken; bij die bespreking komt ook onderdeel 3, dat betrekking heeft op de uitleg die het hof in rov. 15-25 heeft gegeven aan de wetsgeschiedenis van de WNR, ten dele aan de orde.

Onderdeel 4.6.1 richt zich tegen rov. 26 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft voortgebouwd op zijn in rov. 22-25 bereikte oordeel dat, blijkens de parlementaire geschiedenis van de WNR, de thans door SENA vertegenwoordigde organisaties bij de totstandkoming van die wet bij de NOS de gerechtvaardigde verwachting hebben gewekt dat de billijke vergoeding op basis van de WNR niet substantieel zou afwijken van wat de NOS al op vrijwillige basis voor de inwer-

kingtreding van die wet betaalde aan producenten en uitvoerende kunstenaars voor het uitzenden van fonogrammen. Concluderend overweegt het hof dan in rov. 26 dat de parlementaire geschiedenis van de WNR en de contractuele relatie tussen de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (de NVPI) en de NOS factoren zijn die invloed behoren te hebben op de hoogte van de door de NOS verschuldigde billijke vergoeding. Wat de mate betreft waarin deze factoren invloed dienen te hebben, is het hof van oordeel dat de uitkomst van de berekening volgens het later in zijn arrest aan de orde komende nog te ontwikkelen berekeningsmodel, in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed, met dien verstande dat plaats moet zijn voor afwijkingen als nader omschreven in rov. 49 van 's hofs arrest. De parlementaire geschiedenis en de contractuele relatie tussen de NOS en NVPI uit het verleden vrijwaren de NOS niet van ontwikkelingen op nationaal en Europees niveau, aldus nog steeds het hof.

2.7 Deze overwegingen van het hof zijn in zoverre juist dat in het arrest van het HvJEG ligt besloten dat - binnen de daarin aangegeven marges, zoals hiervoor in 2.3, tweede alinea, aangehaald - tot de factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij het bepalen van de hoogte van de door de NOS verschuldigde billijke vergoeding, mede kan behoren dat voldoende representatieve organisaties van de inmiddels in SENA gebundelde belangengroeperingen bij de totstandkoming van de WNR verwachtingen hebben gewekt bij de NOS over de hoogte van de verschuldigde vergoeding, waaraan ook SENA thans tot op zekere hoogte is gebonden. Voor zover onderdeel 3 van een ander uitgangspunt uitgaat, faalt het.

2.8 Deze overwegingen zijn echter in zoverre te absoluut gesteld en met te weinig voorbehoud omgeven dat, naar uit het inmiddels gewezen arrest van het HvJEG blijkt, bij de bepaling van de door de NOS verschuldigde billijke vergoeding een juist evenwicht dient te worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden, met dien verstande dat de billijkheid van deze vergoeding met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van dit gebruik in het handelsverkeer. Indien het hof deze regel in zijn door het onderdeel bestreden overweging heeft miskend, is het in zoverre van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan; indien het hof deze regel aan die overweging ten grondslag heeft gelegd, heeft het onvoldoende inzicht in zijn gedachtegang gegeven. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is immers onduidelijk op grond waarvan het hof tegen deze achtergrond zonder voorbehoud oordeelt dat de billijke vergoeding in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de

NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed.

2.9 Hieraan doet niet af dat het hof aan het slot van zijn door het onderdeel bestreden rov. 26 heeft overwogen "dat plaats moet zijn voor afwijkingen als nader omschreven onder 49". In rov. 49 heeft het hof immers wederom overwogen, zulks onder uitdrukkelijke verwijzing naar rov. 26, dat de uitkomst van de nog te ontwikkelen formule ter berekening van de verschuldigde billijke vergoeding, in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer zal moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed. Naar 's hofs voorlopig oordeel mag redelijkerwijze van de NOS (w?!l) gevergd worden dat zij bereid is een verhoging van dat bedrag te aanvaarden als zulks wordt gerechtvaardigd door bijvoorbeeld de in die overweging opgesomde, mogelijke, ontwikkelingen.

Wat er zij van de vraag of de in deze overwegingen besloten beslissing zonder voorbehoud is gegeven: zij zijn op dezelfde onjuiste rechtsopvatting gebaseerd als de hiervoor in 2.8 besproken rov. 26 van zijn arrest. Ook in deze overwegingen legt het hof zich ten onrechte vast op het uitgangspunt dat de door SENA te betalen billijke vergoeding in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed, terwijl het door hem gemaakte voorbehoud onvoldoende recht doet aan de door het HvJEG geformuleerde uitgangspunten, zoals hiervoor aangehaald in 2.3, tweede alinea. De onderdelen 9.1 en 9.2 zijn dus in zoverre eveneens terecht voorgesteld.

2.10 Wat betreft de overige klachten wordt het volgende opgemerkt.

Uit de opbouw van het thans bestreden arrest en met name uit rov. 49 daarvan blijkt dat het hof zich in beginsel - en behoudens uitzonderingen - ertoe heeft beperkt voorlopig te beslissen op een reeks hoofdpunten waarover partijen van mening verschillen en die van belang zijn bij de bepaling van een billijke vergoeding in de zin van art. 7 WNR. Door deze beslissingen nu al - zij het voorlopig - te geven heeft het hof het partijen gemakkelijk gemaakt in onderling overleg een formule te ontwikkelen zoals bedoeld in rov. 29 van zijn arrest, zulks op basis van de criteria zoals in dat arrest voorlopig ontwikkeld en samengevat in rov. 48-II. Deze benadering, waarmee het hof aanknopingspunten biedt voor het door partijen te voeren overleg over de hoogte van de door de NOS verschuldigde billijke vergoeding, is in overeenstemming met de uitgangspunten, geformuleerd in de parlementaire geschiedenis van de WNR, zoals aangehaald in rov. 15-21 van het bestreden arrest. Volgens deze wetsgeschiedenis mag van partijen, vertegenwoordigd door voldoende representatieve organisaties, worden verwacht dat zij zich in redelijk en constructief overleg ervoor zullen inzetten een overeenkomst over de hoogte van de verschuldigde vergoeding te sluiten, welk uitgangspunt en welke werkwijze door het HvJEG in de rov. 33 en 44 van zijn arrest expliciet zijn onderschreven.

In dit licht en mede gelet op de in het bestreden arrest gehanteerde formuleringen moet worden aangenomen dat, zoals ook de NOS in cassatie terecht heeft aangevoerd, de tot dusver nog niet ter sprake gekomen beslissingen van het hof onder voorbehoud zijn gegeven, zodat het hof daarop in de loop van het geding nog kan terugkomen. Dit betekent dat het cassatieberoep in zoverre niet-ontvankelijk is op grond van art. 399 Rv.

2.11 Ten overvloede wordt, in het belang van een vlot verloop van de procedure na verwijzing, overwogen dat, indien de in 2.10 bedoelde beslissingen van het hof zouden moeten worden aangemerkt als niet onder voorbehoud te zijn gegeven, de tegen die beslissingen gerichte klachten, voor zover zij al feitelijke grondslag vinden in het bestreden arrest, alle zouden falen op gronden die, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering behoeven nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

### 3. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 6 mei 1999;

wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

compenseert de kosten van het geding in cassatie, daaronder begrepen de kosten verband houdende met de behandeling van de zaak bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren A. Hammerstein, P.C. Kop, E.J. Numann en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 28 mei 2004.

---

### Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

Conclusie na prejudicieel arrest inzake:

Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten SENA tegen

Stichting Nederlandse Omroep Stichting (NOS)

#### 1. Inleiding

1.1. In deze zaak is de behandeling van het cassatieberoep hervat na het antwoord van het Hof van Justitie der EG (hierna: HvJEG) op 6 februari 2003(1) op door de Hoge Raad bij arrest van 9 juni 2000 gestelde prejudiciële vragen met betrekking tot art. 8 lid 2 van Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (hierna: Richtlijn 92/100, of kortweg: de Richtlijn). De pendant van die Richtlijn bepaling is neergelegd in art. 7 van de Wet op de naburige rechten (WNR).

Partijen strijden over de vraag op welke wijze de 'billijke vergoeding' als bedoeld in de genoemde artikelen moet worden vastgesteld. Verweerster in cassatie, de NOS, is die vergoeding verschuldigd aan eiseres tot cassatie, de SENA.

1.2. Het arrest van het HvJEG heeft partijen in de rechtsstrijd bij de Hoge Raad niet nader tot elkaar gebracht. Over de circa 40 middelonderdelen (met tal van subklachten) blijven partijen, op een half onderdeel na, diametraal tegenover elkaar staan.

1.3. Ik zal concluderen tot vernietiging, doch slechts op basis van onderdeel 4.6.1 en daarop voortbouwende klachten in onderdelen 9.1 en 9.2. Dat betreft klachten die zijn gericht tegen rov. 26 en tegen daarop voortbouwende gedeelten van r.ovv. 48(II)-49 van het Haagse hof.

### 2. Feiten en procesverloop

2.1. Voor de feiten en het procesverloop tot aan het beroep in cassatie zij verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2000, NJ 2001, 569 en de daaraan voorafgaande conclusie van pl.v. P-G mr. Mok.

2.2. In zijn arrest van 9 juni 2000 heeft de Hoge Raad de behandeling van het gehele middel aangehouden totdat het HvJEG uitspraak heeft gedaan over de gestelde prejudiciële vragen (rov. 3.5).

2.3. In zijn arrest van 6 februari 2003 overwoog het HvJEG:

'De communautaire regeling

3. Richtlijn 92/100 beoogt een geharmoniseerde rechtsbescherming tot stand te brengen voor het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom.

4. Blijkens de eerste overweging van de considerans van richtlijn 92/100 moet deze harmonisatie de tussen de nationale regelingen bestaande verschillen wegnemen wanneer deze verschillen "handelsbelemmeringen en mededingingsdistorsies kunnen ontstaan, die aan de totstandbrenging en de goede werking van de interne markt afbreuk doen".

5. De zevende, de elfde, de vijftiende en de zeventiende overweging van de considerans van deze richtlijn luiden:

"Overwegende dat het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen noodzakelijk maakt als basis voor verder creatief en artistiek werk en dat de investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, bijzonder hoog en riskant zijn en dat de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen en deze investering terug te verdienen, alleen daadwerkelijk kan worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden; Overwegende dat men in de communautaire regelgeving betreffende het verhuur- en uitleenrecht en betreffende bepaalde naburige rechten slechts behoeft vast te stellen dat de lidstaten aan bepaalde groepen van rechthebbenden rechten met betrekking tot verhuur en uitlening moeten toekennen, en voorts alleen moet bepalen dat voor bepaalde groepen van rechthebbenden op bescherming door naburige rechten dient te worden voorzien in vastleggings-, reproductie-, verspreidings-, uitzendings- en openbare-mededelingsrechten; Overwegende dat een regeling moet worden ingevoerd die een niet voor afstand vatbaar recht op een billijke vergoeding waarborgt aan auteurs en uitvoerende kunstenaars, die de mogelijkheid moeten behouden om het

beheer van dit recht toe te vertrouwen aan maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging die hen vertegenwoordigen;

Overwegende dat bij deze billijke vergoeding rekening dient te worden gehouden met het belang van de bijdrage van de betrokken auteurs en uitvoerende kunstenaars aan de productie en de exploitatie van het fonogram of de film".

6. Artikel 8, leden 1 en 2, van richtlijn 92/100 bepaalt: "1. De lidstaten 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 lidstaten 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 lidstaten bepalen volgens welke voorwaarden deze vergoeding tussen beide partijen wordt verdeeld."

7. Het begrip billijke vergoeding wordt in richtlijn 92/100 niet gepreciseerd.

#### **De nationale regeling**

8. Artikel 7 van de Nederlandse Wet op de naburige rechten van 1 juli 1993, gewijzigd bij wet van 21 december 1995 (Staatsblad 1995, 653 hierna: "WNR"), luidt:

"1. Een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan kan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerende 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 gerede 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 gelijkelijk verdeeld."

9. Artikel 15 WNR preciseert dat de betaling van de in artikel 7 van deze wet bedoelde billijke vergoeding dient te geschieden aan een door de Minister van Justitie aan te wijzen representatieve rechtspersoon die met uitsluiting van anderen met de inning en verdeling van deze vergoeding is belast. Voorts bepaalt het dat deze rechtspersoon de rechthebbenden in en buiten rechte vertegenwoordigt ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de vergoeding en de inning daarvan alsmede de uitoefening van het uitsluitend recht. Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

10. Voor de inwerkingtreding van de WNR was op 16 december 1986 een overeenkomst gesloten tussen de NOS en de Stichting Radio Nederland Wereldomroep enerzijds en de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (hierna: "NVPI") anderzijds. Volgens deze overeenkomst was de NOS met ingang van 1984 jaarlijks een (geïndexeerde) vergoeding aan de NVPI verschuldigd als compensatie voor het gebruik van de rechten van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen. De vergoeding die de NOS krachtens deze overeenkomst aan de NVPI betaalde, bedroeg in 1984 605 000 NLG en in 1994 700 000 NLG. 11. Krachtens artikel 15 WNR is de SENA aangewezen om de billijke vergoeding voor de rechten te innen en te verdelen in plaats van de NVPI, die haar overeenkomst met de NOS dus bij schrijven van 23 december 1993 heeft opgezegd.

12. De SENA en de NOS hebben overeenkomstig artikel 7, lid 1, WNR geprobeerd overeenstemming te bereiken over het bedrag van de in het kader van deze wet vast te stellen billijke vergoeding. Omdat geen overeenstemming kon worden bereikt, heeft de SENA overeenkomstig artikel 7, lid 2, WNR beroep ingesteld bij de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage teneinde de billijke vergoeding te doen vaststellen op 3 500 NLG per uur voor uitzending via de televisie en op 350 NLG per uur voor uitzending via de radio, zodat het gevorderde bedrag op jaarbasis ongeveer 7500 000 NLG zou belopen.

13. Zich baserend op de overeenkomst van 16 december 1986 en op de krachtens die overeenkomst aan de NVPI betaalde bedragen, heeft de NOS in reconventie gevorderd dat de billijke vergoeding op een jaarlijks bedrag van 700 000 NLG wordt vastgesteld.

14. Bij twee tussenvonnissen van 7 augustus 1996 en 16 april 1997 heeft de Arrondissementsrechtbank de voor 1995 verschuldigde vergoeding op 2 000 000 NLG vastgesteld. De vaststelling van de voor de volgende jaren verschuldigde vergoeding heeft de rechtbank laten afhangen van andere informatie waar zij om heeft gevraagd.

15. In hoger beroep heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage in een tussenarrest van 6 mei 1999 geoordeeld dat de centrale vraag was, hoe de in artikel 7, lid 1, WNR bedoelde billijke vergoeding moest worden vastgesteld, daar noch deze wet noch richtlijn 92/100 enige concrete aanwijzing over de wijze van berekening ervan geven.

16. Het Gerechtshof heeft in de eerste plaats opgemerkt dat richtlijn 92/100 geen harmonisatie beoogt van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld, ook al kan de in andere lidstaten gevolgde praktijk invloed hebben op de in Nederland te kiezen oplossing.

17. In de tweede plaats heeft het overwogen dat uit de parlementaire geschiedenis van de WNR blijkt dat de billijke vergoeding ongeveer overeen moet komen met de vergoeding die voorheen krachtens de overeenkomst tussen de NOS en de NVPI verschuldigd was, en dat de billijkheid, de berekenbaarheid en de controleerbaar-

heid van de vergoeding moeten worden bevorderd door het gebruik van een berekeningsmodel dat partijen in eerste instantie moeten trachten te definiëren met behulp van variabele en vaste factoren.

18. Het Gerechtshof heeft de volgende factoren voorgesteld:

-het aantal uren dat de fonogrammen worden uitgezonden

-de kijk- en luisterdichtheden van de door de NOS vertegenwoordigde radio- en televisieomroepen

-de bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van rechten voor de uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken

-de door de publieke omroepen in de Nederland omringende lidstaten toegepaste tarieven

-de door de commerciële omroepen betaalde bedragen.

19. In haar cassatieberoep betoogt de SENA dat het Gerechtshof blijk had gegeven van een rechtsopvatting die onverenigbaar was met richtlijn 92/100, aangezien deze richtlijn met het begrip billijke vergoeding een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip beoogt in te voeren dat in de lidstaten uniform moet worden uitgelegd. De opvatting van het Gerechtshof leidt haars inziens tot ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

20. Daar het betoog van de SENA vragen over de uitlegging van richtlijn 92/100 deed rijzen, heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

"1) Is het in artikel 8, lid 2, van de richtlijn gebezigde begrip 'billijke vergoeding' een communautair begrip dat in alle lidstaten van de Europese Gemeenschap op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast?

2) Zo ja:

a) Naar welke maatstaven dient de hoogte van de billijke vergoeding te worden vastgesteld?

b) Dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die voortvloeien uit de inwerkingtreding van de richtlijn in de desbetreffende lidstaat tussen de betrokken organisaties overeengekomen of gebruikelijk waren?

c) Moet of mag rekening worden gehouden met bij de totstandkoming van de nationale wet ter implementatie van de richtlijn bij belanghebbenden ten aanzien van de hoogte van de vergoeding gewekte verwachtingen?

d) Dient aansluiting te worden gezocht bij de hoogte van vergoedingen die op grond van muziekauteursrecht worden betaald ter zake van uitzendingen door omroeporganisaties?

e) Moet de vergoeding worden gerelateerd aan het potentiële bereik aan luisteraars of kijkers, of aan het werkelijke aantal luisteraars of kijkers, dan wel deels aan eerstbedoeld bereik en deels aan laatstbedoeld bereik, en in dit laatste geval: in welke verhouding?

3) Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, betekent dit dan dat de lidstaten volledig vrij zijn in het vaststellen van de maatstaven waarnaar de hoogte van de billijke vergoeding moet worden vastgesteld? Of kent die vrijheid bepaalde grenzen, en zo ja, welke zijn die grenzen?"

De eerste vraag

21. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip billijke vergoeding in de zin van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en in elk van die staten aan de hand van dezelfde criteria moet worden toegepast.

22. Wat, in de eerste plaats, de vraag van de uniforme uitlegging van het begrip billijke vergoeding betreft, zijn partijen in het hoofdgeding, alle regeringen die opmerkingen hebben ingediend met uitzondering van de Finse regering, en de Commissie het erover eens dat een dergelijk begrip, dat voorkomt in een richtlijn van de Raad en geen enkele verwijzing naar nationaal recht bevat, een autonome gemeenschapsrechtelijke bepaling is die op het grondgebied van de Gemeenschap uniform moet worden uitgelegd.

23. Gelijk de regering van het Verenigd Koninkrijk opmerkt, heeft het Hof reeds geoordeeld dat, met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling, als algemene regel dient te gelden dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling (zie bijvoorbeeld arresten van 18 januari 1984, Ekro, 327/82, Jurispr. blz. 107, punt 11, 19 september 2000, Linster, C-287/98, Jurispr. blz. 1-6917, punt 43, en 9 november 2000, Yiadom, C-357/98, Jurispr. blz. 1-9265, punt 26).

24. Dit geldt ook voor het begrip billijke vergoeding in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100. Op grond van het beginsel van de autonomie van het gemeenschapsrecht moet dit begrip dus in alle lidstaten uniform worden uitgelegd.

25. Met betrekking tot, in de tweede plaats, de vraag of in alle lidstaten dezelfde criteria moeten worden toegepast, erkennen partijen in het hoofdgeding, alle regeringen die opmerkingen hebben ingediend, en de Commissie dat richtlijn 92/100 geen definitie van het begrip billijke vergoeding geeft. Voorts stellen zij unaniem vast dat deze richtlijn de lidstaten weliswaar belast met de taak om in bepaalde omstandigheden de billijke vergoeding tussen de uitvoerende kunstenaars en de producenten van fonogrammen te verdelen, doch hun niet de opdracht geeft om gemeenschappelijke criteria voor een billijke vergoeding vast te stellen.

26. De SENA leidt uit laatstgenoemde vaststelling a contrario af dat de gemeenschapswetgever de lidstaten niet de mogelijkheid heeft willen geven om de criteria voor een billijke vergoeding en dus ook de hoogte van deze vergoeding autonoom vast te stellen. Zij baseert deze redenering op een arrest van 3 februari 2000, Egeda (C-293/98, Jurispr. blz. 1-629), waarin het Hof heeft geoordeeld dat richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (PB L 248, blz. 15) niet in een

algehele, maar slechts in een minimale harmonisatie van de bepalingen inzake het auteursrecht voorziet. De SENA leidt hier mutatis mutandis uit af dat richtlijn 92/100, die specifiek tot doel heeft, het in artikel 8, lid 2, voorziene recht op een billijke vergoeding voor het gebruik van commerciële fonogrammen vast te leggen en te verzekeren, het bestaan en de omvang van dit recht beoogt te harmoniseren.

27. Voorts is zij van mening dat, om aan dit verlangen naar harmonisatie recht te doen, de hoogte van de billijke vergoeding alleen kan worden vastgesteld aan de hand van de marktwaarde van de verhuur of de uitleening.

28. Tot staving van haar betoog stelt zij dat richtlijn 92/100 is gebaseerd op de artikelen 57, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 47, lid 2, EG), 66 EG-Verdrag (thans artikel 55 EG) en 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG) en dat de keuze van deze artikelen als rechtsgrondslag verband houdt met de doelstelling van verwezenlijking van de interne markt en, derhalve, met het streven om de wettelijke regelingen van de lidstaten te harmoniseren.

29. Het nastreven van dit doel maakt het volgens de SENA met name mogelijk, ongerechtvaardigde belemmeringen en ongelijkheden die de marktpositie van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen ongunstig beïnvloeden, op te heffen en de economische nadelen die uit de uitzending van die fonogrammen kunnen voortvloeien, ongedaan te maken.

30. Zij betoogt dat op verwante gebieden de uitlegging van richtlijn 92/100 door het Hof de doelstellingen van deze richtlijn heeft bevestigd, namelijk bestaande verschillen in rechtsbescherming in de lidstaten verminderen door harmonisatie van wetgeving en ervoor zorgen dat de auteurs en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen ontvangen en dat de fonogramproducenten hun investeringen kunnen terugverdienen. Het Hof heeft deze punten en het belang van de culturele ontwikkeling van de Gemeenschap als bedoeld in artikel 128 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 151 EG) beklemtoond in zijn arresten van 28 april 1998, *Metronome Musik* (C-200/96, Jurispr. blz. 1-1953), en 22 september 1998, *FDV* (C-61/97, Jurispr. blz. 1-5171).

31. De Commissie en alle regeringen die opmerkingen hebben ingediend, vragen het Hof vast te stellen dat het betoog van de SENA niet aannemelijk maakt dat de gemeenschapswetgever, nu in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 daarover niets wordt gezegd, impliciet uniforme criteria heeft willen vaststellen om te bepalen of een vergoeding al dan niet billijk is.

32. Zij zijn juist van mening dat in richtlijn 92/100 bewust geen gedetailleerde en dwingende methode voor de berekening van de hoogte van deze vergoeding is opgenomen.

33. Er zij aan herinnerd dat de richtlijn de lidstaten verplicht een regeling in te voeren die verzekert dat de gebruiker een billijke vergoeding betaalt wanneer een fonogram wordt uitgezonden. De richtlijn geeft eveneens aan dat de verdeling van deze vergoeding tussen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen in de regel wordt vastgesteld door middel van overeenstemming tussen hen beiden. Slechts wanneer hun onderhandelingen niet tot overeenstemming over de wijze van verdeling leiden, moet de lidstaat tussenbeide komen om de voorwaarden ervan te bepalen.

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 (zie in die zin arrest van 25 februari 1999, *Carbonari e.a.*, C-1 31/97, Jurispr. blz. 1-1103, punt 45). 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 geëerbiedigd.

35. Bij de formulering van artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 is blijkbaar uitgegaan van artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, dat op 26 oktober 1961 te Rome is ondertekend. Dit verdrag voorziet in de betaling van een billijke vergoeding, waarvan de voorwaarden inzake de verdeling bij ontbreken van overeenstemming tussen de diverse betrokken partijen door de nationale wetgeving worden bepaald, en noemt slechts een bepaald aantal als niet-uitputtend, niet-dwingend en potentieel relevant aangemerkte factoren om te bepalen wat in een concreet geval billijk is.

36. De enige rol die het Hof in een dergelijke situatie in het kader van een bij hem aanhangig geding kan spelen, is de lidstaten verzoeken op het grondgebied van de Gemeenschap het begrip billijke vergoeding, dat, geleid op de met name in de considerans genoemde doelstellingen van richtlijn 92/100, aldus moet worden uitgelegd dat hierdoor een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke omstandigheden te kunnen uitzenden, zo uniform mogelijk in acht te doen nemen.

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.

38. Derhalve moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip billijke vergoeding in artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd en in die zin moet 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.

De tweede en de derde vraag 39. Met de tweede en de derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen welke criteria moeten worden toegepast om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen en binnen welke grenzen de lidstaten bij de vaststelling van deze criteria moeten blijven.

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.

41. In het hoofdgeding volgt uit artikel 7 WNR dat het, bij gebreke van een overeenkomst tussen de SENA en de NOS over de hoogte van de vergoeding, aan de nationale rechter staat om die hoogte te bepalen. Op grond van deze wettelijke regeling heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage geoordeeld dat de billijkheid, de berekenbaarheid en de controleerbaarheid van de vergoeding dienen te worden bevorderd door het gebruik van een berekeningsmodel dat vaste en variabele factoren bevat: 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 Nederland toepassen en, ten slotte, de door de commerciële omroepen betaalde bedragen.

42. Voorts heeft het Gerechtshof gepreciseerd dat partijen eerst kunnen proberen zelf een berekeningsmodel te ontwikkelen dat in de eerste jaren na de datum van inwerkingtreding van richtlijn 92/100 moet leiden tot een resultaat dat ongeveer overeenkomt met het bedrag dat de omroeporganisatie voordien op basis van een overeenkomst aan het vroegere invorderingsorgaan betaalde, tenzij een verhoging nodig is om een billijke vergoeding te verzekeren.

43. Ten slotte heeft het Gerechtshof de mogelijkheid geopperd om deskundigen in te schakelen voor het ontwerpen van een berekeningsmodel, indien de meningsverschillen tussen partijen blijven bestaan.

44. Het Gerechtshof doet aldus al het mogelijke om artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100, dat de uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen een billijke vergoeding beoogt te verzekeren, optimaal te eerbiedigen, en geeft daarbij de voorkeur aan een overeenkomst op basis van objectieve criteria. Het staat aan de partijen om deze criteria te wegen en daarbij met name rekening te houden met de in andere lidstaten gevolgde methodes en, indien onderhandelingen tussen deze partijen geen resultaat opleveren, te bepalen dat de nationale rechter technisch kan worden bijgestaan door

een deskundige om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen.

45. De Nederlandse wetgever heeft er dus voor gekozen om de vertegenwoordigers van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen en die van gebruikers van fonogrammen in gezamenlijk overleg de hoogte van de billijke vergoeding te laten vaststellen en, bij gebreke van overeenstemming, deze taak toe te vertrouwen aan de nationale rechter, die deze vergoeding uiteindelijk zal moeten berekenen. Volgens deze methode, die het recht van partijen ten volle beschermt het gemeenschapsrecht eerbiedigt, kan een algemeen kader worden vastgesteld waarin de verschillende keuzes van de lidstaten voor de berekening van de hoogte van een billijke vergoeding een plaats kunnen hebben.

46. Derhalve moet op de tweede en de derde vraag worden geantwoord dat artikel 8, lid 2, van richtlijn 92/100 zich niet verzet 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 televisie-omroepen, 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.'

2.4. Het dictum van het arrest herhaalt de r.ovv. 38 en 46.

2.5. Nadat het HvJEG dit arrest had gewezen, hebben beide partijen hun onderscheiden standpunten nader schriftelijke doen toelichten. SENA heeft gerepliceerd en de NOS heeft gedupliceerd.

### **3. Inleidende opmerkingen**

a. Het arrest van het Hof van Justitie der EG

3.1. Het arrest van het HvJEG van 6 februari 2003 komt m.i. in de kern op het volgende neer.  
3.1.1. Het begrip 'billijke vergoeding' in art. 8 lid 2 van de Richtlijn is een autonoom communautair begrip, dat in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd (rov. 24).

3.1.2. Nu de Richtlijn dienaangaande 'geen enkel bijzonder criterium oplegt', blijven de verdragstaten evenwel vrij 'om op hun grondgebied de meest relevante criteria vast te stellen om er binnen het gemeenschapsrecht en in het bijzonder richtlijn 92/100 gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd' (rov. 34). Harmonisering van de wijzen waarop de billijke vergoeding wordt vastgesteld of van de hoogte ervan, is op zichzelf niet

nagestreefd.

3.1.3. Als voorwaarden gelden slechts: (i) dat 'een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder "redelijke omstandigheden" (rov. 36) respectievelijk "redelijke voorwaarden" (rov. 46) te kunnen uitzenden'. Ik spreek hierna korthedshalve van de 'evenwichtsregel'; (ii) dat het berekeningsmodel niet in strijd is met enig beginsel van het gemeenschapsrecht (rov. 46). (Bij dit laatste zal het hof bijvoorbeeld gedacht hebben aan het verbod van discriminatie, meer in het bijzonder: bevoordeling van eigen onderdanen).

3.1.4. Het door het Haagse hof gehanteerde berekeningsmodel is volgens het HvJEG niet in strijd met het gemeenschapsrecht, voor zover het aan de zojuist gereleveerde voorwaarden voldoet (r.ovv. 41-46).

3.1.5. Ten aanzien van de 'evenwichtsregel' geeft het hof nog als gezichtspunt mee dat de billijkheid met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde in het handelsverkeer van het gebruik van een commercieel fonogram (rov. 37).

3.2. Een nadere algemene conclusie die uit het voorgaande kan worden getrokken, is dat - gelet op de vrijheid die de lidstaten volgens het HvJ EG hebben en voorts de vaagheid van de in de begrippen 'juist evenwicht'; 'waarde van het gebruik'; 'redelijke voorwaarden' - het gemeenschapsrecht de lidstaten ruimte laat voor onderlinge verschillen. Dit neemt niet weg dat bij de invulling/toepassing van de autonoom-Europeesrechtelijke norm door de lidstaten respectievelijk hun nationale gerechten, de bandbreedte van het begrip 'billijke vergoeding' in een concreet geval kan worden overschreden, door veronachtzaming van de 'evenwichtsregel' of enig beginsel van gemeenschapsrecht. Het HvJ spreekt, evenals trouwens het vraagstellend arrest van de Hoge Raad, over aldus getrokken 'grenzen'.

3.3. Daarmee zijn ook de contouren aangegeven van de verhouding tussen het HvJEG als hoogste communautaire rechter enerzijds en de nationale rechter anderzijds. Nu het HvJEG heeft bevestigd dat de 'billijke vergoeding' een communautair begrip is, behoudt het zich kennelijk voor om over eventuele nieuwe of nadere vragen daaromtrent uitspraak te doen.

3.3.1. Hierbij valt vooreerst te denken aan vragen van nationale rechters of ook met andere parameters dan met de nu op zichzelf 'geaccordeerde' parameters van het Haagse hof rekening gehouden kan worden. Dat zal zich in deze zaak SENA/NOS (vermoedelijk) niet meer voordoen. Het antwoord op een zodanige vraag zal overigens, in het licht van het nu gewezen arrest, allicht(2) in dezelfde zin luiden: toelaatbaar, mits binnen de reeds door het hof aangegeven grenzen.

3.3.2. In de tweede plaats valt te denken aan een vraag van de nationale rechter of een met inachtneming van door het HvJEG op zichzelf geaccordeerde (of alsnog expliciet acceptabel te oordelen) parameters berekend eindresultaat uiteindelijk w?l of niet blijft binnen de

door het HvJEG aangegeven grens van de 'evenwichtsregel'. Een nationale rechter kan daarover immers nog steeds twifelen, en art. 234 EG bevat dan het voor de lagere rechter facultatieve, en voor de hoogste nationale rechter dwingende recept.

Het arrest van het HvJEG in deze zaak wekt bij mij, en wellicht niet alleen bij mij, de indruk dat het Hof niet staat te trappelen om zo'n nationaal eindresultaat meer dan (uiterst) marginaal te toetsen aan de 'evenwichtsregel'. Maar... eigen (nadere) twijfel bij de nationale rechter blijft aanleiding geven tot het recht, onderscheidenlijk de plicht tot (nadere) prejudici?le vraagstelling aan het HvJEG. En verongelijkte partijen kunnen er natuurlijk alles aan doen om de nationale rechter tot twijfel (zo niet: tot vertwijfeling) te brengen. Dit kan zich in iedere Europees geharmoniseerde 'billijke-vergoedings'-zaak voordoen. Het z?u zich ook in een volgende fase van deze lang lopende procedure SENA/NOS kunnen voordoen, nadat het Haagse hof nader heeft beslist.

b. Het HvJEG, de Hoge Raad en de (enige) hoogste feitenrechter

3.4.1. Het voorgaande heb ik opgeschreven als opmaat naar een enigszins delicate vraag, die n? - in deze procesfase - aan de orde is.

Al heeft het HvJEG mede de verhouding tussen het HvJEG als hoogste communautaire rechter enerzijds en de nationale rechter anderzijds nader aangegeven, daarmee is niets gezegd over de verhouding tussen de nationale (feiten- en cassatie-)rechters onderling. Dat het HvJEG hierover niets zegt, spreekt vanzelf: dat is immers zijn taak niet. De Hoge Raad dient ten deze w?l (expliciet of impliciet) positie te kiezen.

3.4.2. Vooropstellend dat de Hoge Raad in ieder geval ontvankelijkheidsvragen (vgl. art. 399 Rv.(3)) en motiveringsklachten(4) zal dienen te behandelen, spelen m.i. - in deze fase - ten aanzien van de rechtsklachten met betrekking tot art. 7 WNR globaal bezien, de volgende keuzemogelijkheden.

(i) De Hoge Raad stelt zich even afstandelijk op als het HvJEG en gaat na of naar zijn oordeel de met rechtsklachten aangevochten overwegingen van het Haagse hof voorshands in het licht van het arrest van het HvJEG al dan niet acceptabel bevonden kunnen worden. Deze exercitie strekt zich dan zowel uit ten aanzien van de parameters waarover het HvJEG zich afzonderlijk heeft uitgelaten, als ten aanzien van de vraag of voorshands al dan niet reeds in deze fase moet worden aangenomen dat het voortgaan door het hof op de door hem in het tussenarrest ingeslagen weg zal moeten stuklopen op de buitengrens van het 'juiste evenwicht'-criterium van het HvJEG. Voor zover de Hoge Raad geen aanleiding voor vernietiging ziet in het licht van deze benadering, kan de Hoge Raad het Haagse hof overigens nog herinneren aan de bij de verdere beoordeling in acht te nemen buitengrens van de 'evenwichtsregel'. Een eventuele volgende cassatieronde, aangespannen door hetzij een ontevreden SENA, hetzij een ontevreden NOS, hetzij twee ontevreden partijen, zou kunnen worden afgewacht (het scenario van par. 3.3.2 hierbo-

ven).

(ii) De Hoge Raad zou dieper kunnen ingaan op de (alle) rechtsklachten. Bestaat daarvoor ruimte? Ik denk van wel.

Kennisneming van het arrest van het HvJEG in deze zaak leert dat dit Europese Hof enerzijds een 'groen licht' heeft gegeven voor hantering van tal van door het Haagse hof relevant geoordeelde en deels in de vraagstelling van de Hoge Raad vervatte parameters (binnen de grens van het 'juiste evenwicht'-criterium en de communautairrechtelijke beginselen), maar dat het HvJEG anderzijds niet geoordeeld heeft dat al die factoren ook in acht genomen moeten worden. Tussen het 'mogen' maar 'niet moeten' van het HvJEG zitten potentiële 'rechtsakker'-percelen. Die zouden, binnen even bedoelde communautairrechtelijke grenzen, door de Hoge Raad desgewenst nader beploegd kunnen worden.

3.4.3. De keuze tussen benadering (i) of (ii) wordt bepaald door de vraag hoe de Hoge Raad, binnen de door het HvJEG gelaten ruimte, zijn positie als hoogste nationale rechter wenst in te vullen ten opzichte van de hoogste feitelijke instantie.

Als het gaat om een rechtsgebied waarop vijf hoven, of 19 rechtbanken naast elkaar opereren als hoogste feitelijke instanties, dringt zich als uitgangspunt op dat de Hoge Raad als hoogste nationale rechter, binnen de door het HvJEG gelaten ruimte, op het nationale territorium invulling blijft geven aan rechtsvorming en rechtseenheidsbevordering. Aan een zodanige principiële keuze hoeft niet af te doen dat de 'aan de bovenkant' door het communautaire recht beperkte correctieruimte ook nog eens 'aan de onderkant' beperkt is in de mate waarin de Hoge Raad de hoogste feitelijke instanties ruimte laat om te oordelen 'zonder te getuigen van een onjuiste rechtsopvatting'.

3.4.4. Maar in de onderhavige zaak hebben wij te maken met een rechtsakker, waarop, ingevolge de wens van de Nederlandse wetgever, slechts één rechtbank respectievelijk één hof van beroep bevoegd is: de Haagse rechtbank en het Haagse hof. Daarmee rijst de vraag of de Hoge Raad, binnen de communautairrechtelijke ruimte, rechtsoordelen van het Haagse hof door de zijne zou willen vervangen of verfijnen.(5)

Daarbij speelt een complicerende rol dat de exacte omvang van de communautairrechtelijke ruimte voor de Hoge Raad bij correctie van rechtsoordelen van het Haagse hof menselijkerwijs (bij ontbreken van expliciete actes *clair*) ook nog weer hoofdbrekens kan kosten; en dat hoofdbrekens die resulteren in twijfels, wederom verplichten tot prejudiciële vraagstelling ex art. 234 EG.

3.4.5. Als het slechts zou gaan om de posities van (i) het HvJEG, (ii) de Hoge Raad en (iii) de hoogste exclusief bevoegde nationale feitelijke instantie (in dit geval het Haagse hof dus), zou ik eerder de neiging hebben om niet te knabbelen aan de toegevoegde waarde van nationale nadere rechtsinvulling door de Hoge Raad binnen de communautairrechtelijke grenzen. Dat de Hoge Raad zich daarbij een extra werklast op de hals

haalt, ten koste van andere prioriteiten, ware voor lief te nemen.

3.4.6. Bij het proces zijn echter niet in de laatste plaats (zo niet in de eerste plaats) partijen betrokken. Voor partijen is van groot belang: berechting binnen een redelijke termijn. Een model waarin de hoogste nationale cassatierechter zich materieel (royaal) ontvankelijk toont voor rechtsklachten tegen oordelen van de exclusief bevoegde hoogste feitenrechter binnen de beperkte communautairrechtelijke ruimte, is wellicht 'aangenaam' voor die partij die daaruit nog hoop kan putten. Maar het is *ceteris paribus* voor beide partijen wel een extra station.(6)

Van oudsher zijn voor een goede rechtsbedeling twee feitelijke instanties en één cassatie-instantie genoegzaam geoordeeld. Met de voor de hoogste nationale rechter ingevolge art. 234 EG als regel verplichte procedure is daar, hoe men het ook wendt of keert, een cassatie-instantie bijgekomen.(7) Ik heb de neiging om in de context waarbij er maar één hoogste feitenrechter is, te pleiten voor terughoudendheid van de Hoge Raad. De Hoge Raad kan indiceren dat partijen - ook in eigen belang - genoeg dienen te nemen met, ten aanzien van de rechtsvragen op geharmoniseerd gebied, één cassatie-instantie (onvermijdelijk: het HvJEG). Dit levert een bijdrage om de duur, althans de ingewikkeldheid van de procedures waar mogelijk enigszins te beperken. Het is hier mogelijk.

3.4.7. Er is nog een heel andere redenering die tot hetzelfde resultaat leidt.

Dit betreft de door Quaedvlieg juist naar aanleiding van deze SENA/NOS-zaak al vroeg (1997) gestelde vraag of wij in het auteursrecht en de naburige rechten niet 'langzaam een economisch beleid tegemoet [gaan] dat in toenemende mate door de rechter wordt uiteengezet? En is dat wenselijk?' In mijn noot onder het tussenarrest van de Hoge Raad in deze zaak, NJ 2001, 569, p. 4115, ben ik Quaedvlieg bijgevallen. Buitenlandse(8), en trouwens ook binnenlandse(9) voorbeelden laten zien dat het mogelijk is om de oplossing van dit soort vragen waarbij de economische of cultuurpolitiek een grote rol speelt, in mindere of meerder mate weg te houden van de daarmee niet te 'politiseren' civiele rechter. Waar de noodzaak ontbreekt, zou de civiele cassatierechter die kwesties m.i. dus niet naar zich moeten toetrekken.

In dit verband is overigens opmerkelijk de bijval die het HvJEG in rov. 44, tweede volzin van het prejudiciële arrest betuigt aan een *modus procedendi*, waarbij, nadat de rechter objectieve criteria heeft aangereikt, het 'aan partijen [staat] om deze criteria te wegen en daarbij met name rekening te houden met de in andere lidstaten gevolgde methodes en, indien onderhandelingen tussen deze partijen geen resultaat opleveren, te bepalen dat de nationale rechter technisch kan worden bijgestaan door een deskundige om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen'.

3.4.8. De paragrafen hierboven tenderen naar een 'grondhouding', waarbij, wat de rechtsklachten over art.

7 WNR betreft, het bestreden tussenarrest van het Haagse hof door de Hoge Raad even welwillend ware te bezien als het HvJEG blijkt te hebben gedaan (vgl. r.ovv. 41-44 van het HvJEG). Die 'grondhouding' zal hieronder mijn uitgangspunt zijn. Niettegenstaande die grondhouding, zal ik in het licht van middelonderdeel 4.6.1 (en voortbouwende klachten in middelonderdelen 9.1 en 9.2) tot vernietiging concluderen. Na eindarrest van het Haagse hof kan overigens het onder 3.3.2 bedoelde scenario nog steeds volgen.

3.4.9. Verdere onderdelen van mijn conclusie zullen herinneren aan dit uitgangspunt.

c. Billijkheid en 'waarde in het handelsverkeer'

3.5.1. Het HvJEG wijdt zijn rov. 37 aan de betekenis voor het gemeenschapsrechtelijke begrip 'billijke vergoeding' van: 'de waarde in het handelsverkeer'. Het HvJEG refereert aan het standpunt van de Europese Commissie. De Commissie had in haar schriftelijke opmerkingen ten deze opgemerkt: '26. (...) dat de vergoeding van dien aard moet zijn, dat het juiste midden wordt bereikt tussen de belangen van de producenten en uitvoerende kunstenaars bij het ontvangen van een vergoeding (...) en de belangen van derden (...) om deze opname onder redelijke voorwaarden te kunnen gebruiken (...).

28. Hoewel, anders dan in artikel 4 van de richtlijn ("billijke vergoeding voor de verhuur"), het woord "vergoeding" niet wordt gebezigd in directe grammaticale samenhang met de beschermde handeling, volgt rechtstreeks uit de structuur van artikel 8, tweede lid, en uit de betekenis van het woord "vergoeding" - die op de verhouding prestatie-tegenprestatie duidt - dat de vergoeding direct ziet op het gebruik van een commercieel fonogram voor onder meer uitzending. Uit deze rechtstreekse band kan worden opgemaakt dat de "billijke" vergoeding in verhouding moet staan tot de waarde van dat gebruik in het economisch verkeer.' In de opvolgende nrs. 29-30 van haar schriftelijke opmerkingen wijst de Commissie vervolgens de door het Haagse hof in rov. 24 toegekende invloed aan gewekte verwachtingen af.

3.5.2. Het Haagse hof had in zijn rov. 24, tweede alinea, vierde en vijfde volzin, overwogen (de term 'marktwaarde' aldaar is m.i. een synoniem van 'waarde in het handelsverkeer'): 'In de visie van het hof is het begrip "billijke vergoeding" dus niet gelijk te stellen met het begrip "marktwaarde" zoals SENA lijkt voor te staan, waarbij het gaat om een louter op basis van "objectieve", dat wil zeggen los van de partijen staande, gegevens als resultante van vraag en aanbod tot stand komende prijs. Te bedenken is voorts dat SENA (vrijwel) de enige "aanbieder" is van het "goed" dat voor de NOS onontbeerlijk is, zodat partijen op elkaar zijn aangewezen.'

3.5.3. Ook het HvJEG neemt hiervan afstand, maar gaat daarbij m.i. niet zo ver als de Europese Commissie. Rechtsoverwging 37 van het HvJEG luidt: '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.'

3.5.4. Het HvJEG vult het begrip 'waarde in het handelsverkeer' overigens niet nader in, met name niet in de door SENA bedoelde zin van 'los van de partijen staande, gegevens als resultante van vraag en aanbod tot stand komende prijs'.

3.5.5. Ook op het door het Haagse hof genoemde aspect dat SENA (vrijwel) de enige 'aanbieder' is (het imperfecte-markt-aspect) gaat het HvJEG niet in; of het zou moeten zijn door de verwijzing naar 'gemeenschapsrechtelijke' beginselen, waartoe ook het verbod van misbruik van een economische machtspositie behoort; vgl. art. 82 EG.

3.5.6. Terwijl SENA blijkens de stukken zich op de 'marktwaarde' heeft beroepen om aansluiting na te streven bij door haar (en vergelijkbare buitenlandse organisaties, en Buma/Stemra) gesloten overeenkomsten met derden, die bereid bleken de aldus overeengekomen tarieven te betalen, heeft het Haagse hof, mede door de verwijzing naar SENA als (vrijwel) de enige 'aanbieder' van het goed dat voor de NOS onontbeerlijk is, de betekenis daarvan gerelativeerd. Zelf heb ik in mijn NJ-noot (2001, 569) onder het verwijzingsarrest van HR 9 juni 2000 erop gewezen dat SENA-tarieven au fond vraagprijzen zijn, en dat (nog daargelaten door SENA verleende kortingen), het bedrag dat door bepaalde gebruikers acceptabel wordt geacht c.q. betaald wordt, daarmee nog niet 'billijk' is, omdat die betaling kan samenhangen met 'nuisance value'.

3.5.7. In het streven om aan de 'waarde in het handelsverkeer' hanteerbare betekenis toe te kennen, doe ik nog de volgende poging. Aan een genoegzaam gebleken bereidheid van (een nader te bepalen deel van) de markt zou men kunnen ontlend dat op de debiteur ceteris paribus een zwaardere stelplicht/bewijs-/argumentatielast rust dat het gevraagde tarief (niettemin) 'onbillijk hoog' is, dan de last voor Sena om de billijkheid van haar kant nader te beargumenteren. De praktijk is weliswaar niet van doorslaggevend belang, maar niettemin van aanzienlijk belang bij invulling van de norm.

3.5.8. Mede in het licht van rov. 42 blijft m.i. beslissend de 'evenwichts'-eindregel van rov. 46 van het HvJEG: dat 'een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden'. Een en ander moge tevens verklaren waarom ik eerder in deze conclusie de door het HvJEG gevraagde aandacht voor de 'waarde in het handelsverkeer' als een gezichtspunt (en niet als een regel) heb geduid.

3.5.9. Dat doet er, summa summarum, niet aan af dat het hier nu eenmaal om een door het HvJEG voorgehouden gezichtspunt gaat, en dat het Haagse hof - naar bij de bespreking van middelonderdeel 4.6.1 blijken zal - m.i. aan dit gezichtspunt nog onvoldoende aandacht heeft gegeven.

d. Het arrest van HR 28 november 2003 in de zaak SENA/NKP

3.6. Voor de goede orde wijs ik nog op het recente arrest van de Hoge Raad van 28 november 2003 in de zaak SENA/NKP,(10) waarbij, tot op zekere hoogte, ook de uitleg van art. 7 WNR ter discussie stond. Biedt dat arrest voor de zaak SENA/NOS nadere gezichtspunten?

Dat is ten dele het geval. Ni?t voor zover het in die zaak ging om de motivering terzake van de uitwerking van een (reeds) overeengekomen basistarief (en daarmee niet om de wijze waarop de billijke vergoeding van art. 7 door de rechter autonoom moest worden vastgesteld).

Anderdeels stond in die zaak de verhouding tussen Rome- en niet-Rome-muziek (art. 32 lid 5 WNR) bij de vaststelling van de billijke vergoeding ter discussie. Voor de beoordeling van onderdeel 6.3 van het cassatiemiddel heeft het SENA/NKP-arrest m.i. (zijdelings) betekenis, zoals ik bij de bespreking van dat onderdeel zal uitwerken.

#### **4. Bespreking van het cassatiemiddel**

4.1. Onderdeel 1 van het middel bevat geen klacht. **Onderdelen 2.1-2.4 (11)**

4.2. Ik stel voorop dat de door deze middelonderdelen aangevochten overwegingen van het hof m.i. eindschikkingen zijn, zodat art. 399 Rv niet aan behandeling hiervan in de weg staat. Ik volg daarmee de expliciete vooropstelling in de conclusie van pl.v. P-G Mok (nr. 4.1.4) voor uw arrest van 9 juni 2000, en de impliciete vooropstelling van uw Raad zelf blijkens dat arrest. 4.3. De onderdelen 2.1-2.4 richten zich tegen de uitleg door het hof van het begrip 'billijke vergoeding' in r.ovv. 14 en 24 van het bestreden arrest. Ik geef gemakshalve die r.ovv. 14 en 24 hieronder weer: '14. Uit de Richtlijn kan het hof niet anders afleiden dan dat de aanspraak op een billijke vergoeding is geharmoniseerd doch dat vooralsnog geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld. De consequentie hiervan is dat de wijzen waarop de billijke vergoeding wordt bepaald, per Staat uiteen mogen en kunnen lopen. Uit de door partijen over de situatie in het buitenland verstrekte gegevens blijkt dat het laatste feitelijk het geval is. Het betekent voorts dat opvattingen van de nationale wetgever over de billijke vergoeding een rol kunnen (blijven) spelen.' [...]

'24. Toch is de parlementaire geschiedenis niet geheel zonder belang. Het belang is dan niet zozeer gelegen in de daarin terug te vinden en hierboven besproken uitlatingen van de regering, alswel in de daarin tot uitdrukking komende opvattingen van de (toen: toekomstige) rechthebbenden. Met die opvattingen mag niet alleen, maar behoort rekening te worden gehouden. Het gaat in deze zaak om de vaststelling van de door de NOS aan SENA te betalen billijke vergoeding. Aan het begrip "billijke vergoeding" is naar het oordeel van het hof inherent dat de vergoeding redelijk moet zijn in de verhouding tussen de NOS en de rechthebbenden. Dat betekent dat eventuele door de rechthebbenden bij de

NOS gewekte verwachtingen een rol kunnen spelen bij de bepaling van hetgeen een billijke vergoeding is in de relatie tussen de NOS en de rechthebbenden. In de visie van het hof is het begrip "billijke vergoeding" dus niet gelijk te stellen met het begrip "marktwaarde" zoals SENA lijkt voor te staan, waarbij het gaat om een louter op basis van "objectieve", dat wil zeggen los van de partijen staande, gegevens als resultante van vraag en aanbod tot stand komende prijs. Te bedenken is voorts dat SENA (vrijwel) de enige "aanbieder" is van het "goed" dat voor de NOS onontbeerlijk is, zodat partijen op elkaar zijn aangewezen. Het hof realiseert zich dat het gevolg van zijn opvatting is dat de billijke vergoeding die omroepen aan producenten en uitvoerende kunstenaars verschuldigd zijn, per land kan verschillen vanwege de mogelijkerwijze per land verschillende onderlinge verhoudingen. Dit is echter onvermijdelijk nu in de Richtlijn gekozen is voor het begrip "billijke vergoeding" en de Richtlijn klaarblijkelijk niet bedoeld is om de hoogte van de billijke vergoeding in de Lid-Staten te harmoniseren. Hieronder zal duidelijk worden dat dit naar het oordeel van het hof niet betekent dat de hoogte van de vergoedingen die in het buitenland worden betaald, zonder invloed zijn op de hier te lande vast te stellen billijke vergoeding.'

4.4. Onderdeel 2.1 betoogt, kort samengevat, dat het begrip billijke vergoeding een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is, dat in de Lid-Staten uniform moet worden geïnterpreteerd. Het begrip kan, aldus het middel, niet binnen de Lid-Staten met een aanzienlijke mate van vrijheid, aan de hand van de in elke Lid-Staat geldende politieke of maatschappelijke opvattingen zelfstandig worden uitgelegd. Met het gemeenschapsrechtelijk karakter zou onverenigbaar zijn 's hofs uitleg van de Richtlijn, althans de door het hof daaraan verbonden gevolgtrekking dat de nationale wetgevers de vrijheid zouden hebben om aan de Richtlijn een zodanige uitleg en/of uitvoering te geven, dat daardoor 'billijke vergoedingen' op een aanzienlijk lager niveau zouden uitkomen dan strookt met de overigens voor die vergoedingen in aanmerking te nemen parameters (voor dit laatste verwijst het onderdeel naar onderdeel 4.6 van het middel).

4.5. Dat het onderdeel faalt voor zover het zich richt tegen rov. 14, behoeft m.i. nauwelijks betoog. Het onderdeel mist feitelijke grondslag voor zover het betoogt dat het Haagse hof zou hebben geoordeeld dat het begrip billijke vergoeding ni?t een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip is, dat in de Lid-Staten uniform moet worden geïnterpreteerd. Het Haagse hof is immers juist ervan uitgegaan dat de aanspraak op een billijke vergoeding is geharmoniseerd. Voor zover het onderdeel klaagt over het oordeel dat vooralsnog geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld en dat de consequentie daarvan is dat de wijzen waarop de billijke vergoeding wordt bepaald per staat uiteen mogen en kunnen lopen, alsmede dat opvattingen van de nationale wetgever over de billijke vergoeding een rol kunnen (blijven) spelen, gaat het

onderdeel uit van een onjuiste rechtsopvatting, naar (thans) blijkt uit rov. 34 van het prejudiciële arrest van het HvJEG.

4.6. Naar mijn mening falen de klachten van onderdeel 2.1 ook voor zover zij tegen rov. 24 van het Haagse hof zijn gericht.

4.7. Dat behoeft weer geen betoog, in het licht van de even bedoelde rov. 34 van het HvJEG, voor zover het gaat om de aangevochten deelloverweging in rov. 24 van het Haagse hof dat het '[zich] realiseert [...] dat het gevolg van zijn opvatting is dat de billijke vergoeding die omroepen aan producenten en uitvoerende kunstenaars verschuldigd zijn, per land kan verschillen vanwege de mogelijkerwijze per land verschillende onderlinge verhoudingen. Dit is echter onvermijdelijk nu in de Richtlijn gekozen is voor het begrip "billijke vergoeding" en de Richtlijn klaarblijkelijk niet bedoeld is om de hoogte van de billijke vergoeding in de Lid-Staten te harmoniseren.'

4.8. Wat de verdere klachten tegen rov. 24 van het Haagse hof betreft, noteer ik het volgende. De klacht dat de Haagse hof de Richtlijn zou hebben uitgelegd of toegepast in die zin dat de nationale wetgevers de vrijheid zouden hebben om aan de Richtlijn een zodanige uitleg en/of uitvoering te geven, dat daardoor 'billijke vergoedingen' op een 'aanzienlijk lager' niveau zouden uitkomen dan strookt met de overigens voor die vergoedingen in aanmerking te nemen parameters, mist feitelijke grondslag, nu het hof zulks niet in rov. 24 (noch in rov. 14) overwogen heeft. Voor zover onderdeel 2.1 in dit verband verwijst naar onderdeel 4.6 van het middel, verwijs ik evenzo naar mijn bespreking van dat onderdeel. Vooralsnog is in onderdeel 2.1 evenwel sprake van een niet doeltreffende 'vergelijking met een onbekende'. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof slechts de 'marktwaarde' in de door SENA bedoelde zin in overweging zou mogen nemen of daaraan een door SENA bedoelde doorslaggevend betekenis zou moeten toekennen, faalt het eveneens nu uit rov. 41, 44 en 46 in verbinding met rov. 37 van het prejudicieel arrest blijkt dat het hierbij gaat om een van de in aanmerking te nemen factoren, en dat de 'evenwichtsregel' beslissend is.

Ik vestig voorts nog de aandacht op r.ovv. 42 en 44 van het prejudiciële arrest. Uit die overwegingen kan ik geen andere conclusie trekken dan dat de Richtlijn volgens het HvJEG toelaat dat bij de bepaling van de billijke vergoeding op nationaal vlak rekening gehouden wordt met de door het middelonderdeel bedoelde (en aangevochten) vrijheid van de nationale wetgever - en rechter - om bij de bepaling van de 'billijke vergoeding' in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Richtlijn rekening te houden met, of zelfs aan te sluiten bij 'een resultaat dat ongeveer overeenkomt met het bedrag dat de omroeporganisatie voordien op basis van een overeenkomst aan het vroegere invorderingsorgaan(12) betaalde'; een en ander 'tenzij een verhoging nodig is om een billijke vergoeding te verzekeren.' Het onderdeel (nog steeds: onderdeel 2.1) gaat ook in zoverre uit van een onjuist (gebleken) rechtsopvatting. Uit

de aangevochten r.ovv. 14 en 24 van het Haagse hof valt niet af te leiden dat met hetgeen het Haagse hof aldaar in aanmerking heeft genomen, de billijke vergoeding - ook rekening houdend met de 'evenwichtsregel' - niet bereikt zou kunnen worden.

4.9. Onderdeel 2.2 stelt dat de uit het bestreden arrest blijkende opvatting (dat lidstaten de billijke vergoeding aan de hand van eigen, uiteenlopende maatstaven mogen vaststellen) ertoe leidt dat het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld wordt geschonden, omdat de door de Richtlijn beschermde prestaties dan in verschillende lidstaten verschillend worden gewaardeerd.

4.10. Het onderdeel gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Ik kan eenvoudig verwijzen naar rov. 34 van het prejudiciële arrest van het HvJEG, waarin is neergelegd dat elke lidstaat op zijn grondgebied de meest relevante criteria vaststelt om er binnen de door het gemeenschapsrecht en met name de door de Richtlijn gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd. Voorts spreekt het HvJEG in rov. 45 uitdrukkelijk over 'de verschillende keuzes van de lidstaten voor de berekening van de hoogte van een billijke vergoeding' die in het model dat bij gebreke van een overeenkomst, de vergoeding door de rechter wordt vastgesteld, 'een plaats kunnen hebben'. Bovendien noemt het door het HvJEG gesanctioneerde Haagse berekeningsmodel de tarieven die in het buitenland worden gehanteerd als een van de in dat model te betrekken factoren (r.ovv. 41 jo 44). Aldus blijkt dat het HvJEG - niettegenstaande de erkenning van 'billijke vergoeding' als een autonoom gemeenschapsrechtelijk begrip - niet een zo vergaande mate van gelijkstelling verlangt als het onderdeel kennelijk op het oog heeft.

4.11. Onderdeel 2.3 betoogt dat het begrip billijke vergoeding ziet op: 'een vergoeding die wordt bepaald aan de hand van de waarde die de betreffende prestaties in het maatschappelijk verkeer vertegenwoordigen; waarvoor als belangrijkste richtsnoer heeft te gelden: de resultante van wat redelijk handelende aanbieders in het sociaal-economisch verkeer als vergoeding voor de betreffende prestaties zouden bedingen, en wat redelijk handelende gebruikers van deze prestaties bereid zouden zijn daarvoor te betalen; en/of wat, naar de ervaringen in het sociaal-economisch verkeer leren, in de werkelijkheid van dat sociaal/economisch verkeer voor vergelijkbare prestaties door gebruikers daarvan wordt betaald.' Deze (elders in het middel als 'objectief' getiketteerde) maatstaven kunnen, aldus het onderdeel, niet meebrengen dat billijke vergoedingen worden vastgesteld met een zeer ruime marge van zelfstandigheid en onafhankelijkheid binnen iedere lidstaat, die het Haagse hof voor juist heeft gehouden.

4.12. Voor zover het onderdeel het hof verwijt dat het aan de in het onderdeel bedoelde parameters geen betekenis zou hebben toegekend, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 48-II(13) immers geoordeeld (mijn cursiveringen, A-G):

'Uit het bovenstaande volgt dat het hof - deels in het

voetspoor van partijen - de volgende factoren relevant acht:

[...]

c) de BUMA/STEMRA-tarieven;

d) wat in het buitenland wordt betaald door de publieke omroepen;

e) wat de commerciële omroepen betalen. [...]

In rov. 49 komen deze factoren terug (achter de laatste drie streepjes aldaar). Deze overwegingen maken duidelijk dat het Haagse hof de betekenis van de in onderdeel 2.3 bedoelde parameters niet uit het oog heeft verloren.

4.13. Voor zover het onderdeel betoogt dat er in het kader van even bedoelde parameters of naast even bedoelde parameters geen ruimte is voor een marge van zelfstandigheid en onafhankelijkheid binnen iedere lidstaat, gaat het onderdeel uit van een onjuiste (onjuist gebleken) rechtsopvatting. Die ruimte is er wél (binnen de grenzen van de 'evenwichtsregel'). Het onderdeel vormt in wezen een herhaling van de klacht in onderdeel 2.1 en moet het lot daarvan delen.

4.14. Onderdeel 2.4 betoogt dat tot richtsnoer moet worden genomen dat de Nederlandse wetgever ervan is uitgegaan dat de Richtlijn op de door middelonderdelen 2.1, 2.2 en/of 2.3 verdedigde wijze moet worden uitgelegd.

4.15. Het onderdeel voldoet m.i. niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. De klacht - nog steeds gericht tegen de r.ovv. 14 en 24 van het bestreden arrest - maakt immers niet duidelijk waarom tot richtsnoer moet worden genomen dat de Nederlandse wetgever ervan is gegaan dat de Richtlijn (en dus ook art. 7 WNR) op de wijze als uiteengezet in de onderdelen 2.1-2.3 moet worden begrepen.

Voor zover argumenten daartoe ontleend zouden moeten worden aan de klachten in de verdere onderdelen (3.1 e.v.) van het middel, komen die bij de bespreking van die onderdelen aan de orde.

4.16. Afgezien daarvan bouwt rov. 24 kennelijk voort op de r.ovv. 15-21 van het arrest (waarover het onderdeel niet klaagt), en is de conclusie waartoe het Haagse hof in rov. 21 is gekomen in het licht van de door het hof geciteerde parlementaire geschiedenis, niet onbegrijpelijk. Uit die conclusie blijkt dat de regering kennelijk waarde heeft toegekend aan specifieke, nationale verhoudingen en dus niet, laat staan zonder meer, is uitgegaan van de door de onderdelen 2.1-2.3 verdedigde maatstaven.

4.17. De vraag laat zich nog stellen of, respectievelijk in welke mate SENA belang heeft bij dit onderdeel. Die vraag liet zich reeds vóór het prejudicieel arrest van het HvJEG stellen, nu het Haagse hof in rov. 23 van het bestreden arrest geoordeeld had dat, juist door het van kracht worden van de Richtlijn, het belang van de opvatting van de regering in sterke mate gerelativeerd is. Aan SENA kan toegegeven worden dat het Haagse hof in rov. 24 heeft overwogen dat de parlementaire geschiedenis ook weer 'niet geheel zonder' belang is. Het hof liet daarop evenwel volgen:

'Het belang is dan niet zozeer gelegen in de daarin terug te vinden en hierboven besproken uitlatingen van de

regering, alswel in de daarin tot uitdrukking komende opvattingen van de (toen: toekomstige) rechthebbenden. Met die opvattingen mag niet alleen, maar behoort rekening te worden gehouden.'

Di? opvatting komt echter juist niet voor rekening van de wetgever, maar voor rekening van het Haagse hof. De klachten van onderdeel 2.4 schieten daar langsheen.

#### **Intermezzo. Ontvankelijkheid cassatieberoep overige onderdelen**

4.18. Een mogelijk beletsel voor het behandelen van de overige middelonderdelen is art. 399 Rv. Op grond van art. 399 Rv staat beroep in cassatie 'niet open voor hem die zijn bezwaren kan doen herstellen door dezelfde rechter bij wie de zaak heeft gediend.' Alleen tegen zgn. eindbeslissingen staat beroep in cassatie open. Richtten de klachten zich wel tegen eindbeslissingen?

4.19. Eindbeslissingen zijn uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissingen waarop de rechter niet meer kan terugkomen. Of een beslissing een eindbeslissing is, is een kwestie van uitleg. Hierbij gaat het er niet alleen om hoe de rechter de beslissing bedoeld heeft, maar ook om hoe partijen de bestreden beslissing redelijkerwijs dienden te begrijpen.(14) De Hoge Raad kan overigens om redenen van proceseconomie besluiten bepaalde onderwerpen, ondanks art. 399 Rv, toch te behandelen.(15)

4.20. De NOS stelt dat alleen de grieven tegen het rechtsoordeel over het niet geharmoniseerd zijn van de wijze van berekening van de billijke vergoeding ontvankelijk zijn in cassatie; de overige klachten richten zich, aldus NOS, niet tegen eindbeslissingen van het hof en zijn daarom, op grond van art. 399 Rv, niet ontvankelijk.(16)

4.21. Ik acht die categorische stellingname niet juist. Naar mijn mening gaat het bij de meeste door SENA aangevochten overwegingen van het Haagse hof om eindbeslissingen. Ik zal dat in deze (toch al lange) conclusie niet steeds per overweging expliciet bevestigen. Uiteraard zal ik, indien een klacht zich ook naar mijn mening richt tegen een niet-eindbeslissing, zulks wél nadrukkelijk aangeven.

#### **Onderdelen 3.1 t/m 3.7**

4.22. De onderdelen 3.1 t/m 3.7 hebben betrekking op de uitleg die het Haagse hof in r.ovv. 15-25 van zijn arrest heeft gegeven aan de wetsgeschiedenis van de WNR.

4.23. Indien de Hoge Raad bij de beoordeling van de eerdere onderdelen 2.1-2.4, anders dan ik, tot het oordeel zou komen dat het Haagse hof zodanig gewicht aan de destijds bij de NOS gewekte verwachtingen heeft toegekend dat het daarmee het communautair-rechtelijke kader van het recht op een billijke vergoeding heeft miskend, heeft Sena m.i. bij de bespreking van onderdeel 3 geen belang meer. Na deze vooropstelling bespreek ik de afzonderlijke onderdelen 3.1 t/m 3.7.

4.24. Onderdeel 3.1 betoogt dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WNR niet blijkt dat bij de bepaling van de billijke vergoeding gewicht toekomt aan (i) opvattingen van (toen: toekomstig) rechtheb-

benden en (ii) uitlatingen van de regering. Ik ga ervan uit dat dit onderdeel slechts een inleiding is op de volgende onderdelen; voor zover het wel een klacht bevat, stuit die klacht m.i. af op art. 407 lid 2 Rv. 4.25. Onderdeel 3.2.a stelt dat het hof heeft miskend dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de geuite verwachtingen omtrent de hoogte van de billijke vergoeding berustten op (niet meer dan) schattingen en dat de hoogte van de billijke vergoeding uiteindelijk bepaald zou worden door de uitkomst van onderhandelingen tussen de betrokkenen. Onderdeel 3.2.b.i betoogt hetzelfde voor wat betreft de uitlatingen van de regering en voegt daaraan toe dat in de opvatting van de regering als maatstaf voor de hoogte van de billijke vergoeding zou moeten gelden de te verwachten uitkomst van onderhandelingen tussen redelijk handelende betrokkenen. Deze klachten falen bij gebrek aan feitelijke grondslag. Uit de door het hof in r.ovv. 17-20 geciteerde stukken uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de genoemde bedragen in de ogen van de regering en de gehoorde organisaties van (toen: toekomstig) rechthebbenden schattingen waren, dat de hoogte uiteindelijk bepaald zou worden door de uitkomst van de onderhandelingen, en dat op dit punt geen garanties konden worden gegeven. Uit de in rov. 20 op p. 8 geciteerde passage uit de MvA blijkt bovendien dat de regering ervan is uitgegaan dat de betrokkenen zich in de onderhandelingen redelijk zouden opstellen. In rov. 21 overweegt het hof dan ook niet meer dan dat de regering ervan is uitgegaan 'dat onderhandelingen tussen rechthebbenden en betalingsplichtigen als vertrekpunt zouden nemen de bedragen die door de organisaties tijdens de hoorzittingen zijn genoemd', dat de omroepen 'naar verwachting' niet meer dan een bepaald bedrag zouden betalen, en dat de billijke vergoeding 'ruwweg' zou corresponderen met de op grond van de overeenkomst tussen de NOS en de NVPI reeds betaalde bedragen. 4.26. Onderdeel 3.2.b.i lijkt, aan het slot, te betogen dat de omstandigheid dat de regering ervan is uitgegaan dat de betrokkenen zich in de onderhandelingen redelijk zouden opstellen eraan in de weg zou staan dat bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding gewicht toekomt aan jegens betalingsplichtigen gewekte verwachtingen. Dat valt niet in te zien. Integendeel: de omstandigheid dat men zich in de onderhandelingen redelijk moet opstellen, kan zeer wel meebrengen dat gewicht toekomt aan eerder gewekte verwachtingen. Om deze reden faalt ook onderdeel 3.2.b.ii, dat zich richt tegen rov. 24 en r.ovv. 11-13. 4.27. Onderdeel 3.2.c richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 25 dat de NVPI, mede namens de Kunstenbond FNV, openlijk kenbaar heeft gemaakt dat de financiële gevolgen van de WNR voor de omroepen in ieder geval niet substantieel zouden afwijken van wat tussen de NVPI en de NOS was overeengekomen. Deze uitleg is onjuist, aldus het onderdeel, omdat bedoelde organisaties hebben benadrukt dat zij slechts schattingen konden doen. Hierbij wezen deze organisaties erop dat de billijke vergoeding die destijds, in 1983, werd betaald in landen met een wettelijke regeling op de voet

van het Verdrag van Rome gemiddeld (ruim) zeven maal hoger was dan in landen waar zo'n wettelijke regeling nog niet bestond. Ter onderbouwing van deze stelling wijst het middel op de brief van de NVPI en de Kunstenbond FNV aan de Tweede Kamer van 8 maart 1983.(17) Bestudering van deze brief leert dat de uitleg van het hof niet onbegrijpelijk is. In de brief zetten de organisaties juist uiteen dat invoering van een wettelijke regeling niet hoeft te leiden tot 'plotselinge excessieve betalingen'. Ook dit onderdeel faalt dus. 4.28. Onderdeel 3.2.d, dat voortbouwt op de voorgaande onderdelen, faalt eveneens.

4.29. Onderdeel 3.3 betoogt, kort gezegd, dat het hof geen acht heeft geslagen op het tijdsverloop tussen de uitlatingen waaraan verwachtingen zijn ontleend (in 1983-1985) en de inwerkingtreding van de WNR (1 juli 1993). Intussen zouden - blijkens door SENA met vindplaatsen uit de feitelijke instanties aangegeven stellingnamen - de opvattingen omtrent de hoogte van de billijke vergoeding zich verder hebben ontwikkeld, bij voorbeeld doordat in het buitenland hogere vergoedingstarieven tot stand zijn gekomen dan men destijds vermoedde.

De klacht mist feitelijke grondslag, omdat het hof w?l met zodanige ontwikkelingen rekening wil houden. Dit blijkt uit rov. 49. Hierin noemt het hof als voorbeeld van factoren die tot een bijstelling kunnen leiden 'een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de billijke vergoedingen die door buitenlandse omroepen aan uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen worden betaald'.

4.30. Zonder dat dit m.i. grond tot vernietiging van het bestreden arrest hoeft te geven (vgl. art. 399 Rv; rov. 49 is in zoverre immers van een te voorlopig karakter; het hof vraagt juist om 'veel meer gegevens' die 'op tafel moeten komen'), verdient met name ook in het licht van de 'evenwichtsregel' van het prejudici?le arrest van het HvJEG, het volgende nog aandacht bij de vervolghandeling door het Haagse hof. De vraag dient zich nl. aan of het Haagse hof in rov. 49 bij eventuele ontwikkelingen die tot een bijstelling van de billijke vergoeding zouden kunnen leiden, inderdaad niet (slechts) het oog heeft op verhoging i.v.m. ontwikkelingen n? de inwerkingtreding van de WNR in 1993, maar ook op ontwikkelingen vanaf 1983 (de in het onderdeel bedoelde brief van de NVPI en de Kunstenbond FNV), althans 1986 (de brief van de Ministers van Justitie en WVC van 3 maart 1986, vgl. rov. 19 hof) waarin mededeling wordt gedaan van in 1984 gesloten tienjarig contract, althans vanaf 1989 (MvT bij het WNR-wetsvoorstel, waarin het bedrag van f 1 000 000 is genoemd).

Het prejudici?le arrest van het HvJEG laat in rov. 42, zoals ik reeds aangaf, m.i. weliswaar ruimte voor het rekening houden met de nationale voorgeschiedenis, maar zulks binnen de grens van de 'evenwichtsregel': nl. 'tenzij een verhoging nodig is om een billijke vergoeding te verzekeren'. Het Haagse hof zal zich in het vervolg van deze procedure m.i. tegen de achtergrond van de 'evenwichtsregel' (ook) nader moeten uitlaten

over de ingangsdatum van externe parameters die aanleiding kunnen geven tot (verhogende) aanpassing. 4.31. Volgens onderdeel 3.4 is het hof ten onrechte ervan uitgegaan dat de uitlatingen waarvan uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WNR blijkt, zouden mogen worden vereenzelvigd met de opvattingen van de (toen: toekomstig) rechthebbenden. Niet alle (huidige) rechthebbenden waren in het toenmalige debat vertegenwoordigd, aldus dit middelonderdeel. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het Haagse hof heeft in rov. 24 immers niet meer overwogen dan dat de NOS ten opzichte van de daar bedoelde rechthebbenden gerechtvaardigde verwachtingen kon ontlenen. Aangezien SENA mede optreedt namens deze rechthebbenden(18), kan zij hetgeen zich tussen de NOS en hen heeft afgespeeld niet geheel naast zich neerleggen, zo begrijp ik de overweging van het hof. Deze gedachte is niet in strijd met een rechtsregel, noch onbegrijpelijk. Ik moge voorts verwijzen naar wat in in nr. 4.58 naar aanleiding van onderdeel 4.7 zal opmerken. 4.32. Onderdeel 3.5.1 betoogt dat het hof zich ten onrechte niet heeft laten leiden door het feit dat de WNR strekt ter uitvoering van de Richtlijn: uitlatingen gedaan tijdens de parlementaire behandeling die dateren van v?r de Richtlijn, zouden, ongeacht de wijze waarop de Richtlijn moet worden uitgelegd, zijn achterhaald.

Deze klacht miskent dat het hof in rov. 12 overweegt dat de wetgever er kennelijk van is uitgegaan dat art. 8, lid 2, Richtlijn niet meer verlangde dan wat reeds in art. 7 WNR besloten lag en ligt. Het hof heeft dus op zichzelf niet miskend dat de WNR (mede) strekt ter uitvoering van de Richtlijn. Het eerste deel van deze klacht mist daarmee feitelijke grondslag. Voor het overige blijkt deze klacht (wederom) van een onjuiste rechtsopvatting uit te gaan, nu r.ovv. 38, 42 en 44 van het prejudiciële arrest van het HvJEG medebrengen dat elke lidstaat op zijn grondgebied de meest relevante criteria vaststelt, en dat het rekening houden met de in het onderdeel bedoelde uitlatingen niet in strijd met de richtlijn is, mits de nationale rechter per saldo de 'evenwichtsregel' in het oog houdt. 4.33. Onderdeel 3.5.2 herhaalt de in onderdelen 3.3 en 3.5.1 verwoorde klachten nogmaals voor wat betreft uitlatingen van organisaties van producenten en uitvoerende kunstenaars die zijn gedaan in de jaren 1983-1985. De klacht faalt om de redenen als uiteengezet onder 4.29 en 4.32.

4.34. Onderdeel 3.6 betoogt dat het, anders dan het hof in rov. 24 heeft overwogen, in beginsel irrelevant is dat SENA (vrijwel) de enige aanbieder zou zijn van het onderhavige voor de NOS onontbeerlijke goed. Dit gegeven behoort in verband met de 'objectieve marktwaarde' maatstaf geen rol te spelen, aldus het middel.

Ik meen - gelezen het prejudicieel arrest van het HvJEG - dat de hier aangevallen deelloverweging van het Haagse hof niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Of men nu uitgaat van 'waarde in het economisch verkeer', zoals het HvJEG in rov. 37 van zijn prejudicieel arrest als gezichtspunt heeft meegegeven, dan wel

uitgaat van de door het Haagse hof in zijn rov. 48-II aangegeven en door het HvJEG in diens rov. 46 aanvaarbaar geoordeelde parameters, steeds moet de 'evenwichtsregel' in acht genomen worden. Ik citeer op deze plaats de verwoording van die regel door het HvJEG nog eens letterlijk: '... 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...'. Mij dunk dat in het licht van het belang van derden om fonogrammen onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden, de omstandigheid dat, in de woorden van het Haagse hof, SENA '(vrijwel) de enige "aanbieder" is van het "goed" dat voor de NOS onontbeerlijk is', als gezichtspunt in de overwegingen betrokken mag worden.

Daartoe geeft trouwens ook aanleiding het vervolg van rov. 46 van het HvJEG:

'... en het model niet in strijd is met enig beginsel van het gemeenschapsrecht.' Tot de beginselen van het gemeenschapsrecht behoort met name het waken tegen misbruik van een economische machtspositie (art. 82 EG), die weer het gevolg kan zijn van een monopolistische of dominante marktpositie.(19) Volgens vaste rechtspraak van het HvJEG mag een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt niet worden misbruikt door onredelijk hoge vergoedingen te verlangen.(20) 4.35. Onderdeel 3.7 betoogt dat art. 7 WNR niet alleen in het licht van de Richtlijn, maar ook in het licht van de Conventie van Rome moet worden uitgelegd. De redelijke vergoeding van art. 12 van de Conventie is, aldus dit onderdeel, een vergoeding die in de omstandigheden van de relevante markt (in de betreffende verdragsstaat) als redelijk mag gelden, althans een vergoeding die aan de hand van 'objectieve omstandigheden' die de waarde in het maatschappelijk verkeer van het betreffende gebruik bepalen, moet worden vastgesteld.

4.36. Nu de 'aanspraak op een billijke vergoeding' van art. 12 van de Conventie van Rome voor de EG in art. 8 lid 2 van Richtlijn 92/100 is overgenomen en nu deze ingevolge het prejudiciële arrest van het HvJEG als communautair begrip een eenvormige uitleg verlangt, heeft SENA bij dit onderdeel in zoverre geen belang. Het onderdeel faalt voor het overige, nu niet valt in te zien (en ook niet is toegelicht) waarom uitleg van art. 12 van de Conventie, binnen de door de Richtlijn gelaten ruimte, lidstaten zou nopen tot (slechts) het door Sena juist geachte berekeningsmodel. Ik verwijs tevens naar mijn vooropstelling in nr. 3.4.8 van deze conclusie.

#### Onderdelen 4.1 t/m 4.7

4.37. De onderdelen 4.1 t/m 4.7 hebben betrekking op de r.ovv. 25 en 26 betreffende de overeenkomst tussen de NVPI en de NOS van 16 december 1986 (hierna: 'de Overeenkomst').(21)

4.38. Onderdeel 4.1 stelt in algemene zin voorop dat de Overeenkomst rechtens geen betekenis heeft voor de uitleg van art. 7 WNR. Het onderdeel bevat, als ik goed zie, slechts een inleiding op de onderdelen 4.2 t/m 4.7; de klachten in onderdeel 4.1 komen terug in de volgende onderdelen, evenals in mijn bespreking daarvan.

4.39. Onderdeel 4.2 richt zich tegen rov. 25 en betoogt dat de gedingstukken geen aanknopingspunten bieden voor het door het hof aanvaarde uitgangspunt dat de Overeenkomst mede namens de Kunstbond FNV is aangegaan en/of dat de Overeenkomst mede bepalend is voor de wijze waarop de Kunstbond FNV zich tegenover de NOS zou behoren op te stellen. De klacht berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en faalt derhalve. Het hof heeft in rov. 25, die begint met terugverwijzing naar eerdere overwegingen omtrent de parlementaire geschiedenis, overwogen dat de NVPI, mede namens de Kunstbond FNV, openlijk kenbaar heeft gemaakt dat de financiële gevolgen van de WNR voor de omroepen in ieder geval niet substantieel zouden afwijken van wat tussen de NVPI en de NOS was overeengekomen. Hiermee doelt het hof kennelijk (met name) op de tot de parlementaire stukken behorende brief van de NVPI en de Kunstbond FNV van 8 maart 1983.(22) De conclusie die het hof uit deze brief trekt, is in het licht van de tekst van deze brief niet onbegrijpelijk. De verwachtingen van de NOS ten opzichte van de Kunstbond FNV zijn kennelijk op deze uitlatingen gebaseerd en niet op de Overeenkomst. Het hof overweegt immers nergens dat de Overeenkomst mede namens de Kunstbond FNV is aangegaan.(23)

4.40. Voor zover onderdeel 4.3 voortbouwt op onderdeel 4.2, deelt het deszelfs lot. Voor zover onderdeel 4.3 klaagt dat de rechthebbenden die SENA vertegenwoordigt niet mogen worden vereenzelvigd met degenen met wier uitingen bij de totstandkoming van de WNR rekening is gehouden, vormt die klacht een herhaling van onderdeel 3.4 en deelt de klacht het lot van dat onderdeel. Voor zover onderdeel 4.3 (nogmaals) ten principale klaagt dat art. 7 WNR onderscheidenlijk art. 8 lid 2 van de Richtlijn niet toelaten dat SENA rekening zou (moeten) houden met de verwachtingen waarop de NOS in deze zaak doelt, vormt onderdeel 4.3 een herhaling van de onderdelen 2.1-2.4, en deelt het het lot daarvan.

4.41. Onderdeel 4.4 betoogt dat het hof zonder motivering is voorbijgegaan aan de stelling van SENA dat de NOS aan de Overeenkomst geen rechten of rechtmatige verwachtingen kon ontnemen omdat deze reeds in 1993, althans per 1 januari 1994 rechtsgeldig was geïndigd. Deze stelling van SENA is in de door SENA aangehaalde alinea 8 van de memorie van antwoord in incidenteel appel van 4 december 1997 niet te vinden. Daar staat in dit verband slechts dat de NOS geen aanspraak kan doen op art. 8.2 van de Overeenkomst na afloop van de Overeenkomst. Het hof heeft de Overeenkomst aldus uitgelegd dat partijen in het geval de WNR tijdens de looptijd van de Overeenkomst in werking zou treden, ernaar zouden

streven om de financiële verplichtingen van de NOS ongewijzigd te laten. Deze uitleg van de Overeenkomst is van feitelijke aard, en is niet onbegrijpelijk. De in het middel aangehaalde stelling staat met deze uitleg niet op gespannen voet. De WNR is immers op 1 juli 1993 in werking getreden. De kennelijke vaststelling van het hof, dat de WNR tijdens de looptijd van de Overeenkomst in werking is getreden, is in het licht van de gedingstukken begrijpelijk. Uit art. 5 van de Overeenkomst blijkt dat deze is aangegaan voor een periode van 10 jaar, ingaande op 1 januari 1984 en eindigende op 31 december 1993, waarna de Overeenkomst telkens stilzwijgend voor een jaar verlengd wordt, tenzij een der partijen de Overeenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van een jaar beïndigt. Bij brief van 23 december 1993 heeft de NVPI de Overeenkomst 'uitsluitend voorzover dat nog rechtens vereist mocht blijken te zijn' opgezegd tegen 31 december 1994.(24) SENA heeft nergens gesteld dat de Overeenkomst vóór 31 december 1993 is geïndigd.(25) De NOS heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat de WNR in werking is getreden gedurende de looptijd van de Overeenkomst, omdat deze was gesloten voor de periode van 1 januari 1984 tot en met 31 december 1993 met de mogelijkheid van stilzwijgende verlenging.(26) In de memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel (nrs. 7-8, pp. 6-8) stelt de NOS zich uitdrukkelijk op het standpunt dat de Overeenkomst pas op 31 december 1994 is geïndigd. Deze stelling is door SENA, anders dan het onderdeel stelt, niet betwist. Het onderdeel faalt derhalve.

4.42. Onderdeel 4.5.1 bouwt voornamelijk voort op onderdelen 2.1-2.4 en herhaalt verder verschillende andere eerdere klachten, of verwijst vooruit naar klachten verderop in het middel. Ik verwijs naar de bespreking daarvan.

4.43. Onderdeel 4.5.2.1 keert zich tegen de overweging van het hof in rov. 25 dat SENA mede optreedt namens producenten en namens de Kunstbond FNV. Volgens het onderdeel treedt SENA niet op namens groepen of vakbonden, doch namens alle rechthebbenden in de zin van art. 7 WNR. Een optreden namens groeperingen zou onverenigbaar zijn met de wettelijke taak van SENA.

Inderdaad overweegt het hof in rov. 25: 'De SENA treedt mede op namens producenten en de Kunstbond FNV.' Het hof bedoelt daarmee evenwel kennelijk dat SENA mede optreedt namens de producenten en de bij de Kunstbond FNV aangesloten uitvoerende kunstenaars. Uit het woord 'mede' blijkt overigens dat het hof niet heeft miskend dat SENA alle rechthebbenden vertegenwoordigt. Het onderdeel berust daarom m.i. op een te letterlijke en daarmee onjuiste lezing van het bestreden arrest.

Ook het 'hypothetische' onderdeel 4.5.2.2, waarnaar ik kortheidshalve verwijs, berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

4.44. Onderdeel 4.6.1 keert zich tegen rov. 26, die ik hieronder letterlijk citeer: '26. Het hof komt tot de conclusie dat de parlementaire geschiedenis van de WNR en de contractuele relatie

tussen de NVPI en de NOS factoren zijn die invloed behoren te hebben op de hoogte van de door de NOS verschuldigde "billijke vergoeding". Wat de mate betreft waarin deze factoren invloed dienen te hebben, is het hof van oordeel dat de uitkomst van de berekening volgens het hierna aan de orde komende nog te ontwikkelen berekeningsmodel, in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed, met dien verstande dat plaats moet zijn voor afwijkingen als nader omschreven onder 49. De parlementaire geschiedenis en de contractuele relatie tussen de NOS en de NVPI uit het verleden vrijwaren de NOS niet van ontwikkelingen op het nationale en Europees niveau.' Het onderdeel geeft een uitwerking aan de onderdelen 2.1 en 2.3. Werd aldaar, m.i. zonder succes, erover geklaagd dat het Haagse hof bij de bepaling van de 'billijke vergoeding' ?berhaupt (mede) betekenis wilde toekennen aan de parlementaire geschiedenis van de WNR, thans betreft de klacht de - in rov. 26 inderdaad aan de orde zijnde - mate waarin het Haagse hof die invloed zou willen doen gelden.

4.45. Naar mijn mening is dit onderdeel terecht voorgesteld. Ik ga er daarbij vanuit dat het in rov. 26 om een eindbeslissing van het Haagse hof gaat; dat rov. 49 aan de gegrondheid van de klacht niet afdoet, zal ik in nr. 4.50 e.v. toelichten.

4.46. Met het oordeel 'dat de uitkomst van de berekening volgens het hierna aan de orde komende nog te ontwikkelen berekeningsmodel, in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed', heeft het Haagse hof zich z??r sterk vastgelegd op de einduitkomst (voor die eerste jaren), en m.i. t? sterk in het licht van de vaker genoemde 'evenwichtsregel' van het HvJEG. Zoals uit de processtukken blijkt, gaat het door het Haagse hof bedoelde vergoeding om een bedrag in de orde van grootte van NLG 700.000 ? 1.000.000 per jaar over de beginjaren, terwijl de berekeningen van SENA, wat daar overigens van zij, uitgaand van de door haar in haar middelonderdeel 2.3 aangegeven indicatoren(27), op ongeveer het tienvoudige uitkomen.(28) Zonder mijnerzijds te (mogen of willen) indiceren dat het Haagse hof, ook in het licht van de door het HvJEG gegeven 'evenwichtsregel' geen groot gewicht zou mogen toekennen aan 'het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed'(29), is de klacht m.i. gegrond, omdat het Haagse hof - hetzij miskend heeft, dat die factor niet los gemaakt mag worden van de eindtoets of daarmee 'een juist evenwicht kan worden bereikt tussen het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van een bepaald fonogram en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden' (de 'evenwichtsregel)', - hetzij (nog) onvoldoende inzicht heeft gegeven in zijn eventuele gedachtegang, die zou meebrengen dat niet-tengestaande de aansluiting bij 'het bedrag dat de NOS

voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed', niet zou afdoen aan de 'evenwichtsregel': uit het bestreden arrest kan zulks niet in voldoende mate worden afgeleid.

4.47. Een bijkomende reden voor gegrondbevinding van onderdeel 4.6.1 dient zich aan in het licht van de deelloverweging van het Haagse hof in rov. 24, tweede alinea, vierde en vijfde volzin, over 'marktwaarde': 'In de visie van het hof is het begrip "billijke vergoeding" dus niet gelijk te stellen met het begrip "marktwaarde" zoals SENA lijkt voor te staan, waarbij het gaat om een louter op basis van "objectieve", dat wil zeggen los van de partijen staande, gegevens als resultante van vraag en aanbod tot stand komende prijs. Te bedenken is voorts dat SENA (vrijwel) de enige 'aanbieder' is van het 'goed' dat voor de NOS onontbeerlijk is, zodat partijen op elkaar zijn aangewezen.'

4.48. Zoals hierboven in nrs. 3.5.3-3.5.5 aangegeven, lijkt het HvJEG door de onderstreping van het belang van de 'waarde in het handelsverkeer' hiervan afstand te nemen. Hoewel ik in nrs. 3.5.6-3.5.8 heb aangegeven dat ik (mijn familienaam ten spijt) in Sena-context moeilijk 'chocolade kan maken' van de hanteerbaarheid van de begrippen 'marktwaarde' of - zoals het HvJEG het noemt -: 'waarde in het handelsverkeer', blijft staan dat het HvJEG in zijn rov. 3.37 zulks als een belangrijk gezichtspunt op tafel legt.

4.49. Gegrondbevinding van onderdeel 4.6.1 kan er dan ook mede toe dienen om het Haagse hof in te scherpen dat het zich nader - gemotiveerd - zou dienen uit te laten over (de mate van) het in aanmerking nemen van de door het Hof van Justitie in rov. 37 genoemde 'waarde in het handelsverkeer'.

4.50. Aan mijn advies tot gegrondbevinding van onderdeel 4.6.1 kan m.i. niet afdoen dat het Haagse hof aan het slot van rov. 26 het voorbehoud heeft gemaakt: '... met dien verstande dat plaats moet zijn voor afwijkingen als nader omschreven onder 49. De parlementaire geschiedenis en de contractuele relatie tussen de NOS en de NVPI uit het verleden vrijwaren de NOS niet van ontwikkelingen op het nationale en Europees niveau.' Rov. 49 luidt (cursiveringen toegevoegd): '49. Naar het oordeel van het hof kunnen knopen thans nog niet worden doorgehakt. Daarvoor ontbreken nog te veel gegevens. Het ligt meer voor de hand dat partijen eerst zelf op basis van de overwegingen en de daarin besloten liggende beslissingen - als zij zich daarmee tenminste kunnen verenigen - al dan niet met inschakeling van deskundigen, trachten een berekeningsmodel of formule te ontwikkelen. Zoals onder 26 overwogen zal de uitkomst in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed. Gelet op het vorenoverwogene mag naar 's hofs voorlopig oordeel redelijkerwijze van de NOS gevergd worden dat zij bereid is verhoging van dat bedrag te aanvaarden als zulks gerechtvaardigd wordt door bij voorbeeld: - een uit de cijfers blijkende toename van het aantal uitgezonden muziekuren tijdens de looptijd van het

contract met de NVPI en daarna;  
- een eventuele uitbreiding van het aantal publieke zenders;

- een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de "actueel publieke audiëntie";  
- een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de hoogte van de door de commerciële omroepen betaalde billijke vergoeding;  
- een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de billijke vergoedingen die door de buitenlandse omroepen aan uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen worden betaald;  
- een eventuele, uit cijfers blijkende stijging van de BUMA/STEMRA-tarieven.

Het moge duidelijk zijn dat veel meer gegevens op tafel moeten komen.'

4.51. Ik acht het voorbehoud in de passages vanaf de woorden: 'Gelet op het vorenoverwogene...' niet afdoende ter afwering van de klacht, omdat de (tot eventuele verhoging aanleiding gevende) verwijzing in rov. 26 naar ontwikkelingen op Europees niveau, blijkens rov. 49, vijfde streepje, slechts (b)lijkt te slaan op 'een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de billijke vergoedingen die door de buitenlandse omroepen aan uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen worden betaald'. Dit miskent een eventuele anderszins noodzakelijke aanpassing in verband met de 'evenwichtsregel' van het HvJEG; althans is bij gebrek aan nadere motivering, die ontbreekt, niet duidelijk of het Haagse hof ook met een mogelijke aanpassing met het oog op de 'evenwichtsregel' rekening wenste te houden.

Daarenboven bevestigt de gecursiveerde passage 'Zoals onder 26 overwogen zal de uitkomst in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed' dat het Haagse hof zich (??k in rov. 49) te zeer heeft vastgezet op een norm die aan een juiste (her-)overweging in het licht van de 'evenwichtsregel' van het HvJEG in de weg kan staan. Om die reden zal ik verderop dan ook een desbetreffende klacht tegen rov. 49 eveneens gegrond bevinden.

4.52. Aan de gegrondheid van onderdeel 4.6.1 doet m.i. ??k niet af dat het HvJEG in zijn (welwillende) rov. 42 heeft geschreven: '42. Voorts heeft het [Haagse, A-G] Gerechtshof gepreciseerd dat partijen eerst kunnen proberen zelf een berekeningsmodel te ontwikkelen dat in de eerste jaren na de datum van inwerkingtreding van richtlijn 92/100 moet leiden tot een resultaat dat ongeveer overeenkomt met het bedrag dat de omroeporganisatie voordien op basis van een overeenkomst aan het vroegere invorderingsorgaan betaalde, tenzij een verhoging nodig is om een billijke vergoeding te verzekeren.' [mijn curs., A-G].

4.53. Hoe welwillend het HvJEG zich over het oordeel van het Haagse hof moge uiten, en hoe welwillend de Hoge Raad op zijn beurt het prejudiciële arrest van het HvJEG moge benaderen, dat doet er niet aan af dat de uitleg/kwalificatie van beslissingen van de nationale

rechter als - al dan niet - eindbeslissingen, niet behoort tot de competentie van het HvJEG, maar tot die van de Hoge Raad.

Hierboven heb ik uiteengezet waarom in rov. 26, niet-tegenstaande rov. 49 van het Haagse hof, in casu sprake is van een naar nationaal recht cassabele eindbeslissing. 4.54. Ik geef nog een bijkomend praktisch argument voor de gegrondbevinding van onderdeel 4.6.1. Gesteld dat ook zonder gegrondbevinding daarvan het Haagse hof bij herbeoordeling onder zijn eigen rov. 49 zou kunnen (en moeten) toetsen aan de 'evenwichtsregel' van het HvJEG, zou ni?t-gegrondbevinding van onderdeel 4.6.1 allicht aanleiding kunnen geven tot allerlei m.i. onvruchtbaar nader debat. Partijen en het Haagse hof zouden als het ware gedwongen worden tot nader debat en gepuzzel over de omtrek van het 'korset' van rov. 26 waarin het Haagse hof, bij eventuele verwerping van onderdeel 4.6.1, ingeperst zou blijven. Ik ben geen expert in korsetterie. Ik betwijfel niettemin of de Hoge Raad er goed aan zou doen het Haagse hof en partijen ertoe uit te lokken het tussenarrest hierover nader de maat te nemen, vervolgens allicht weer na te meten door de Hoge Raad zelf. Ik betwijfel ook of de rechtsontwikkeling daarmee gebaat zou zijn. 4.55. In het verlengde van het bovenstaande zal ik niet alleen, als gezegd, een voortbouwende klacht (in onderdeel 9.2) tegen een deeloverweging in rov. 49 gegrond bevinden, maar ook een voortbouwende klacht (9.1) tegen een voortbouwende deeloverweging in rov. 48-II.

4.56. Voor zover onderdeel 4.6.2 strekt tot nadere adstructie van onderdeel 4.6.1, behoeft het geen bespreking. Voor zover het verwijst naar en overeenkomt met de onderdelen 9.1 en 9.2, verwijs ik - als reeds aangeduid - naar de bespreking daarvan. 4.57. Onderdeel 4.7 bevat, als ik het goed zie, twee klachten.

De eerste klacht verwijt het hof een uit diens benadering voortvloeiend verschil in behandeling van de NOS ten opzichte van commerciële omroeporganisaties. Deze klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest, nu het hof zich niet heeft uitgelaten over de positie van de commerciële omroeporganisaties (waaronder de vraag of de commerciële omroeporganisaties wellicht ook beroep zouden kunnen doen op de wetsgeschiedenis respectievelijk op door de NVPI en de Kunstbond FNV gewekte verwachtingen). Daarnaast is bij de bespreking van onderdeel 2.1 gebleken dat naar luid van rov. 42 jo 44 van het prejudiciële arrest, de Richtlijn volgens het HvJEG toelaat om bij de bepaling van de 'billijke vergoeding' in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Richtlijn rekening te houden met hetgeen de omroeporganisatie (d.w.z. de NOS) voordien op basis van een overeenkomst aan het vroegere invorderingsorgaan betaalde ('tenzij een verhoging nodig is om een billijke vergoeding te verzekeren'). Onderdeel 4.7 gaat in zoverre uit van een onjuiste rechtsopvatting.

4.58. De tweede klacht betoogt dat de benadering van het hof ertoe leidt dat de NOS ook aan de rechthebbenden die niet tijdens de parlementaire geschiedenis zijn

gehoord, een lagere vergoeding dan andere omroeporganisaties behoeft te betalen. Ook hier geldt dat het onderdeel uitgaat van de in de vorige paragraaf, tweede alinea aangegeven verkeerde lezing. Daarnaast berust de klacht op een in deze conclusie reeds eerder (nrs. 4.39 en 4.43) gesignaleerde onjuiste lezing/duiding van rov. 25 in fine. 's Hofs conclusie aldaar dat 'SENA niet met vrucht [kan] aanvoeren in het geheel geen boodschap te hebben aan hetgeen zich heeft afgespeeld in de verhouding tussen de NVPI en de NOS', werd daarmee niet ontkracht. De kennelijke, begrijpelijke, en (mede blijktens rov. 42 van het prejudicieel arrest van het HvJEG) niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigende uit het geheel van de r.ovv. 15-26 blijkende opvatting van het Haagse hof is deze.

Door de belangrijkste (althans belangrijke) groepen van de destijds aspirant-WNR-rechthebbenden (NVPI, Kunstbond FNV) is destijds bij de Nederlandse wetgever en bij de NOS de verwachting gewekt dat de vergoeding die de NOS op grond van de nog in te voeren WNR zou moeten betalen, weinig zou afwijken van hetgeen de NOS reeds op vrijwillige basis betaalde. De door deze aspirant-rechthebbenden, die destijds van zich hebben laten horen, indertijd bij de wetgever (en bij de NOS) gewekte verwachtingen, zijn althans 'in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de WNR' van invloed bij de invulling van de hoogte van de billijke vergoeding.

Daaraan doet, anders dan het onderdeel betoogt, niet af dat zulks ook gevolgen heeft voor andere aspirant-rechthebbenden, die destijds niet van zich hebben laten horen.

Dat resultaat strookt niet alleen met de omstandigheden:

(i) dat de destijds door de NVPI en de Kunstbond FNV vertegenwoordigde rechthebbenden volgens het hof 'boodschap' mogen hebben aan destijds namens hen gewekte verwachtingen, en

(ii) dat de destijds niet door die organisaties vertegenwoordigde rechthebbenden geen reden hadden of hebben om andere verwachtingen ten aanzien van de in Nederland te bepalen hoogte te koesteren, dan gewekt zijn door diegenen die degenen van wie de vertegenwoordigers destijds wél van zich hebben laten horen. Dat resultaat is ook, en bovenal, verenigbaar met de omstandigheden:

(iii) dat, zoals het HvJEG in rov. 34 van het prejudicieel arrest heeft bevestigd, het uitsluitend aan de lidstaten is overgelaten 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 geëerbiedigd; (iv) dat, zoals reeds veel vaker aangegeven, volgens rov. 42 van het prejudicieel arrest de onderhavige voorgeschiedenis een rol mag spelen: (v) dat, door in de aanvangsjaren rekening te houden met de gewekte verwachtingen, er niet alleen geen sprake is met overschrijding van door Richtlijn 92/100 getrokken grenzen, maar ook geen sprake is van over-

schrijding van andere door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen; (vi) een en ander binnen de buitengrens van de 'evenwichtsregel', waaraan het Haagse hof t.z.t. zijn voorgenomen resultaat nog zal moeten toetsen, respectievelijk waaraan na eindarrest van het Haagse hof in cassatie - al dan niet na nieuwe prejudiciële vragen aan het HvJEG - nog getoetst kan worden.

#### Onderdelen 5.1 t/m 5.2.2

4.59. De onderdelen 5.1 t/m 5.2.2 bestrijden de r.ovv. 32-34, waarin het Haagse hof in gaat op de factoren van enerzijds 'potential audience' (waaronder is te verstaan het bereik van een zender inden alle ontvangers in het door de zender bestreken gebied allemaal zouden kijken/luisteren), en anderzijds 'actual audience' (waaronder is te verstaan het daadwerkelijke, feitelijke bereik van een zender). Het mag als een feit van algemene bekendheid gelden dat de 'actual audience' sinds jaar en dag door daarop gespecialiseerde onderzoekbureaus 'gemeten' wordt, met name met het oog op het bereik van in de programma's opgenomen tv- en radioreclame. Het Haagse hof overwoog in rov. 33 dat 'actual audience' als factor moet worden opgenomen in het (te ontwikkelen) berekeningsmodel, waarbij het hof de wijze van berekening van deze factor nog in het midden laat. Voor wat betreft de factor 'potential audience' gaf het Haagse hof in rov. 34 aan, dat het overweging verdient deze in het berekeningsmodel op te nemen in de vorm van een vast bedrag per zender.(30)

4.60. In rov. 46 van zijn prejudicieel arrest van 6 februari 2003 overwoog het HvJEG ten deze dat de richtlijn zich niet verzet tegen een berekeningsmodel waarbij één der factoren is de 'de kijk- en luisterdichtheden van de door de omroeporganisatie vertegenwoordigde radio- en televisie-omroepen'. Dat is dus: 'actual audience'.

4.61. Onderdeel 5.1 betoogt dat aan de factor 'actual audience' 'geen (doorslaggevend) gewicht' moet toekomen.

4.62. Op dit punt koppel ik terug naar nr. 3.4.8 van deze conclusie, waarin ik aangaf niet geneigd te zijn tot het adviseren van een koers die afwijkt van die van enige hoogste feitenrechter in zaken als deze, indien die koers door de hoogste rechter op cassatieniveau (het HvJEG) acceptabel is bevonden, ook al zou een andere koers ten deze door het HvJEG ook acceptabel bevonden kunnen worden.

4.63. Terzijde teken ik, buiten het debat tussen partijen, aan dat dit debat op mij nogal onwezenlijk overkomt. Stel (met een makkelijk rekenvoorbeeld) dat de 'actual audience' in een bepaald jaar gemiddeld 20 % is van de 'potential audience'. Dan doet het er weinig toe of men van de ene dan wel de andere 'audience' uitgaat, nu het toch voor de hand ligt dat alsdan aan de 'actual audience' een navenant, althans aanzienlijk hoger, en aan de 'potential audience' een navenant lager tariefprijskaartje hangt. Dat in wezen de crux ligt, komt ook m.i. ook tot uitdrukking in de 'evenwichtsregel' van het HvJEG.

4.64. Onderdeel 5.2.1 betoogt dat het door het hof in rov. 32 (derde alinea) geconstateerde feit, dat SENA in

de praktijk (met andere betalingsplichtigen) overeenkomsten sluit waarin de factor 'actual audience' betekenis toekomt, niet van belang is. Artikel 7 WNR zou er niet aan in de weg staan dat SENA overeenkomsten sluit die niet volledig aan de wettelijke maatstaven beantwoorden, aldus dit onderdeel. SENA zou op dit punt de nodige beleidsruimte hebben. Waar SENA aldus enerzijds de positie betreft dat het Haagse hof het recht zou schenden door ten aanzien van de NOS 'actual audience' in aanmerking te willen nemen, en anderzijds de positie betreft dat het haar vrijstaat ten aanzien van andere (commerciële) andere omroepen een andere koers te varen, kan dit blijkens het voorgaande toch al tot falen gedoemde onderdeel, het in ieder geval niet hebben van zijn onderbouwing.

4.65. Onderdeel 5.2.2 bestrijdt met een motiveringsklacht het argument van het hof in rov. 32, dat uit het feit dat de oppervlakte van horeca-gelegenheden een rol speelt bij de BUMA-rechten blijkt dat het feitelijk aantal bezoekers van zulke gelegenheden (actual audience) een rol speelt bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Dit argument zou blijken geven van een gedachtenfout, aldus het middel, omdat de oppervlakte slechts bepalend is voor het potentiële bereik. Ook dit onderdeel faalt. Het hof heeft namelijk niet onbegrijpelijk uiteengezet waarom het verband tussen de oppervlakte en het feitelijk aantal bezoekers wel bestaat, door te overwegen: 'In de regel zal er uiteindelijk een verband bestaan tussen dat gegeven en het aantal bezoekers van een horecagelegenheid: niemand zal bijvoorbeeld een café met een bepaald oppervlak blijven exploiteren als dat niet correspondeert met een bepaald aantal klanten.'

#### Onderdelen 6.1-6.5

4.66. De onderdelen 6.1-6.5 komen op tegen rov. 37, waarin het hof overweegt dat weliswaar aansluiting moet worden gezocht bij de BUMA/STEMRA-tarieven doch dat het niveau van de billijke vergoeding in verband met een aantal (door het hof aangegeven) omstandigheden lager moet zijn.

4.67. De benadering van het Haagse hof is door het HvJEG, blijkens rov. 46 van het prejudicieel arrest, communautairrechtelijk aanvaardbaar bevonden. Enerzijds dient (althans: kan) wel acht geslagen (te) worden op de BUMA/STEMRA-tarieven (in de terminologie van het HvJEG: de 'bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van de rechten voor uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken'), maar anderzijds slaan die ook niet zo maar de maat. De 'evenwichtsregel' blijft ten deze doorslaggevend.

4.68. Ook hier koppel ik weer terug naar nr. 3.4.8 van deze conclusie. Ik ben niet geneigd de Hoge Raad ten deze te adviseren om de enige hoogste feitenrechter te corrigeren in zaken als deze, nu diens koers door de hoogste het HvJEG acceptabel is bevonden, ook al zou een correctie van de Hoge Raad ten deze vermoedelijk ook door de (ruime) communautairrechtelijke beugel kunnen.

Over de afzonderlijke onderdelen merk ik niettemin nog het volgende op.

4.69. Onderdeel 6.1 vormt een inleiding en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

4.70. De klachten in onderdeel 6.2 houden een herhaling in van klachten in de onderdelen 2.3 en 3.2 en delen het lot daarvan.

4.71. Onderdeel 6.3 betoogt dat in de gedingstukken de grondslag ontbreekt voor het door het hof in rov. 37 onder (iv) bedoelde gegeven (nl. dat het BUMA/STEMRA repertoire omvangrijker is dan dat waarop de WNR betrekking heeft). Het onderdeel beroept zich hierbij met name op de omvangrijke productie 7 bij comparitie van partijen in eerste aanleg van 14 november 1996 en op nrs. 17-19 van de aantekeningen van SENA's raadsman voor deze comparitie. Ik merk op dat de NOS onduidelijkheid omtrent de omvang van het repertoire dat SENA onder haar hoede heeft diverse keren aan de kaak gesteld, en in dat kader ook gemotiveerd betoogd heeft dat het SENA-repertoire minder omvangrijk is dan het BUMA/STEMRA-repertoire.<sup>(31)</sup> SENA heeft getracht dit te bestrijden, doch heeft daarbij toegegeven dat volstreekte duidelijkheid op dit punt nog niet mogelijk is.<sup>(32)</sup>

4.72. De klacht stuit m.i. af op een verkeerde lezing en/of op art. 399 Rv. Weliswaar oogt het oordeel in rov. 37 onder (iv):

'Het BUMA/STEMRA-repertoire is omvangrijker dan dat waarop de WNR betrekking heeft. Dit zou in de prijs verdisconteerd moeten worden' als een eindbeslissing. Maar dat is het, welbeschouwd, niet.

Over de mate waarin het ene repertoire omvangrijker zou zijn dan het andere, heeft het hof zich immers op geen enkele wijze uitgelaten, terwijl die mate in 's hofs kennelijke gedachtegang van belang is. Voegt men daarbij rov. 49 onder het kopje 'Verder verloop van de procedure':

'49. Naar het oordeel van het hof kunnen knopen thans nog niet worden doorgesneden. Daarvoor ontbreken nog te veel gegevens' dan is duidelijk dat het hof van oordeel is dat het (indien partijen er zelf niet uitkomen) mede nader gedocumenteerd zou dienen te worden over de verhouding van de omvang van het SENA-repertoire tot het BUMA/STEMRA-repertoire. Indien daarbij zou blijken dat het BUMA/STEMRA-repertoire (toch) niet omvangrijker is dan het SENA-repertoire, dan zal dat in de kennelijke gedachtegang van het hof geen aanleiding zijn tot 'verdiscontering in de prijs'. De aangevochten rov. 37 sub (iv) kan m.i. dan ook niet anders gelezen worden dan in de zin dat ervan uitgaande dat het BUMA/STEMRA-repertoire (inderdaad) omvangrijker blijkt te zijn dan dat waarop de WNR betrekking heeft, zulks (alsdan) in de prijs verdisconteerd zou moeten worden.

4.73. Opgemerkt zij dat het hof met dit laatste niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. Dat blijkt uit het (overigens pas na het post-prejudicieel partijdebat gewezen) arrest van de Hoge Raad van 28 november 2003 in de zaak SENA/NKP,<sup>(33)</sup> rov. 3.3.2, waarin uw Raad heeft overwogen:

'... 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.'

4.74. Onderdeel 6.4.1 komt op tegen hetgeen het Haagse hof in rov. 37 onder (ii) overwoog. Het onderdeel betoogt dat het in strijd is met de billijkheid als bedoeld in art. 7 WNR om uit het feit dat naburige rechten pas in een later stadium zijn erkend dan auteursrechten de conclusie te trekken dat naburige rechten in feite lager worden gewaardeerd en ook lager dienen te worden gewaardeerd dan auteursrechten.

4.75. Als hiervoor in nr 4.67 aangegeven, meen ik dat rov. 46 van het prejudicieel arrest van het HvJEG mede ruimte laat om de (maatschappelijke) waardering van de nabuurrechtelijke prestaties in verhouding tot die van componisten en tekstdichters in de beoordeling van de billijkheid te betrekken. Aldus getuigt de aangevallen deelloverweging niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 8 lid 2 van de Richtlijn en daarmee art. 7 WNR.(34)

Overigens erkent SENA blijkens het aanstonds te bespreken onderdeel 6.4.2 dat er reden kan zijn voor een 'proces van gewenning en aanpassing, dat in de praktische werkelijkheid aan de implementatie en handhaving van pas recent geïntroduceerde bescherming inherent is.' SENA zegt dat daar ten aanzien van omringende landen, maar waarom zou dat niet ook (kunnen) gelden voor Nederland?

4.76. Onderdeel 6.4.2 richt zich tegen rov. 37 onder (iii). Hierin overweegt het hof dat uit de gegevens m.b.t. de situatie in de ons omringende landen voorschijnlijk lijkt te moeten worden afgeleid dat de vergoedingen voor muzikanten op een hoger niveau liggen dan die van uitvoerende kunstenaars. Het onderdeel betoogt (zoals ik in het vorige nr. al aangaf) dat het hof rekening had moeten houden met het proces van gewenning en aanpassing dat in de praktische werkelijkheid aan de implementatie en handhaving van pas recent geïntroduceerde bescherming inherent is.

4.77. Niet alleen komt deze klacht op tegen een voorlopige beslissing (dit blijkt uit de zinsnede 'lijkt voorschijnlijk afgeleid te moeten worden'), ook miskent deze klacht dat het hof in rov. 49 wel degelijk de mogelijkheid open houdt om rekening te houden met eventuele verhogingen in het buitenland. Overigens is dit oordeel van het Haagse hof weer geheel verenigbaar met rov. 46 van het prejudicieel arrest van het HvJEG. 4.78. Onderdeel 6.5 valt, voor zover het zich op art. 8 lid 2 Richtlijn beroept, samen met onderdeel 2.1 en deelt het lot daarvan. Voor zover het onderdeel zich op de Conventie van Rome beroept, valt het samen met onderdeel 3.7; daartoe verwijs ik naar de bespreking van dat onderdeel (nrs. 4.35-4.36).(35)

### Onderdelen 7.1 t/m 7.2.2

4.79. De onderdelen 7.1 t/m 7.2.2 richten zich tegen r.ovv. 45 t/m 48-I, waarin het hof de stelling van SENA dat de publieke omroepen zouden moeten betalen dan de commerciële omroepen, heeft verworpen. 4.80. Onderdeel 7.1 richt zich tegen r.ovv. 47-48-I. Voor zover het middel een herhaling inhoudt van de onderdelen 5.1-5.2.2 ('potential audience'/actual audience') verwijs ik naar nrs. 4.61-4.65 hierboven. Voorzover het onderdeel betoogt dat een groter 'potential audience' ?n 'actual audience' tot een hogere vergoeding moet leiden, komt het op tegen een voorlopige beslissing, respectievelijk gaat het uit van een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Ik kan rov. 48-I namelijk niet anders lezen dan dat het hof de factor actual audience wenst te verdisconteren in het nog te ontwikkelen berekeningsmodel en dat het hof uitdrukkelijk de mogelijkheid open houdt om ??k de factor 'potential audience' hierin te verdisconteren. 4.81. Onderdeel 7.2.1 bestrijdt r.ovv. 45 en 46-I. Het onderdeel betoogt dat, voor zover de in onderdeel 2.3 en andere onderdelen verdedigde 'objectieve' maatstaven niet doorslaggevend zouden zijn, niet valt in te zien waarom het feit dat de NOS over aanzienlijk meer financiële middelen beschikt dan de commerciële omroepen geen wegingsfactor zou mogen zijn bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. In zoverre zouden rov. 24 en r.ovv. 45-46-I met twee maten meten.

(Ook) deze klacht stuit m.i. af op het door het HvJEG in het prejudicieel arrest gegeven kader, waarbinnen voor de nationale rechter enerzijds (rov. 37) de 'waarde in het handelsverkeer' als gezichtspunt geldt, maar waarbij anderzijds (r.ovv. 42 jo. 44) ruimte wordt gegeven voor een aangepast tarief in de eerste jaren na de datum van inwerkingtreding van Richtlijn 92/100. Terzijde teken ik aan dat het onderdeel met de veronderstelling dat de publieke omroep over aanzienlijk meer financiële middelen zou beschikken dan de commerciële omroepen, indien bewezen, een delicate kwestie van (mogelijk ontoelaatbare, en mogelijk terugvorderbare) staatssteun aan de publieke omroep aanroert.

4.82. Onderdeel 7.2.2 betoogt nog dat bij de bepaling van de waarde van bepaalde prestaties naar objectieve maatstaven, de draagkracht van de betalingsplichtige partij een factor is die in het algemeen in aanmerking mag worden genomen, en die ook in het maatschappelijk verkeer in vele gevallen in aanmerking wordt genomen.

De klacht, die op geen enkele wijze is onderbouwd (laat staan met voorbeelden toegelicht), stuit m.i. af op art. 407 lid 2 Rv. Ik acht haar ook ongegrond, nu ik ten deze niet een door het hof geschonden rechtsregel kan ontwaren, noch een motiveringsgebrek. Onderdeel 8

4.83. Onderdeel 8 komt op tegen r.ovv. 46-47-II, over de betekenis van de vergoedingen die anderen dan omroepen betalen. Deze vergoedingen zijn, aldus het hof in rov. 47-II, in het geheel niet richtinggevend voor de

billijke vergoedingen die omroepen moeten betalen. Het onderdeel betoogt dat alle feitelijke gegevens die licht kunnen werpen op de waarde van de in het geding zijnde prestaties moeten worden meegewogen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding en dat het hof, ondanks de uitgebreide toelichting van SENA, niet heeft gemotiveerd waarom de hier bedoelde gegevens niet van belang zouden kunnen zijn.

4.84. Het HvJEG heeft in rov. 46 van zijn prejudicieel arrest overwogen dat - binnen het kader van de 'evenwichtsregel' en onverminderd de beginselen van het gemeenschapsrecht - art. 8 lid 2 van de Richtlijn zich niet verzet tegen een berekeningsmodel, waarin diverse door het Haagse hof genoemde vaste en variabele factoren w?l voorkomen, maar de vergoedingen die anderen dan omroepen betalen, ni?t. Door laatstbedoelde vergoedingen ni?t mede in aanmerking te willen nemen, is het hof blijkens het arrest van het HvJEG dus niet van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Voor het overige verwijs ik naar mijn eerder in nr. 3.4.8 gegeven algemene observatie (onvoldoende reden om de Hoge Raad ten deze te adviseren om de enige hoogste feitenrechter te corrigeren in zaken als deze, nu diens koers door het HvJEG acceptabel is bevonden, ook al zou een ander oordeel van de Hoge Raad voor het HvJEG binnen de (ruime) communautairrechtelijke grenzen ook acceptabel zijn).

#### Onderdelen 9.1 en 9.2

4.85. De onderdelen 9.1 en 9.2 richten zich tegen rov. 48-II, waarin het Haagse hof de door hem relevant geoordeelde factoren op een rij zet, en de daarop voortbouwende rov. 49. De onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.86. De onderdelen herhalen vooreerst eerdere klachten. Zij zijn gegrond voor zover zij zich richten tegen de deelopwekking van rov. 48-II (laatste alinea op blz. 16):

'De uitkomst van het berekeningsmodel zal moeten voldoen aan hetgeen hierboven onder 26 is overwogen, met inachtneming van het onder 49 overwogene.' en de deelopwekking in rov. 49 (eerste blok, midden): 'Zoals onder 26 overwogen zal de uitkomst in de eerste jaren van het vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed.'

Ik verwijs hiertoe naar mijn bespreking van onderdeel 6.4.1, waarin ik op deze klachten reeds vooruitliep: bij (noodzakelijke) heroverweging in het licht van de 'evenwichtsregel' past niet een gebondenheid aan het 'keurslijf' van rov. 26.

4.87. In het licht van r.ovv. 42 en 44 van het prejudicieel arrest van het HvJEG faalt de klacht dat het Haagse hof onvoldoende of zelfs ontoelaatbaar onduidelijk zou zijn geweest, sprekend over 'de eerste jaren na de inwerkingtreding van de WNR', waar het gaat over een rekening houden met voorheen betaalde vergoedingen. Het HvJEG laat ten deze kennelijk - onverminderd de 'evenwichtsregel' - een marge aan de nationale rechter. Dat geldt ook voor zover onderdeel 9.1 ermee rekening houdt dat het Haagse hof een geleidelijke, en niet een

abrupte aanpassing van de te betalen vergoedingen voor ogen moet hebben gestaan.

4.88. Onderdeel 9.2 klaagt nog dat het hof in rov. 49 niet duidelijk maakt of als gevolg van wijziging in de in rov. 49 aangeduide factoren mogelijk (al dan niet op termijn) ook een algehele herwaardering van de billijke vergoeding aanvaardbaar kan zijn, met voorbijgaan aan het in rov. 26 vooropgestelde uitgangspunt.

4.89. Het onderdeel berust op onjuiste lezing. In rov. 49, derde volzin, herhaalt het hof het uitgangspunt van rov. 26 dat de uitkomst in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer zal moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed, met de toevoeging in de vierde volzin dat verhoging denkbaar is onder de aldaar genoemde omstandigheden. Daarmee heeft het hof duidelijk gemaakt dat n? de periode van 'de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR' het uitgangspunt van rov. 26 voor hem niet meer geldt. Over de vraag in hoeverre er (op termijn) overigens aanleiding kan zijn voor een 'algehele herwaardering van de billijke vergoeding', heeft het hof zich (nog) niet uitgelaten.

4.90. Voor zover de onderdelen 9.1 en 9.2 verdere klachten omvatten, richten die zich tegen kwesties waarover het hof zich nog niet heeft uitgelaten, zodat die klachten afstuiten op art. 399 Rv. Ik teken daarbij aan dat het berekeningsmodel volgens het hof nog nader ontwikkeld worden, mede aan de hand van nader door partijen te verschaffen gegevens. Die verdere ontwikkeling kan op de door SENA aangestipte punten duidelijkheid brengen.

4.91. Onderdeel 10 bevat geen zelfstandige klacht.

#### 5. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en terugverwijzing naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

---

#### Noten

1 Rolnr. HvJEG: C-245/00. Het arrest is inmiddels gepubliceerd in AMI 2003, p. 136, GRUR Int. 2003, p. 529, IIC 2003, p. 290 en geannoteerd door T.E. Deurvorst in JAVI 2003, p. 58; zie ook J.M.B. Seignette, AMI 2003, p. 109 (117) en D.J.G. Visser, AMI 2003, p. 189 (190).

2 Ervan uitgaande dat een voorgestelde andere parameter niet a priori absurd of bijv. discriminatoir voorkomt.

3 Het arrest van het Haagse hof is een tussenarrest van v?r 1 januari 2002, zodat art. 401a, lid 2 (nw) Rv niet speelt.

4 Alsmede eventuele klachten over schending van nationaal procesrecht, zie bijv. middelonderdelen 4.2 en 6.3.

5 Ik anticipeerde hierop in mijn noot (in mijn toenmalige kwaliteit van NJ-annotator) onder het verwijzingsarrest van de HR: NJ 2001, 569 p. 4115 l.k.

6 In dit licht zou het aanbeveling verdienen dat het Haagse Hof - als exclusief bevoegde hoogste feitenrechter - (ruimer) gebruik zou maken van zijn eigen bevoegdheid tot prejudici?le vraagstelling ex art. 234

EG.

7 Ik laat nu maar terzijde de, in verband met de bevoegdheden van het Benelux-Gerechtshof, potentieel drievoudige cassatierechterlijke bemoeienis in bepaalde, inmiddels Europees geharmoniseerde Beneluxrechtelijke zaken (merkenrecht en modellenrecht).

8 Zie hierover tamelijk uitvoerig, met name over Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Canada en de VS, D.W.F. Verkade/D.J.G. Visser/A.C.M. Alkema m.m.v. W.D.H. Asser, Rechtsvergelijking van auteursrechtgeschillenmechanismen (WODC-rapport december 2001), te vinden op [http://www.minjust.nl/b\\_organ/wodc/publicaties/rapporten/pubrapp/ewb02rec.htm](http://www.minjust.nl/b_organ/wodc/publicaties/rapporten/pubrapp/ewb02rec.htm).

9 Vgl. het systeem met betrekking tot de bepaling van de hoogte van de bepaling van de hoogte van de leenrechtvergoeding (art. 15d Auteurswet 1912, art. 15b WNR) onderscheidenlijk de 'thuiskopievergoeding' (art. 16e Aw, art. 10, onder a, WNR). Kort gezegd komt het systeem erop neer dat de hoogte wordt vastgesteld door 'onderhandelingsstichtingen' waarin vertegenwoordigers van de rechthebbenden-crediteuren en de debiteuren gelijkelijk zijn vertegenwoordigd, aangevuld met een onafhankelijke voorzitter. Pas indien men er daar niet uitkomt, komt de rechter (de rechtbank te 's-Gravenhage) aan bod. Voor zover mij bekend, heeft zich in de ca. 8-jarige geschiedenis van de leenrechtstichting ('STOL') en de ca. 13-jarige geschiedenis van de thuiskopiestichting ('SONT') nog geen desbetreffende gang naar de rechter voorgedaan. Ik wijs ook op de verplichte bemiddeling bij geschillen over kabeldoorgifte: art. 26c Auteurswet en art. 14c WNR, voorgeschreven door de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG.

10 HR 28 november 2003, C02/074, RvdW 2003, 182.

11 Evenals de Hoge Raad deed in zijn arrest van 9 juni 2000, volg ik niet de (afwijkende, Romeinse) nummering van de hoofdonderdelen van het middel, maar de daaronder geplaatste Arabische nummeringen.

12 Het HvJEG spreekt minder nauwkeurig van 'invorderingsorgaan', waar het kennelijk de NVPI bedoelt, met wie de NOS de in de parlementaire geschiedenis gememoreerde en in r.ovv. 19 en 25 van het Haagse hof gereleveerde overeenkomst had gesloten.

13 In het arrest van het Haagse hof komen overwegingen met de nrs. 46-48, telkens met een andere inhoud, twee maal voor. Op het voetspoor van de advocaat van de NOS voeg ik daarom de Romeinse cijfers I en II toe.

14 Zie voor een meer uitgebreide beschouwing: conclusie A-G Bakels voor HR 12 november 1999, NJ 2000, 68, ?? 2.1-2.3 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

15 Vgl. HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 720 m.nt. M. Scheltema, rov. 3.3, p. 3640, l.k.; zie ook de conclusie van A-G Bloembergen, ? 2.2, p. 3635. In dezelfde zin A-G Mok voor HR 11 mei 1990, NJ 1990, 542, ? 4 (de HR besliste in dat geval overigens tot niet-ontvankelijkheid o.g.v. art. 399 Rv).

16 Zie b.v. CvA in cassatie, s.t. NOS, nrs. 1.2, p. 1 en 3.1-3. 8, pp. 7-10.

17 Afgedrukt in Verkade/Visser, Parlementaire geschiedenis van de Wet op de naburige rechten, Delft 1993 (hierna: Parl. Gesch. WNR), pp. 306-308. In deze procedure overgelegd als prod. 12 bij de conclusie na comparitie zijdens de NOS van 30 september 1995, welke conclusie door de rechtbank is geweigerd; in de appelprocedure inzake de provisionele voorzieningen (rolnr. 95/1694) als prod. 12 door de NOS in het geding gebracht bij conclusie van eis in hoger beroep tevens akte overlegging producties van 21 dec. 1995.

18 Vgl. art. 15 lid 1, tweede volzin WNR: 'Ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de vergoeding en de inning daarvan alsmede de uitoefening van het uitsluitend recht vertegenwoordigt [de SENA] de rechthebbenden in en buiten rechte.'

19 Ingevolg art. 82 sub a kan zodanig misbruik bestaan in: 'het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden'.

20 Vgl. HvJEG 13 juli 1989, zaak 395/87, Jur. 1989, p. 2521 (Tourmier (SACEM)/Verney) en HvJEG 17 juli 1997, zaak C-242/95, Jur. 1997, p. I-4449 (GT-Link A/S / De Danske Statsbaner (DSB)).

21 De Overeenkomst is overgelegd als prod. 1 bij c.v.a. in conventie, tevens houdende eis in reconventie van 11 juli 1995.

22 Gepubliceerd in Parl. Gesch. WNR, pp. 306-308 Vgl. ook voetnoot 17.

23 Terzijde zij overigens geconstateerd dat de Overeenkomst in art. 8.2 vermeldt dat de NVPI mede een categorie uitvoerende kunstenaars vertegenwoordigt. 24 Prod. 2 bij de c.v.a. in conventie tevens houdende eis in reconventie van 11 juli 1995.

25 Vgl. c.v.r. in conventie, tevens c.v.a. in reconventie van 18 september 1995, nr. 51, p. 30; m.v.a. tevens houdende incidenteel appel van 18 januari 1996, nr. 26, p. 15 (SENA spreekt hier van een looptijd van de Overeenkomst van 10 jaar); pleitnota raadsman SENA van 21 februari 1996, nr. 17 sub a, p. 8 en enigszins indirect: pleitnota raadsman SENA van 12 juli 1996, nr. 7, pp. 4-5.

26 Vgl. c.v.d. in conventie, tevens c.v.r. in reconventie, nr. 6, p. 4; appeldagvaarding van 12 december 1995, nrs. 29, p. 13 en 32, p. 15; prod. 4 bij c.v.e. in hoger beroep van 21 december 1995, nr. 19, p. 15 en m.v.a. tevens m.v.g. in incidenteel appel van 4 september 1997 nr. 7, p. 6, en nr. 8, p. 8.

27 Die indicatoren zijn door Sena, en zijn door het Haagse hof in rov. 24 aangeduid met het begrip 'marktwaarde'.

28 In de onderdelen 4.6.1 en 9.1 van het middel wordt hiervan gewag gemaakt.

29 D't het Haagse hof 'op zich' wel degelijk hiermee mocht en mag rekening houden, bleek bij de bespreking van middelonderdelen 2.1 en 2.3.

30 Zie in dit verband ook rov. 48-I, p. 16 van het bestreden arrest.

31 Vgl. c.v.a. in conventie, tevens eis in reconventie, nr. 25, p. 12; c.v.d. in conventie, tevens repliek in reconventie, nr. 29, p. 17-18; appeldagvaarding van 12 dec. 1995 (na provisioneel vonnis, rolnr. 95/1694), nr.

43, pp. 21-22; pleitnota, tevens m.v.a. in inc. appel van 21 febr. 1996 (rolnr. 95/1694), nr. 12, p. 9; pleitnotities raadsman NOS 12 juli 1996, nrs. 2-5, pp. 2-5 en prod. 3, p. 4; en pleitnotities raadsman NOS 14 nov. 1996, nrs. 17-21, pp. 7-8.

32 Vgl. m.v.a., tevens houdende inc. appel (rolnr. 95/1694), nr. 43, pp. 22-24; pleitnotities raadsman SENA 12 juli 1996, nrs. 31-35, pp. 17-19, en prod. 2; prod. 7 bij het akteverzoek van 14 nov. 1996 en aant. raadsman SENA voor c.v.a. 14 nov. 1996, nrs. 17-18, pp. 8-9.

33 HR 28 november 2003, C02/074, RvdW 2003, 182.

34 Dat het oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt, laat zich m.i. overigens ook op andere wijze adstrueren. Vertalers zijn al vroeg als 'makers' in de zin van het auteursrecht erkend, met zelfs dezelfde (verbods-)rechten als auteurs. Toch is daarmee allerminst gezegd dat de beloning van vertalers van bijv. belletrie in de maatschappelijke beleving 'billijkheidshalve' als vanzelfsprekend op eenzelfde niveau zou moeten liggen als die van de auteurs van de vertaalde werken.

35 Sena heeft in nr. 40 van haar nadere s.t. na het arrest HvJEG dit onderdeel ingetrokken, voorzover daarin werd gesteld dat de strekking van art. 8 lid 2 Rl. meebrengt dat de factoren die het Haagse hof in rov. 37 in aanmerking heeft genomen (betreffende de verhouding tussen het auteursrecht en het naburig recht), geen rol hadden mogen spelen.

---