



**Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens 12 juli 2016 (SIA AKKA/LAA / Letland), *European Human Rights Cases* 2016-12, nr. 240.
V.E. Breemen**

1. Centraal in deze zaak staat het uitzenden van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken door Letse radiostations, terwijl hun licentie daarvoor verlopen was. De overweging van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Hof of EHRM) dat het auteursrecht onder het recht op eigendom valt, en daarmee onder art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (par. 41) is op zich niet nieuw (zie o.a. *Melnychuk t. Oekraïne*, EHRM 5 juli 2005, nr. 28743/03). Dit is misschien dan ook niet zo'n "baanbrekend" arrest als *Ashby Donald e.a. t. Frankrijk* (EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08, «EHRC» 2013/95; *Mediaforum* 2013/2, p. 56-57, m.nt. D. Voorhoof; *AMI*, 2014/2, p. 57-59, m.nt. E.J. Dommering; *NJ* 2015/121 m.nt. P.B. Hugenholtz), toen het Hof voor het eerst ondubbelzinnig erkende dat het auteursrecht een beperking kan zijn op de uitingsvrijheid, die dan ook aan de criteria van art. 10 EVRM moet voldoen (zie in deze zin de noot van Hugenholtz). Zo'n grondrechtenbotsing betreft het in de onderhavige zaak niet. Maar de uitspraak werpt wel een interessant licht op de concrete uitwerking van de positieve en negatieve verplichtingen van staten onder het protocol in het algemeen, en met betrekking tot intellectuele eigendom in het bijzonder. Dit leerstuk voert de boventoon in de redenering van het Hof die leidt tot de conclusie dat art. 1 Eerste Protocol niet is overtreden.

2. Het Hof overweegt namelijk dat het er niet zo toe doet of een zaak wordt beoordeeld vanuit het perspectief van positieve dan wel negatieve verplichtingen. Dit zal afhangen van wie de klacht heeft ingediend (de auteursrechthebbende of de wederpartij). Het stelt dat de toetsingscriteria om een vermeende inmenging in een fundamenteel recht door de autoriteiten te evalueren in beide gevallen in essentie hetzelfde zijn (par. 74): is een rechtvaardig evenwicht bereikt tussen de wedijverende belangen van het individu enerzijds en de samenleving als geheel anderzijds? Dit lijkt vooral een praktische overweging aangezien de grens tussen beide soorten verplichtingen soms lastig te trekken is: in de praktijk kunnen ze elkaar inderdaad overlappen - waar gaat de onthoudingsplicht over in de verantwoordelijkheid om te handelen, om op die manier een effectieve uitoefening van het recht te garanderen? (zie hierover J-F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg: Raad van Europa 2007, Human Rights Handbooks Series, No. 7, p. 12). Maar volgens de zojuist aangehaalde publicatie van de Raad van Europa 'hangt alles af van het gekozen perspectief' (p. 13).

3. In dit geval is het echter wel duidelijk dat de klacht voortkomt uit het handelen van de Letse rechters, hetgeen door beide partijen anders wordt gekwalificeerd (par. 56-57). Hierbij moet in het oog worden gehouden dat de concrete verplichtingen voor een staat natuurlijk worden bepaald door het recht in kwestie, *in casu* het eigendomsrecht zoals beschermd onder art. 1 Eerste Protocol. In de literatuur is hierover in traditionele zin opgemerkt dat het eigendomsrecht in eerste instantie een recht inhoudt op onthouding van staatsinterventie, dat in andere woorden aanleiding geeft tot negatieve verplichtingen (zie L.R. Helfer, 'The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights', in: P. Torremans, *Intellectual Property and Human Rights*,

Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 25-76). Inmiddels kunnen we echter wel stellen dat elk recht tot op zekere hoogte zowel negatieve als positieve verplichtingen oproept. Met betrekking tot intellectuele eigendom meer specifiek vloeien die verplichtingen o.a. voort uit verschillende varianten van procesvoering tussen private partijen. Een inbreuk kan dan volgen uit, zoals Helfer omschrijft, diverse scenario's waarin nationale rechters: 1) oordelen in contractgeschillen omtrent licentiëring of overdracht van intellectuele eigendomsrechten; 2) aanklachten inzake vermeende auteursrechtinbreuk afwijzen; of 3) beslissen over concurrerende intellectuele eigendomsrechtclaims (Helfer 2008). Daarbij stuurt niet alleen het betreffende recht de analyse: een stap verder hangen de opmerkingen van het Hof met betrekking tot art. 1 ook nog eens af van de omstandigheden van dit geval, waarin de rechter op basis van het Letse recht had geïntervenieerd in licentieonderhandelingen tussen SIA AKKA/LAA en de twee radiostations. De Letse overheid voerde aan dat de betwiste rechterlijke maatregel in lijn was met de positieve verplichtingen van de staat onder art. 1: zo werden de rechten van de auteurs zoals toegekend onder het EVRM geëffectueerd. Daarentegen vond de cbo dat de maatregel onvoldoende gehoor gaf aan de negatieve verplichtingen van de staat om zich niet disproportioneel te mengen in de 'peaceful enjoyment' van de auteurs' eigendomsrechten. Toegepast op deze zaak, trekt het Hof de interpretatie van het Letse auteursrecht door de nationale rechter niet in twijfel, zoals gangbaar is in intellectueel eigendomszaken voor het EHRM. Het overweegt dat de afhandeling van de zaak niet arbitrair is geweest. Het Hof zegt uiteindelijk dus niet met zoveel woorden dat de maatregel van de Letse rechters uitvoering geeft aan de positieve verplichtingen van de staat, maar dat blijkt toch zeker impliciet uit de conclusie dat de licentieplichting getuigde van een 'fair balance'. Die conclusie berust op drie pijlers, waarin ook de andere twee toetsingscriteria ('voorzien bij wet' en 'gerechtvaardigd doel') vervlochten zijn.

4. Ten eerste hecht het Hof waarde aan de wijze waarop de licentieplichting was opgelegd door de Letse rechters (par. 75-77). Die hadden zich eerst ingespannen om de partijen tot overeenstemming te laten komen. Pas toen dat niet gelukt was, zagen ze zich genoodzaakt tot dit bevel. Daarbij had de beslissing een basis in het Letse recht: geen andere autoriteit was bevoegd om in de zaak te voorzien, dus kwam dat neer op de rechter, inclusief het vaststellen van het tarief. In een van de nationale zaken waren de partijen het verder wel al eens geworden over de manier om het tarief voor muziekuitzending te berekenen; in de andere baseerde de rechter het tarief op vergelijkbare overeenkomsten met andere broadcasters, en stelde het niet veel lager vast.

5. Ten tweede neemt het Hof de belangen van de auteursrechthebbers in acht: aangezien de partijen, dus de cbo en de radiostations, de intentie hadden geuit om een overeenkomst te sluiten, zou een uitzendverbod juist niet in het beste belang van de muzikanten zijn om zoveel mogelijk opbrengsten te genereren uit hun werk (par. 78). Eerder in de uitspraak was daarover al geconstateerd dat de muzikanten in kwestie hun belang bij publieke muziekuitzending hadden aangegeven (par. 12). Dat is enigszins vreemd verwoord: een uitzendverbod "would infringe the authors' exclusive rights to have their work reproduced [...]". Hoewel verveelvoudiging inderdaad behoort tot de exclusieve auteursrechten, is hier vermoedelijk het recht op exploitatie bedoeld, waarvoor een cbo de gelden int en verdeelt. Hiermee geeft het Hof in elk geval een signaal af dat de cbo verantwoordelijk wordt gehouden voor de behartiging van de belangen van de auteurs (par. 70). Het Hof plaatst in dit opzicht een kritische noot bij de rol van de cbo in het onderhandelingsproces, waardoor muziek tijdelijk werd uitgezonden zonder licentie. Dat zet de toon voor de conclusie dat de Letse rechters een rechtvaardige afweging tussen alle belangen hebben gemaakt. Tot dat samenspel van belangen behoort ook het algemeen belang van de samenleving als geheel om kennis

te kunnen nemen van de muziek. Het versterkt het idee dat het rechterlijk licentiebevel een instrument vormt voor de Letse overheid om te voldoen aan het effectueren van het eigendomsrecht, en meer specifiek, het auteursrecht. Doordat de rechter de voorwaarden vaststelt voor een tijdelijke licentie, wordt gepoogd om de verstoorde band tussen alle belangen weer in de maat te laten lopen.

6. Ten derde merkt het Hof op dat de omvang van de opgelegde licentieverplichting beperkt was in tijd en omvang (par. 79). Hoewel een geldigheidsduur van drie jaar toch aanzienlijk lijkt, geeft het Hof aan dat dit ook de periode was die partijen in elk geval in een van de procedures al overeen waren gekomen. Daarbij wijst het Hof er op dat de partijen opnieuw konden onderhandelen, zodat de inmenging in de vrijheid van contract 'minimaal' was. Dat neemt echter niet weg dat de partijen hoe dan ook een overeenkomst moesten sluiten. Daardoor beperken het licentiebevel en het vastgestelde tarief de contractuele vrijheid in elk geval in enige mate. Dit is dan ook niet het sterkste argument van het Hof.

7. Behalve de motivering van de eindconclusie ('no violation of Article 1') valt nog te wijzen op een aantal vragen die het arrest opwerpt, of op andere onderwerpen die ter sprake komen in de redenering van het Hof. Zo is de competentie van het EHRM in intellectuele eigendomszaken in juridische literatuur wel in twijfel getrokken: de rechten in het EHRM zouden bijvoorbeeld geen gedegen sturing geven voor de beladen functie om de grenzen van intellectueel eigendomsstandaarden vast te stellen, en het Hof zou alleen *ad hoc* optreden, terwijl de uitspraken wel invloed zouden hebben op het nationale recht (Helfer 2008). Aangezien het in deze zaak niet om het materiële auteursrecht gaat, maar om de incasso via een collectieve rechtenorganisatie, spelen die bezwaren van sommige commentatoren hier waarschijnlijk minder. Ook rust het oordeel van het Hof zwaar op de beoordeling van de nationale rechters in dit opzicht. Zoals aangegeven is dat de gangbare koers in intellectuele eigendomszaken, waarbij de vraag is of dat altijd gerechtvaardigd is.

8. Om nog wat verder in te gaan op die nationale beoordeling: die moet worden gezien in het licht van het leerstuk van de 'margin of appreciation'. Het is een bekend concept uit de rechtspraak van het EHRM. In vrijheid van meningsuiting-zaken laat art. 10 EVRM de staten bijvoorbeeld een grote beoordelingsmarge in het geval van morele kwesties, religieuze aangelegenheden, of commerciële expressie, terwijl die vrijheid kleiner is als het gaat om politieke uitingen die bijdragen aan een publiek debat (zie hierover o.a. *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 en *Wingrove t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 november 1996, nr. 17419/90). In dezelfde trant komt staten volgens het Hof een zekere ruimte toe wanneer art. 1 Eerste Protocol in het geding is. Dat geldt zowel voor het vaststellen van het legitieme doel als de *fair balance*-vraag rondom een bepaalde maatregel, omdat intellectuele eigendomsrechten onderdeel zijn van 'sociaal en economisch beleid' (par. 69, 74). Nationale autoriteiten zouden beter in staat zijn om te beoordelen wat in dat opzicht 'in het publiek belang' is. Met die overweging valt het Hof terug in een 'supervisory' rol, door alleen te controleren of de redenen niet 'manifestly without reasonable foundation' zijn.

9. Verder is in een van de nationale procedures nog een soort 'misbruik van recht'-argument ten tonele gebracht als tegeneis (par. 8): volgens de betreffende broadcaster zou SIA AKKA/LAA misbruik hebben gemaakt van de dominante positie als cbo door een onredelijk hoog tarief vast te stellen. In Nederland is al eens geoordeeld dat BUMA, de Nederlandse zusterorganisatie van SIA AKKA/LAA, geen misbruik mag maken van haar dominante positie (*BUMA t. Brinkmann*, HR 24

mei 1968, *NJ* 1968, 252; zie hierover P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?', *AMI* 2003-5, p. 203-206). Het EHRM besteedt verder geen aandacht aan dit argument in de uiteindelijke uitspraak. Toch klinkt het rechterlijke besluit een licentie op te leggen, samengenomen met de hierboven geconstateerde beperking van de contractuele vrijheid, een beetje als een dwanglicentie. Dit concept is vooral bekend uit het octrooirecht; denk aan het geval waarin de rechthebbende onder voorwaarden een licentie moet verstrekken aan een derde, wiens octrooi afhankelijk is van de geoctrooide toepassing (zie o.a. de ontvankelijkheidsbeslissing in *Smith Kline en French Laboratories Ltd t. Nederland*, ECRM 4 oktober 1990 (ontv.), nr. 12633/87, waarin een dwanglicentie werd beschouwd als controle op het gebruik van eigendom onder art. 1). Interessant genoeg kent de Nederlandse Auteurswet ook een regeling voor een verplichte licentie, zelfs in de sfeer van radio- en televisie-uitzendingen, maar toch net met een andere insteek. Het gaat daarbij niet zozeer om misbruik van een machtspositie, maar om het specifieke geval van etheruitzending en kabeldoorgifte: art. 17a bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld op grond waarvan, in het algemeen belang, geen voorafgaande toestemming nodig is voor dergelijke uitzending van beschermde werken in Nederland via radio, televisie of een medium met dezelfde functie. Wel moet een billijke vergoeding worden betaald. Als partijen hierover geen overeenstemming bereiken, verklaart art. 17a Auteurswet de rechter bevoegd. Er is nog geen daadwerkelijk AMvB uitgevaardigd, maar de mogelijkheid is er, zij het slechts met theoretische relevantie. Of dat in het Letse recht ook zo is, maakt de uitspraak niet duidelijk, maar het Hof noemt wel de basis voor de rechter om het tarief vast te stellen in geval van licentieovereenkomsten voor het gebruik van werken, voor zover dat niet gebeurd is in zo'n overeenkomst. Om nog even terug te komen op het leerstuk van misbruik van machtspositie, zou SIA AKKA/LAA in elk geval als 'dominante' speler kunnen worden aangemerkt: meestal is sprake van een wettelijk of *de facto* monopolie voor een cbo in dit veld. Daarbij vertegenwoordigt SIA AKKA/LAA zo'n 2000 nationale en (vermoedelijk op basis van wederkerigheidsovereenkomsten) 2 miljoen internationale auteurs voor het gebruik van hun werken in Letland. Toegegeven, deze cbo weigert niet om een licentie af te sluiten als zodanig; de partijen komen alleen niet tot een akkoord over het tarief. Daarbij ligt het voor de hand dat zaken over licentieweigering worden beoordeeld door dat andere Europese hof, het Hof van Justitie van de EU, dat deze zaken toetst aan art. 82 EG in het licht van invloed op de gemeenschappelijke markt (cf. in dit opzicht *Verney t. Tournier*, HvJ EG 13 juli 1989, zaak 395/87).

10. En vanuit het perspectief van de aangesloten muzikanten is de vraag of de cbo niet een soort van plicht tot exploitatie heeft, vergelijkbaar met (muziek)uitgevers. In de Nederlandse zaak *Hille t. BUMA* vocht een tekstdichter het besluit van de cbo aan om geen vergoeding te incasseren voor het draaien van muziek op uitvaarten. Hij stelde dat BUMA daarmee was tekortgeschoten in de verplichtingen uit het exploitatiereglement. Het reglement liet echter toe dat BUMA in bepaalde gevallen van incasso kon afzien, mits de auteur hiervan tijdig op de hoogte werd gesteld. De Hoge Raad oordeelde dat aan die voorwaarde was voldaan (HR 6 maart 1998, *AMI* 1998/5, p. 83 m.nt. G.J.H.M. Mom). Verder hebben zaken gespeeld waarin de rechter de plicht van muziekuitgevers omschreef als 'inspanningsverplichtingen ter zake de promotie- en exploitatiewerkzaamheden'. Daarbij werd 'stilzitten' gezien als een tekortkoming in de nakoming van die voortdurende verplichting (zie o.a. twee uitspraken van vorig jaar: *Nanada c.s. t. Golden Earring*, Hof Amsterdam 31 maart 2015, C/13/496699/HA ZA 11-2296 en *Music Creations Publishing t. Xander de Buissonjé*, Rb. Midden-Nederland 29 juli 2015, C/16/357848 / HA ZA 13-908). Verder bepaalt de recente wet Auteurscontractenrecht dat makers het recht hebben om een overeenkomst met een exploitant te ontbinden als deze de exploitatieverplichting niet voldoende nakomt (de zogenoemde 'non-usus

bepaling' in een nieuw art. 25e Auteurswet; zie over dit begrip al in 2004: P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht (2004). Maar hierbij moet worden bedacht dat de relatie tussen auteur en cbo net anders is: de rechthebbende heeft de uitoefening van de exclusieve openbaarmakings- en vereenvoudigingsrechten overgedragen aan de cbo. De rechten worden dan niet meer individueel beheerd, maar auteurs behouden een aanspraak op vergoeding via de cbo. De cbo is dus niet een exploitant van de muziek als zodanig, maar incasseert de vergoedingen voor het gelicentieerde muziekgebruik en verdeelt deze onder de leden. Toch zou op vergelijkbare wijze van organisaties zoals SIA AKKA/LAA verwacht kunnen worden dat zij voortvarend onderhandelen over tarieven voor muziekuitzending om te zorgen dat daarvoor gelden kunnen worden blijven geïnd en verdeeld. Inderdaad uit het Hof zich ook in die richting: de inefficiënte onderhandelingswijze van SIA AKKA/ LAA lijkt een gevoelige snaar te raken, waarmee de uitspraak in feite stelt dat de performance van de cbo de auteursbelangen juist niet heeft behartigd (par. 70). Het zorgde voor de kink in de kabel die uiteindelijk leidde tot de procesvoering waarover het EHRM nu het laatste woord heeft.

11. Na de conclusie dat art. 1 Eerste Protocol niet is geschonden, gaat het Hof nog even in op de vraag of dan wellicht inbreuk is gemaakt op art. 6 EVRM (recht op een eerlijk proces). SIA AKKA/LAA had geklaagd dat er geen eerlijke behandeling was geweest op nationaal niveau: in een van de nationale procedures zou de rechter het principe van 'equality of arms' niet hebben gerespecteerd. De Letse rechter had in dat geval namelijk niet alleen erkend dat de omroep auteursrechtinbreuk had gemaakt en compensatie toegekend zoals de cbo had geëist; het legde daarbij de aangevochten licentieplichting op. Daarmee zou de rechter unilateraal hebben gehandeld omdat het radiostation in de tweede procedure niet daarom had gevraagd. Bijna bij wijze van encore doet het Hof dit echter kort af: in harmonie met de centrale klacht over art. 1 Eerste Protocol is deze tweede aantijging in elk geval ontvankelijk. Echter, het Hof volstaat verder met de conclusie dat de opstelling van de nationale rechters in overeenstemming is met nationaal recht, en dat hun besluiten voldoende onderbouwd zijn. Daarvoor verwijst het Hof naar de argumenten voor de conclusie dat art. 1 Eerste Protocol niet is overtreden (par. 82-86).

12. In aanvulling op bovengenoemde zaken en voorbeelden is ten slotte nog de vraag of een geschil vergelijkbaar met de SIA AKKA/LAA-uitspraak zich in Nederland zou kunnen afspelen. De nationale praktijk wordt beheerst door BUMA. Hierbij valt in eerste instantie te wijzen op de rechtsgrond waarop beide cbo's opereren. Zonder al te diep in te gaan op de mededingingsrechtelijke gecompliceerdheden van het collectief rechtenbeheer (zie hierover Hugenholtz 2003; K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', *AMI* 2004-2 en 2004-3, p. 45-50 en 89-97) kunnen de Letse en Nederlandse regels hiervoor kort worden vergeleken. De rationale voor collectief rechtenbeheer is verbonden aan situaties waarin dat niet op individuele basis kan, zoals inderdaad bij de uitzending van muziekwerken. Ook gaat het steeds om één organisatie die als cbo optreedt. Maar art. 63 van de Letse Auteurswet bepaalt direct dat een cbo wordt opgericht door auteurs, en opereert op basis van de toegekende bevoegdheden. In Nederland berust het wettelijk monopolie van BUMA in eerste instantie op ministeriële toestemming (art. 30a Auteurswet in samenhang met het daarop gebaseerde Koninklijk Besluit). Dit K.B. bevestigt wel dat de betreffende rechtspersoon (BUMA) is 'gesticht door organisaties van Nederlandse componisten en muziekuiteverers'. Verder is de vraag wanneer rechters actief mogen voorzien in een uitzendtarief onder beide nationale wetten. Het Letse recht staat dat al toe als een licentieovereenkomst dat verzuimt. De Nederlandse Auteurswet kent niet zo'n algemene bepaling, alleen het specifieke,

bovengenoemde art 17a. Buiten de Auteurswet is er wel de Wet toezicht en geschillenbeslechting beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten, dat recentelijk is aangepast aan de Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt (zie over de richtlijn: S.J. van Gompel, 'Directive 2014/26/EU', in: T. Dreier & P.B. Hugenholtz (red.), *Concise European Copyright Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016, p. 541-628). De Wet toezicht bevat in art. 22-24 een procedure voor geschillenbeslechting over o.a. de hoogte van de door cbo's vastgestelde vergoedingen: de rechter mag pas oordelen over zulke geschillen nadat deze voor de Geschillencommissie Auteursrechten is gebracht. Pas dan kan een van de partijen naar de rechter stappen (cf. ook art. 35 van de Richtlijn collectief beheer).

13. Toch kan hier als laatst een zaak worden genoemd die qua problematiek aardig in de buurt komt. In een geschil tussen de NOS en SENA (de nabuurrechtelijke tegenhanger van BUMA) konden partijen het niet eens worden over de 'billijke' vergoeding voor muziekgebruik door de omroep. Voordat deze zaak leidde tot interpretatievragen aan het HvJ EG had de Haagse rechter gepoogd om de partijen er onderling uit te laten komen in onderhandelingen, maar dat was ook hier niet gelukt (*SENA t. NOS*, Hof Den Haag 6 mei 1999, 97/669; zie hierover Koelman 2004). Daarop stelden de diverse rechterlijke instanties (van rechtbank, gerechtshof en Hoge Raad tot HvJ EG) op hun beurt de billijke vergoeding vast evenals de mee te wegen factoren (zie P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser & A.W. Hins, *Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer*, Amsterdam-Leiden 2007, p. 6). Ondanks dat de mensenrechtendimensie hier niet expliciet is, kan wel worden gesteld dat ook de Nederlandse autoriteiten hun negatieve en positieve verplichtingen voor de effectuering van het eigendomsrecht onder art. 1 Eerste Protocol moeten nakomen in het veld van het auteursrecht. Mocht een hypothetisch Nederlands geval dat vergelijkbaar is met de SIA AKKA/LAA-zaak ooit voor het EHRM komen, dan hangt het in elk geval van de concrete omstandigheden af of het Hof een ander geluid zou laten horen in de conclusie of art. 1 Eerste Protocol al dan niet geschonden is.

Dank gaat uit naar prof. Bernt Hugenholtz (IViR) en de redactie van dit blad voor commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

V.E. Breemen, Promovenda bij het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam