

## Halleluja : Buma's aansluitvoorwaarden krijgen zegen van NMa!

*Lucie Guibault\**

**Mede naar aanleiding van het recente besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit waarin een klacht tegen Buma werd afgewezen, staat in deze bijdrage het pilotproject 'Flexibel Rechtenbeheer' van Buma en Creative Commons Nederland centraal. Voor de NMa vormde deze pilot het bewijs dat de aansluitvoorwaarden van Buma niet onwrikbaar zijn en aangeslotenen de ruimte laten om bepaalde exploitatievormen van de rechtenoverdracht aan Buma uit te sluiten. Bijna een jaar na de start van de pilot rijst de vraag of en hoe deze mogelijkheid in werkelijkheid aan een flexibeler collectief beheer bijdraagt.**

Bij besluit van 21 december 2007 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de door de internet service provider Xs4all tegen Buma ingediende klacht ongegrond verklaard en afgewezen.<sup>1</sup> Xs4all verzocht de NMa te verklaren dat Buma misbruik maakt van haar economische machtspositie door muzikauteurs te verplichten hun rechten aan haar volledig over te dragen. Bovendien klaagde Xs4all over de weigering van Buma om haar toe te staan rechtstreeks met de bij Buma aangesloten muzikauteurs afspraken te maken over bepaalde aspecten van het gebruik van hun muziekrepertoire.

De NMa kwam tot haar oordeel mede omdat het voor muzikauteurs wel degelijk mogelijk is om bepaalde exploitatievormen en/of landen uit te sluiten van de rechtenoverdracht aan Buma. In dit verband verwees de NMa naar de pilot 'Flexibel Rechtenbeheer' die Buma en Creative Commons Nederland (CC-NL)<sup>2</sup> gezamenlijk op 23 augustus 2007 hebben opgestart. In haar besluit ging de NMa niet nader in op de inhoud en praktijk van deze pilot. Dat Buma - na maanden onderhandelen - alleen uit vrees voor een negatief besluit van de NMa aan dit project heeft meegewerkt, lijkt ons wat ver gaan. Mede als reactie op de veranderingen die de Europese Aanbeveling betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten<sup>3</sup> in de Europese markt voor collectief rechtenbeheer teweeg heeft gebracht, wilde Buma tot op zekere hoogte ook met de tijd meegaan en op de toekomstige technologische, economische en politieke ontwikkelingen inspelen.<sup>4</sup>

Gezien de rol die dit project blijkt te hebben gespeeld in het besluit van de NMa over de rechtmatigheid van Buma's contractuele praktijk, is een kritische analyse van de toepasselijke

---

\* Dr. Lucie Guibault is senior onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam. Als juridische partner van Creative Commons Nederland, was zij betrokken bij de onderhandelingen tussen CC-NL en Buma over het pilotproject. Alle opinies in dit artikel zijn uitsluitend die van de auteur.

<sup>1</sup> Nederlandse Mededingingsautoriteit, Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 56, lid 1 van de Mededingingswet, Nr. 4070/22 (Xs4all vs. Buma), te vinden op: [http://www.nmanet.nl/Images/4070BEMP\\_tcm16-111004.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/4070BEMP_tcm16-111004.pdf)

<sup>2</sup> Creative Commons Nederland is een samenwerkingsverband tussen Stichting Nederland Kennisland, Waag Society en het Instituut voor Informatierecht.

<sup>3</sup> Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten (voor de EER relevante tekst) *Publicatieblad* Nr. L 276 van 21/10/2005 blz. 54-57.

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld de in december 2007 door Buma opgezette website 'Music Copyright in Europe' (te vinden op: <http://www.bumastemra.eu/en-us/>) die bedoeld is om politici, journalisten en betrokkenen te voorzien van actuele informatie over de EU-wetgeving inzake auteursrecht; E. Willemsen, 'Buma/Stemra lanceert blog Music Copyright in Europe', *BS* december 2007, p. 12.

voorwaarden van de pilot, in verhouding tot de gewone aansluitvoorwaarden van Buma en de regels van het Europese mededingingsrecht, op haar plaats. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In deel 1 worden achtereenvolgens de aansluitvoorwaarden van het Buma Model Exploitatiecontract, de klacht van Xs4all en het besluit van de NMa nader besproken. Deel 2 focust op de Creative Commons licenties. Na een korte beschrijving van deze licenties volgen een beknopte uiteenzetting van de knelpunten tussen de twee licentiesystemen en een beschrijving van de Buma/CC-NL pilot ‘Flexibel Rechtenbeheer’. Dit brengt mij tot een conclusie over de impact van de pilot op een ‘flexibel rechtenbeheer’ van Buma.

## 1. NMA-BESLUIT NADER BELICHT

### 1.1 Buma’s aansluitvoorwaarden

In 1933 kreeg Buma, op basis van artikel 30a Auteurswet (Aw), als enige collectief beheersorganisatie op het Nederlands territorium de ministeriële toestemming om bedrijfsmatig te bemiddelen inzake het muziekauteursrecht.<sup>5</sup> Sindsdien heeft Buma deze feitelijke monopoliepositie behouden. Volgens het tweede lid van de huidige tekst van artikel 30a Aw omvatten de muziekuitvoeringsrechten ‘de uitvoering in het openbaar of de uitzending in een radio- of televisieprogramma, door tekens, geluid of beelden, van die werken, of hun verveelvoudigingen, in hun geheel of gedeeltelijk.’ Ingevolge het derde lid worden met de uitvoering of de uitzending in een radio- of televisieprogramma van muziekwerken gelijkgesteld ‘de uitvoering of de uitzending in een radio- of televisieprogramma van dramatisch-muzikale werken, choreografische werken en pantomimes en hun verveelvoudigingen, indien deze ten gehore worden gebracht zonder te worden vertoond.’

Technologische ontwikkelingen maakten het noodzakelijk nieuwe immateriële openbaarmakingsrechten in de Berner Conventie op te nemen.<sup>6</sup> Bij de wijziging van de Auteurswet in 1972 werd de openbaarmaking per radio- en televisie-uitzending door tekens, geluid of beelden aan de wet toegevoegd.<sup>7</sup> De vraag of ook artikel 30a Aw, en daarmee tevens Buma’s vergunning, aan de nieuwe vormen van (Internet)muziekexploitatie aangepast moest worden kwam aan de orde in het kader van de implementatie van de richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij<sup>8</sup> in 2004. Zoals blijkt uit een antwoord van de toenmalige minister van Justitie Donner op een Kamervraag, blijft het beschikbaarstellingsrecht buiten de vergunning en het werkterrein van Buma vallen. Hij legde de grondslag van zijn beleid als volgt uit:

‘Er zijn goede redenen om het beschikbaarstellingsrecht vooralsnog buiten de vergunning van BUMA te houden. Kenmerkend voor het beschikbaarstellingsrecht is immers het feit dat werken voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn (artikel 3, eerste en tweede lid, van de richtlijn). Daarmee leent dit relatief nieuwe recht zich bij uitstek, zeker als het bijvoorbeeld gaat

<sup>5</sup> C. Witbraad, *Buma/Stemra sedert 1913: een geschiedenis*, Zutphen: Walburg Pers, 2007.

<sup>6</sup> Invoering van deze rechten in onze Auteurswet was “nodig” in verband met toetreding door Nederland tot de in 1948 herziene Berner Conventie, waarin het nieuwe artikel 11bis, lid 1 onder 2° BC was opgenomen. Zie daarover ook: *Kamerstukken II 2002/03*, 28 482, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15.

<sup>7</sup> Bekendmaking: *Stb.* 1972, 579, inwerkingtreding: *Stb.* 1972, 722.

<sup>8</sup> Wet van 6 juli 2004 tot aanpassing van de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet ter uitvoering van richtlijn nr. 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* L 167), *Stb.* 2004, 336.

om “pay-and-listensites” of het tegen betaling downloaden van muziek op Internet, voor individuele exploitatie door de rechthebbende(n).<sup>9</sup>

Hoewel Buma’s ministeriële vergunning de meest recente technologische ontwikkelingen dus niet omvat, beheert Buma in de praktijk de ‘online rechten’ op basis van het aansluitcontract met haar leden. Artikel 1 lid A definieert het ‘muziekauteursrecht’ als ‘de rechten en/of aanspraken krachtens wet, verdrag, of wettelijke regeling waar ook ter wereld toekomende aan de auteur of zijn rechtverkrijgenden met betrekking tot iedere openbaarmaking - met uitzondering van het verveelvoudigen of verspreiden van verveelvoudigingen - van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken met of zonder woorden, waaronder mede begrepen de opvoering van dramatisch-muzikale werken wanneer ze ten gehore worden gebracht zonder te worden vertoond’. Artikel 2 lid 3 van Buma’s Model Exploitatiecontract (MEC) bepaalt dat het aan Buma overgedragen muziekauteursrecht op ieder tot het repertoire behorend muziekwerk in het vermogen van Buma valt, waardoor zij als enige het recht heeft om, met uitsluiting van ieder ander en met uitsluiting van de auteur, het aan haar overgedragen muziekauteursrecht waar ook ter wereld uit te oefenen of te doen uitoefenen. Deze overdracht aan Buma betreft derhalve zowel het bestaande als het toekomstige muziekrepertoire van de auteur. Voor wat betreft het recht op het toekomstige repertoire vindt de overdracht steeds van rechtswege plaats, op het moment dat de auteur een muziekwerk met of zonder woorden heeft gemaakt.

Voor alle duidelijkheid stelt artikel 8 lid 1 MEC:

‘als gevolg van de overdracht van het muziekauteursrecht omschreven in artikel 2 en in verband met de garantielijkt van de auteur omschreven in artikel 7, is het de auteur niet toegestaan tijdens de duur van deze overeenkomst handelingen te verrichten die de schijn of indruk wekken dat hij zelf of een ander dan Buma de muziekauteursrechten op het repertoire exploiteert en handhaaft’.

Lid 2 van hetzelfde artikel stelt vervolgens:

‘In het bijzonder verstaat de auteur dat het hem als gevolg van de overdracht omschreven in artikel 2 niet is toegestaan tijdens de duur van deze overeenkomst het muziekauteursrecht op het repertoire nog eens aan een derde te leveren’.

Het grootste voordeel van deze regeling is dat door de concentratie van rechten in één hand een zogenaamde ‘one-stop-shop’ ontstaat, waar muziekgebruikers terecht kunnen voor het verkrijgen van toestemming voor het gebruik van muziekwerken. Hierdoor zijn de transactiekosten tussen auteurs en gebruikers minimaal.<sup>10</sup> Dit systeem zorgt er ook voor dat de afspraken tussen Buma en haar zusterorganisaties in het buitenland makkelijker uit te voeren zijn.

Als enige die bevoegd is om de muziekauteursrechten van haar leden te exploiteren, sluit Buma onder meer overeenkomsten met rechts- of natuurlijke personen die muziek in het openbaar – live of mechanisch – ten gehore willen brengen. Buma hanteert daartoe verschillende soorten licenties met afzonderlijke tarieven, afhankelijk van de omvang van het gebruik en de specifieke gebruiker. Naast de meer traditionele licenties voor het

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 15-17.

<sup>10</sup> KEA, European Affairs, *The Collective Management of Rights in Europe – The Quest for Efficiency*, studie in opdracht van het Europese Parlement, Brussel, juli 2006, p. 31 (<http://www.keanet.eu/report/collectivemanpdffinal.pdf>)

openbaarmaken van muziek tijdens concerten en evenementen, in het bedrijfsleven of de horeca of door uitzendingen van de omroep, verstrekt Buma ook licenties waar het gaat om gebruik van muziek via nieuwe media, zoals internet en mobiele telefonie.

Het standaard exploitatiecontract bevat weliswaar de voorwaarde van een zeer ver strekkende overdracht, in principe bestaat een mogelijkheid om op grond van artikel 8 lid 3 MEC van die voorwaarde af te wijken. Buma is echter de partij die uiteindelijk tot deze keuze beslist. Verder heeft Buma, op grond van artikel 3 van het Exploitatierglement, de mogelijkheid, al dan niet op verzoek van de aangeslotene, de exploitatie en handhaving in bepaalde landen of in bepaalde specifieke gevallen niet te verrichten of te doen verrichten. De muzikauteur krijgt dan zelf het recht om in de hier bedoelde gevallen het muzikauteursrecht te exploiteren en te handhaven. Ook hierover besluit uiteindelijk Buma. In de praktijk wordt echter van deze uitzonderingsbepaling in de statuten en het exploitatierglement van Buma weinig gebruik gemaakt.

### *1.2 De klacht van Xs4all*

De (niet) toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 8 lid 3 MEC was de praktische aanleiding voor de door Xs4all tegen Buma ingestelde klacht. In het kader van haar tienjarig bestaan op 11 oktober 2003 organiseerde Xs4all een festival waar de gespannen verhouding tussen het internet en het auteursrecht centraal stond. Het auteursrecht wordt dikwijls beschouwd als een hindernis bij de exploitatie van muziek via internet. Xs4all wilde met haar 'auteursrechtenvrije;' festival laten zien dat het auteursrecht geen hindernis hoefde te zijn als er goede afspraken werden gemaakt met de betrokkenen. Alle muzikanten die tijdens het festival optraden hadden de internet provider toestemming verleend delen van hun muziekrepertoire via internet publiekelijk toegankelijk te maken. Hetzelfde gold voor de platenmaatschappijen van de betrokken muzikanten. De toestemming van de betrokkenen was noodzakelijk aangezien het via internet publiek toegankelijk maken van de betreffende muziekwerken nu eenmaal een auteurs- en nabuurrechtelijk relevante openbaarmaking is.

Buma hield vast aan het toestemmingsvereiste en aan de betaling van de auteursrechtelijke vergoeding. In een brief aan Xs4all verklaarde Buma:

'Het standpunt van Buma/Stemra is altijd geweest dat het Buma/Stemra niet vrij staat om afstand te doen van geld dat haar niet toebehoort. Indien de rechthebbenden afstand willen doen van hun inkomsten uit bepaalde sympathieke bronnen, dan dienen zij dat geld terug te storten naar de muziekgebruiker na ontvangst van B/S. Dat is de juiste weg. Een andere mogelijkheid zou zijn voor de muziekgebruiker om subsidie te vragen bij Conamus of het cultureel fonds.'

Dit standpunt was genoeg reden voor de internet provider om een klacht bij de NMa in te dienen. In de eerste plaats klaagde Xs4all over de volledige en ver strekkende overdracht van rechten waartoe Buma de bij haar aangeslotenen verplicht. Hierdoor sluit Buma iedere mogelijkheid voor die aangeslotenen uit om zelfstandig toestemming te verlenen tot het gebruik van hun eigen muziekrepertoire. Xs4all voerde aan dat de overdracht zoals die door Buma/Stemra wordt vereist van de bij haar aangeslotenen vergelijkbaar is met wat de Europese Commissie in GEMA I en II<sup>11</sup> en Daftpunk<sup>12</sup> op grond van het Europese

<sup>11</sup> Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971, GEMA, nr. 71/224/EEG, *PbEG* 1971 L134/15, Beschikking van de Commissie van 6 juli 1972, GEMA, nr. 72/268/EEG, *PbEG* 1972 L166/22; Beschikking van de Commissie van 4 december 1981, GEMA Statuten, 82/204/EEG, *PbEG* 1982, 194/12, r.o. 36.

mededingingsrecht ontoelaatbaar achtte: een integrale overdracht van alle categorieën rechten zonder functionele en territoriale splitsing, onbeperkt in tijdsduur en met private werking. Een dergelijke overdracht van rechten, althans het verbod tot individuele exploitatie, zou dan ook in strijd zijn met artikel 24 Mededingingswet, zo stelde Xs4all.

In de tweede plaats betrof de klacht van Xs4all de weigering van Buma haar toe te staan rechtstreeks met de bij Buma aangesloten afspraken te maken ter zake van (bepaalde aspecten van) het gebruik van hun muziekrepertoire. Het door Buma aangevoerde argument tegen het maken van een uitzondering was dat het een precedent zou scheppen, waardoor de positie van auteurs die bij het festival niet betrokken waren of die zich in de toekomst in een vergelijkbare situatie zouden bevinden fors zou verzwakken. Bovendien zou het toelaten van uitzonderingen volgens Buma om administratieve redenen bezwaarlijk kunnen zijn: elke uitzondering zou bijgehouden en bij de repartitie verwerkt moeten worden, wat de kosten zou doen stijgen. Voor de toename van administratieve lasten zou de totaliteit van de rechthebbenden moeten opdraaien hoewel ze bij het desbetreffende evenement niet betrokken waren. Uit redelijkheidsoverwegingen had Buma destijds als oplossing voorgesteld dat de artiesten hun inkomsten zelf aan Xs4all zouden terugbetalen.<sup>13</sup>

### 1.2 De beslissing van de NMa

Het eerste onderdeel van de klacht van Xs4all betrof het feit dat de standaard exploitatiecontracten die Buma met haar leden sluit mededingingsbeperkende clausules bevatten, waardoor het muzikale auteurs niet is toegestaan individueel hun rechten te exploiteren, aangezien deze contracten verplichten tot de gehele overdracht van rechten. In haar beslissing ziet de NMa de volgende drie aspecten op basis waarvan zij kan beoordelen of er sprake was van misbruik van machtspositie door Buma: 1) de eis van *overdracht* van rechten; 2) de eis van overdracht van het *volledige* muzikale auteursrecht; 3) de eis van overdracht van rechten op het bestaande en *toekomstige* repertoire.

Het eerste aspect van de beoordeling van de NMa betreft het vereiste van overdracht van rechten. Door de eis van Buma om de economische rechten aan haar over te dragen, is het voor auteurs na overdracht niet meer mogelijk om deze rechten tevens individueel te beheren. Inderdaad, het Model Exploitatiecontract van Buma laat weinig ruimte voor individuele exploitatie. Op grond van de bestaande Europese beschikkingenpraktijk en jurisprudentie is overdracht alleen aanvaardbaar indien en voor zover dit echt noodzakelijk is.<sup>14</sup> Zo'n overdracht zou, volgens de jurisprudentie, nodig kunnen zijn om het machtsverschil tussen individuele rechthebbenden en gebruikers te herstellen. De NMa is van mening dat zelfs in de digitale omgeving er een verschil bestaat in machtspositie tussen individuele rechthebbenden en gebruikers en met name voor commercieel gebruik.

Over de eis van overdracht van het *volledige* muzikale auteursrecht merkt de NMa op dat Buma op grond van artikel 2 van het Exploitatiecontract in beginsel verlangt dat een auteur het volledige auteursrecht overdraagt, oftewel alle rechten. Dit betekent onder meer dat het voor auteurs in beginsel niet mogelijk is om hun rechten voor bepaalde delen van de wereld of voor bepaalde vormen van openbaarmaking, collectief te laten beheren en voor andere delen van de

<sup>12</sup> Beschikking van de Europese Commissie van 6 augustus 2002, zaak COMP/C2/37.219, *Bull. EU* 2002-7/8 (*Banghalter & Homen Christo/SACEM*).

<sup>13</sup> NMa wijst Xs4all-klacht over Buma af, 6 februari 2008, rubriek 'Actueel' op de Buma website: <http://www.bumastemra.nl/nl-NL/OverBumaStemra/Actueel/Bumavxs4all.htm>

<sup>14</sup> Beschikking van de Commissie van 4/12/1981, GEMA Statuten, 82/204/EEG, *PbEG* 1982, 194/12, r.o. 36. Zie ook HvJ EG 27 maart 1997, zaak 127/73, (BRT II), *Jur.* 1974, p. 313.

wereld of voor andere vormen van openbaarmaking hun rechten individueel te beheren. Volgens de NMa is de werkwijze van Buma, ondanks artikel 2 van het Exploitatiecontract, in lijn met de Europese jurisprudentie.<sup>15</sup> De NMa neemt genoegen met het feit dat artikel 19 van het Exploitatiecontract en artikel 7 van het exploitatiereglement door rechthebbenden kunnen worden gebruikt om bepaalde exploitatiemogelijkheden of landen bij de overdracht aan Buma uit te sluiten, zoals bijvoorbeeld on-line exploitatie. Bovendien is de inschatting van de NMa dat, op basis van de ervaringen in andere landen, rechthebbenden zelden gebruik zouden maken van de mogelijkheid om hun rechten voor bepaalde landen of exploitatiewijzen collectief te laten beheren en voor andere landen of exploitatiewijzen individueel te beheren. Dit geldt volgens haar ook voor on-line exploitatie.

Over de eis van overdracht van het bestaande en *toekomstige* repertoire van een muzikanteur, is de NMa kort maar helder. Ten eerste, volgens geldend EG recht is de overdracht van de rechten op alle muziekwerken, met inbegrip van de toekomstige, binnen een bepaalde openbaarmakingscategorie, toegestaan.<sup>16</sup> Ten tweede, om te voorkomen dat de rechten van rechthebbenden onnodig worden beperkt en om de overstap naar een andere collectieve beheersorganisatie niet te bemoeilijken, moeten rechthebbenden in staat zijn om hun lidmaatschap telkens tegen het einde van een jaar op te zeggen. Daar het Exploitatiecontract van Buma deze mogelijkheid biedt, is de NMa van mening dat de door Buma verlangde overdracht van zowel bestaande als toekomstige rechten in overeenstemming is met artikel 82 EG.<sup>17</sup>

Het tweede onderdeel van de klacht van Xs4all betrof het feit dat Buma weigerde toestemming te verlenen voor individuele exploitatie door de contractspartijen van Xs4all. Met andere woorden: Buma weigerde een uitzondering te maken op het vereiste van overdracht van rechten. In verband met deze klacht, oordeelde de NMa opnieuw in het voordeel van Buma:

‘Buma biedt haar leden sinds kort de mogelijkheid om bepaalde werken van hun repertoire individueel aan te bieden aan niet-commerciële gebruikers onder een Creative Commons licentie. Buma behoudt dan het recht om voor deze werken een vergoeding te vragen aan commerciële gebruikers. Deze laatste mogelijkheid vloeit voort uit een pilot die is opgezet door Buma en Creative Commons.’

Met dat al is de beslissing van de NMa vrij opmerkelijk vooral nu zij daarin omstandigheden van 2007 betrof, namelijk het bestaan van een regeling met Creative Commons Nederland, en dat in het kader van een al in 2004 ingediende klacht. Wetend dat ten tijde van de indiening van de klacht Buma haar leden nog niet de mogelijkheid bood om van sommige Creative Commons licenties gebruik te maken, had de NMa daarmee geen rekening moeten houden.

## 2. HET GEBRUIK VAN CREATIVE COMMONS LICENTIES

<sup>15</sup> Beschikking van de Europese Commissie in de zaak *Banghalter et Homem Christo v. Sacem* van 6 augustus 2002, Zaak COMP/C2/37.219; zie ook: Bekendmaking nr. 2005/C 200/05 (*PbEU* 2005, C 200/11), ov. 3 en *AOL/Time Warner*-beschikking, ov. 51.

<sup>16</sup> Beschikking van de Europese Commissie van 2/6/1971, GEMA, nr. 71/224/EEG, *PbEG* 1971 L 134/15.

<sup>17</sup> Nederlandse Mededingingsautoriteit, Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 56, lid 1 van de Mededingingswet, Nr. 4070/22, (*Xs4all vs. Buma*), p. 14.

In de loop der laatste jaren klinkt de roep van beginnende en alternatieve muzikanten steeds luider om meer flexibiliteit in het collectieve rechtenbeheer te brengen.<sup>18</sup> De motivatie van veel muzikanten is om (een deel van) hun muziek gratis aan derden ter beschikking te stellen voor bijvoorbeeld promotionele doeleinden, in de vorm van podcasts of gratis downloads. Door een reeks geautomatiseerde en gestandaardiseerde licenties biedt Creative Commons individuele auteurs de mogelijkheid om gebruikers toestemming te geven voor het gebruik van hun werken.

Volgens het Model Exploitatiecontract dat Buma als regel met haar aangeslotenen hanteert was dit tot voor kort niet mogelijk. De CC-NL/Buma pilot 'Flexibel Rechtenbeheer' tracht enige verandering in deze situatie te brengen. Of dit echt zo is, wordt hierna stapsgewijs onderzocht.

### 2.1 *Creative Commons Licenties*

Creative Commons Nederland biedt op haar website <http://creativecommons.nl/> verschillende licenties aan, die auteurs in staat stellen specifieke voorwaarden aan de exploitatie van hun werk te verbinden. Auteurs kunnen bij ieder afzonderlijk werk van te voren aangeven onder welke voorwaarden gebruik is toegestaan. Dankzij deze gestandaardiseerde en geautomatiseerde licenties, is het voor gebruikers van het werk niet langer noodzakelijk voor ieder gebruik van het werk tevoren contact op te nemen met de auteursrechtelijke (of met houders van naburige rechten, databankrechten en/of enige andere toepasselijke rechten).<sup>19</sup> Het werk wordt dus voor een ieder beschikbaar gesteld overeenkomstig de voorwaarden van de gekozen Creative Commons licentie. Vier kernbedingen kunnen in zes Creative Commons licenties worden gecombineerd: Naamsvermelding, GelijkDelen, GeenAfgeleideWerken en NietCommercieel.<sup>20</sup> Uit onderzoek blijkt dat het merendeel van de Nederlandse auteurs kiest voor de Naamsvermelding-Niet Commercieel-GelijkDelen licentie. Hieruit kan worden afgeleid dat de meeste auteurs die van CC licenties gebruik maken het belangrijk vinden dat hun werk niet commercieel wordt gebruikt, en dat werken die van hun werk zijn afgeleid eveneens onder een Niet-Commercieel-GelijkDelen-licentie worden verspreid.<sup>21</sup>

Naast de vier bovengenoemde basisbedingen, ligt aan elke Creative Commons licentie een aantal standaardvoorwaarden ten grondslag.<sup>22</sup> Met inachtneming van de voorwaarden van de gekozen licentie verleent de licentiegever aan de gebruiker een wereldwijde, niet-exclusieve licentie om de daarin genoemde handelingen met betrekking tot het werk vrij van royalty's uit te oefenen voor de duur van de toepasselijke intellectuele eigendomsrechten. De gebruiker mag de verleende bevoegdheden uitoefenen met behulp van alle thans bekende media, dragers en formats. Tevens is de gebruiker gerechtigd om technische wijzigingen aan te brengen die noodzakelijk zijn om de bevoegdheden met behulp van andere media, dragers en formats uit te oefenen. Belangrijk is ook op te merken dat het Creative Commons licentiesysteem in principe geen verschil maakt tussen digitale en analoge werken, noch tussen verschillende soorten auteursrechtelijk relevante handelingen, zoals het verveelvoudigen of het openbaar maken.<sup>23</sup> Zoals in artikel 2 van elke CC licentie is gesteld, strekt niets in de licentie ertoe om de

<sup>18</sup>Zie de tekst van een petitie die op het internet te tekenen was, maar waarbij CC-NL op geen enkele wijze betrokken was: <http://www.musicfrom.nl/magazine/nieuws/25112/teken-nu-de-online-petitie-buma-stemra-moet-artiesten.html>

<sup>19</sup> S. Schraven, *Creative Commons en Copyright In hoeverre komt Creative Commons tegemoet aan de tekortkomingen van het auteursrecht?* (doctoraal scriptie), Leiden: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, 2006, p. 25.

<sup>20</sup> Zie: <http://creativecommons.nl/meer-weten/>

<sup>21</sup> M. Linksvayer, 'Statistics/Global growth of CC', voordracht gehouden tijdens CCi Legal Day, Dubrovnik, 2007; zie ook: [http://wiki.creativecommons.org/License\\_statistics](http://wiki.creativecommons.org/License_statistics).

<sup>22</sup> Alle hierna besproken licentievoorwaarden zijn gebaseerd op CC licenties versie 3.0.

<sup>23</sup> N. Hendriks, 'Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht', *AMI* 2006/1, p. 1-7, p. 2 ook te vinden op: <http://creativecommons.nl/meer-weten/cc-en-nl-auteursrecht/>

bevoegdheden te beperken die voortvloeien uit de in de wetgeving voorziene beperkingen en uitputting van de uitsluitende rechten van de betrokken rechthebbenden.

Alle niet uitdrukkelijk verleende bevoegdheden blijven voorbehouden aan de licentiegever. Daarnaast is het de gebruiker niet toegestaan om het werk te verspreiden, in het openbaar te vertonen, op- of uit te voeren of on-line beschikbaar te stellen met toepassing van technologische voorzieningen, indien daardoor de voorwaarden van de licentie worden beperkt danwel het toekomstige ontvangers van het werk onmogelijk wordt gemaakt om de bevoegdheden krachtens de licentie uit te oefenen.<sup>24</sup> Met andere woorden, de gebruiker mag het werk niet verder verspreiden of anderszins beschikbaar stellen door middel van een Digital Rights Management (DRM) systeem dat er vervolgens voor zorgt dat de ontvanger het werk niet volgens de licentievoorwaarden kan gebruiken. Verder is de licentie onherroepelijk. Dat wil zeggen dat op het moment dat het werk onder een CC licentie op het Internet verspreid is, de auteur zijn mening niet meer kan veranderen en ook de licentie niet meer kan intrekken. Ten aanzien van elke CC licentie geldt, dat de gebruiker het werk uitsluitend mag gebruiken met inachtneming van de voorwaarden van de gekozen licentie. Daarvoor dient de gebruiker een kopie van, of de Uniform Resource Identifier voor, de desbetreffende CC-licentie aan te brengen op elk exemplaar van het werk dat hij verspreidt, in het openbaar vertoont, op- of uitvoert, of on-line beschikbaar stelt.<sup>25</sup>

## 2.2 Voornaamste knelpunten tussen CC-NL en Buma

Toen door de twee organisaties onderzocht werd of individuele exploitatie via Creative Commons Nederland kon samengaan met collectieve exploitatie via Buma/Stemra, kwamen twee knelpunten als eerste naar voren. Voor CC-NL was het belangrijkste probleem het feit dat Buma de volledige overdracht van muziekauteursrechten eiste, met als gevolg dat de auteur niet langer bevoegd is zijn werk zonder toestemming van Buma openbaar te maken. Met andere woorden, indien een auteur bijvoorbeeld zijn werk ter promotie op zijn eigen website of via een *podcast* wil aanbieden, moet hij daarvoor zelf een licentieovereenkomst met Buma sluiten en een vergoeding voor het gebruik betalen. Vanuit het standpunt van CC-NL sluit het aanbieden van een werk onder een per definitie niet-exclusieve CC licentie een latere afspraak onder andere voorwaarden in principe niet uit. Een muzikauteur zou in principe het beheer van de rechten op zijn werk voor een deel in eigen hand kunnen houden, en eventueel onder de voorwaarden van een CC licentie willen verspreiden, en voor een ander deel aan Buma overlaten.

Voor Buma lag de voornaamste moeilijkheid echter precies in het feit dat in drie van de zes combinaties CC licenties op een onherroepelijke manier en voor de duur van het auteursrecht op het werk het commercieel gebruik van dat werk wordt toegestaan. Voor Buma is het aanbieden van een muziekwerk onder een CC licentie die commercieel gebruik toestaat onherroepelijk in strijd met haar doelen. Uit het oogpunt van efficiëntie en economisch rendement duldt Buma geen concurrerende commerciële handeling door derden met de werken die deel uitmaken van haar repertoire. Dit zou anders moeilijk te verdedigen zijn, niet alleen ten opzichte van haar eigen aangeslotenen, maar ook ten opzichte van haar zusterorganisaties.

<sup>24</sup> Zie: <http://creativecommons.org/license/?lang=nl>

<sup>25</sup>N. Hendriks, 'Creative Commons in Nederland: flexibel auteursrecht', *AMI* 2006/1, p. 1-7, p. 2, <http://creativecommons.nl/meer-weten/cc-en-nl-auteursrecht/>

Zich bewust van dit probleem heeft de Creative Commons organisatie in de meest recente versie van de licenties (versie 3.0) specifieke bepalingen opgenomen om de verhouding tussen het gebruik van CC licenties en het collectief rechtenbeheer te verhelderen en enigszins mogelijk te maken. De bepaling heeft niet alleen betrekking op vrijwillige collectief beheersafspraken maar ook op de wettelijke heffingsregelingen. Op basis van een CC licentie die commercieel gebruik wel toestaat (bijvoorbeeld een CC-Naamsvermelding licentie), doet de auteur voor zowel commercieel als niet-commercieel gebruik van het werk afstand van zijn recht op een vergoeding, behalve in het hieronder onder punt 1 genoemde geval. Deze bepaling luidt:

1. **Niet voor afstand vatbare heffingsregelingen.** In het geval van niet voor afstand vatbare heffingsregelingen (bijvoorbeeld met betrekking tot thuishkopieën) behoudt de Licentiegever zich het recht voor om dergelijke heffingen te innen (al dan niet door middel van een auteursrechtenorganisatie) bij zowel commercieel als niet-commercieel gebruik van het Werk;
2. **Voor afstand vatbare heffingsregeling.** In het geval van voor afstand vatbare heffingsregelingen (bijvoorbeeld met betrekking tot leenrechten) doet de Licentiegever afstand van het recht om dergelijke heffingen te innen bij zowel commercieel als niet-commercieel gebruik van het Werk;
3. **Collectief rechtenbeheer.** De Licentiegever doet afstand van het recht om vergoedingen te innen (zelfstandig of, indien de Licentiegever lid is van een auteursrechtenorganisatie, door middel van die organisatie) bij zowel commercieel als niet-commercieel gebruik van het Werk.

Op basis van een CC licentie die commercieel gebruik niet toestaat (bijvoorbeeld een CC-Naamsvermelding-NietCommercieel licentie), doet de auteur daarentegen alleen bij niet-commercieel gebruik van het werk afstand van zijn recht op een vergoeding.

Ervan uitgaande dat een muzikant alleen gebruik zou maken van een van de drie ‘niet-commerciële’ varianten van de CC licenties, bleef het probleem van de definitie van het begrip ‘commercieel/niet-commercieel gebruik’. Hoewel het begrip ‘commercieel voordeel’ niet helemaal onbekend is in het auteursrecht,<sup>26</sup> wordt het door collectieve beheersorganisaties op het gebied van muzikantenrecht nooit als zodanig gebruikt. Een CBO die zich met muzikantenrechten bezig houdt verleent licenties aan gebruikers zodra deze muziekwerken in het openbaar willen laten horen. Hierbij is beslissend of de uitvoering van een werk in het openbaar plaats vindt of niet. Elke openbaarmaking van een muziekwerk behoeft de toestemming van Buma, om het even of het voor een commercieel of niet-commercieel doel is. Zo worden bijvoorbeeld licenties net zo goed aan discotheken als aan bejaardentehuizen verstrekt.

De drie varianten van de CC licenties die commercieel gebruik niet toestaan bevatten de volgende bepaling:

‘Het is de Gebruiker niet toegestaan om de krachtens artikel 3 aan de Gebruiker verleende rechten uit te oefenen op een wijze die in de eerste plaats is bedoeld voor of is gericht op zakelijk of persoonlijk financieel gewin. De uitwisseling van het Werk in

---

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld art. 15h Aw: ‘Tenzij anders overeengekomen, wordt niet als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst beschouwd het door middel van een besloten netwerk beschikbaar stellen van een werk dat onderdeel uitmaakt van verzamelingen van voor het publiek toegankelijke bibliotheken en musea of archieven die niet het behalen van een *direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven*, door middel van daarvoor bestemde terminals in de gebouwen van die instellingen aan individuele leden van het publiek voor onderzoek of privé-studie.’ (curs. LG)

ruil voor andere door intellectuele eigendomsrechten beschermde werken door het delen van digitale bestanden (file-sharing) of anderszins zal niet worden beschouwd als zijnde bedoeld voor of gericht op zakelijk of persoonlijk financieel gewin, met dien verstande dat er geen betaling of andersoortige financiële vergoeding plaatsvindt in verband met de uitwisseling van de door intellectuele eigendomsrechten beschermde werken’.

Het begrip ‘commercieel/niet-commercieel gebruik’ in de CC licenties was voor Buma nog te vaag om uit te kunnen maken hoe het in haar praktijk concreet toegepast kon worden. Met andere woorden, het bleef voor Buma onduidelijk hoe het gebruik van muziek in bijvoorbeeld een bejaardentehuis of op een website voor eigen promotie onder de CC licenties gekwalificeerd zou moeten worden.

### *2.3 De Buma/CC-NL Pilot ‘Flexibel Rechtenbeheer’*

Na anderhalf jaar onderhandelen hebben Buma en CC-NL op 23 augustus 2007 de pilot ‘Flexibel Rechtenbeheer’ gelanceerd. Hierdoor is Buma de eerste collectieve beheersorganisatie ter wereld die een samenwerkingsovereenkomst met een nationale groep van Creative Commons heeft gesloten. In het kader van deze pilot krijgen leden van Buma de mogelijkheid muziekwerken aan het publiek beschikbaar te stellen uitsluitend onder een van de drie niet-commerciële CC licenties.<sup>27</sup> Ook kunnen componisten en tekstschrijvers, die hun werk tot op heden alleen onder niet-commerciële CC licenties uitbrachten, ervoor kiezen om lid te worden van Buma om haar vergoedingen te laten innen voor het commerciële gebruik van hun werken. Het doel van deze pilot is Nederlandse makers van muziekwerken meer mogelijkheden te bieden voor het promoten van hun eigen repertoire. De rechten voor commercieel gebruik van deze werken blijven bij Buma, zodat Buma ook voor deze werken vergoedingen voor commercieel gebruik kan blijven innen. Het is de bedoeling dat de pilot een jaar duurt (dus tot 23 augustus 2008). Hierna zullen de partijen het project evalueren.

Om aan deze pilot deel te nemen moet een muzikant de vier volgende stappen volgen. Eerst moet hij zeker stellen dat alle betrokkenen toestemming verlenen om het werk onder een CC licentie aan te bieden. Ten tweede moet de auteur aan Buma melden dat hij een of meer werken onder een Creative Commons Licentie wil aanbieden. Dit kan (per werk) op de website van Buma gebeuren. Op de website vindt men uitvoerige instructies voor het aanmelden. Vervolgens kan de auteur op de Creative Commons Nederland pilot website een van de drie licenties voor niet commercieel gebruik kiezen. Op deze website vindt men aanvullende instructies en informatie over de licenties. Eenmaal de licenties gekozen hebbend, krijgt de auteur instructies over de manier waarop hij de licentievoorwaarden bij het werk moet vermelden. Er zijn instructies beschikbaar voor het online aanbieden (op websites) en voor het labelen van off-line werken (zoals CDs of DVDs). Ten slotte kan hij zijn werk online zetten of off-line verveelvoudigen en verspreiden.

Om de pilot mogelijk te maken geeft Buma de ‘niet-commerciële’ rechten aan de auteur terug. Dit gebeurt aan de hand van Speciale Voorwaarden, waarmee de deelnemende auteur akkoord gaat en waarvan artikel 2 luidt:

‘Overeenkomstig het bepaalde in artikel 8 van het exploitatiecontract tussen Auteur en Buma/Stemra verleent Buma/Stemra hierbij de schriftelijke niet-exclusieve

<sup>27</sup> Zie: <http://creativecommons.nl/2007/08/24/toespraak-van-prof-bernt-hugenholtz-ivir-tijdens-de-launch-van-de-pilot-flexibel-rechtenbeheer/>

toestemming aan de Auteur om gedurende de Toestemmingsperiode een of meer niet-commerciële licenties, als bedoeld in artikel 4 te verlenen voor niet-commercieel Gebruik, gedurende de Gebruiksperiode, van een of meer Werken van de Auteur onder de navolgende voorwaarden’.

De formulering van een toepasselijke definitie van ‘commercieel gebruik’ bleek het grootste struikelblok te zijn in de onderhandelingen tussen Buma en Creative Commons Nederland. Niet helemaal van harte ging CC-NL met een door Buma voorgestelde definitie akkoord. Anders dreigden de gesprekken vast te lopen. Als aanvulling op de CC licenties staat bij de Speciale Voorwaarden de volgende uitleg van het begrip ‘commercieel gebruik’:

‘Elk gebruik van het werk door for-profit instellingen wordt als ‘commercieel gebruik’ aangemerkt.

In aanvulling hierop wordt in het kader van het pilotproject het verspreiden, in het openbaar tonen, op- of uitvoeren of on-line beschikbaar stellen van het werk tegen betaling of andersoortige financiële vergoeding (inclusief gebruik van een werk in combinatie met advertenties, reclameacties of andere soortgelijke activiteiten die ten doel hebben inkomsten te genereren voor de gebruiker of derden) als ‘commercieel gebruik’ aangemerkt.

Verder wordt in het kader van het pilotproject als ‘commercieel gebruik’ in elk geval aangemerkt het verspreiden, in het openbaar tonen, op- of uitvoeren of on-line beschikbaar stellen van het werk door omroeporganisaties, alsmede het gebruik van het werk in horeca-aangelegenheden, werk-, verkoop- en winkelruimtes. Hetzelfde geldt voor organisaties, zowel in de profit als not for profit sector, die muziek gebruiken bij of naast de uitoefening van hun taken, zoals bijvoorbeeld kerken, (dans-)scholen, instellingen voor welzijnswerk, en dergelijke. Voor deze vormen van gebruik zijn bij Buma/Stemra afzonderlijke licenties verkrijgbaar.’

Door middel van deze verklaring en de ruime definitie van wat onder ‘commercieel gebruik’ valt, heeft Buma eigenlijk ervoor gezorgd dat haar huidige praktijk vrijwel onaangetast kon blijven en dat zij geen potentiële inkomsten kon mislopen. In het kader van de pilot kan de auteur zijn werk alleen maar voor promotionele doeleinden beschikbaar stellen of verspreiden, bijvoorbeeld via zijn weblog, website, file-sharing of podcasts. Ook mag hij zijn werk op cd laten verschijnen en kan hij het, voorzien van die Creative Commons Licenties, onder vrienden verspreiden. Deze mogen het op hun beurt weer onder hun vrienden verspreiden. Verder vallen nagenoeg alle andere vormen van gebruik onder de definitie van ‘commercieel gebruik’ en zijn deze dus van dit project uitgesloten.

We zijn nu halverwege het project. Hoe staat het er nu mee? Volgens de meest recente cijfers die Buma beschikbaar heeft gesteld doet maar een zeer klein aantal (10) muzik auteurs mee aan het project. Dit geringe aantal deelnemers kan niet (alleen maar) liggen aan een gebrek aan belangstelling aan de kant van de muzik auteurs. Zoals blijkt uit het onderstaande blogpost, is de voornaamste oorzaak van deze uitkomst juist toe te schrijven aan de ruime definitie van ‘commercieel gebruik’:

‘Saillant detail [van de pilot] is dat de daarbij gehanteerde definitie van commercieel gebruik dermate breed is opgesteld dat deze in de praktijk niet bruikbaar is, noch realistisch is. In de definitie wordt vrijwel elk gebruik als commercieel geïnterpreteerd en gaat daarbij voorbij aan de door CC eerder voorgestelde richtlijn. In mijn ogen is de pilot dan ook slechts een papieren tijger. In de praktijk hebben muzikanten er niets

aan. Deze samenwerking voor meer openheid lijkt helaas een gemiste kans te worden.<sup>28</sup>

In de praktijk betekent deze definitie van ‘commercieel gebruik’ dat niemand van de 857 leden van Simuze, Nederlands grootste en meest dynamische muziekgemeenschap, aan het project mee mag doen omdat er advertenties op de Simuze website te zien zijn.<sup>29</sup>

Jammer genoeg waren de praktische problemen rond de Buma/CC-NL pilot niet bekend tijdens het onderzoek van de NMa. Was het effect van de (te) ruime definitie van ‘commercieel gebruik’ in het kader van de pilot bekend geweest, dan had de NMa misschien een ander oordeel over dit punt uitgesproken. Feit blijft wel dat uitzonderingen op het Exploitatiecontract per exploitatiewijze voor commercieel gebruik in de regel door Buma niet worden gehonoreerd. Bovendien is de definitie van ‘commercieel gebruik’ in de Buma/CC-NL pilot zo ruim dat deze vrijwel alle handelingen omvat. Het gevolg hiervan is dat het ‘niet-commercieel gebruik’ onder de Buma/CC-NL pilot een dode letter dreigt te blijven.

Was de pilot anders gelopen, zou de NMa dan tot een ander oordeel over de Buma aansluitvoorwaarden zijn gekomen? Over de eis van overdracht van rechten op het bestaande en *toekomstige* repertoire van een auteur, oordeelde de NMa dat Buma op basis van de Europese jurisprudentie de overdracht van rechten op alle muziekwerken, met inbegrip van de toekomstige, binnen een bepaalde openbaarmakingscategorie mocht verlangen. Ten opzichte van het Buma/CC-NL pilotproject heeft dit aspect van de klacht weinig consequenties, omdat de pilot op een ‘per werk’ basis werkt en niet voor het hele (bestaande en toekomstige) repertoire van een auteur. Indien de NMa op dit punt tot het tegenovergestelde oordeel was gekomen, had het aan de specifieke situatie van de individuele deelnemers aan het project niets veranderd. Als een auteur kiest om een werk uit zijn repertoire onder een CC-Naamsvermelding-NC licentie uit te brengen, maakt het toch niet uit of de rechten op de toekomstige werken wel of niet in het patrimonium van Buma overgedragen zijn?

Over het belangrijke aspect van het aansluitcontract van Buma, te weten de omvang van de rechtenoverdracht, had de NMa m.i. wat kritischer kunnen zijn over de contractuele praktijk van Buma. Zoals eerder vermeld, verlangt artikel 2 van het MEC in beginsel dat een auteur het volledige auteursrecht overdraagt, oftewel alle rechten. Onder de term “muziekauteursrecht” verstaat Buma volgens artikel 1, lid 1, van het MEC immers:

‘de rechten en/of aanspraken krachtens wet, verdrag en/of wettelijke regeling waar ook ter wereld toekomende aan de auteur of zijn rechtverkrijgenden met betrekking tot iedere vorm van openbaarmaking’.

Met andere woorden het is voor auteurs in beginsel niet mogelijk om hun rechten voor bepaalde delen van de wereld of voor een of meer bepaalde vormen van openbaarmaking, collectief te laten beheren en voor andere delen van de wereld of voor andere vormen van openbaarmaking hun rechten individueel te beheren.

Ondanks de bovengenoemde bepaling, kunnen auteurs bepaalde exploitatiemogelijkheden of landen bij de overdracht aan Buma uitsluiten, zoals bijvoorbeeld on-line exploitatie. Artikel 19

<sup>28</sup> Björn Wijers over open content en muziek in 2007, *Livre* 2 januari 2008, te vinden op: <http://www.livre.nl/nieuws/overig/bjorn-wijers-over-open-content-en-muziek-in-2007-02012008.html>; zie ook Marco Raaphorst, ‘Commercieel gebruik - deel1: Publieke Omroep’, 18 november 2007, te vinden op: <http://www.marcoraaphorst.nl/2007/11/18/commercieel-gebruik-deel1-publieke-omroep/>

<sup>29</sup> Voor informatie over Simuze, zie: <http://simuze.nl/live/oversimuze.php>

van het Exploitatiecontract biedt de mogelijkheid om bijzondere bepalingen op te nemen, terwijl artikel 7 van het Exploitatierglement bepaalt dat het mogelijk is bepaalde landen van het contract uit te zonderen en een van het modelcontract afwijkend contract te sluiten. Het is echter de directie van de Vereniging die hierover uiteindelijk beslist, na overleg met het bestuur. Naar eigen zeggen probeert Buma bij nadere invulling van deze bepalingen ‘cherry picking’ te voorkomen. De bepalingen worden dus in de praktijk nauwelijks gebruikt.

Wat mijns inziens nog meer betwistbaar is, is dat de conclusie volgens de NMa niet verandert als gevolg van het feit dat Buma niet alleen bemiddelt bij exploitatievormen die onder de ministeriële vergunning vallen, maar tevens bij andere exploitatievormen, waaronder on-line exploitatie. Nu de on-line rechten alleen op basis van het Exploitatiecontract en niet op basis van de wet bij Buma berusten, lijkt ons een verschil in benadering wel op zijn plaats, vooral in het licht van de EC Aanbeveling betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten. In die Aanbeveling zijn de online rechten als volgt geformuleerd:

- i) het uitsluitend reproductierecht krachtens Richtlijn 2001/29/EG voor alle reproducties in de vorm van niet-materiële kopieën die bij het online verspreiden van muziekwerken worden gemaakt;
- ii) het recht op mededeling van muziekwerken aan het publiek, hetzij in de vorm van een recht om toe te staan of te verbieden krachtens Richtlijn 2001/29/EG, hetzij in de vorm van een recht op een billijke vergoeding krachtens Richtlijn 92/100/EEG, dat webcasting, internetradio en simulcasting of „near-on-demand”-diensten omvat die via een personal computer of een mobiele telefoon worden ontvangen;
- iii) het uitsluitend recht van beschikbaarstelling van een muziekwerk aan het publiek krachtens Richtlijn 2001/29/EG, dat diensten op aanvraag en andere interactieve diensten omvat.

Volgens de Aanbeveling zou de auteur de vrijheid moeten hebben de afzonderlijk benoemde groepen online rechten onder te brengen bij verschillende CBO's. Een met Buma contracterende auteur heeft echter volgens de overdracht in het Model Exploitatiecontract niet de vrijheid individuele online rechten bij een andere CBO onder te brengen. Omgekeerd is ook niet mogelijk om slechts enkele individuele rechten bij Buma onder te brengen.

Of het maken van een uitzondering op basis van exploitatiemogelijkheden sowieso de meest geschikte oplossing zou zijn voor de Buma/CC-NL pilot is maar de vraag. Zoals aangegeven, maakt het CC licentiesysteem geen verschil tussen analoge en digitale auteursrechtelijke relevante handelingen of tussen exploitatievormen. Een werk dat onder een CC licentie wordt verspreid, mag zowel online als offline worden gebruikt. Een splitsing tussen de afzonderlijke exploitatierechten in de Buma aansluitovereenkomst zou aan het gebruik van CC licenties waarschijnlijk weinig veranderen.

De situatie zou nu waarschijnlijk heel anders zijn, als de NMa zou hebben besloten dat onder de huidige omstandigheden de rechtenoverdracht aan Buma niet echt noodzakelijk was. In plaats van een rechtenoverdracht, zouden de aangeslotenen hun rechten aan Buma onder een niet-exclusieve licentie kunnen verlenen. Dan zouden de muzikanten tegelijkertijd hun rechten door Buma kunnen laten beheren en hun muziek onder een Creative Commons licentie kunnen uitbrengen. Dit is in Europa weliswaar ongekend, maar in de Verenigde Staten is dat al meer dan een halve eeuw bestaande praktijk. Als gevolg van een mededingingsrechtelijke beschikking in de jaren '50 met de Amerikaanse regering functioneren

de drie op Amerikaans gebied actieve collectieve organisaties (ASCAP, BMI en SESAC) op basis van een niet-exclusieve licentie.<sup>30</sup> Dit bewijst dat een collectief rechtenbeheersysteem wel degelijk kan functioneren op basis van niet-exclusieve licenties.

#### 1 4. CONCLUSIE

Buma komt er voorlopig heel goed van af: de NMa heeft haar zegen gegeven aan de Buma aansluitvoorwaarden en de gezamenlijke ‘Flexibel Rechtenbeheer’ pilot met Creative Commons Nederland trekt nauwelijks deelnemers aan.

De Buma/Creative Commons Nederland ‘Flexibel Rechtenbeheer’ pilot is in principe een stap in de goede richting om wat meer flexibiliteit in het collectieve beheersysteem te brengen. In het kader van de pilot kan de auteur van een werk toestemming aan anderen geven om ‘niet-commerciële’ handelingen met het werk te verrichten, terwijl Buma de vergoeding voor commercieel gebruik blijft innen. Dit is een positieve verandering ten aanzien van wat voor de pilot gold. Maar, halverwege het project, laat het succes ervan nog op zich wachten. Het grootste obstakel is de te ruime definitie van ‘commercieel gebruik’, waardoor veel minder auteurs gebruik kunnen maken van de pilot kunnen maken. Immers doordat aan de term ‘commercieel gebruik’ een erg ruime betekenis wordt gegeven, vallen relatief weinig handelingen onder ‘niet-commercieel’ gebruik, zodat het praktisch belang van deze mogelijkheid beperkt blijft. Of een negatief oordeel van de NMa veel aan de huidige situatie zou hebben veranderd, is betwistbaar.

Interessant is echter wel dat de Buma/CC-NL pilot functioneert op een ‘per werk’ basis, dat wil zeggen dat de auteur kan aangeven voor welk werk hij een CC licentie wel of niet wil toepassen. Dit geeft aan dat collectieve beheersorganisaties wat flexibiliteit in hun systeem kunnen brengen zonder al te veel aan hun praktijk te komen. Op internationaal niveau heeft het lanceren van de Nederlandse pilot ook als positief effect gehad dat andere collectieve beheersorganisaties met hun lokale Creative Commons groep in gesprek zijn gegaan. Zo heeft de Deense Koda een vergelijkbare samenwerkingsovereenkomst met CC Denmark gesloten en is een vergelijkbare regeling binnenkort ook in Australië te verwachten.

---

<sup>30</sup> Zie *United States of America v. American Society of Composers, Authors and Publishers et al.*, N° 13-95, 14 March 1950, (South District New York), modified by Order of 19 February 1993. De relevante paragraaf in het Besluit luidt: «Defendant ASCAP is hereby enjoined and restrained from: (A) Holding, acquiring, licensing, enforcing, or negotiating concerning any rights in copyrighted musical compositions other than rights of public performance on a non exclusive basis provided, however, that nothing in this Section shall prevent ASCAP from collecting and distributing royalties as provided in Public Law N° 102-563».