

Collectief beheer, toezicht en geschillenbeslechting

Reactie op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet van 6 maart 2003,
houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve
beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten

Studiecommissie Toezicht
Vereniging voor Auteursrecht

4 maart 2009

De Studiecommissie bestaat uit:

Mr. S.J. Donker
Mr. J.G.M. Kroeze
Mr. K.J. Koelman
Mr. P. Kleve
Mr. H.S.M. Kruijer
Mr. N. van Lingen
Mr. J.W.A. Meddens (secr.)
Mr. O. Meijer
Mr. R.A. Overbeek
Prof.mr. A.A. Quaedvlieg
Mr. L. Rozenberg
Mr.Drs. M. Schok
Mr. J.M.B. Seignette (vrz.)
Mr. B. Spiegelers
Mr. M. van Straaten
Mr. J. Straesser
Mr. O. Trojan
Mr. R. Wigman

Inhoudsopgave

	pagina
Woord van de voorzitter	5
Hoofdstuk 1 Toezicht en collectief beheer	
1.1 Plan van behandeling	8
1.2 Uitgangspunten van het wetsvoorstel	9
1.3 Wettelijke vergoedingsrechten vs. verbodsrechten	11
1.4 Diversiteit in collectief beheer	13
1.5 Differentiatie in toezicht	14
Hoofdstuk 2 Toezicht in het licht van de internationale verdragen en EU regelgeving	
2.1 Inleiding	18
2.2 EVRM	18
2.3 Berner Conventie, Conventie van Rome, WIPO, TRIPS, EU richtlijnen	20
2.4 Europees mededingingsrecht	21
2.5 Conclusies	23
Hoofdstuk 3 Toezicht; artikelsgewijs commentaar	
3.1 Toepassingsgebied	26
3.2 Informatie- en verantwoordingsplichten (artikel 2)	27
3.3 Goedkeuring besluiten door College van Toezicht (artikel 3)	31
3.4 Mededingingstoezicht NMa (artikel 4)	33
3.5 Meldingsplicht investeringen, fusies, oprichting privaatrechtelijke rechtspersoon (artikel 5 lid 1)	34
3.6 Bijwonen vergaderingen en audit (artikel 5 lid 2 en 4)	34
3.7 Derden (artikel 5 lid 3 en 16)	35

3.8	Sancties (artikel 18)	36
3.9	Samenwerkingsplicht; verplicht collectief beheer door aan te wijzen cbo (artikel 21)	38

Hoofdstuk 4 Tarieftoezicht en geschillenregeling

4.1	Inleiding	40
4.2	Billijkheid vs. misbruik machtspositie	41
4.3	College van Toezicht – geschillencommissie – rechter – NMa	43
4.4	Reflexwerking op individuele uitoefening	45
4.5	Artikelsgewijs commentaar	46

Bijlage Overzicht collectieve beheersorganisaties

Woord van de voorzitter

In de ruim vijf jaar die de Wet Toezicht Collectieve Beheersorganisaties inmiddels in werking is, is de maatschappelijke aandacht voor het collectieve beheer van auteurs- en naburige rechten sterk toegenomen. De samenloop van aanspraken door verschillende collectieve beheersorganisaties (hierna cbo's) stuit bij het bedrijfsleven op onbegrip. Het gevoel te moeten betalen voor iets dat ongrijpbaar en moeilijk waardeerbaar is, leidt tot een roep om meer transparantie ten aanzien van de opbouw van de tarieven, de wijze waarop cbo's georganiseerd zijn en de wijze waarop zij de vergoedingen verdelen. De informatieverstrekking door de cbo's is in de afgelopen jaren sterk verbeterd, onder meer door publicatie op hun websites van standaardtarieven en andere licentievoorwaarden, repertoire/catalogi, statuten, repartitiereglementen, aansluitingsvoorwaarden, jaarverslagen, enz. Transparantie ten aanzien van tarieven en standaardvoorwaarden is ook onderdeel van de Gedragscode voor Collectieve Beheersorganisaties op het terrein van het Auteursrecht en Naburige rechten, waarbij de meeste Nederlandse cbo's zijn aangesloten.¹

Parallel aan deze ontwikkelingen in de markt heeft het College van Toezicht de afgelopen jaren toezicht uitgeoefend op de uitvoering van de wettelijke vergoedingsrechten door Stichting Leenrecht, Stichting de Thuis kopie, Stichting Reprorecht en Stichting SENA. Het College heeft met gebruikmaking van haar bevoegdheden aangestuurd op een snellere verdeling van door Stichting de Thuis kopie geïncasseerde gelden. Dit heeft geleid tot een verbetering van de interne processen bij de verdeelorganisaties, waardoor gelden sneller worden uitgekeerd en in het (verre) verleden geïncasseerde gelden alsnog zijn uitgekeerd. Aangezien deze verdeelorganisaties niet onder de werking van de huidige Wet Toezicht vallen, loopt de controle van het College op deze verdeelorganisaties via de desbetreffende incasso-organisatie. Het ontbreken van bevoegdheden om rechtstreeks toezicht te kunnen uitoefenen op de verdeelorganisaties heeft het College als een gemis ervaren.²

De kennelijke onvrede die er ondanks de toegenomen transparantie blijft bestaan over het collectief beheer, alsmede de ervaringen die het College van Toezicht heeft opgedaan met de huidige Wet, liggen aan de basis van het wetsvoorstel dat de regering in november 2008 aan de Tweede Kamer aanbood en waar dit rapport op reageert.³ Het wetsvoorstel voorziet in een verbreding van het toezicht tot vrijwel alle Nederlandse cbo's, een uitbreiding van de informatie- en verantwoordingsplichten, uitbreiding van het preventieve toezicht en de sanctiebevoegdheden van het College van Toezicht en de invoering van een buitengerechtelijke regeling voor de beslechting van geschillen over tarieven.

Het belang van het wetsvoorstel voor het auteurs- en naburige recht heeft de Vereniging voor Auteursrecht doen besluiten om een rapport aan het wetsvoorstel te wijden. Opdracht aan de voorzitter was een evenwichtige studietoelichting samen te stellen van leden die het onderwerp vanuit hun persoonlijke opvattingen en achtergrond uiteenlopend benaderen (rechthebbenden perspectief – gebruikersperspectief). De belangstelling om deel te nemen was groot. De studietoelichting bestaat uit achttien leden, waarvan er vijf werkzaam zijn voor een cbo.

¹ <http://www.voice-info.nl/assets/voice/gedragscode.pdf>.

² Memorie van Toelichting bij Wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, TK 2008–2009, 31 766, nr. 3, p. 28.

³ Wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, TK 2008–2009, 31 766, nr. 2.

De verschillende opvattingen binnen de studiec commissie hebben tot felle en vruchtbare discussies aanleiding gegeven. Tot een eenduidig oordeel zijn wij niet gekomen. De studiec commissie erkent het belang van toezicht op het beheer van wettelijke vergoedingsrechten, maar is verdeeld ten aanzien van de aard van de maatregelen die passen bij de verschillende vormen van vrijwillig collectief beheer (collectieve uitoefening van rechten op basis van een contractueel mandaat van rechthebbenden). De algemeen gedeelde conclusie is dat het wetsvoorstel onvoldoende rekening houdt met de verschillende vormen van collectief beheer en de uiteenlopende gevolgen die het toezicht als gevolg daarvan kan hebben op het functioneren van de cbo en de positie van de door de cbo vertegenwoordigde rechthebbenden. Het wetsvoorstel brengt alle in de Bijlage bij het wetsvoorstel vermelde cbo's onder eenzelfde regime, zonder onderscheid naar de aard van de activiteiten, de organisatievorm, de bestaande toezichtstructuur en de positie in de markt.

In het eerste hoofdstuk worden de verschillende vormen van collectief beheer beschreven en wordt aangegeven hoe deze verschillen zouden kunnen worden vertaald in een gedifferentieerd toezichtsbeleid. Uitgangspunt daarbij is dat toezicht minder voor de hand ligt en terughoudender zal moeten worden toegepast bij verbodsrechten dan bij wettelijke vergoedingsrechten en dat toezicht op collectieve uitoefening van verbodsrechten meer gegeven is naarmate de positie van de cbo op de betreffende markt voor de betreffende licenties dominanter is. In de Bijlage bij het rapport treft u een overzicht aan van de verschillende cbo's met aanduiding van activiteiten en de aard van het mandaat (wettelijk vs. contractueel, exclusief vs. niet-exclusief).

In het tweede hoofdstuk wordt het wetsvoorstel gezien in het kader van de internationale verdragen en het Europese recht en de eisen die deze verdragen en regelgeving stellen aan de nationale wetgever die de uitoefening van auteurs- en naburige rechten wil reguleren. De commissie concludeert dat de voorgestelde maatregelen niet zonder meer in alle gevallen voldoen aan de in deze verdragen en regelgeving terug te vinden vereiste van proportionaliteit.

Het derde en vierde hoofdstuk zijn gewijd aan een artikelsgewijze bespreking van de voorstellen. Daarbij is naast de meer fundamentele vraag van de inpasbaarheid in de internationale verdragen en Europese regelgeving tevens gekeken naar de praktische uitwerking van de voorstellen. Het derde hoofdstuk bespreekt de voorstellen ter uitbreiding van de informatie- en verantwoordingsplichten, de versterking van het correctieve en preventieve toezicht door het College van Toezicht, de invoering van de bevoegdheid tot het opleggen van boetes en dwangsommen en de voorgestelde mogelijkheid om bij AMvB cbo's tot samenwerking te verplichten of de uitoefening van bepaalde rechten verplicht op te dragen aan één cbo. In het vierde hoofdstuk wordt het voorgestelde toezicht van het College op tariefsverhogingen en de invoering van de geschillenregeling besproken. Daarbij wordt tevens ingegaan op de verhouding tussen het tarieftoezicht door de NMa, het tarieftoezicht door het College van Toezicht en de geschillenregeling. Ook wordt gekeken naar de mogelijke reflexwerking van uitspraken van de geschillencommissie op het individueel beheer van auteurs- en naburige rechten.

De Studiec commissie hoopt met dit rapport bij te dragen aan de discussie over het wetsvoorstel en de eventuele uitwerking daarvan bij Algemene Maatregel van Bestuur. Een goed werkend toezicht kan bijdragen aan de acceptatie van collectief beheer van auteurs- en naburige rechten. Met dit rapport wil de Studiec commissie aangeven dat de aard en omvang van het toezicht dient te passen bij de vorm van collectief beheer. De rechthebbende draagt de zeggenschap over zijn rechten over aan de collectieve beheersorganisatie opdat deze zijn rechten zo goed mogelijk uitoefent. De cbo kan dit waarma-

ken als zij die zeggenschap inderdaad kan uitoefenen. Regulering van collectief beheer dient te waarborgen dat de cbo die zeggenschap in het belang van de rechthebbenden kan uitoefenen en ook daadwerkelijk uitoefent, met inachtneming van de gerechtvaardigde belangen van gebruikers.

Op de datum van schrijven van dit voorwoord heeft de Vereniging nog niet over het rapport vergaderd. Het rapport geeft derhalve de mening van de leden van de Studiecommissie weer.

Jacqueline Seignette
3 maart 2009

Hoofdstuk 1 Toezicht en collectief beheer

1.1 Plan van behandeling

Het wetsvoorstel heeft bij de Studiecommissie een aantal met elkaar samenhangende vragen opgeroepen die als volgt kunnen worden samengevat:

1. Is het voorgestelde toezicht proportioneel in relatie tot de door de regering beoogde doelen?
2. Geeft het wetsvoorstel en de toelichting daarop voldoende rekenschap van het karakter van het auteurs- en naburige recht als exclusief recht en in het bijzonder van het verschil in rechtskarakter tussen verbodsrechten en wettelijke vergoedingsrechten?
3. Doet het wetsvoorstel voldoende recht aan de diversiteit in cbo's en de verschillende wijzen waarop deze cbo's auteurs- en naburige rechten uitoefenen?
4. Is voldoende rekenschap gegeven van de impact die het wetsvoorstel zal hebben op de concurrentiepositie van de cbo's waarop het wetsvoorstel van toepassing is?
5. Is voldoende rekenschap gegeven van de invloed die het wetsvoorstel en de geschillenregeling in het bijzonder zal hebben op (individuele en collectieve) exploitaties waarop het wetsvoorstel niet van toepassing is?

Deze vragen worden in Hoofdstuk 1 en 2 besproken, waarbij in Hoofdstuk 2 wordt gekeken naar de inpasbaarheid van het wetsvoorstel in bestaande nationale en internationale wetgeving.

Hoofdstuk 3 bevat een artikelsgewijs commentaar op het voorgestelde toezicht. Hoofdstuk 4 bevat een algemene beschouwing en artikelsgewijs commentaar op de voorgestelde geschillenregeling en het toezicht van het College op tariefstijgingen.

In het vervolg van dit hoofdstuk worden doel en toepassingscriteria van het wetsvoorstel samengevat. Tevens wordt ingegaan op diversiteit in collectief beheer en wordt een onderverdeling gemaakt in verschillende vormen van collectief beheer om daaraan conclusies te verbinden ten aanzien van de wenselijkheid en de aard van het toezicht.

De algemene conclusie van de Studiecommissie is dat de regering zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de verschillende vormen van collectief beheer. In geval van verbodsrechten vindt collectief beheer plaats door private organisaties in opdracht van individuele rechthebbenden en zonder dat collectief beheer wettelijk is voorgeschreven (vrijwillig collectief beheer).⁴ Extern toezicht ligt hier niet direct voor de hand. In het bijzonder is de Studiecommissie van mening dat het voorgestelde preventieve toezicht door het College van Toezicht (artikel 3 wetsvoorstel) geen recht doen aan het karakter van het auteurs- en naburige recht als exclusief, absoluut recht.

⁴ Een uitzondering vormt het verbodsrecht ten aanzien kabeldoorgifte waarvoor artikel 26a Auteurswet en artikel 14a WNR ter implementatie van de Kabel- en Satellietrichtlijn collectief beheer voorschrijven.

1.2 Uitgangspunten van het wetsvoorstel

In de toelichting op de huidige Wet Toezicht Collectieve Beheersorganisaties Auteurs- en Naburige Rechten (hierna de Huidige Wet) geeft de regering aan dat toezicht op de eigen-recht-organisaties wenselijk is omdat het om op de wet gebaseerde monopolies gaat waarbij aan rechthebbenden de mogelijkheid is ontnomen hun rechten zelfstandig uit te oefenen. De regering zag geen aanleiding om het toezicht uit te breiden naar vrijwillig collectief beheer omdat de wetgever dan particuliere activiteiten aan het organiseren zou zijn die geen enkele publieke taakbetrokkenheid hebben.

"Toezicht is in de eerste plaats wenselijk omdat deze organisaties op het gebied van het vergoedingsbeheer een op de wet gebaseerde monopoliepositie innemen. In de tweede plaats is toezicht wenselijk omdat bij op eigen-recht-organisaties aan de rechthebbenden een mogelijkheid is ontnomen hun rechten zelfstandig uit te oefenen. Een vorm van overheidstoezicht kan in de derde plaats niet ontbreken in verband met de belangrijke maatschappelijke en economische taken van beheersorganisaties, waarmee ook grote financiële belangen gemoeid zijn."

Het toezicht dat wij hier regelen is nodig omdat, vanwege de monopoliepositie, de overheid mede verantwoordelijk is voor de wijze waarop het beheer van de gelden plaatsvindt. Het is een onjuiste uitbreiding van de overheidsbemoedienis als die zich uitstrekt tot alle andere particuliere organisaties die op basis van vrijwilligheid gelden innen. Dat sluit op zichzelf niet uit dat zich de ontwikkeling kan voordoen dat de toezichthouder op basis van vrijwilligheid bepaalde functies in het toezicht uitoefent bij die organisaties. Dat moet men zelf overeenkomen. Dat moet niet de wetgever willen regelen. In wezen is de wetgever dan toezicht aan het organiseren over particuliere activiteiten die geen enkel publieke taakbetrokkenheid hebben.⁵

Het wetsvoorstel breidt het toezicht nu wel uit tot collectief beheer van verbodsrechten, derhalve tot rechten die de cbo alleen kan uitoefenen als hij daarvoor een contractueel mandaat van de rechthebbenden heeft gekregen.

Het wetsvoorstel bevat drie elementen:

- uitbreiding van de governance regels en het toezicht op de cbo's waarop de huidige wet reeds van toepassing is;
- toepassing van het nieuwe regime op een bredere lijst van cbo's;
- invoering van een geschillencommissie voor de beslechting van tariefgeschillen tussen cbo's en gebruikers.

De gewijzigde wet is van toepassing op de cbo's vermeld in de bijlage bij de wet (Bijlage). De lijst kan worden uitgebreid bij AMvB, waarbij de regering denkt aan een omzeldrempel van 1 miljoen Euro (twee achtereenvolgende jaren incasso van Euro 500.000; artikel 17 lid 2 wetsvoorstel; MvT p. 30).

⁵ Handelingen II, 2002/03, nr. 7, p. 409.

De regering motiveert de uitbreiding van het toezicht met de marktmacht van de betrokken organisaties in combinatie met een adequate bescherming van zowel rechthebbenden als betalingsplichtigen en gebruikers (MvT p. 4):

“Het is in het belang van zowel rechthebbenden als gebruikers dat het collectieve beheer van rechten aan toezicht is onderworpen. Met de commissie auteursrecht meent het kabinet dat een versterking en verbreding van het toezicht met name gerechtvaardigd wordt door de marktmacht van de betrokken organisaties in combinatie met een adequate bescherming van zowel rechthebbenden als betalingsplichtigen en gebruikers.

Omdat er geen volwaardige markt van elkaar beconcurrerende beheersorganisaties bestaat, is toezicht noodzakelijk om rechthebbenden en betalingsplichtigen waarborgen te bieden voor een transparant en efficiënt functioneren van deze organisaties.”

Het opleggen van openbaarmakingsplichten bovenop de generieke verplichtingen van boek 2 BW kan aldus de Toelichting bijdragen aan (MvT p. 5):

“...een bredere maatschappelijke acceptatie van het collectieve beheer van rechten.”

De verbreding van het toezicht naar organisaties van vrijwillig collectief beheer motiveert de regering als volgt (MvT p. 5):

“In maatschappelijk opzicht en qua marktmacht verschilt hun optreden niet wezenlijk van dat van organisaties van verplicht collectief beheer. Dat blijkt ook uit het feit dat het voorkomt, bijvoorbeeld tijdens de jaarlijkse hoorzittingen, dat (organisaties van) betalingsplichtigen zich wenden tot het College van Toezicht met klachten over organisaties van vrijwillig collectief beheer.”

Met de invoering van de geschillenregeling en vergoedingscriteria heeft de regering het volgende voor ogen (MvT p. 10):

“Met de invoering van een geschillencommissie wordt beoogd een laagdrempelig en efficiënt procedureel kader te bieden om tariefgeschillen te beslechten. Onderdeel van dit kader is het wettelijk vastleggen van een normering voor de vergoedingen en het bundelen van expertise om het draagvlak voor beslissingen te versterken. Met de invoering van een geschillencommissie zal tevens een duidelijker onderscheid ontstaan tussen het toezicht op de organisatie en de werkwijze van collectieve beheersorganisaties (door het College van Toezicht Auteursrecht) en de behandeling van klachten en geschillen over de hoogte en toepassing van vergoedingen in individuele gevallen (door de geschillencommissie).

In het WODC-rapport wordt vastgesteld dat onderhandelingen tussen rechthebbenden, betalingsplichtigen en collectieve beheersorganisaties vaak moeizaam verlopen en dat er structurele geschillen bestaan op het terrein van collectief rechtenbeheer over de hoogte van licentievergoedingen en bijkomende licentieverwaarden. Tariefgeschillen lijken vooral voort te komen uit het feit dat er bij de collectieve beheersorganisaties geen sprake is van volledige marktwerking. De rech-

ten van de makers zijn geconcentreerd bij collectieve beheersorganisaties die, ongeacht hun vrijwillige dan wel hun verplichte karakter, een grote marktmacht bezitten. Het ontbreken van vrije marktwerking kan een belemmering zijn voor het tot stand komen van een voor beide partijen billijke vergoeding voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk of nabuurrechtelijk beschermde prestaties.”

1.3 Wettelijke vergoedingsrechten vs. verbodsrechten

Wettelijke vergoedingsrechten – wettelijke licenties

De Huidige Wet is van toepassing op de cbo's die door de Minister zijn aangewezen om de *wettelijke vergoedingsrechten* uit te voeren: het leenrecht (artikel 15c Aw, artikel 2, 6, 7a en 8 WNR), het thuis kopiërenrecht (artikel 16c Aw), het reprorecht (16h Aw) en het vergoedingsrecht voor openbaarmaking van voor commerciële doeleinden uitgegeven fonogrammen (artikel 7 WNR). Deze vergoedingsrechten geven derden de bevoegdheid om een werk of nabuurrechtelijke prestatie (uitvoering, fonogram, programma) op een bepaalde manier te gebruiken, mits daarvoor een billijke vergoeding aan de rechthebbende wordt betaald (wettelijke licentie).

De hoogte van de vergoeding wordt in geval van een wettelijke licentie bepaald door de wet of door een bij of krachtens de wet aangewezen onderhandelingsstichting (Stichting SONT voor Thuiskopie, Stichting StOL voor leenrecht). De respectievelijke billijke vergoedingen worden geïncasseerd door de daartoe door de Minister van Justitie aangewezen 'eigen-recht-organisaties': Stichting Leenrecht, Stichting Reprorecht, Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) en Stichting Thuiskopie. Omdat de rechthebbende zich bij deze wettelijke licenties neer moet leggen, worden ze ook wel dwanglicenties genoemd.

Daarnaast is de Huidige Wet (gedeeltelijk) van toepassing op Buma, voorzover het betreft de bemiddeling inzake muziekauteursrechten als bedoeld in artikel 30a Auteurswet.⁶ De bemiddeling inzake muziekauteursrechten is op grond van artikel 30a Auteurswet onderworpen aan een vergunning en Buma is op dit moment de enige organisatie die een dergelijke vergunning heeft. Buma is aan toezicht onderworpen met uitzondering van het preventieve toezicht van artikel 3 van de Huidige Wet.

De Huidige Wet is niet van toepassing op cbo's die de door Stichting Leenrecht, Stichting Reprorecht en Stichting Thuiskopie zijn aangewezen om de door hen geïncasseerde billijke vergoedingen verder te verdelen aan hun achterban (de zgn. *verdeelorganisaties*). Zo verdeelt Stemra leenrecht- en thuis kopiërenvergoedingen aan muziekauteurs- en uitgevers, verdeelt Lira leenrecht-, reprorecht- en thuis kopiërenvergoedingen aan schrijvers, verdeelt Pictoright leenrecht-, reprorecht- en thuis kopiërenvergoedingen aan fotografen, kunstenaars, ontwerpers en illustratoren en verdeelt de NPO thuis kopiërenvergoedingen aan de publieke omroepen, enzovoorts.

Naast het verdelen van deze billijke vergoedingen, oefenen deze cbo's in de meeste gevallen ook verbodsrechten uit.

⁶ De definitie van muziekauteursrechten omvat niet alle door Buma uitgeoefende auteursrechtelijke exploitatierechten. Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 28 482, Nota n.a.v. Verslag, nr. 5.

Met uitzondering van de wettelijke vergoedingsrechten (leenrecht, thuishkopie, reprorecht en het vergoedingsrecht voor openbaarmaking van voor commerciële doeleinden uitgegeven fonogrammen), zijn alle collectief beheerde rechten *exclusieve* rechten. Een exclusief recht geeft de rechthebbende de bevoegdheid om de verveelvoudiging en openbaarmaking van zijn werk of prestatie (uitvoering, fonogram, omroepprogramma) toe te staan of te verbieden en, daarmee, om de voorwaarden te bepalen waaronder zijn werk of prestatie door anderen wordt gebruikt (verbodsrechten).

In geval van verbodsrechten, is de individuele rechthebbende vrij om te bepalen of en door wie zijn recht wordt beheerd. Hij kan het zelf doen, hij kan het opdragen aan een agent of uitgever die verstand heeft van de markt, of hij kan het door een cbo laten uitoefenen. Daar waar rechten voornamelijk collectief worden beheerd, hebben rechthebbenden in meerderheid geoordeeld dat dit de meest effectieve (althans minst ineffectieve) wijze van uitoefening van hun rechten is. Het is geen verplichting.

De cbo kan rechten alleen uitoefenen als de individuele rechthebbende daartoe een mandaat aan de cbo heeft gegeven (vrijwillig collectief beheer). Om in de markt licenties te kunnen verlenen, is de cbo afhankelijk van het mandaat van bij voorkeur alle rechthebbenden in de categorie wiens rechten de cbo uitoefent, en in ieder geval een dusdanig aantal rechthebbenden dat het risico dat is verbonden aan het verlenen van een vrijwaring aan de licentienemer aanvaardbaar is.

Een uitzondering vormt het recht met betrekking tot gelijktijdige kabeldoorgifte, waarvan de Europese wetgever heeft besloten dat dit recht collectief kan worden beheerd door iedere cbo wiens statuten tot doel stellen om deze rechten voor een bepaalde categorie rechthebbenden uit te oefenen (artikel 9 Kabel- en Satellietrichtlijn, artikel 26a Auteurswet, artikel 14a Wet Naburige Rechten).

De cbo levert aldus diensten aan zowel de rechthebbende als aan de gebruiker. Voor de rechthebbende genereert hij inkomsten die de rechthebbende individueel niet of minder goed zou kunnen genereren. Voor de gebruiker biedt de cbo de mogelijkheid om in één keer een licentie voor gebruik van een breed repertoire/brede catalogus te verkrijgen. Zo neemt de cbo het risico weg dat de gebruiker door individuele rechthebbenden op zijn gebruik wordt aangesproken.

Betalingsplichtige

Het wetsvoorstel spreekt over 'betalingsplichtige'. Deze term is adequaat om de vergoedingsplichtige aan te duiden in geval van de wettelijke vergoedingsrechten. De term is minder geschikt voor collectief beheer van verbodsrechten. Bij verbodsrechten is de licentienemer niet automatisch betalingsplichtig: een auteursrechthebbende kan het gebruik van zijn werk toestaan of verbieden en aan de toestemming condities verbinden. Dit kan een vergoeding zijn, maar dat hoeft niet. In de vrijheid om te bepalen op welke condities licentie wordt verleend, onderscheidt het verbodsrecht zich van het wettelijke vergoedingsrecht. De Studiecommissie stelt voor om ter zake van de collectieve uitoefening van verbodsrechten (vrijwillig collectief beheer) te spreken van 'licentieplichtige'.

1.4 Diversiteit in collectief beheer

Het wetsvoorstel maakt qua omvang van het toezicht en de governance regels geen onderscheid tussen wettelijke vergoedingsrechten en verbodsrechten. Het regime van toezicht en governance regels is van toepassing ongeacht:

- de aard van de activiteit. Het verschilt per cbo welke van de volgende activiteiten worden uitgevoerd:
 - incasso wettelijke vergoedingsrechten;
 - verdeling wettelijke vergoedingsrechten;
 - uitoefening verbodsrechten door licenties op totale repertoire/catalogus (bijv. Buma verleent blanket license voor muziekrepertoire aan winkel);
 - uitoefening verbodsrechten door verlening van licenties op specifieke werken (bijv. Pictoright verleent licentie aan uitgever die bepaald kunstwerk in boek wil afbeelden);
 - andere activiteiten. Cbo's kunnen ook andere activiteiten verrichten dan het verlenen van collectieve of individuele licenties (bijv. onderhandelen van contracten voor makers; bijstand aan makers bij bestrijden inbreuken).
- de organisatievorm: cbo's die wettelijke vergoedingsrechten uitoefenen hebben de stichtingsvorm. Cbo's die verbodsrechten uitoefenen (vrijwillig collectief beheer) ontstaan op initiatief van rechthebbenden, rechthebbendenorganisaties of dienstverleners en kunnen alle rechtsvormen hebben. Veel cbo's kiezen voor de stichtingsvorm, maar er zijn ook verenigingen.
- de wijze waarop interne of externe controle bestaat op het beleid van de cbo. Bij verenigingen zoals Buma en Vevam en bij de stichting Stemra worden belangrijke besluiten zoals statutenwijziging en vaststelling van repartitiereglementen door de ledenvergadering resp. de vergadering van aangeslotenen genomen. Bij andere stichtingen worden deze beslissingen genomen door het bestuur. De wijze waarop rechthebbenden invloed op deze beslissingen hebben, verschilt per cbo: bij de wettelijke vergoedingsrechten schrijft de wet voor dat de rechtspersoon representatief moet zijn (artikel 15f, 16d, 16l Aw, artikel 15 WNR). Bij vrijwillig collectief beheer kunnen rechthebbenden zitting hebben in het bestuur of in sectiebesturen (bijv. Lira), rechtstreeks of door middel van vertegenwoordigers van hun beroepsorganisaties (bijv. Buma, Pictoright, Sekam, Stemra). Ook komt het voor dat rechthebbenden zitting hebben in een intern of extern toezichthoudend orgaan. Zo hebben vertegenwoordigers van televisieproducenten en omroepen zitting in de stichtingen STG en SGN⁷ die toezicht uitoefenen op Videma en de repartitiereglementen vaststellen.
- de omvang van de organisatie: cbo's zijn in omvang zeer verschillend afhankelijk van het aantal rechthebbenden dat wettelijk of krachtens mandaat wordt vertegenwoordigd, het repertoire dat wordt vertegenwoordigd, de markt waarin ze opereren en daarmee het incasso- en repartitievolume, personeel, enzovoort.
- de positie die de organisatie in de markt inneemt. Anders dan de Memorie van Toelichting lijkt te suggereren hebben cbo's niet altijd een machtspositie in de markten waarin zij opereren:

- concurrentie met buitenlandse cbo's: Buma en Musicopy⁸ concurreren bijvoorbeeld in bepaalde markten met organisaties uit andere landen; grote muziekuitgevers trekken repertoire voor bepaalde markten terug.
- meerdere binnenlandse cbo's voor dezelfde categorie rechthebbenden: bijv. Norma en IRDA (uitvoerende kunstenaars), VEVAM en LIRA (scenarioschrijvers).
- cbo's ondervinden in bepaalde markten concurrentie van binnen- en buitenlandse agent-schappen (bijv. fotostockbureaus; agentschappen die voor film- en tv-productiemaatschappijen rechten uitoefenen).
- concurrentie met niet door de cbo vertegenwoordigde repertoire/catalogus. Pictoright ver-tegenwoordigt bijv. veel beeldende kunstenaars, maar lang niet alle; Videma vertegenwoordigt een deel van de omroeporganisaties, maar niet alle (CNN kiest bijv. voor indivi-duele uitoefening).
- individuele uitoefening naast collectieve uitoefening. Videma verleent bijvoorbeeld licen-ties op basis van niet-exclusief mandaat. Met name grotere rechthebbenden kiezen er daarnaast in de praktijk nogal eens voor om hun mandaat aan de cbo voor bepaalde ex-ploitaties terug te trekken. Zo hebben grotere muziekuitgevers de exploitatie m.b.t. (Anglo-Amerikaans) repertoire voor online exploitaties teruggetrokken bij Buma om dat zelf (al dan niet via een mede door hen opgerichte organisatie zoals Celas) te gaan doen.

1.5 Differentiatie in toezicht

Ten aanzien van toezicht is onderscheid te maken tussen preventief en correctief toezicht.

Bij preventief toezicht worden besluiten van een cbo afhankelijk gesteld van goedkeuring door een toezichthoudend orgaan. Voorbeelden hiervan in het wetsvoorstel zijn de vereiste voorafgaande goedkeuring door het College van Toezicht voor statutenwijzigingen, modelovereenkomsten en ta-riefsverhogingen (artikel 3).

Bij correctief toezicht kan de toezichthouder corrigerende maatregelen treffen. Zo kan de NMa activi-teiten verbieden als daarmee op een ongerechtvaardigde wijze de mededinging wordt verstoord of misbruik van marktmacht wordt gemaakt. De NMa beoordeelt in dit kader ook klachten van gebruikers over door cbo's gestelde licentievoorwaarden, waaronder tarieven.⁹

De in het wetsvoorstel voorgestelde geschillencommissie zit dichter tegen preventief dan correctief toezicht aan: de cbo hoeft het licentietarief niet vooraf door de geschillencommissie te laten goedkeu-ren, maar de gebruiker kan wel een beslissing van de geschillencommissie over het tarief vragen voordat hij een licentie afneemt.¹⁰ De geschillencommissie oordeelt daarbij op basis van billijkheid en niet volgens het correctieve mechanisme van controle op misbruik van machtspositie en derhalve op basis van excessiviteit.

⁷ Respectievelijk de Stichting Groeptelevise en de Stichting Gesloten Netwerken.

⁸ Stichting Musi©opy noemt concrete voorbeelden van gevallen waarin licentieaanvragen uiteindelijk in het buitenland werden ingediend, omdat de cbo aldaar gunstigere tarieven bood. Ook de omgekeerde situatie heeft zich voorgedaan.

⁹ Vgl. besluiten NMa over Buma tarieven voor theater en concerten (d-g NMa 15 maart 2002, 1802-71 inzake klacht VSCD, over Buma tarieven voor commerciële radio (NMa 2 april 2008, 3295-133 inzake klacht Fresh FM) en over SENA tarieven voor hore-ca (NMa 22 juli 2005, 2319-75 inzake klacht Horeca Nederland).

¹⁰ Artikel 23 van het wetsvoorstel bepaalt dat de geschillencommissie oordeelt over in rekening gebrachte tarieven. Dit veron-derstelt correctief toezicht. In de praktijk ontstaat een geschil echter voordat het tarief in rekening is gebracht. De cbo kan im-mers pas een factuur sturen nadat een licentieovereenkomst is aangegaan. Het geschil ontstaat doordat de gebruiker weigert een licentieovereenkomst aan te gaan op het door de cbo voorgestelde tarief.

Preventief toezicht is over het algemeen een duurdere oplossing die als controle-instrument vooral voorkomt bij overheids- en semi-overheidsgerelateerde uitvoeringsprocessen, of voor processen die door private organisaties worden uitgeoefend maar die raken aan de klassieke overheidstaken van veiligheid, gezondheid, onderwijs of van financiële ordening.

Er bestaat een relatie tussen het functioneren van de markt en de wenselijkheid van toezicht. Waar er een goed werkende markt is, is minder toezicht nodig. Volgens de gangbare opvatting in de economie is overheidsingrijpen in de markt slechts wenselijk in geval van marktfalen. Marktfalen laat zich op hoofdlijnen beschrijven in afwijkingen van de (theoretische) situatie van 'volkomen concurrentie', dat wil zeggen:¹¹

1. er zijn veel vragers en veel aanbieders, die ieder een gering marktaandeel hebben waardoor zij niet afzonderlijk de prijs kunnen bepalen, en die niet coöperatief handelen;
2. er is sprake van homogene goederen (afnemers ervaren geen verschil tussen de goederen);
3. de markt is transparant – vragers en aanbieders hebben volledige informatie – en er zijn geen toe- of uittredingsbelemmeringen;
4. de rechten zijn goed gedefinieerd en er zijn geen transactiekosten.

In geval van collectief beheer is de marktsituatie complex en niet steeds doorzichtig. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen, dat hier in feite twee markten door elkaar heen lopen:

1. de markt van vragers en aanbieders van informatiegoederen (de gebruikers en de rechthebbenden). Omdat een systeem gebaseerd op individuele licentieverleningen rechtstreeks tussen rechthebbenden en afnemers zeer hoge transactiekosten met zich zou brengen, is er in de praktijk een systeem van collectieve exploitatie ontstaan. Bij het systeem van de wettelijke vergoedingsrechten wordt collectieve exploitatie zelfs wettelijk voorgeschreven. Wat hieraan opvalt is dat het oplossen van de ene marktimperfectie, de hoge transactiekosten, gepaard gaat met het creëren van een andere marktimperfectie, namelijk een reductie van het aantal aanbieders, en soms ook van het aantal vragers.
2. de markt voor collectief beheer diensten. Zolang de markt de noodzaak van collectief beheer voelt, zullen er partijen zijn die collectief beheer aanbieden. Hier kan het zgn. principal-agent probleem optreden, d.w.z. dat organisaties ('agents') die ten doel hebben de belangen van anderen ('principals') te behartigen een eigen belang gaan hebben, dat kan conflicteren met de belangen die zij vanuit hun doelstelling geacht worden te behartigen.

De Studiecommissie is van mening dat de onder 1 gesignaleerde marktimperfectie – reductie van het aantal aanbieders – alleen bij wettelijke of overheidsmonopolies tot *preventief* toezicht door het College van Toezicht (CvT) mag leiden.

Ter voorkoming van het onder 2 genoemde principal-agent probleem kan de Studiecommissie zich voorstellen dat er toezicht wordt uitgeoefend. Dit toezicht zou alleen bij wettelijke of overheidsmonopolies preventief moeten zijn. Voor wat betreft het correctief toezicht zou het CvT rekening dienen te houden met de aard van het verbodsrecht, de aard van de exploitatie en de wijze waarop rechthebbenden invloed hebben op de uitoefening van hun rechten.

¹¹ Kanning & Kerkmeester (red.), *Economie en recht*, Groningen/Houten: Noordhoff 2008, p. 50 e.v.

Dit leidt tot de volgende differentiatie in het toezicht:

	Kenmerken activiteit	Toezicht op governance cbo	Vaststelling tarief	Toetsing tarief
1	<ul style="list-style-type: none"> wettelijke vergoedingsrechten krachtens wet aangegeven 'betalingsplichtigen' wettelijke exclusiviteit 	preventief en correctief (CvT)	Bij wet of op door wet te bepalen wijze, bijv. door onderhandelingsstichting	<p>Bij wet vastgesteld: n.v.t.</p> <p>Tarief vast te stellen door onderhandelings-stichting: rechter</p> <p>NMa</p>
2	<ul style="list-style-type: none"> verdeling wettelijke vergoedingsrechten in opdracht van organisaties in categorie 1 privaat initiatief 'betalingsplichtigen' markt 	preventief en correctief (CvT)	n.v.t.	n.v.t.
3	<ul style="list-style-type: none"> exclusieve rechten privaat initiatief 'licentieplichtigen' monopolie bij wettelijke concessie 	Preventief en correctief (CvT)	vrij	<p>NMa en/of Geschillencie; toets op misbruik</p> <p>NMa toets op misbruik; Geschillencie toets op billijkheid</p>
4	<ul style="list-style-type: none"> exclusieve rechten privaat initiatief 'licentieplichtigen' feitelijk monopolie 	Evt. correctief ter bescherming rechthebbers	vrij	<p>NMa en/of Geschillencie; toets op misbruik</p> <p>NMa toets op misbruik; Geschillencie toets op billijkheid</p>
5	<ul style="list-style-type: none"> exclusieve rechten privaat initiatief 'licentieplichtigen' markt 	Evt. correctief ter bescherming rechthebbers	vrij	NMa toets op misbruik

NB: de verschillende activiteiten van een cbo kunnen zich in verschillende categorieën bevinden.

NB: over het wenselijke regime in de gehalveerde velden is de Studiecommissie verdeeld. De linkerhelft vertegenwoordigt de mening van de meerderheid van de Studiecommissie, de rechterhelft de mening van de minderheid.

In de eerste categorie bevinden zich Stichting De Thuis kopie, Stichting Leenrecht, Stichting Reprorecht en de Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA). Deze organisaties zijn bij wet exclusief belast met de inning en de verdeling van wettelijke vergoedingsrechten.

In de tweede categorie bevindt zich de activiteit van verdeelorganisaties, d.w.z. cbo's die door Stichting de Thuis kopie of Stichting Leenrecht zijn aangewezen om een deel van de geïncasseerde gelden te verdelen aan hun respectievelijke rechthebbenden, maar die niet bij wet exclusief zijn aangewezen. Voorbeelden zijn de verdeling van thuis kopie- en leenrechtgelden door Lira, Norma, Sekam Video, Stemra en Vevam. Aangezien het hier de uitvoering van wettelijke vergoedingsrechten betreft, lijkt toezicht op de desbetreffende activiteiten voor de hand te liggen.

De leden van de Studiecommissie verschillen van mening over de vraag of enkel de activiteit van de nadere verdeling van de wettelijke vergoedingen aan toezicht zou moet worden onderworpen (voorafgaande goedkeuring van verdeelreglementen) of dat de cbo als geheel aan preventief toezicht zou moeten worden onderworpen (goedkeuring statutenwijzigingen, goedkeuring modelovereenkomsten met betrekking tot de uitoefening van verbodsrechten). Enkele leden zijn van mening dat dit laatste vereist is om te voorkomen dat deze verdeelorganisaties vanwege de betrokkenheid bij de verdeling van de wettelijke vergoedingen een concurrentiële voorsprong verkrijgen op andere cbo's en dat daarmee toetreding van nieuwkomers op de markt voor collectief beheer praktisch onmogelijk wordt.

De derde categorie betreft de uitoefening van verbodsrechten door een cbo die daarvoor een exclusieve concessie heeft gekregen. In deze categorie valt de bemiddeling inzake muziekauteursrechten, waarvoor Buma op dit moment de enige vergunninghouder is als bedoeld in artikel 30a Auteurswet. De Studiecommissie meent dat het preventieve toezicht terughoudend moet worden uitgeoefend daar waar de goed te keuren besluiten (wijziging van statuten, repartitiereglementen) reeds door de leden zijn goedgekeurd.

De vierde categorie betreft de verlening van licenties in markten waar de cbo een feitelijke, niet op wet of vergunning gebaseerde, machtspositie heeft.

Over categorie 5 kan gesteld worden dat deze zo ver verwijderd is geraakt van de ratio tot regulering van het veld van collectief beheer door middel van toezicht op werkwijze en tariefstelling, dat deze categorie geacht moet worden buiten het kader van de wet te vallen. Enkele voorbeelden zijn Videma voor het vrijwillig collectief beheer van groeptelevisierechten en Pictoright voor het vrijwillig collectief en individueel beheer van de auteursrechten van bij haar aangesloten beeldend kunstenaars.

Hoofdstuk 2 Toezicht in het licht van de internationale verdragen en EU regelgeving

2.1 Inleiding

Het wetsvoorstel onderwerpt de verlening van licenties aan toezicht, regels en procedures en grijpt daarmee in op de vrijheid van de rechthebbende bij de uitoefening van zijn intellectuele eigendomsrecht alsmede op de contractvrijheid en de vrijheid van mededinging. Dit roept de vraag op of het wetsvoorstel binnen de ruimte blijft die de internationale verdragen en het Europese recht geven om de uitoefening van auteursrechten respectievelijk de mededinging in te perken, en ook de vraag of de gekozen maatregelen proportioneel zijn aan het doel daarvan.

2.2 EVRM

Artikel 1 Eerste Protocol - eigendomsrecht

Auteurs- en naburige rechten vallen als eigendomsrechten onder de bescherming van het Europese Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.¹² Artikel 1 Protocol 1 EVRM luidt als volgt:

- 1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*
- 2. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*

Lid 1 stelt de rechten van de "eigenaar" (het recht als zodanig en het genot ervan) voorop. In lid 2 wordt aan de verdragsstaten het recht toegekend "to enforce such laws as is deemed necessary to control the use of property in accordance with the general interest ..."

In *Mellacher a.o./Oostenrijk*¹³ overwoog het Hof van Justitie ten aanzien van de Oostenrijkse Huurprijzenwet:

"Laws as referred to in the 2nd paragraph of Artikel 1 Protocol 1 are especially called for and usual in the field of housing, which in our modern societies is a central concern of social and economic policies. In order to implement such policies, the legislature must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures.

¹² EHRM 11 januari 2007, 73049/01 (Anheuser-Busch/Portugal); EHRM 5 juli 2005, no. 28743/03 (Melnychuk/Oekraïne). Voorts Overweging 9 bij de Auteursrechtlijn: De intellectuele eigendom is dan ook als een geïntegreerd deel van de eigendom erkend."

The Court will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment be manifestly without reasonable foundation."

Het Hof oordeelde na bestudering van de parlementaire geschiedenis dat de Oostenrijkse wetgever zijn huiswerk (qua feitenonderzoek, kennis van de woningmarkt en van de leegstand e.d.) grondig genoeg had gedaan. Het Hof stelde vervolgens de vraag voorop of de nieuwe Huurprijzenwet erin slaagde:

"to achieve a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. ... There must be a reasonable relationship between the means employed and the aim pursued."

Het Hof wees erop dat de nieuwe wet vier klassen van woningen - met bijbehorende huurprijzen - had onderscheiden, "on the basis of their standard of accommodation", dat wetgeving noodgedwongen "general in nature" moet zijn en dat de aan verhuurderkant ingevoerde uitzonderingen niet "inappropriate or disproportionate" te noemen waren.

De Hoge Raad oordeelde in de *Varkenswet* zaak dat de wetgever die het genot of de uitoefening van eigendomsrechten wil reguleren of beperken, per regel zal moeten aangeven welk algemeen belang hiermee gediend wordt en dit belang moeten afwegen tegen de lasten die het voor de betrokkenen meebrengt.¹⁴ Bij deze afweging kan eventuele compensatie voor de lasten worden meegewogen. Ook dient te worden gekeken of er minder zware middelen zijn om het betreffende algemeen belang te waarborgen. Als de last voor de individuele betrokkene onredelijk of excessief is, is de beperking of regulering van de eigendom niet toegestaan.¹⁵ De gekozen maatregel diende derhalve proportioneel te zijn aan het gestelde doel.

Artikel 11 EVRM – freedom of association

Artikel 11 EVRM luidt als volgt:

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police and of the administration of the State.

De vrijheid van vereniging beschermt het recht van burgers om een rechtspersoon op te richten ten einde collectief te kunnen optreden ter bescherming van hun belangen.

¹³ EHRM 19 december 1989, 10522/83, Series A no. 169, p. 28 (Mellacher/Oostenrijk).

¹⁴ Hoge Raad 16 november 2001, NJ 2002, 469 (Varkenswet); EHRM 20 juli 2004, nr. 37598/97, NJ 2005, 479 (Bäck v. Finland).

¹⁵ Idem noot 14.

2.3 Berner Conventie, Conventie van Rome, WIPO, TRIPS, EU richtlijnen

Het WIPO Auteursrechtverdrag, het WIPO Uitvoeringen en Fonogrammen Verdrag en het TRIPS verdrag erkennen het auteursrecht en het naburig recht als exclusieve rechten. De verdragen beschrijven de situaties waarin de nationale wetgever deze exclusieve rechten en de uitoefening ervan mogen of moeten beperken.

Artikel 17 Berner Conventie luidt:

"The provisions of this Convention cannot in any way affect the right of the Government of each country of the Union to permit, to control, or to prohibit by legislation or regulation, the circulation, presentation, or exhibition of any work or production in regard to which the competent authority may find it necessary to exercise that right."

Dit artikel was oorspronkelijk bedoeld om het recht van de overheden tot het uitoefenen van censuur te erkennen. Naar aanleiding van de woorden "to permit" in deze clausule werd vrijwel unaniem vastgesteld (Zuid-Afrika uitgezonderd):

"According to the fundamental principles of the Berne Union, countries of the Union should not be permitted to introduce any kind of compulsory licenses on the basis of Article 17. In no case where the consent of the author is necessary for the dissemination of the work, according to the rules of the Convention, should it be possible for countries to permit dissemination without the consent of the author."¹⁶

In latere conferenties van de Berner Conventie is gesproken over de vraag of nationale wetgevers excessieve prijzen aan banden mogen leggen. Ricketson en Ginsburg merken in dat verband op:

"Nevertheless, in some circumstances, the fixing of excessive royalties might be the clearest possible evidence of the abuse of a position of monopoly, and the imposition of compulsory licences the most effective way of preventing this. Accordingly, the following approach seems to be the correct one. Berne Union members are free to take all necessary measures to restrict possible abuses of monopoly, and this will not be in conflict with the Convention so long as this is the purpose of the measures, even if, in some instances, this means that the rights of authors are restricted. All private rights have to be exercised in accordance with the prescriptions of public law, and author's rights are no exception to this general principle. This, therefore, would not exclude the imposition of such measures as compulsory licences or price controls where this provided the most effective way of controlling the abuse in question. However, as with any exercise of power, this would have to be the genuine purpose behind the measure, and not simply the pretext for abridging rights which states are obliged to protect under the Convention."¹⁷

¹⁶ S. Ricketson, J.C. Ginsburg, Oxford 2006, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2nd edition, Volume I, p. 842.

¹⁷ Idem, p. 846-847.

De WIPO verdragen zijn door de Europese Unie geïmplementeerd in de Auteursrechtlijn en andere, bestaande richtlijnen. Deze richtlijnen beschrijven hoe en in welke situaties de nationale wetgever verbodsrechten en de uitoefening ervan kunnen beperken:

- de Auteursrechtlijn beschrijft welke beperkingen aan het auteurs- en naburig recht mogen worden gesteld en stelt als voorwaarde dat de beperking voldoet aan de driestappentoets (artikel 5 Richtlijn). Daarbuiten mogen de rechten niet worden beperkt.
- Kabel- en Satellietrichtlijn: het recht op gelijktijdige kabeldoorgifte is krachtens de Kabel- en Satellietrichtlijn onderworpen aan een exclusief recht dat contractueel moet worden uitgeoefend door een collectieve beheerorganisatie (artikel 1 en 9 Richtlijn). Komt geen overeenkomst tot stand tussen de CBO en de kabelexploitant, dan kunnen partijen een beroep doen op mediation (artikel 11 Richtlijn). De nationale wetgever kan civiel- of administratiefrechtelijke maatregelen nemen om te zorgen dat onderhandelingen te goeder trouw worden aangegaan en niet zonder geldige reden worden verhinderd of belemmerd (misbruik van machtspositie). De Lidstaten zijn vrij om activiteiten van de CBO's te reguleren (artikel 13), op voorwaarde dat dit de vrijheid van onderhandelingen onverlet laat, mits die onderhandelingen plaatsvinden binnen het kader van de algemene of specifieke mededingingsregels of de voorkoming van misbruik van monopolieposities (Rl.Ov. 34).¹⁸
- Verhuurrichtlijn: dwanglicenties met betrekking tot naburige rechten mogen alleen worden toegekend als dat verenigbaar is met de Conventie van Rome (artikel 10 lid 2).

2.4 Europees mededingingsrecht

In het Europese mededingingsrecht wordt bijzonder toezicht op ondernemingen onder voorwaarden toegestaan in specifieke situaties:

- 1) als de onderneming van overheidswege is aangewezen om een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) te verrichten en met het oog daarop wettelijke privileges, staatssteun of een exclusieve of bijzondere positie in de markt krijgt;
- 2) als de onderneming een dienst wil verrichten die is onderworpen aan een vergunning;
- 3) als de onderneming in het kader van marktliberalisering wordt aangemerkt als onderneming met aanmerkelijke marktmacht (AMM).

Dienst van Algemeen Economisch Belang

Een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB) is een kwalitatief goede dienst waarvan de overheid door middel van het verlenen van een wettelijk monopolie of exclusieve of bijzondere rechten aan de dienstverlener wil garanderen dat iedereen daar tegen een redelijke prijs toegang tot heeft. De EU lidstaten zijn binnen zekere grenzen vrij om te bepalen of een dienst als een DAEB moet worden aangemerkt. Het opleggen van bijzondere verantwoordingsplichten en bijzonder toezicht aan een DAEB is toegestaan op de volgende voorwaarden:¹⁹

- de beperkingen van de mededinging en beperkingen van de vrijheden van de interne markt mogen niet verder gaan dan wat voor een effectieve tenuitvoerlegging van de taak noodzakelijk is;

¹⁸ De bepalingen over kabeldoorgifte zijn geïmplementeerd in artikel 26a-c AW en artikel 14a-d WNR.

¹⁹ Artikel 16 Verdrag van Amsterdam. Voorts Mededeling van de Commissie, Diensten van algemeen belang in Europa. (2001/C 17/04), Pub.BI. EG 19.1.2001, C 17/8.

- de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang moet worden gegarandeerd en de met die dienst belaste ondernemingen moeten in staat worden gesteld de specifieke belasting en de extra nettokosten en de taak die hun is toegewezen, te dragen.

De Publieke Omroep is een voorbeeld: om toegang tot bepaalde programma's tegen redelijke prijs te kunnen garanderen, geeft de wet aan de Publieke Omroep een langdurige concessie voor een aantal radio- en televisiefrequenties en worden de activiteiten uit overheidsgeld gefinancierd.

Bij vrijwillig collectief beheer is geen sprake van Diensten van Algemeen Economisch Belang.²⁰ De cbo's opereren niet op basis van een wettelijk monopolie of een van overheidswege verleende exclusieve of bijzondere positie. De cbo's krijgen voorts geen staatssteun en worden ook niet op andere wijze door de wetgever of overheid gefaciliteerd. Uit het wetsvoorstel blijkt niet dat de regering hier verandering in wil brengen.

Vergunningstelsel

Op grond van de Dienstenrichtlijn is preventief toezicht in de vorm vergunningverlening aan regels gebonden en met waarborgen omkleed (artikel 9 en 10 Dienstenrichtlijn):

Artikel 9:

(...)

- a) het vergunningstelsel heeft voor de betrokken dienstverrichter geen discriminerende werking;*
- b) een vergunningstelsel is objectief gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang;*
- c) het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om daadwerkelijk doeltreffend te zijn.*

Artikel 10:

1. De vergunningstelsels moeten gebaseerd zijn op criteria die grenzen stellen aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid door de bevoegde instanties, teneinde een willekeurig of discretionair gebruik van die bevoegdheid te voorkomen.

2. De in lid 1 bedoelde criteria zijn:

- a) niet-discriminerend;*
- b) objectief gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;*
- c) evenredig met die dwingende reden van algemeen belang;*
- d) precies en ondubbelzinnig;*
- e) objectief;*
- f) vooraf bekendgemaakt.*

De regering schrijft in de toelichting dat de onderwerping van de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten aan een voorafgaande vergunning zich moeilijk verdraagt met het privaatrechtelijke karakter van (de uitoefening van) auteursrechten en naburige rechten.²¹ De Studiecommissie kan dit standpunt niet volgen. Het voorgestelde toezicht grijpt immers ook in op het privaatrechtelijke karakter en mogelijk meer dan een vergunningstelsel dat voldoet aan de door de Dienstenrichtlijn gestelde randvoor-

²⁰ Hof van Justitie 2 maart 1983, zaak 7/82, GVL/Commissie; 23.003/300/EG: Beschikking Commissie van 8 oktober 2002 (COMP/C2/38.014 — IFPI "Simulcasting").

waarden. In dit verband kan worden verwezen naar het systeem van vergunningen zoals dat in Duitsland voor cbo's functioneert, waar feitelijk iedere organisatie een vergunning kan aanvragen. De vergunning kan worden onthouden indien de statuten in strijd zijn met de wettelijke voorschriften, indien één of meer van de vertegenwoordigingsbevoegde personen niet de vereiste "Zuverlässigkeit" bezitten, of indien op grond van de inrichting en het vermogen van de cbo niet te verwachten is dat zij tot een effectieve exploitatie van de toevertrouwde auteursrechten in staat is.²²

Aanmerkelijke marktmacht

Preventief (prijs)toezicht wordt in Europees verband toegelaten om de overgang van een gereguleerde naar een geliberaliseerde markt, zoals de telecom-, energie-, post- en zorgsector, mogelijk te maken. Toegang tot deze markten kan belemmerd worden doordat er één of meerdere ondernemingen zijn met aanmerkelijke marktmacht en het reguliere mededingingsrecht ontoereikend is om het toegangsprobleem op te lossen. Bij het invoeren en uitoefenen van bijzonder toezicht dienen de nationale toezichthoudende instanties te handelen conform de Europese richtlijnen die met het oog hierop zijn vastgesteld. Dit betekent bijvoorbeeld dat de OPTA volgens daartoe door de Europese Commissie bepaalde richtlijnen en richtsnoeren onderzoek dient te doen naar de marktmacht van een onderneming alvorens deze onder bijzonder toezicht te plaatsen.

In het kader van het wetsvoorstel tot invoering van de Nationale Zorgautoriteit overwoog de Raad van State:

Mededingingsrechtelijke aangelegenheden in de zorg zullen [vanwege het ontbreken van bijzondere Europese regels] vrijwel altijd (mede) onder het algemene Europese mededingingsrecht vallen (zie in dit verband ook de artikelen 3 en 5 van verordening 1/2003). Het zorgtoezicht zal dan ook geen afbreuk mogen doen aan het Europese mededingingstoezicht. Het toezicht door de ZA zal het algemene Europese mededingingsrecht op geen enkele wijze mogen doorkruisen. Daardoor is er voor de zorgmarkt veel minder ruimte voor een preventief mededingingsbeleid dan in de telecommunicatiemarkt.²³

2.5 Conclusies

Uit het voorgaande volgt dat het niet vanzelfsprekend is dat het toezicht wordt versterkt en uitgebreid naar vrijwillig collectief beheer van auteurs- en naburige rechten door particuliere organisaties die geen publieke taakbetrokkenheid hebben. De wetgever zal moeten onderbouwen:

- hoe wordt voorkomen dat het verbodsrecht van de individuele rechthebbende niet verwordt tot een dwanglicentie;
- dat het gestelde probleem – machtsposities – daadwerkelijk bestaat voor alle cbo's vermeld in de Bijlage en voor alle door hen uitgeoefende activiteiten;
- dat de machtspositie een serieus probleem van algemeen belang vormt dat ingrijpen noodzakelijk maakt en dat met name niet via het reguliere mededingingsrecht kan worden geadresseerd;
- voor iedere voorgestelde maatregel: dat deze proportioneel is aan het doel.

²¹ TK 2008/09, 31 766, nr. 3, p. 5.

²² Artikel 3 Urheberrechtswahrungsgesetz.

De Studiecommissie meent dat de regering de uitbreiding van het toezicht naar vrijwillig collectief beheer in dit licht onvoldoende heeft onderbouwd:

1. de toelichting maakt geen melding van onderzoek dat is gedaan naar het al dan niet bestaan van een machtspositie op de markten waarop de cbo's op de lijst actief zijn;
2. de toelichting geeft niet aan wat precies '*a problem of public concern warranting measures of control*' is. Is er sprake van consumenten nood die ingrijpen op het eigendomsrecht en de vrije mededinging noodzakelijk maakt, vergelijkbaar met bijv. de woningnood in de *Mellacher a.o./Oostenrijk* zaak of het risico dat niet iedereen kwalitatief goede gezondheidszorg tegen redelijke prijzen kan krijgen? Hoeveel gebruikers zijn er en voor hoeveel en welke gebruikers kan gesteld worden dat het verkrijgen van licenties om een primaire bestaansbehoefte gaat? Hoe ernstig is de situatie?
3. er is niet onderzocht of de vooronderstelling dat tariefgeschillen veroorzaakt worden door de grote marktmacht van de cbo's (MvT p. 10), juist is.
4. er is niet onderzocht wat de voorgestelde maatregelen voor effect zullen hebben voor rechthebbenden;
5. er is niet onderzocht hoe het voorgestelde toezicht zich verhoudt tot het toezicht in andere landen en wat dit voor effect zal hebben op de concurrentiepositie van de cbo's. Daar waar de cbo concurreert met individuele rechthebbenden die niet aan toezicht zijn onderworpen en/of met buitenlandse cbo's die zijn onderworpen aan lichtere toezichtregimes, kan het wetsvoorstel het voor de concurrentie vereiste level playing field verstoren. Dit zal met name voelbaar worden in grensoverschrijdende markten en markten waar grote mediabedrijven omvangrijke rechtencollecties beheren. De concurrentie in de markt voor verlening van licenties voor muziekgebruik op internet, kabel en satelliet wordt momenteel door de Europese Commissie met maatregelen bevorderd.²⁴ De Studiecommissie vraagt zich af of de regering heeft onderzocht wat de gevolgen van het wetsvoorstel zullen zijn op deze markten: zijn de Nederlandse cbo's in staat om hun repertoire/catalogus te behouden? Zullen (grote) rechthebbenden hun rechten bij de Nederlandse cbo's onder blijven brengen, ook als deze cbo's door interventie van de geschillencommissie lage(re) tarieven moet hanteren dan buitenlandse cbo's hanteren, zullen zien dat rechthebbenden hun rechten bij een andere (buitenlandse) cbo gaan onderbrengen. Heeft de regering in dat verband rekening gehouden met het gegeven dat Nederlandse cbo's niet zo'n goede uitgangspositie in die internationale concurrentiestrijd hebben aangezien zij niet kunnen beschikken over een voor licentienemers belangrijk eigen nationaal repertoire.

De Studiecommissie is van mening dat de toelichting, ondanks het daartoe strekkende verzoek van de Raad van State, onvoldoende onderbouwt waarom de maatregelen die thans al gelden of die worden voorgesteld voor de eigen-recht-organisaties ook automatisch allemaal in gelijke mate voor vrijwillig collectief beheer moeten gaan gelden, inclusief het preventieve toezicht van artikel 3. De randvoorwaarden die de internationale verdragen stellen aan het ingrijpen op exclusieve rechten en de mededinging vereisen dat de wetgever proportionele maatregelen neemt die rekening houden met de soort cbo, de soort activiteit, de omvang van de cbo en de concurrentiesituatie waarvoor en waarin de maatregelen worden voorgesteld.²⁵

²³ TK 2004/05, 30 186, nr. 4, p. 3.

²⁴ Vgl. de Aanbeveling van de Europese Commissie van 18 oktober 2005 (2005/737/EG) betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten, en de uitspraak van de Europese Commissie van 16 juli 2008 in de zogenoemde CISAC-zaak, Commissie beschikking (2008) 3435 def. van 16 juli 2008 (COMP/C2/38.698 – CISAC).

²⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 766, nr. 4, p. 3: 'Naar het oordeel van de Raad zijn minder vergaande vormen van preventief toezicht denkbaar om het transparant en efficiënt functioneren van de CBO's te waarborgen, bijvoorbeeld het opleggen van verplichtingen aan organisaties met aanmerkelijke marktmacht (vergelijk hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet). De Raad adviseert het voorgestelde preventieve tarieven toezicht in dit licht in een breder perspectief toe te lichten.'

Hoofdstuk 3 Toezicht; artikelsgewijs commentaar

3.1 Toepassingsgebied

Artikel 1

c. collectieve beheersorganisatie: de door Onze Minister op grond van de Auteurswet of de Wet op de naburige rechten aangewezen rechtspersoon, die belast is met de inning en de verdeling van vergoedingen, alsmede de rechtspersoon die door Onze Minister is aangewezen overeenkomstig artikel 17, eerste lid.

Artikel 17

1. Het bij en krachtens deze wet bepaalde geldt ook voor de collectieve beheersorganisaties die zijn vermeld in de bijlage. De bijlage kan door Onze Minister op voordracht van het College van Toezicht worden gewijzigd bij algemene maatregel van bestuur.

2. Voor plaatsing op de bijlage komen collectieve beheersorganisaties in aanmerking waarvan de totale incasso of het totaal aan voor verdeling beschikbare vergoedingen, over twee opeenvolgende kalenderjaren, een nader bij algemene maatregel van bestuur te bepalen drempel overschrijdt.

Het toezicht is van toepassing op negentien met name genoemde Nederlandse organisaties. De regering heeft besloten de wet niet uit te strekken tot buitenlandse organisaties omdat toezicht in dat geval lastig te effectueren is en voorts omdat rekening moet worden gehouden met het in de Europese Unie geregelde vrij verkeer van diensten, de dienstenrichtlijn en – bij digitale dienstverlening – de Richtlijn elektronische handel (MvT p. 6).

De Studiecommissie vraagt zich af of de regering, daar waar zij stelt rekening te houden met het vrij verkeer van diensten en de dienstenrichtlijn, rekening heeft gehouden met de nadelige effecten die het voorgestelde toezichtregime kan hebben op de concurrentiepositie van de Nederlandse cbo's, met name daar waar deze organisaties concurreren met buitenlandse cbo's en/of met binnen- en buitenlandse individuele rechthebbenden (zie ook par. 1.4, 2.5).

De Bijlage vermeldt een aantal organisaties die niet voldoen aan de definitie van artikel 1. De Stichting Groepstelevisie en de Stichting Gesloten Netwerken oefenen namens rechthebbenden toezicht uit of de incasso en verdeling van vergoedingen door Videma, maar incasseren en verdelen zelf geen vergoedingen.

De Bijlage vermeldt dat er ten opzichte van het voorontwerp een aantal organisaties zijn toegevoegd die wettelijke vergoedingsrechten verdelen, zoals Stichting Thuiskopievergoeding Audio Producenten en de Stichting Platform Multimediaproducten (MvT p. 30). De Studiecommissie vraagt zich in dit verband af waarom de NOS als verdeelorganisatie voor leenrecht- en thuiskopiegelden niet in de Bijlage vermeld wordt.

3.2 Informatie- en verantwoordingsplichten (artikel 2)

Algemeen

De Memorie van Toelichting vermeldt dat het toezicht niet treedt in de concrete bedrijfsvoering van collectieve beheersorganisaties en het onderscheid tussen verbodsrechten en vergoedingsrechten onverlet laat (MvT. p. 13). De Studiecommissie constateert evenwel dat de informatie- en verantwoordingsplichten aanzienlijk worden verzaamd en zonder onderscheid worden opgelegd aan de cbo's die wettelijke vergoedingsrechten uitoefenen en de cbo's die verbodsrechten uitoefenen op basis van vrijwillige afspraken met rechthebbenden.

De vraag is in hoeverre het noodzakelijk en proportioneel is om de publicatie- en verantwoordingsplichten (artikel 2) en het preventieve toezicht (artikel 3) op gelijke wijze aan deze vrijwillige cbo's op te leggen. Heeft de regering in dit verband gekeken naar de generieke mogelijkheden voor externe controle op rechtspersonen? Verwezen kan worden naar de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om te controleren of de wet en de statuten van een stichting worden nageleefd en of het bestuur naar behoren wordt gevoerd (artikel 2:292 BW), alsmede naar de bevoegdheid van de rechter om op verzoek van het Openbaar Ministerie of van enige belanghebbende bestuurders te ontslaan (artikel 2:298 BW).

Evenals het WODC-rapport van 31 oktober 2007²⁶ is de Studiecommissie van mening dat de norm voor de publicatie- en verantwoordingsplichten nader dient te worden ingevuld voor en te worden gedifferentieerd naar de afzonderlijke cbo's (vgl. Hoofdstuk 1). Een gedifferentieerd beleid kan zo nodig nader handen en voeten worden gegeven door middel van een AMvB, wat op grond van artikel 2 lid 3 mogelijk is. Bij de differentiatie kan rekening worden gehouden met de mate van zelfregulering, hetgeen aansluit bij het kabinetsbeleid (Memorie van Toelichting p. 24).

Artikel 2 lid 2: inzicht in algemene en financiële beleid

Artikel 2

2. Het College van Toezicht ziet er op toe dat een collectieve beheersorganisatie: a. aan rechthebbenden en betalingsplichtigen inzicht verschaft in haar algemene en financiële beleid, in ieder geval door: (...)

Artikel 2 geeft een niet-limitatieve opsomming van openbaarmakingsplichten. Dit betekent dat de inzage die de cbo moet geven verder kan gaan dan de in het artikel gespecificeerde openbaarmakingsverplichtingen. Wat is de juridische grondslag en rechtvaardiging om aan de gebruikers c.q. betalingsplichtigen een onbeperkt inzagerecht te verlenen in het algemene en financiële beleid van vrijwillige cbo's? Welk belang wordt daarmee gediend en wat zijn de consequenties?

De Memorie van Toelichting vermeldt dat het College zich bij het toezicht terughoudend opstelt ten aanzien van de bedrijfsvoering van beheersorganisaties, maar de mogelijkheid dient te hebben om in

²⁶ P.B. Hugenoltz, D.J.G. Visser en A.W. Hins, Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer, WODC 2007. Voorts P.B. Hugenoltz, D.J.G. Visser en A.W. Hins, Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer, AMI 2008, p. 47.

uitzonderingsgevallen in te grijpen, bijvoorbeeld bij onevenredig hoge beheerskosten, het aangaan van onzakelijke transacties, onevenredige vertragingen bij de verdeling van gelden of excessieve fondsvorming (MvT p. 18).

Mede in het licht van deze overweging vraagt de Studiecommissie zich af of, als al moet worden aangenomen dat het inzagerecht zich zou moeten uitstrekken tot vrijwillige cbo's, dit inzagerecht niet zou moeten zijn voorbehouden aan het College van Toezicht.

Artikel 2 lid 2 sub a, onderdeel (i): openbaar maken jaarstukken

2. Het College van Toezicht ziet er op toe dat een collectieve beheersorganisatie: a. aan rechthebbers en betalingsplichtigen inzicht verschaft in haar algemene en financiële beleid, in ieder geval door: (i) het jaarlijks opstellen en openbaar maken van een jaarverslag en een jaarrekening overeenkomstig Titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;

Deze bepaling legt de verplichting tot het opstellen en publiceren van een jaarrekening op ongeacht de aard en omzet van de cbo.

Volgens het generieke regime van Boek 2 titel 9 geldt de verplichting tot het opstellen en publiceren van een jaarrekening bij verenigingen en stichtingen slechts als zij één of meer ondernemingen drijven die in het handelsregister moeten worden ingeschreven en waarvan de netto-omzet van deze ondernemingen gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren, de helft of meer bedraagt van het in artikel 2:396 lid 1, onder b, bedoelde bedrag (8,8 miljoen euro). Veel cbo's zullen hier niet aan voldoen en vallen dus niet onder de directe werking van titel 9 van boek 2 BW. Onduidelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is of er daadwerkelijk noodzaak en gronden bestaan, en zo ja welke, om dergelijke cbo's niettemin een verzwaarde openbaarmakingsplicht op te leggen. De Studiecommissie adviseert de bovengenoemde differentiatie naar verschillende typen cbo's hier eveneens toe te passen, in die zin dat voor nader te bepalen cbo's een minder vergaand regime van transparantieplichtingen zal gelden.

Gelden voor de cbo's dezelfde uitzonderingen op de verplichtingen tot het opstellen en publiceren van jaarrekening en jaarverslag als in boek 2 titel 9 BW?

Artikel 2 lid 2 sub a, onderdeel (ii): nevenfuncties en bezoldiging

2. Het College van Toezicht ziet er op toe dat een collectieve beheersorganisatie: a. aan rechthebbers en betalingsplichtigen inzicht verschaft in haar algemene en financiële beleid, in ieder geval door: (ii) openbaarmaking van de nevenfuncties en, overeenkomstig artikel 383c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, opgave van de bezoldiging van bestuurders, leden van de raad van toezicht en degenen die met de dagelijkse leiding van een collectieve beheersorganisatie zijn belast;

Artikel 8 lid 2 EVRM bepaalt dat inmenging door het openbaar gezag in de uitoefening van het recht op privacy slechts is toegestaan, indien dit noodzakelijk is in verband met de nationale/openbare veiligheid of het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

De Memorie van Toelichting vermeldt onder verwijzing naar de *Österreichischer Rundfunk* arresten²⁷ dat de algemene en publieke belangen zwaarder wegen dan eventuele privacyaspecten die geschonden worden door openbaarmaking van nevenfuncties en opgave van bezoldiging van bestuurders (MvT p. 19). De Studiecommissie meent dat een vergelijking met deze arresten niet op gaat, nu het in de betreffende zaken ging om met overheids gelden gefinancierde organisaties. Hiervan is bij collectief beheer geen sprake. Bovendien wordt niet nader onderbouwd waarom de vermeende algemene en publieke belangen zwaarder wegen dan het privacybelang. Dat op geanonimiseerde wijze aan de betreffende transparantieplichting kan worden voldaan, zoals de toelichting stelt (MvT p. 19), doet niet af aan de betrokken privacyrisico's. De bestuurders van de cbo's zijn immers makkelijk herleidbaar.

De verplichting om de bezoldiging van de bestuursleden te publiceren als bedoeld in artikel 2:383c BW geldt niet als de onderneming op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, heeft voldaan aan twee of drie van de volgende vereisten: a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en verwaardigingsprijs, niet meer dan € 4 400 000; b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 8 800 000; c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 50 (artikel 2:396 lid 7 jo. lid 1 BW). Geldt deze uitzondering ook voor cbo's?

De Studiecommissie beveelt aan om, voorzover opgave van de bezoldiging van bestuurders van cbo's al gerechtvaardigd zou zijn, een drempel te hanteren.

Ook valt te denken aan beperking van de verplichting tot het doen van opgave aan het College van Toezicht. Het verstrekken van inzage aan gebruikers lijkt niet proportioneel in relatie tot het door de regering beoogde doel, t.w. 'het toezicht op de omvang en samenstelling van de beheerskosten door het College van Toezicht te vergemakkelijken, om excessen in de sfeer van de bezoldiging ten nadele van betalingsplichtigen of rechthebbenden te voorkomen en om aldus een doeltreffend gebruik van de voor rechthebbenden van gebruikers geïnde gelden te bevorderen.' (MvT p. 19).

De Memorie van Toelichting vermeldt dat de bezoldiging in de regel wordt verdisconteerd in de beheerskosten van een organisatie en daarmee wordt opgebracht door betalingsplichtigen, rechthebbenden dan wel beide en dat daarmee het belang van derden is gegeven om van de specifieke omvang van die bezoldigingen kennis te kunnen nemen (p. 19). De beheerskosten worden echter in mindering gebracht op de licentievergoeding en komen derhalve ten laste van de rechthebbenden, maar niet van gebruikers.

Artikel 2 lid 2 sub a, onderdeel (iii): openbaarmaking statuten, beheerskosten, enzovoort

Het College van Toezicht ziet er op toe dat een collectieve beheersorganisatie: a. aan rechthebbenden en betalingsplichtigen inzicht verschaft in haar algemene en financiële beleid, in ieder geval door: (iii) openbaarmaking van de statuten, de geschillenregeling, het repartitiereglement, de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen, de beheerskosten, de mate van representativiteit en de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden;

²⁷ HvJ EG 20 mei 2003, in de gevoegde zaken van C-465/00 C-138/01 en C-139/01 en C-138/01 en C-139/01, JB 2004/112 (Österreichischer Rundfunk).

Dit artikel vereist dat de cbo aan gebruikers en rechthebbenden vergaand inzage geeft in de organisatie en het beleid. De Studiecommissie vraagt zich af of hiervoor een rechtvaardiging bestaat. Ook hier is een differentiatie naar cbo's gewenst.

Tarieven, licentievoorwaarden, kortingsregelingen en beheerskosten zijn gegevens die concurrentiegevoelig kunnen zijn. Daar waar cbo's concurreren met andere entiteiten (bijvoorbeeld buitenlandse cbo's, (grote) individuele rechthebbenden), kan de verplichting tot inzage in deze gegevens het voor de concurrentie vereiste level playing field verstoren.

Artikel 2 lid 2 sub d: rekening houden met belangen van betalingsplichtigen

2. Het College van Toezicht ziet er op toe dat een collectieve beheersorganisatie: d. bij de uitoefening van de werkzaamheden voldoende rekening houdt met de belangen van de betalingsplichtigen

De vrijwillige cbo's zullen in het kader van hun doelstelling en contractuele verplichting tot uitoefening van de rechten van individuele rechthebbenden in de eerste plaats de positie van de rechthebbende(n) willen veiligstellen. Dit gerechtvaardigde belang strijdt met het belang van de gebruiker die in beginsel zo min mogelijk zal willen betalen. Het verdient in dit verband aanbeveling om in de wettekst tot uitdrukking te brengen dat de cbo *met inachtneming van diens doelstelling en contractuele verplichtingen* voldoende rekening houdt met de belangen van de rechthebbenden en gebruikers/betalingsplichtigen.

Artikel 2 lid 2 sub h: beperking van beheerskosten

2. Het College van Toezicht ziet er op toe dat een collectieve beheersorganisatie: h. streeft naar beperking van de beheerskosten voor de inning, het beheer en de verdeling van gelden tot een nader bij algemene maatregel van bestuur te bepalen drempel van het in een bepaald kalenderjaar geïnde bedrag aan vergoedingen, bij overschrijding waarvan in het jaarverslag en ten genoegen van het College met redenen omkleed wordt aangegeven waaraan deze overschrijding te wijten is.

Blijkens de Memorie van Toelichting wordt gedacht aan een indicatieve normering van de beheerskosten op - in eerste instantie - 12,5 - 15% van de bruto incasso of van het voor verdeling beschikbare bedrag in een bepaald kalenderjaar (MVT p. 21). Bij overschrijding van de drempel wordt een beheersorganisatie verplicht om in het jaarverslag gemotiveerd aan te geven waardoor deze overschrijding gerechtvaardigd wordt.

De exploitatievormen en de marktomstandigheden waarbinnen de verschillende cbo's opereren, zijn zeer uiteenlopend. De bruto incasso of te verdelen omzet van de ene cbo kan tien keer zo groot zijn als die van andere organisaties, terwijl ook de exploitatiekosten (zowel in relatieve als absolute zin) per cbo aanzienlijk kunnen verschillen. Er bestaan voorts verschillen in de aard van de werkzaamheden en betrokken kostenstructuren van de cbo's. Zo houden bepaalde organisaties zich bezig met zowel (kostenintensieve) incasso als met de verdeling van geïncasseerde gelden, terwijl andere organisaties zich uitsluitend richten op de verdeling onder rechthebbenden van door derde organisaties geïncasseerde gelden. Mede in het licht van deze verschillen is het de vraag of de kostendrempel een goede indicatie is voor de mate waarin een cbo al dan niet efficiënt opereert. Het is goed mogelijk dat cbo's waarvan de beheerskosten onder de normdrempel liggen in werkelijkheid inefficiënt opereren, terwijl voor cbo's die boven de drempel 'scoren' (bijvoorbeeld als gevolg van de bewerkelijkheid van

de betrokken exploitatievorm of de omvang van de betreffende markt) het tegenovergestelde kan gelden.

De Memorie van Toelichting stelt dat aan dit bezwaar tegemoet wordt gekomen door de voorgestelde 'explain'-regel. Dit neemt echter niet de ongewenste situatie weg dat bepaalde (kleinere) cbo's mogelijk steeds boven de drempel uitkomen en derhalve altijd hun kosten zullen moeten uitleggen. Het is in dit verband niet duidelijk hoe de cbo een overschrijding van de kostendrempel dient te motiveren. Ook is niet duidelijk of, en in welk gevallen er een sanctie staat op een motiveringsgebrek. De Memorie van Toelichting stelt dat het College van Toezicht zonnodig kan 'ingrijpen' bij 'structureel excessieve' beheerskosten, maar vermeldt niet hoe (MvT p. 20).

Controle op de beheerskosten is primair in het belang van rechthebbenden. Anders dan de regering lijkt aan te nemen (MvT p. 20), worden de beheerskosten niet aan gebruikers doorberekend door middel van een opslag op de licentievergoeding, maar worden zij in de vorm van een vooraf vastgesteld percentage ingehouden op het voor verdeling aan rechthebbenden beschikbare bedrag. Uitgangspunt voor de beoordeling van dit percentage zouden de werkelijke beheerskosten moeten zijn, zonder deze te spiegelen aan een gefixeerde norm. Dit geldt temeer nu het onduidelijk is welke criteria zullen worden gehanteerd ter nadere bepaling van de hoogte van de kostendrempel en waarop het voorlopig genoemde percentage van 12,5-15% is gebaseerd.

3.3 Goedkeuring besluiten door College van Toezicht (artikel 3)

Algemeen

Het voorgestelde artikel 3 beoogt cbo's (zonder uitzondering civielrechtelijke rechtspersonen, artikel 2:3 BW) tijdens hun functioneren op kernelementen (wijziging van de statuten, ontbinding, vaststelling van reglementen, modelovereenkomsten en tarieven) te onderwerpen aan preventief toezicht door een bestuursorgaan, te weten het College van Toezicht. In civielrechtelijke termen zou dit kunnen worden gekwalificeerd als een vorm van onderbewindstelling.

De Memorie van Toelichting vermeldt dat het toezicht niet treedt in de concrete bedrijfsvoering van collectieve beheersorganisaties, dat het toezicht het onderscheid tussen verbodsrechten en vergoedingsrechten onverlet laat en dat het derhalve in lijn is met de op Nederland rustende internationale verplichtingen, zoals de Berner Conventie, de WIPO verdragen van 20 december 1996, de artikelen 4, 5 en 15 van het Internationale Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten alsmede artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (MvT p. 13).

De Toelichting maakt evenwel onvoldoende duidelijk hoe het preventieve toezicht op alle cbo's vermeld in de Bijlage en al hun activiteiten past in de randvoorwaarden die voormelde verdragen stellen aan de bevoegdheid van nationale wetgevers om de uitoefening van auteurs- en naburige rechten te beperken (zie Hoofdstuk 2).

Het wetsvoorstel en de Toelichting vermelden niet op welke gronden het College instemming kan onthouden. Er is derhalve geen zekerheid dat het preventieve toezicht, zoals de Toelichting stelt, niet zal treden in de concrete bedrijfsvoering van de cbo en de voorwaarden waaronder rechthebbenden hun rechten kunnen uitoefenen. Rechthebbenden sluiten zich aan bij een cbo met de wens dat deze hun belangen zo goed mogelijk behartigt. Daarbij heeft de rechthebbende vaak invloed op de besluitvor-

ming, bijvoorbeeld door middel van goedkeuring van besluiten door de algemene ledenvergadering. Ook kan de invloed indirect geregeld zijn via een extern toezichthoudend orgaan waarin rechthebbenden zijn vertegenwoordigd.²⁸ De Studiecommissie is van mening dat, voorzover al preventief toezicht wordt uitgeoefend op vrijwillig collectief beheer, dit terughoudend dient plaats te vinden met inachtneming van de mate waarin de cbo voorziet in besluitvorming en/of toezicht door de rechthebbenden wiens belangen de cbo behartigt.

Heeft de regering onderzocht hoe het preventieve toezicht op vrijwillig collectief beheer door rechthebbenden zal worden ervaren? De Studiecommissie acht het niet ondenkbaar dat het preventieve toezicht voor rechthebbenden reden oplevert om hun mandaat in te trekken, met name grote rechthebbenden voor wie individueel beheer een alternatief vormt en rechthebbenden die zich kunnen aansluiten bij buitenlandse cbo's of agentschappen voor wie het preventieve toezicht niet geldt.

Heeft de regering afgewogen of er minder vergaande vormen van toezicht zijn? Verwezen kan worden naar het preventieve toezicht op financiële instellingen. Financiële instellingen hebben voor de uitoefening van hun bedrijf een vergunning nodig van De Nederlandsche Bank (DNB) (artikel 2:11). Deze kan geweigerd worden indien niet voldaan is aan de bij de wet gestelde eisen met betrekking tot deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit van de bestuurders, met betrekking tot de structurering en inrichting van de onderneming en met betrekking tot de liquiditeit en solvabiliteit van de onderneming (artikel 2:12). De bank of verzekeraar die tot ontbinding besluit, dient overleg te plegen met DNB alvorens daaraan uitvoering te geven (artikel 3:30). Voor een deelneming met 10% of meer in andere financiële onderneming is een verklaring van geen bezwaar van DNB vereist (artikel 3:95 e.v.). De wet definieert de situaties waarin de verklaring kan worden geweigerd (artikel 3:100 e.v.).

Artikel 3 lid 1: goedkeuring statuten, reglementen, modelovereenkomsten

1. De volgende besluiten van een collectieve beheersorganisatie behoeven de voorafgaande schriftelijke instemming van het College van Toezicht:

- a. een besluit tot wijziging van de statuten of tot ontbinding van de collectieve beheersorganisatie;*
- b. een besluit tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten betreffende de uitoefening en handhaving van auteursrechten of naburige rechten;*

(..)

Met 'besluiten tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten' gaat het aldus de Memorie van Toelichting om repartitiereglementen, overeenkomsten waarbij verdeelorganisaties worden aangewezen en standaardlicentieovereenkomsten of koepelcontracten met gebruikers (MvT p. 22).

De goedkeuringsplicht grijpt anders dan de regering meent wel degelijk in op de concrete bedrijfsvoering van cbo's. De bedrijfsvoering van cbo's die exclusieve rechten uitoefenen bestaat met name in het licenseren van gebruikers op basis van modelovereenkomsten en koepelcontracten. Deze modelovereenkomsten en koepelcontracten bevatten licentievoorwaarden, met inbegrip van de vergoeding. Licentievoorwaarden en tarieven zijn hiermee dus onderworpen aan goedkeuring door het College, zowel voorwaarden en tarieven die zijn vastgesteld door de cbo als onderhandelde voorwaarden en tarieven. Hoe verhoudt zich dit met de opmerking in de Toelichting dat het preventieve toezicht op tarieven zich beperkt tot door de cbo bepaalde tariefstijgingen (MvT p. 23, 24) en de opmerking dat de

²⁸ Het repartitiereglement van Videma wordt vastgesteld door de toezichthouders STG en SGN, waarvan het bestuur bestaat uit een vertegenwoordiging van rechthebbenden.

introductie van een toezichthouder die tarieven kan vaststellen het risico in zich bergt om de zelfregulering, en daarmee bijvoorbeeld de totstandkoming van branche- of koepelafspraken, te frustreren (MvT p. 24)?

Artikel 3 lid 4: goedkeuring tariefsverhogingen

Dit artikel wordt in Hoofdstuk 4 besproken.

3.4 Mededingingstoezicht NMa (artikel 4)

Artikel 4

Het College van Toezicht houdt geen toezicht op collectieve beheersorganisaties voor zover toezicht op grond van de Mededingingswet wordt uitgeoefend door de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Met de uitbreiding van het toezicht lijkt er op diverse punten een overlap te ontstaan tussen het werkterrein van het College van Toezicht en dat van de NMa. Op diverse terreinen waar de NMa correctief toezicht uitoefent, gaat het College van Toezicht preventief toezicht uitoefenen: toetsing van licentievoorwaarden, voorwaarden voor aansluitovereenkomsten en tariefstijgingen (zie ook Hoofdstuk 4). Dit strookt niet met de tekst van artikel 4 van de Wet. De regering ziet hier geen probleem omdat het mededingingsrechtelijke kader een andere is dan dat van het College van Toezicht. Besluiten van het College mogen niet prejudiciëren op dat van het College (MvT p. 23). Beide instanties kunnen daarnaast ter vermindering van onduidelijkheid over hun taken en bevoegdheden werkafspraken maken over de afbakening van taken, zonodig samen optreden in specifieke situaties en elkaar tijdig informeren over zaken die overlappen met of raken aan het taakgebied van de ander (MvT p. 24).

De Studiecommissie meent dat het toezicht door het College wel effect kan hebben op het toezicht door de NMa. Dit zal niet zozeer het geval zijn als het College tarieven en andere licentievoorwaarden goedkeurt: gebruikers kunnen dan nog steeds klachten indienen bij de NMa. Het effect zal zich vooral laten zien als het College licentievoorwaarden of tarieven afkeurt. Een afkeuring zal het toezicht van de NMa feitelijk terzijde kunnen stellen: gebruikers zullen waarschijnlijk geen klacht indienen over tarieven of andere licentievoorwaarden die het College heeft afgekeurd, terwijl de cbo geen middel heeft om een uitspraak van de NMa te verkrijgen over de toelaatbaarheid van de door het College afgekeurde tarieven of andere licentievoorwaarden. Maar zelfs als de NMa wel bereid zou zijn om zich op verzoek van de cbo uit te spreken, dan nog is het de vraag wat zo een uitspraak zou betekenen: mag de cbo een door de NMa gesanctioneerd tarief of andere licentievoorwaarde blijven toepassen ook als het College het heeft afgekeurd?

Als methode van afbakening van taken tussen beide toezichthouders zou kunnen worden gekeken naar het toezicht op financiële instellingen. Het toezicht op de financiële sector is verdeeld in twee vormen van toezicht:

- (i) prudentieel toezicht door de Nederlandse Bank op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector (artikel 1:24), en
- (ii) gedragstoezicht door de Autoriteit Financiële Markten (artikel 1:25), gericht op ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten (AFM).

Afbakening volgens dit onderscheid zou ertoe kunnen leiden dat het toezicht op de cbo's ten aanzien van het voeren van een doelmatig financieel beleid (artikel 2 lid 2 sub g) door het College van Toezicht wordt uitgeoefend en dat het toezicht op tarieven, modelovereenkomsten en koepelovereenkomsten etc. bij de NMa blijft.

3.5 Meldingsplicht investeringen, fusies, oprichting privaatrechtelijke rechtspersoon (artikel 5 lid 1)

5.1 Een collectieve beheersorganisatie is gehouden het College van Toezicht vooraf schriftelijk te informeren over te nemen besluiten die van wezenlijke invloed zijn op de uitoefening door de collectieve beheersorganisatie van haar taken of het verlenen van bemiddeling als bedoeld in artikel 30a van de Auteurswet 1912, waaronder:

- a. investeringen die een door het College van Toezicht bij reglement vast te stellen bedrag te boven gaan;*
- b. het oprichten of mede-oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon of het deelnemen in een vennootschap.*

Het is op basis van de tekst en toelichting niet duidelijk welke bevoegdheden het College van Toezicht heeft ten aanzien van de verschaft informatie. De Memorie van Toelichting lijkt erop te duiden dat het om een instemmingsplicht gaat. De Toelichting geeft aan dat voor sommige handelingen de cbo's voorafgaande schriftelijke instemming van het college behoeven en dat hetzelfde geldt voor de besluiten als bedoeld in dit artikel: *“Hetzelfde geldt voor de verplichte notificatie aan het College van Toezicht van besluiten die van wezenlijke invloed kunnen zijn op de uitoefening van de taken van een collectieve beheersorganisatie, zoals bepaalde investeringsbeslissingen of het (mede)-oprichten van een rechtspersoon of de deelname in een vennootschap (het huidige artikel 5 van de Wet toezicht). In al deze gevallen gaat het om de verstrekking van informatie die nodig is voor het College van Toezicht om adequaat toezicht uit te kunnen oefenen”*.

Indien de wetgever een instemmingsplicht voor ogen staat, had het voor de hand gelegen niet te spreken over een informatieplicht, maar over een instemmingsrecht van het College van Toezicht zoals bij het voorgestelde (nieuwe) artikel 3 van de wet. Overigens gelden hier dezelfde kanttekeningen als hiervoor gemaakt ten aanzien van het preventieve toezicht van artikel 3 (par. 3.2).

3.6 Bijwonen vergaderingen en audit (artikel 5 lid 2 en 4)

5.2 De leden van het College van Toezicht hebben toegang tot de kantoren van een collectieve beheersorganisatie en kunnen de algemene ledenvergadering, de vergadering van aangeslotenen en de vergaderingen van het bestuur van de collectieve beheersorganisatie bijwonen. De leden van het College hebben inzage in boeken en bescheiden en andere informatiedragers van een collectieve beheersorganisatie een en ander voor zover kennisneming daarvan noodzakelijk is voor de uitoefening van het toezicht.

5.4 Het College van Toezicht kan, indien het daartoe gronden aanwezig acht, de boekhouding van een collectieve beheersorganisatie laten onderzoeken door een accountant als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De kosten van dit onderzoek komen voor rekening van de collectieve beheersorganisatie.

Dit artikel zal ook van toepassing zijn op de vrijwillige beheersorganisaties, aangezien het woord “wettelijke” wordt geschrapt. De Studiecommissie verwijst in dit verband naar haar eerdere algemene opmerkingen met betrekking tot het ontbreken van vastomlijnde objectieve criteria voor het plaatsen van een vrijwillige beheersorganisatie onder toezicht.

3.7 Derden (artikel 5 lid 3 en 16)

Artikel 5

3. Indien een collectieve beheersorganisatie samenwerkt met of werkzaamheden laat verrichten door een derde, verband houdende met de inning en de verdeling van vergoedingen op grond van de Auteurswet 1912 en de Wet op de naburige rechten, blijft zij verantwoordelijk voor de uitoefening van deze taken. Zij draagt in dat geval zorg voor de beschikbaarheid voor het College van Toezicht van de financiële gegevens die relevant kunnen zijn voor de taakuitoefening van het College.

Artikel 16

1. Indien een collectieve beheersorganisatie samenwerkt met of werkzaamheden laat verrichten door een in Nederland gevestigde derde, verband houdende met de inning of de verdeling van vergoedingen op grond van de Auteurswet of de Wet op de naburige rechten, is deze derde, onverminderd het bepaalde in artikel 5, derde lid, gehouden het College van Toezicht op zijn verzoek onverwijld alle inlichtingen te verschaffen die het college nodig acht voor zijn taakuitoefening.

2. Artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht alsmede de artikelen 6, 18 en 19 zijn van overeenkomstige toepassing.

In de Huidige Wet wordt in artikel 5 lid 3 bepaald dat de cbo verantwoordelijk is voor de samenwerkende derde en dan met name ten aanzien van de informatieverstrekking met betrekking tot financiële gegevens aan het College van Toezicht. Het voorgestelde artikel 16 geeft het College van Toezicht tevens de bevoegdheid zich rechtstreeks tot samenwerkende derden te richten voor informatie. Als de derde de informatie niet verstrekt, kan het College een bindende aanwijzing geven (artikel 16 lid 2 jo artikel 6 wetsvoorstel) en, als daar niet aan wordt voldaan, een boete of een last onder dwangsom (artikel 16 lid 2 jo artikel 18 en 19 wetsvoorstel).

Blijkens de Memorie van Toelichting wordt met het begrip derden bedoeld op partijen aan wie de repartitie of verdeling van gelden primair wordt uitbesteed (MvT p. 38). De informatieplicht is beperkt tot in Nederland gevestigde derden (artikel 16). Buitenlandse samenwerkende organisaties zijn niet aan het toezicht onderworpen in afwachting van Europese regelgeving (MvT p. 8). Evenwel wordt de mogelijkheid gesuggereerd dat het College van Toezicht indirect toezicht uitoefent op buitenlandse organisaties door middel van het opleggen aan cbo's van voorwaarden voor samenwerkingsverbanden en getrapte informatievoorziening door de Nederlandse cbo.

“In grensoverschrijdende situaties zal het College van Toezicht, bij gebreke aan Europese harmonisatie, aangewezen blijven op ‘getrapte informatievoorziening’ via de eindverantwoordelijke collectieve beheersorganisatie”.

Cbo's maken veelal deel uit van een (inter)nationaal samenwerkingsverband van agentschappen, zusterorganisaties en brancheorganisaties, die op hun beurt een groep rechthebbenden vertegenwoordigen. Via een stelsel van mandaatverlening worden de rechten van de betreffende groep rechthebbenden door de cbo's beheerd, al dan niet op basis van wederkerigheid. De directe en getrapte informatievoorziening voorzien in het wetsvoorstel zal zich tot deze samenwerkingsverbanden kunnen uitstrekken. Heeft de regering de gevolgen hiervan overwogen? De te verschaffen informatie met betrekking tot een samenwerkende derde kan betrekking hebben op strategische informatie ten aanzien van het beleid van de derde. In de huidige tendens in Europa waarbij onderlinge concurrentie tussen de cbo's wordt beoogd, kan dit tot gevolg hebben dat de derde de samenwerking opzegt en de verlening van licenties aan Nederlandse gebruikers namens de door hem vertegenwoordigde rechthebbenden zelf ter hand neemt of onderbrengt bij een buitenlandse cbo.

3.8 Sancties (artikel 18)

Artikel 18

1. Het College van Toezicht kan een collectieve beheersorganisatie aan wie de overtreding kan worden toegerekend een bestuurlijke boete opleggen:

a. bij niet-naleving van een aanwijzing als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van ten hoogste € 225 000 per overtreding, of, indien dat meer is, 5% van het totaal van de door een collectieve beheersorganisatie in het aan de beschikking voorafgaande boekjaar geïnde of voor verdeling beschikbare vergoedingen;

b. bij overtreding van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, van ten hoogste € 35 000 per overtreding, of, indien dat meer is, 1% van het totaal van de door een collectieve beheersorganisatie in het aan de beschikking voorafgaande boekjaar geïnde of voor verdeling beschikbare vergoedingen.

2. Het College van Toezicht legt geen boete op indien de collectieve beheersorganisatie aan wie de overtreding kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat haar van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

3. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het College van Toezicht rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Bij een overtreding als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete drie jaren na de dag waarop de overtreding is begaan. Bij een overtreding als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete een jaar na de dag waarop de overtreding is begaan.

4. Het College van Toezicht draagt de opbrengst van de bestuurlijke boeten af aan Onze Minister. De afgedragen opbrengst dient ter aanwending voor door Onze Minister te bepalen doeleinden van auteursrechtbeleid in brede zin.

Artikel 19

- 1. Het College van Toezicht kan een last onder dwangsom opleggen wegens niet-naleving van een aanwijzing als bedoeld in artikel 6, tweede lid, of overtreding van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.*
- 2. Aan een last kunnen voorschriften worden verbonden betreffende de in artikel 2, tweede lid, aan een collectieve beheersorganisaties gestelde eisen.*
- 3. Een last geldt voor een door het College van Toezicht te bepalen termijn van ten hoogste twee jaren.*
- 4. Een boete, als bedoeld in artikel 18, en een last onder dwangsom kunnen samen worden opgelegd.*

In artikel 18 krijgt het College van Toezicht de bevoegdheid om een bestuurlijke boete aan een cbo op te leggen in geval van niet naleving van een bindende aanwijzing (artikel 6 lid 2 wetsvoorstel) en indien een cbo onvoldoende medewerking verleent (artikel 5:20 Awb).

Daar de cbo's meestal geen of een beperkt eigen vermogen hebben, zal de opgelegde boete ten laste van de beheerskosten komen. Gezien de maximumbedragen (€ 225.000 of 5% van incasso als dat meer is) kan dit leiden tot overschrijding van het in of krachtens het repartitiereglement vastgelegde inhoudingspercentage. De cbo zal in dat geval de boete niet uit eigen middelen kunnen voldoen. Het bestuur van de cbo staat in dat geval voor de onmogelijke keuze:

- hetzij het repartitiereglement na te leven en de boete niet te voldoen, in welk geval zij haar voortbestaan en daarmee de exploitatie in gevaar brengt;
- hetzij in afwijking van het repartitiereglement een hoger percentage op de vergoeding aan de rechthebbenden in te houden.

In beide gevallen wordt de exploitatie benadeeld en daarmee de rechthebbenden. Als de boete wordt opgelegd wegens het niet opvolgen van een aanwijzing die beoogde om de belangen van rechthebbenden te beschermen tegen bepaald handelen of nalaten van de cbo, worden de rechthebbenden door de boete nog eens extra benadeeld.

Als een aanwijzing niet in het belang van rechthebbenden is of strijdig met de contractuele verplichtingen jegens de rechthebbenden of derden (bijv. zusterorganisatie) dient de cbo af te wegen of zij de aanwijzing naast zich neerlegt met het risico van boetes en de daarmee gepaard gaande negatieve gevolgen voor de repartitie aan rechthebbenden, danwel om de aanwijzing op te volgen met het risico dat rechthebbenden of de derde de contractuele relatie beëindigen. Dit laatste risico zal zich met name kunnen voordoen in die situaties waarin de rechthebbende of de derde een uitwijkmogelijkheid heeft, bijv. door de licentieverlening zelf te gaan doen of op te dragen aan een andere (buitenlandse) cbo.

Het opleggen van een boete kan in verband met voormelde consequenties voor rechthebbenden disproportioneel zijn. Heeft de regering deze consequenties meegewogen in haar keuze om voor een boetestelsel te kiezen? Heeft de regering andere maatregelen overwogen die de rechthebbenden niet individueel benadelen, zoals bijv.:

- een openbare waarschuwing. Vergelijk de bevoegdheid van toezichthouder om een openbare waarschuwing te geven wegens overtreding door een financiële instelling van de Wet op het Financieel Toezicht (artikel 1:94);
- ontslag bestuurders. Verwezen kan worden naar de bevoegdheid van de rechter om op verzoek van het Openbaar Ministerie of van enige belanghebbende bestuurders van een stichting te ontslaan (artikel 2:298 BW).

De Studiecommissie meent dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete in het licht van de consequenties voor rechthebbenden terughoudend zal moeten worden uitgeoefend. Een boete zal voorts alleen mogen worden opgelegd bij overtreding van een norm die voldoende duidelijk en specifiek is en voorts zodanig dat de cbo voldoende gelegenheid heeft om haar organisatie, contractuele relaties met rechthebbenden, gebruikers en samenwerkende derden op de norm af te stemmen. De norm van artikel 2 lid 2 (“... inzicht verschaft in haar algemene en financiële beleid, in ieder geval door...”) is in dit verband niet voldoende specifiek geformuleerd (zie ook par. 3.2). Nadere invulling van deze norm zal naar mening van de Studiecommissie dienen plaats te vinden bij wet of AMvB en niet, zoals de Memorie van Toelichting lijkt te suggereren, door middel van door het College van Toezicht te formuleren beleidslijnen over de toepassing van de sanctiebevoegdheden (MvT p. 31).

Voor het opleggen van dwangsommen (artikel 19) kan hetzelfde worden opgemerkt als voor het opleggen van boetes. De Studiecommissie vraagt zich voorts af waarom het College zowel de bevoegdheid wordt gegeven om boetes op te leggen als een last onder dwangsom. De aanwijzingsbevoegdheid (artikel 6 lid 2 Wet) en de verplichting tot het verlenen van medewerking (artikel 5:20 AWB) geven het College van Toezicht de mogelijkheid om een redelijke termijn te stellen om te voldoen. Het opleggen van een boete bij overtreding van die termijn heeft dezelfde werking als wanneer een last onder dwangsom wordt opgelegd. Het opleggen van zowel boetes als dwangsommen voor dezelfde overtreding (artikel 19 lid 4) lijkt de Studiecommissie in ieder geval disproportioneel. De Studiecommissie vraagt zich verder af waarom de boetes zijn gemaximeerd en de dwangsommen niet.

3.9 Samenwerkingsplicht; verplicht collectief beheer door aan te wijzen cbo (artikel 21)

Artikel 21

1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat, en onder welke voorwaarden, collectieve beheersorganisaties hun activiteiten betreffende de inning of verdeling van vergoedingen op grond van de Auteurswet of de Wet op de naburige rechten geheel of ten dele gezamenlijk uitoefenen.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat de inning of de verdeling van vergoedingen, verschuldigd op grond van de Auteurswet of de Wet op de naburige rechten, geheel of ten dele wordt opgedragen aan een collectieve beheersorganisatie, als bedoeld in artikel 1, onderdeel c.

Dit artikel maakt het mogelijk om cbo's bij AMvB te verplichten om samen te werken, alsmede om bij AMvB te bepalen dat de uitoefening van bepaalde rechten verplicht dient plaats te vinden door één cbo. Deze maatregelen grijpen in op de concrete bedrijfsvoering van de cbo en beperken de vrijheid van de rechthebbenden om te bepalen of zij hun rechten zelf of door een ander laten uitoefenen en, zo ja, door wie. Dit strookt niet met de Memorie van Toelichting die vermeldt dat het wetsvoorstel dat juist niet doet:

“Het wetsvoorstel doet geen afbreuk aan het eigendoms karakter van auteurs- en naburige rechten of aan het culturele ondernemerschap van rechthebbenden. De thans bestaande keuzemogelijkheden tot individuele exploitatie, exploitatie via een agentschap of collectieve exploitatie blijven onverkort bestaan. Datzelfde geldt voor de rechtsvorm waarin men een eventuele collectieve exploitatie vorm wil geven en, meer in het algemeen, het recht op vrije vereniging. Ook treedt het

toezicht niet in de concrete bedrijfsvoering van collectieve beheersorganisaties en wordt het onderscheid tussen verbodsrechten en vergoedingsrechten onverlet gelaten. Het wetsvoorstel is derhalve in lijn met de op Nederland rustende internationale verplichtingen, zoals de Berner Conventie, de WIPOverdragen van 20 december 1996, de artikelen 4, 5 en 15 van het Internationale Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten alsmede artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens.” (MvT p. 13).

In het licht van het eigendoms karakter van het auteurs- en naburige recht en het recht op vrije vereniging, dient de wetgever te onderbouwen waarom ingrijpen noodzakelijk en proportioneel is (vgl. par. 2.2 en 2.3). De Memorie van Toelichting vermeldt dat het in het kader van de beoogde verbreding van het toezicht wenselijk kan zijn om cbo's tot samenwerking te brengen (MvT p. 34). Het verplichten van collectief beheer kan aldus de Toelichting wenselijk zijn om een maatschappelijk ongewenste proliferatie van organisaties te voorkomen en in een nieuwe ordening van het collectieve beheer te voorzien (MvT p. 35). De Studiecommissie meent dat deze toelichting in het licht van voormelde eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit niet overtuigt.

Voorts kan men zich in het licht van de auteurs- en nabuurrechtelijke verdragen afvragen of de Nederlandse wetgever bevoegd is om collectief beheer verplicht te stellen buiten de in deze verdragen geregelde gevallen. De Memorie van Toelichting verwijst naar artikel 9 van de Kabel- en Satellietrichtlijn, dat collectief beheer verplicht voorschrijft voor de uitoefening van het recht met betrekking tot kabeldoorgifte (MvT p. 34). De bevoegdheid van de Europese wetgever in dit geval vloeide voort uit artikel 11bis lid 2 BC. De verdragen bieden geen grondslag voor een algemene bevoegdheid van de nationale wetgever om collectief beheer voor te schrijven.

De Raad van State merkt op dat de in artikel 21 genoemde maatregelen de mededinging kunnen beperken en daarmee in strijd kunnen komen met artikel 10 en 81 van het EG-Verdrag.²⁹ De regering erkent in reactie hierop dat de maatregelen in overeenstemming moeten zijn met het EG Verdrag. Het Europese mededingingsrecht staat echter volgens de regering niet bij voorbaat in de weg aan een nadere regeling van de samenwerking in Nederland tussen in Nederland gevestigde beheersorganisaties (MvT p. 34). Afgezien van het feit dat een dergelijke maatregel zal moeten voldoen aan het Nederlandse mededingingsrecht, kan een dergelijke maatregel de Europese mededinging wel beperken als het de flexibiliteit of slagvaardigheid van de Nederlandse cbo's ten opzichte van buitenlandse cbo's belemmert of, andersom, als de maatregel de toegang van buitenlandse cbo's en individuele rechthebbenden tot de Nederlandse markt belemmert.

Met uitzondering van de eigen-recht-organisaties, zijn de cbo's in de Bijlage tot stand gekomen doordat auteurs, uitvoerende kunstenaars, producenten en/of uitgevers, al dan niet verenigd in beroepsverenigingen of brancheorganisaties, besloten om hun rechten collectief te laten uitoefenen. Daarbij kiezen zij de organisatievorm die het beste past bij de behartiging van hun belangen. Aldus zijn er cbo's die voor auteurs in een bepaalde beroepsgroep optreden (bijv. Lira, Vevam, Pictoright), cbo's die alleen voor producenten optreden (bijv. Sekam) en zijn er cbo's die rechten op specifieke werken uitoefenen voor zowel auteurs als uitgevers (Buma/Stemra). Daar waar zij een gezamenlijk belang zien (het verlenen van afdekkende licenties aan gebruikers), zullen de cbo's met andere cbo's of met individuele rechthebbenden samenwerken. Voorbeelden zijn de collectieve verlening van kabeldoor-

²⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 766, nr. 4, p. 6.

giftlicenties door Agicoa, Buma, Lira, Pictoright en Sekam en het akkoord tussen de organisaties van Bibliotheken (FOBID) en rechthebbenden (VOI©E) over het digitaliseren en ter beschikking stellen van erfgoed collecties van bibliotheken, archieven en musea. Het feit dat samenwerking niet verplicht is, geeft de individuele cbo's de positie om voorwaarden te kunnen stellen aan de samenwerking en aldus om de belangen van de eigen achterban in die samenwerking veilig te stellen. In een situatie van verplichte samenwerking of verplichte concentratie in één organisatie valt dit mechanisme weg en is het de vraag of voldoende recht kan worden gedaan aan de uiteenlopende belangen van de verschillende groepen rechthebbenden.

Hoofdstuk 4 Tarieftoezicht en geschillenregeling

4.1 Inleiding

Toetsing van door cbo's gehanteerde licentievergoedingen en wettelijke vergoedingen vindt op dit moment plaats op de volgende wijzen:

1. klachten over tarieven kunnen worden voorgelegd aan de mededingingsautoriteit (NMa, Europese Commissie). De mededingingsautoriteit beoordeelt of de cbo een machtspositie heeft en daar misbruik van maakt door excessieve tarieven te hanteren.³⁰
2. een cbo vraagt in een gerechtelijke procedure een verbod op gebruik nadat de gebruiker geweigerd heeft om de gevraagde licentievergoeding of wettelijke vergoeding te betalen. Of de cbo vraagt bij de rechter om nakoming van een overeenkomst met de gebruiker waarin een licentievergoeding of wettelijke vergoeding is vastgelegd. De gebruiker verweert zich met de stelling dat de cbo misbruik van auteurs- of naburig recht maakt danwel misbruik van machtspositie door excessieve tarieven te hanteren.³¹

Het wetsvoorstel introduceert twee nieuwe vormen van toetsing van de tarieven van de cbo:

1. het College van Toezicht dient verhoging van standaardtarieven van cbo's vooraf goed te keuren. Het College onthoudt de goedkeuring als de verhoging, gelet op de in artikel 2, tweede lid, vermelde eisen, buitensporig is (artikel 3 wetsvoorstel).
2. de Minister van Justitie kan bij ministerieel besluit een geschillencommissie instellen die naar aanleiding van een klacht oordeelt of de hoogte en de toepassing van een door een cbo in rekening gebrachte vergoeding billijk is. De geschillencommissie oordeelt over alle in rekening gebrachte vergoedingen, met uitzondering van de thuiskopie-, leenrecht- en reproductievergoeding. Het oordeel van de geschillencommissie strekt de rechter tot advies. Als een geschil direct bij de rechter aanhangig wordt gemaakt, zonder dat een partij een oordeel van de geschillencommissie heeft gevraagd, dient de rechter de geschillencommissie om advies te vragen (artikel 22-25 wetsvoorstel).

Het wetsvoorstel introduceert het tarieftoezicht door het College als onderdeel van het toezicht op het functioneren van cbo's (MvT p. 10). Met de geschillenregeling wordt beoogd (MvT p. 10):

- een laagdrempelig en efficiënt procedureel kader te bieden om tariefgeschillen te beslechten. Onderdeel van dit kader is het wettelijk vastleggen van een normering voor de vergoedingen en het bundelen van expertise om het draagvlak voor beslissingen te versterken.
- duidelijker onderscheid aan te brengen tussen toezicht op de organisatie (CvT) en behandeling van klachten en geschillen over de hoogte en toepassing van vergoedingen in individuele gevallen (geschillencommissie).
- het wegnemen van moeilijkheden bij onderhandelingen over licentievergoedingen:

³⁰ HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, NJ 1991//642-643; AMI 1991, p. 141 (Sacem): aanzienlijk hoger dan tarieven buitenland bij vergelijking op homogene grondslag. NMa 2 april 2008 (Fresh FM/Buma): aanzienlijk hoger, zo niet enkele malen hoger.

³¹ Hoge Raad 6 juni 2003, AMI 2003, p. 141 - 157, nt. K.J. Koelman (NOS/Telegraaf).

'Tariefgeschillen lijken vooral voort te komen uit het feit dat er bij de collectieve beheersorganisaties geen sprake is van volledige marktwerking. De rechten van de makers zijn geconcentreerd bij collectieve beheersorganisaties die, ongeacht hun vrijwillige dan wel hun verplichte karakter, een grote marktmacht bezitten. Het ontbreken van vrije marktwerking kan een belemmering zijn voor het tot stand komen van een voor beide partijen billijke vergoeding voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk of naburrechtelijk beschermde prestaties. Op basis van het WODC onderzoek en de ervaringen in andere landen mag verwacht worden dat de thans bestaande moeilijkheden bij onderhandelingen doorbroken kunnen worden als er een effectieve mogelijkheid bestaat om geschillen over vergoedingen voor te leggen aan een gespecialiseerde geschillencommissie.'

4.2 Billijkheid vs. misbruik machtspositie

De geschillencommissie beslecht geschillen over de billijkheid van de hoogte en de toepassing van door cbo's in rekening gebrachte tarieven (artikel 22 wetsvoorstel).

Blijkens de Memorie van Toelichting hanteert de regering het uitgangspunt dat tegenover het gebruik van beschermde werken of prestaties een billijke vergoeding staat (MvT p. 36). De Studiecommissie hecht eraan te benadrukken dat de Auteurswet en Wet Naburige Rechten een dergelijk algemeen uitgangspunt niet kennen. Het auteursrecht en naburige recht zijn absolute en uitsluitende (vermogens)rechten. Het is in beginsel aan de rechthebbende (en niemand anders) te bepalen tegen welke prijs hij derden toestemming verleent zijn werk te openbaren of te verveelvoudigen. Het staat de rechthebbende vrij een (zeer) hoge prijs te verlangen zolang dat geen misbruik van recht oplevert.³²

Als voorbeelden voor het vermeende uitgangspunt verwijst de Memorie van Toelichting naar de artikelen 12a, 16, 16c en 45d Aw en 2, 2a en 7 WNR (MvT p. 36). Deze artikelen gaan echter niet over de maximale vergoeding die rechthebbenden aan een licentie mogen verbinden:

- de artikelen 12a, 16 en 16c Aw en 2 en 7 WNR betreffen uitzonderingen op de hiervoor omschreven hoofdregel welke zijn toegestaan op grond van de auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke verdragen en EU richtlijnen. In bepaalde, nauw omschreven situaties heeft de rechthebbende te dulden dat zijn werk wordt geopenbaard of verveelvoudigd (uitlenen, privé kopiëren op beeld- of geluidsdrager, openbaarmaking van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen, gebruik voor niet-commerciële onderwijsdoeleinden). Als deze situaties zich voordoen, dan heeft de rechthebbende op grond van de wet aanspraak op een billijke vergoeding.
- de term 'billijke vergoeding' in de artikelen 45d Aw en 2a WNR ziet op de vergoeding die de producent minimaal met de maker resp. uitvoerende kunstenaar dient overeen te komen voor de exploitatie van het filmwerk resp. de verhuur van de fonogram waaraan deze heeft bijgedragen en waarvoor hij zijn rechten aan de producent heeft overgedragen. Het ziet niet op de maximale licentievergoeding die de producent aan gebruikers van het werk of de fonogram mag vragen.

De Auteurswet, noch enige andere wet, biedt steun voor de kennelijke opvatting van de regering dat een rechthebbende ook buiten deze uitzonderingsgevallen genoeg zou moeten nemen met een billijke vergoeding als deze lager is dan de door hem verlangde prijs voor gebruik van zijn werk. Dat

³² Zie Spoor Verkade Visser p. 2 en 13.

geldt in beginsel evenzeer bij collectief beheer, met dien verstande dat er in geval van misbruik van machtspositie aanleiding is voor een correctie. Er bestaat geen publiek "recht op gebruik" van beschermde werken (vergelijk de discussie over de digitalisering van erfgoed). Een zodanig recht op gebruik zou ook indruisen tegen het eigendoms karakter van het auteursrecht en naburige recht, zoals vastgelegd in verschillende verdragen en EU richtlijnen (zie Hoofdstuk 2).

Een meerderheid van de Studiecommissie is in het licht van het voorgaande van mening dat toetsing van tarieven alleen zou moeten plaatsvinden daar waar de cbo een machtspositie heeft.³³ Is die machtspositie er niet, dan dient de wetgever de uitoefening van het auteurs- en naburig recht door de cbo ongemoeid te laten. Een minderheid is voor toetsing op billijkheid ook daar waar geen machtspositie bestaat.

De geschillencommissie oordeelt alleen over tarieven van de in de Bijlage vermelde cbo's en derhalve niet over tarieven van individuele rechthebbenden, agentschappen en buitenlandse cbo's. Daar waar deze derden op dezelfde markt opereren als de in de Bijlage vermelde cbo's, kan de potentiële neerwaartse druk die de billijkheidstoetsing op de tarieven kan hebben, de concurrentiepositie van de cbo nadelig beïnvloeden. Met name grote individuele rechthebbenden (mediabedrijven met grote rechtencollecties) zullen hierin aanleiding kunnen zien om hun rechten zelf te gaan uitoefenen of deze onder te brengen bij een cbo in het land waar zij de minste neerwaartse druk op de door hen gewenste tarieven verwachten. Een dergelijke beweging zou ten koste gaan van het vermogen van de in de Bijlage vermelde cbo's om gebruikers vrijwaring te verlenen voor aanspraken van derden.

De meerderheid van de Studiecommissie is daarnaast van mening dat de huidige misbruiktoets dient te worden gehandhaafd, ook indien er een geschillencommissie komt. De geschillencommissie en de rechter zouden derhalve niet op billijkheid moeten toetsen maar toetsen of de cbo een machtspositie heeft in de markt voor de verlening van licenties voor de desbetreffende exploitatievorm en, zo ja, of zij daarvan misbruik maakt door een excessieve vergoeding te vragen. Een belangrijke overweging daarbij vormt de verwachting dat de rechter het oordeel van de geschillencommissie slechts marginaal zal toetsen en niet zal toekomen aan een beoordeling of er sprake is van een machtspositie en excessieve tarieven. Gevolg hiervan zal zijn dat gebruikers een verbodsactie kunnen afweren door de door de geschillencommissie billijk geachte vergoeding te betalen, óók als de cbo meer vraagt en dat meerdere (bij een onafhankelijke misbruiktoets) geen misbruik oplevert. Het oordeel van de geschillencommissie transformeert het exclusieve recht daarmee tot een dwanglicentie, zonder dat de rechthebbende de rechtmatigheid van die transformatie door de rechter kan laten toetsen. Dit staat op gespannen voet met de auteurs- en nabuurrechtelijke verdragen, EU regelgeving en het EVRM (zie Hoofdstuk 2).³⁴

Een aantal leden van de Studiecommissie is van mening dat de geschillencommissie wel moet kunnen toetsen of de in rekening gebrachte vergoeding billijk is. Zij verwijzen daarvoor naar onderzoek van de NMa waarin deze concludeert dat de thans geldende misbruiktoets niet geschikt is voor de toetsing van auteursrecht tarieven van cbo's.³⁵ De in het kader van de misbruiktoets toe te passen

³³ Aldus ook A.W. Hins, P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser, Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer, AMI 2008, p. 96.

³⁴ Verwezen zij voorts naar artikel 12 en Ov. 34 bij de Kabel- en Satellietrichtlijn over regulering van collectief beheer van kabeldoorgifrechten: 'Overwegende dat deze richtlijn niet in de weg staat aan verdere harmonisatie op het gebied van de auteursrechten, de naburige rechten en het collectieve beheer van dergelijke rechten; dat de aan de Lid-Staten gegeven mogelijkheid om de activiteiten van maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging te regelen, de vrijheid van onderhandelingen over overeenkomsten ter zake van de in deze richtlijn toegekende rechten onverlet moet laten, mits die onderhandelingen plaatsvinden in het kader van algemene of specifieke nationale voorschriften inzake de mededingingsregels of de voorkoming van misbruik van monopolies.'

³⁵ NMa, De NMA en het toezicht op collectieve beheersorganisaties, februari 2007, beschikbaar op www.nmanet.nl. Aldus ook A.W. Hins, P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser, Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer, AMI 2008, p. 95.

methode van kostenoriëntatie werkt niet omdat het verband tussen de kosten en de vergoeding niet of nauwelijks aanwezig is. De NMa concludeert voorts dat de in het kader van de misbruiktoets te hantieren internationale tariefsvergelijking weliswaar uitvoerbaar is, maar geen zekerheid geeft dat, als de Nederlandse tarieven vergelijkbaar zijn met die in het buitenland, die buitenlandse tarieven niet excessief zijn (en daarmee ook de Nederlandse).³⁶ In het licht van deze overwegingen van de NMa achten deze leden een toets op billijkheid de beste oplossing.

De andere leden wijzen erop dat geschillencommissie ook aan tariefsvergelijking zal moeten doen en gelijke gevallen gelijk zal moeten behandelen (artikel 25 wetsvoorstel; MvT p. 39). De geschillencommissie zal evenmin als de NMa een absoluut oordeel kunnen vellen over de rechtmatigheid van vergelijkbare tarieven in het buitenland. Met dit gegeven en indachtig het karakter van het auteurs- en naburige recht als absoluut recht, geven deze leden de voorkeur aan de toets die de rechthebbende op het absolute recht de meeste rechtszekerheid biedt, d.w.z. de misbruiktoets.

4.3 College van Toezicht – geschillencommissie – rechter - NMa

Als het wetsvoorstel wordt aangenomen, zijn er straks vier instanties die bevoegd zijn om over tarieven te oordelen. De Studiecommissie meent dat het wetsvoorstel onvoldoende duidelijkheid geeft over de verhouding tussen de verschillende procedures en oordelen.

Geschillencommissie - rechter

De rechter dient de geschillencommissie om advies te vragen (artikel 24). Gaat de rechter dit advies marginaal toetsen of een onafhankelijke toetsing doen? En is dat een toets op basis van billijkheid of van misbruik?

De Memorie van Toelichting vermeldt dat de rechter bevoegd is om het geschil in volle omvang opnieuw te toetsen. De rechter is daarbij niet gebonden aan de uitspraak van de geschillencommissie. Hij zal wel opnieuw moeten bezien of nog overeenkomstig artikel 24 advies moet worden gevraagd aan de geschillencommissie (MvT p. 38).

Gezien de verplichting om advies te vragen (artikel 24 wetsvoorstel), vraagt de Studiecommissie zich af of de rechter het tarief wel in volle omvang opnieuw gaat toetsen. De rechter dient het advies van de geschillencommissie blijkens de toelichting op te vatten als een deskundigenbericht (MvT p. 38), hetgeen veronderstelt dat de rechter slechts marginaal toetst.

De vraag naar de soort toetsing (billijkheid of misbruik) raakt aan de essentie van het auteurs- en naburige recht als verbodsrecht. Stel dat de cbo een verbodsactie instelt omdat een gebruiker weigert om de gevraagde licentievergoeding te betalen. Ter zitting meldt de gebruiker dat hij bereid is om de door de geschillencommissie (in het betreffende geschil tussen partijen of in een geschil tussen de cbo en een andere gebruiker) als billijk aangemerkte vergoeding te betalen? Gaat de rechter dan kijken of de cbo een machtspositie heeft en het tarief excessief is en, bij gebreke daarvan, het verbod

³⁶ Id. p. 7. In het besluit op bezwaar in de zaak Buma/Fresh FM van 2 april 2008 (3295/133) nam de Raad van Bestuur van de NMa internationale tariefsvergelijking als uitgangspunt voor de beoordeling of het door Buma gevraagde tarief excessief is. De Raad overwoog: "De conclusie uit de NMa rapportage dat er voor de NMa thans geen economisch-theoretisch bevredigende methode is om te beoordelen of er sprake is van excessieve tarieven sluit niet uit dat de internationale vergelijking een juridisch aanvaardbare en bruikbare methode is, alleen al omdat die de enige uitvoerbare methode is."

toewijzen? Of legt de rechter zich bij het oordeel van de geschillencommissie neer en wijst hij het verbod af?

De Studiecommissie is van mening dat de mogelijkheid van beroep bij de rechter met een volledige toetsing gewaarborgd dient te zijn, met name als de geschillencommissie, zoals het wetsvoorstel thans lijkt te bepalen, gaat oordelen naar billijkheid en zonder dat verplicht wordt onderzocht of de cbo een machtspositie heeft in de markt voor de verlening van licenties voor de desbetreffende exploitatie.

College van Toezicht – rechter

Hier kunnen dezelfde vragen worden gesteld als bij de verhouding tussen geschillencommissie en rechter. Wat gaat de bestuursrechter met een besluit tot afkeuring van een tariefsverhoging doen?

Wat gaat de civiele rechter doen als het tarief door het College is goedgekeurd, maar door de geschillencommissie niet billijk wordt geacht? Gaat de rechter rekening houden met het oordeel van het College, geeft hij prioriteit aan het oordeel van de geschillencommissie of gaat hij een onafhankelijke toetsing doen? En is dat een toets op basis van billijkheid (artikel 25 wetsvoorstel), van buitensporigheid (artikel 3 lid 4 wetsvoorstel) of van misbruik (artikel 3:13 BW, artikel 24 Mededingingswet)?

De Memorie van Toelichting schept niet veel duidelijkheid. De toelichting vermeldt dat het College zijn goedkeuring alleen onthoudt als de tariefsverhoging buitensporig is. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de toetsing door het College een marginaal karakter heeft, mede omdat de toetsing van tarieven in het individuele geval berust bij de Geschillencommissie auteursrecht en, eventueel, de gewone rechter (MvT p. 25).

College van Toezicht - geschillencommissie

Ten aanzien van de preventieve toets op tariefsverhogingen door het College merkt de Memorie van Toelichting op dat de goedkeuring slechts een beperkte, algemene toets is en niet betekent dat een tarief in het concrete geval niet tot een onbillijke vergoeding kan leiden (MvT p. 11). De regering ziet hier geen vraag van «of-of», maar van «en-en»: zowel toetsing van het billijkheidsgehalte in concreto via de geschillencommissie als kwalitatief sectortoezicht door het College (MvT p. 23).

Welke omstandigheden kunnen meebrengen dat de geschillencommissie een door het College goedgekeurd tarief niet billijk zal vinden? De Studiecommissie kan zich voorstellen dat dit ziet op een foutieve berekening door de cbo van de vergoeding op basis van de door het College goedgekeurde parameters en tarieven. Kan de geschillencommissie daarnaast ook nog andere overwegingen laten meewegen? Zo ja, is preventieve toetsing door het College dan (nog wel) doelmatig en proportioneel? De precedentwerking die in dat geval van het oordeel van de geschillencommissie uit zal kunnen gaan, zal de algemene goedkeuring door het College feitelijk zinledig kunnen maken.

College van Toezicht - NMa

De Raad van State heeft opgemerkt dat het toezicht van het College gevolgen kan hebben voor het toezicht door de NMa. In reactie hierop vermeldt de Memorie van Toelichting dat het oordeel van het College ingevolge artikel 4 van de nieuwe Wet niet prejudicieert op de uitkomsten van een mededingingsrechtelijke toetsing door de NMa en andersom. De werkafspraken tussen het College en de NMa zullen zonodig worden aangevuld om te vermijden dat er onduidelijkheid ontstaat (MvT p. 23).

De Studiecommissie vraagt zich af of hiermee alles is gezegd:

- betekent voormelde reactie van de regering dat de NMa zich in het geheel niet door het oordeel van het College zal laten leiden en derhalve een onafhankelijke misbruiktoets gaat uitoefenen? Zo ja, is het tarieftoezicht dan wel doelmatig gegeven het feit dat de NMa het tarief nog steeds als excessief en derhalve als verboden kan aanmerken?
- als het College de tariefsverhoging afkeurt, heeft de gebruiker geen belang bij een klacht bij de NMa. Kan de cbo in dat geval toch een uitspraak van de NMa uitlokken over de vraag of haar tarief misbruik oplevert? En zo ja, welk oordeel gaat dan voor?

Geschillencommissie – NMa

Geldt hier ook dat de oordelen van de beide instanties niet op elkaar prejudiciëren?

De Studiecommissie vraagt zich af of het mededingingstoezicht door de NMa feitelijk niet terzijde wordt gesteld door de instelling van een geschillencommissie. In verband met de billijkheidstoets is te verwachten dat het oordeel van de geschillencommissie eerder tot een lagere vergoeding zal leiden dan wat de cbo heeft gevraagd, dan hoger. Gebruikers hebben in dat geval geen belang meer bij het indienen van een klacht bij de NMa. Alleen in het geval de geschillencommissie oordeelt dat de door de cbo gevraagde vergoeding billijk is, zal de gebruiker belang kunnen hebben bij een toets door de NMa.

Dit roept de vraag op of de cbo een uitspraak van de NMa kan uitlokken over de vraag of haar gewenste tarief misbruik oplevert en zo ja, hoe dat oordeel zich dan verhoudt tot het oordeel van de geschillencommissie. Welke gaat voor?

4.4 Reflexwerking op individuele uitoefening

In markten waarin zowel individuele rechthebbenden als cbo's actief zijn (bijv. vertoning en doorgifte van televisieprogramma's, gebruik van afbeeldingen van beeldende kunst, openbaarmaking van muziek), kunnen individuele rechthebbenden om uiteenlopende redenen ervoor kiezen om hun rechten niet door een cbo te laten uitoefenen. Een van die redenen kan zijn dat men bij individuele onderhandelingen een hogere licentievergoeding kan vragen.

Heeft de regering onderzocht hoe de uitspraken van de geschillencommissie zullen gaan doorwerken op de vergoedingen voor individuele licenties en de vrijheid van individuele rechthebbenden om de hoogte van de licentievergoeding te bepalen? De geschillencommissie is niet bevoegd om over licentietarieven te oordelen als deze zijn vastgesteld door individuele rechthebbenden. De commissie kan wel uitspraken doen over vergelijkbaar repertoire dat wel collectief wordt beheerd. De kans is groot dat de commissie daarbij tot een lager tarief komt dan wat de individuele rechthebbende voor zijn werk vraagt (het tarief dat de cbo vraagt zal immers vaak al lager liggen). Zal de individuele rechthebbende deze neerwaartse druk kunnen weerstaan? Hij kan weliswaar zijn verbodsrecht invoeren om de door hem gevraagde vergoeding af te dwingen, maar zal dat in de praktijk niet zo snel doen.

4.5 Artikelgewijs commentaar

Artikel 3 lid 4: preventieve goedkeuring tariefstijgingen

1. De volgende besluiten van een collectieve beheersorganisatie behoeven de voorafgaande schriftelijke instemming van het College van Toezicht:

(...)

c. een besluit tot verhoging van de standaardtarieven anders dan ingevolge een bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen indexering, overeenkomsten daaromtrent met representatieve organisaties van betalingsplichtigen of toegenomen gebruik van beschermde werken.

(...)

4. Het College van Toezicht onthoudt zijn goedkeuring aan een besluit tot verhoging van de standaardtarieven, bedoeld in het tweede lid, onderdeel c, indien de verhoging, gelet op de in artikel 2, tweede lid, vermelde eisen, buitensporig is.

Buitensporig

De Memorie van Toelichting vermeldt dat het voorgestelde regime het College de nodige ruimte geeft om een eigen goedkeuringsbeleid ten aanzien van tariefverhogingen te ontwikkelen. Het College zal in het bijzonder acht kunnen slaan op de vraag of een cbo wel voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de betalingsplichtigen (artikel 2, onderdeel d, Wet toezicht) (MvT p. 23). Verderop vermeldt de toelichting dat het College zich niet alleen hoeft te laten leiden door een billijkheids- en redelijkheidstoets, maar ook rechthebbenden- en gebruikersbelangen in de overwegingen kan betrekken evenals, bijvoorbeeld, de omvang van tariefstijgingen in het verleden of in andere landen van de Europese Unie. De toelichting verwijst hier naar artikel 25 dat de criteria voor de billijkheidstoetsing van de geschillencommissie definieert (MvT p. 24).

Het is de Studiecommissie niet duidelijk wat in het licht van deze toelichting onder 'buitensporig' dient te worden verstaan. Gaat het om een misbruiktoets of om een billijkheidsoordeel op basis van een afweging van belangen? De term 'buitensporige tarieven' wordt in het mededingingsrecht gehanteerd voor situaties waarbij een partij misbruik maakt van zijn aanmerkelijke marktmacht.³⁷

Ingrijpen in marktverhoudingen en zelfregulering

De Raad van State merkt in haar advies op dat preventief tarieventoezicht de mogelijkheid biedt tot rechtstreeks ingrijpen in de tariefvaststelling door beheersorganisaties en in de marktverhoudingen. De Raad acht minder vergaande vormen van preventief toezicht denkbaar om hun transparant en efficiënt functioneren te waarborgen, zoals het opleggen van verplichtingen aan organisaties met aanmerkelijke marktmacht (vgl. hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet).³⁸ De Memorie reageert hierop met de opmerking dat het toezicht van het College minder ver gaat dan dat van de OPTA. De OPTA is niet alleen bevoegd om tariefsverhogingen goed te keuren, maar ook om deze tarieven vast

³⁷ Vgl. bijv. besluit op bezwaar 7 april 2006, nrs. 3528-233, 3588-237. Na uitgebreid onderzoek kwam de NMA tot de conclusie dat Casema en UPC aanmerkelijke marktmacht hebben, maar geen buitensporige tarieven rekenen voor hun standaardpakketten voor radio en televisie.

³⁸ Tweede Kamer, 2008–2009, 31 766, nr. 4, p. 3. Vgl. voorts Richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke marktmacht op de markt van 6 maart 2000, Stcrt. Nr. 48 en Aanpassing richtsnoeren aanwijzing aanmerkelijke marktmacht op de markt, Stcrt. 12 oktober 2001, nr. 198, p. 35.

te stellen. De bevoegdheid tot vaststelling van tarieven is aldus de Memorie voorbehouden aan de geschillencommissie en, uiteindelijk, de civiele rechter (MvT p. 24).

Het feit dat het College alleen tariefstijgingen goedkeurt en dat vaststelling van het tarief plaatsvindt door de geschillencommissie en, uiteindelijk, de rechter, neemt de kritiek van de Raad van State niet weg. Het oordeel van de geschillencommissie grijpt evenzeer in in de tariefvaststelling door de cbo en in de marktverhoudingen. De regering gaat er verder aan voorbij dat de bevoegdheid van de OPTA voortvloeit uit Europese regelgeving en alleen bestaat ten aanzien van organisaties waarvan op basis van een marktanalyse is vastgesteld dat deze aanmerkelijke marktmacht hebben. Er is voorzover bekend geen marktanalyse gedaan om vast te stellen of de in de Bijlage bij het wetsvoorstel vermelde cbo's aanmerkelijke marktmacht hebben in de verschillende markten waarin zij opereren. Zoals vermeld in Hoofdstuk 1 is dat niet altijd het geval.

De regering stelt dat zij er bewust niet voor heeft gekozen om het College in alle gevallen de tarieven te laten toetsen, maar alleen in geval van tariefstijgingen. Als reden hiervoor vermeldt de toelichting dat de totstandkoming van auteurs- en nabuurrechtelijke tarieven in belangrijke mate gekenmerkt wordt door zelfregulering en dat die zelfregulering mede daarom een uitgangspunt vormt van het kabinetsbeleid. De introductie van een toezichthouder die tarieven kan vaststellen bergt het risico in zich om deze zelfregulering, en daarmee bijvoorbeeld de totstandkoming van branche- of koepelafspraken, te frustreren (MvT p. 24). Het wetsvoorstel dreigt de zelfregulering en de totstandkoming van branche- of koepelafspraken echter wel op een andere manier te frustreren:

1. gezien het voorschrift dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld (artikel 25 wetsvoorstel), zal een oordeel van de geschillencommissie in een individueel geval al snel een precedent scheppen voor de gehele branche.
2. de toelichting op artikel 3 lid 1 sub b vermeldt dat standaardlicentieovereenkomsten en koepelcontracten met gebruikers voorafgaande goedkeuring van het College behoeven (MvT p. 22). Hiermee worden de standaardtarieven en koepelcontracten via een omweg toch onderworpen aan preventief toezicht door het College.

Artikel 22: aanwijzing geschillencommissie

1. Onze Minister kan een geschillencommissie aanwijzen voor de beslechting van geschillen tussen collectieve beheersorganisaties en betalingsplichtigen over de billijkheid van de hoogte en de toepassing van door collectieve beheersorganisaties in rekening gebrachte vergoedingen, met uitzondering van geschillen over de hoogte van de in artikelen 15c, 16c en 16h van de Auteurswet bedoelde vergoedingen.

2. Bij de aanwijzing kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de samenstelling, inrichting, procedures, werkwijze van en toezicht op de geschillencommissie.

Aanwijzing geschillencommissie door de minister

Het voorgestelde artikel 22 lid 1 geeft de Minister de bevoegdheid een geschillencommissie aan te wijzen. De minister kan bij die aanwijzing nadere regels stellen omtrent de samenstelling, inrichting, procedures, werkwijze van en toezicht op de geschillencommissie, op grond van het tweede lid van artikel 22. De bewoordingen van het artikel wijzen op een rechtstreeks delegeren aan de minister (niet via AMvB). Daarmee verkrijgt de minister een ambtelijke bevoegdheid tot het maken van regelingen zonder behandeling daarvan in de Ministerraad, Eerste en Tweede Kamer.

Gezien het ingrijpende karakter van de voorgestelde geschillenregelling is de Studiecommissie van mening dat de samenstelling, inrichting, procedures, werkwijze van en toezicht op de geschillencommissie bij wet of AMvB dient te worden vastgesteld.

In geval van vaststelling bij AMvB stelt de Studiecommissie voor aansluiting te zoeken bij de in artikel 17d Aw genoemde AMvB's. Dit artikel bepaalt dat de desbetreffende AMvB's, of wijzigingen daarvan, niet eerder in werking treden dan acht weken na datum van uitgifte van het Staatsblad. Van de plaatsing dient onverwijld mededeling te worden gedaan aan beide Kamers der Staten-Generaal. Hiermee wordt gewaarborgd dat de Tweede en Eerste kamer vooraf vragen kunnen stellen en eventuele bezwaren kenbaar kunnen maken ten aanzien van de invulling van de gedelegeerde bevoegdheden.

Artikel 22 kent geen nadere vereisten of randvoorwaarden waarmee de minister rekening dient te houden bij de aanwijzing van een geschillencommissie. Als de aanwijzing rechtstreeks aan de minister gedelegeerd wordt, dan verdient het aanbeveling dat de ministerieel bevoegdheid wordt omkleed met nadere inhoudelijke vereisten en randvoorwaarden ten aanzien van de procedure, samenstelling en deskundigheid van de arbiters.

De Studiecommissie is van mening dat de geschillencommissie onafhankelijk moet zijn en moet bestaan uit leden die expertise hebben op het terrein. Anders dan de Commissie Auteursrecht meent de Studiecommissie in meerderheid dat de behandeling door de geschillencommissie openbaar dient te zijn. Openheid is vereist gezien de precedentwerking die uit kan gaan van de uitspraken en de naar verwachting marginale rechterlijke toetsing van de uitspraak als zijnde vaststellingsovereenkomst resp. deskundigenadvies. Kennisneming van vertrouwelijke bedrijfsgegevens van de cbo en de gebruiker dient buiten de openbaarheid te kunnen plaatsvinden.

Geschillenbeslechting

De geschillencommissie beslecht geschillen over de billijkheid van de hoogte en de toepassing van door de cbo in rekening gebrachte tarieven. Wat wordt hiermee bedoeld:

- luidt het oordeel 'billijk' resp. 'niet billijk' of gaat de commissie bij een 'niet billijk' oordeel tevens bepalen wat hij wel een billijke vergoeding acht?
- gaat de geschillencommissie oordelen als een arbitraal college dat 'als goede mannen naar billijkheid' beslist?³⁹ Welke waarborgen biedt de procedure tegen willekeur? Ligt de waarborg bij de rechter in een procedure volgend op het oordeel van de geschillencommissie?

De toelichting vermeldt dat de geschillencommissie ook oordeelt over koepelafspraken (MvT p. 36). Betekent dit dat een gebruiker kan klagen over een tarief dat de branche- of koepelorganisatie waar hij lid van is heeft afgesproken met een cbo? De Studiecommissie acht dit in strijd met de rechtszekerheid van auteurs- en naburig rechthebbenden en, daar waar de branche- of koepelorganisatie heeft gecontracteerd namens haar leden, in strijd met het beginsel van *pacta servanda sunt*. Dit bezwaar kan worden ondervangen door de geschillencommissie te laten toetsen op misbruik in plaats van op billijkheid.

³⁹ A.W. Hins, P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser, *Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer*, AMI 2008, p. 97 betogen dat de geschillencommissie niet dient te oordelen als goede mannen naar billijkheid, maar als een college dat oordeelt op basis van het recht en dus in de wet op te nemen normen en tariefbeginselen tot uitgangspunt neemt.

Artikel 23: uitspraak geschillencommissie

1. De betalingsplichtige of de collectieve beheersorganisatie kan de geschillencommissie binnen drie maanden nadat een vergoeding in rekening is gebracht verzoeken uitspraak te doen over een geschil als bedoeld in artikel 22.

2. Wordt het geschil niet binnen drie maanden nadat afschrift van de uitspraak van de geschillencommissie aan partijen werd gezonden bij de rechter aanhangig gemaakt, dan wordt hetgeen in de uitspraak is vastgesteld na het verstrijken van deze termijn geacht te zijn overeengekomen tussen partijen.

Drie maanden na in rekening brengen vergoeding

De cbo die exclusieve rechten uitoefent, zal (doorgaans) pas een vergoeding in rekening brengen als een licentieovereenkomst is gesloten. De vraag is in dit verband wanneer de termijn gaat lopen als de cbo en gebruiker het niet eens kunnen worden over de vergoeding.

Verstek

Artikel 22 vermeldt niet of de geschillencommissie bevoegd of verplicht is om uitspraak te doen als de beklagde niet verschijnt of geen verweer voert en bijvoorbeeld direct naar de rechter stapt.

Artikel 23 lid 2 bepaalt dat, als de zaak niet binnen drie maanden na de uitspraak bij de gewone rechter aanhangig wordt gemaakt, de uitspraak geacht wordt tussen partijen te zijn overeengekomen. De uitspraak krijgt daarmee het karakter van een vaststellingsovereenkomst. Dit betekent aldus de Memorie van Toelichting dat de burgerlijke rechter de uitspraak slechts kan vernietigen, indien deze in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 7:906 BW juncto artikel 7:904 BW). (MvT p. 38).

Het verdient aanbeveling om in de tekst van (of de toelichting op) de wet te verduidelijken of/dat de geschillencommissie verplicht is om uitspraak te doen ook als de beklagde niet verschijnt.

Enkele leden van de Studiecommissie zijn van mening dat de geschillencommissie alleen bevoegd zou moeten zijn om uitspraak te doen indien beide partijen daarom vragen. Partijen kunnen in dat geval hangende de behandeling van het geschil door de geschillencommissie niet naar de gewone rechter (artikel 1020 Rv.). De overige leden menen dat dit niet de bedoeling van het wetsvoorstel kan zijn en dat de geschillencommissie ook bevoegd is te oordelen op door één partij ingebrachte klachten.

Indien de geschillencommissie bevoegd is om uitspraak te doen bij verstek, meent de Studiecommissie dat de partij die niet is verschenen in de gelegenheid moet worden gesteld om het verstek te zuiveren teneinde alsnog verweer te kunnen voeren. Gezien de marginale toetsing van vaststellingsovereenkomsten en deskundigenberichten, is het niet zeker dat beroep bij de rechter dezelfde werking heeft als het zuiveren van verstek bij de instantie die de uitspraak heeft gedaan.

De vaststellingsovereenkomst die op grond van artikel 23 lid 2 na drie maanden tot stand komt, geldt vanaf dat moment. Voor de periode tussen de klacht en de uitspraak voorziet het wetsvoorstel niet in een regeling voor betaling van een vergoeding.

Om te voorkomen dat de procedure wordt aangewend door de gebruiker om betaling vooruit te schuiven, alsmede om te voorkomen dat de cbo ongerechtvaardigd incassorisico loopt, verdient het aanbeveling om te voorzien in een regeling voor betaling gedurende de procedure. Ook kan gedacht worden aan het beperken van de termijn waarbinnen de geschillencommissie uitspraak dient te doen. Gezien de ervaringen over de duur van tariefgeschillen in het buitenland (gemiddeld één jaar, belangrijke procedures twee tot vijf jaar),⁴⁰ lijkt dit laatste echter geen oplossing voor het debiteurenrisico dat de cbo loopt als hangende de procedure niet voor het gebruik wordt betaald.

Vanuit de doelstelling van de regering om een laagdrempelige procedure te creëren, meent de Studiecommissie dat het niet nodig zou moeten zijn voor de cbo om een kort geding te voeren om hangende de procedure bij de geschillencommissie een vergoeding veilig te stellen. De Studiecommissie beveelt aan om een regeling te treffen als opgenomen in de Duitse Wahrnehmungsgesetz.⁴¹ De gebruiker die bij de Schiedsstelle bezwaar maakt tegen de vergoeding, mag alleen tot gebruik hangende de procedure overgaan mits hij, ook al is het onder voorbehoud, de door de cbo gevraagde vergoeding betaalt of daarvoor zekerheid stelt. Weigert de gebruiker dit, dan kan de cbo het gebruik verbieden.

Artikel 24: advies geschillencommissie aan de rechter

De rechter beslist omtrent een geschil als bedoeld in artikel 22 niet dan nadat de geschillencommissie in de gelegenheid is gesteld om hieromtrent advies uit te brengen, tenzij de geschillencommissie hierover reeds uitspraak heeft gedaan of de rechter ook zonder advies aanstonds kan beslissen.

Blijkens de Memorie van Toelichting is het vragen van advies alleen verplicht voor zover de billijkheid van de hoogte of de toepassing van een vergoeding in geschil is. Het vragen van advies is niet verplicht indien de geschillencommissie al uitspraak heeft gedaan over het desbetreffende geschil of als de rechter ook zonder advies aanstonds de zaak kan beslissen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de geschillencommissie recent uitspraak heeft gedaan in een vergelijkbare situatie, of omdat de betalingsplichtige geen verweer heeft aangevoerd tegen de hoogte of de toepassing van de in rekening gebrachte vergoeding en de rechter de zaak derhalve als incassogeschil kan behandelen. MvT p. 38.

Artikel 24 lijkt de rechter een ruime vrijheid toe te kennen om van het vragen van advies af te zien. De wettekst vermeldt echter niet of de rechter van het vragen van advies *moet* afzien als beide partijen aangeven dat zij geen prijs stellen op een advies van de geschillencommissie.

Hoe verhoudt de verplichting tot inwinning van advies zich met het belang van een snelle beslissing in kort geding? Het komt de Studiecommissie voor dat de voorzieningenrechter niet onverkort aan de verplichting tot het vragen van advies kan worden gehouden. De normale bewijsregels zijn in een kort geding immers ook niet van toepassing. Zo is een voorzieningenrechter, anders dan de bodemrechter, niet verplicht bewijs door middel van getuigen of deskundigen toe te laten.

⁴⁰ WODC-rapport p. 16.

⁴¹ HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, NJ 1991/642-643; AMI 1991, p. 141.

Tot slot merkt de Studiecommissie op dat de verplichting tot het inwinnen van advies alleen zou moeten gelden voor de rechter in eerste instantie en niet ook voor de appèlrechter. Wel is denkbaar dat in appel wordt aangevoerd dat de rechter in eerste instantie ten onrechte heeft gemeend dat hij aanstonds en zonder advies kon beslissen. Als de appèlrechter de desbetreffende grief honoreert, dan rust op hem ook de verplichting het advies van de geschillencommissie alsnog in te winnen.

Artikel 25: criteria billijke vergoeding

De geschillencommissie betreft bij haar beoordeling of de hoogte en de toepassing van een in rekening gebrachte vergoeding billijk zijn in ieder geval:

- a. het beginsel dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld;*
- b. de waarde van het gebruik van het werk in het economisch verkeer;*
- c. de aard en de omvang van het gebruik*

De Memorie van Toelichting vermeldt dat de criteria voor een belangrijk deel zijn ontleend aan het arrest van het Hof van Justitie inzake *Sena/NOS*. De opsomming van de criteria is niet limitatief. De wettelijke regeling laat ruimte voor het betrekken van andere criteria die in specifieke gevallen de billijkheid of onbillijkheid van de hoogte en de toepassing van de vergoeding kunnen beïnvloeden (MvT p. 39).

De Studiecommissie begrijpt dat de regering zich voor de toetsing van de tarieven van Sena baseert op het arrest *Sena/NOS*. De Studiecommissie vraagt zich echter af waarom de regering zich voor de toetsing van tarieven voor contractuele licenties eveneens op dit arrest baseert en niet op het *Sacem* arrest.⁴² Het *Sena/NOS* arrest ziet op de billijke vergoeding voor een in Verhuurrichtlijn vastgelegde wettelijke licentie, het tweede op de vergoeding voor een contractuele auteursrechtlicentie.

Waarde in economisch verkeer

De Memorie van Toelichting (p. 39) vermeldt als relevante factoren voor het bepalen van de waarde in het economisch verkeer:

1. de hoogte van de tarieven in voorgaande jaren;
2. de hoogte van de vergoedingen die door onderhandelingen tot stand zijn gekomen;
3. de hoogte van vergelijkbare tarieven in andere EU landen;
4. de hoogte van tarieven voor vergelijkbaar gebruik.

Ad 1:

Enkele leden van de Studiecommissie zijn van mening dat niet zou moeten worden gekeken naar het verleden, omdat de eerdere tarieven vastgesteld zijn in een situatie waarin de cbo een machtspositie had en deze dus niet tot uitgangspunt moeten worden genomen. Zodra de geschillencommissie een min of meer bestendige praktijk laat zien, dan wordt dit criterium wellicht bruikbaar, maar niet bij de inwerkingtreding van de wet.

De overige leden van de Studiecommissie zijn van mening dat de hoogte van de tarieven in voorgaande jaren wel relevant is. Het gegeven dat een bepaald tarief al langere tijd door gebruikers is betaald is een aanwijzing dat het tarief niet excessief en wel aanvaardbaar is.

⁴² HvJ EG 13 juli 1989, C-395/87, NJ 1991/642-643; AMI 1991, p. 141.

Ad 2:

De vergoeding die door de cbo is overeengekomen met een brancheorganisatie kan een relevant gegeven zijn als de gebruiker tot die branche behoort. Een met een brancheorganisatie overeengekomen tarief bevat echter veelal een korting in ruil voor een tegenprestatie: het aanbrenge van een groot aantal licentienemers, het verlagen van de administratieve lasten voor de cbo, het overnemen van het debiteurenrisico, enzovoort. Het is niet vanzelfsprekend dat een niet bij de overeenkomst of de brancheorganisatie aangesloten gebruiker van deze korting dient te profiteren.

Ad 3 en 4:

Tariefsvergelijking geeft, voorzover wordt vergeleken met de tarieven van een cbo die een machtspositie heeft, geen zekerheid dat het tarief waarmee wordt vergeleken niet excessief is. Het is echter bij gebrek aan andere methoden een bruikbare benchmark die aangeeft of het door de cbo gevraagde tarief door gebruikers in andere landen ook betaald wordt.⁴³ Wordt vergeleken met tarieven van een cbo die geen machtspositie heeft, dan is tariefsvergelijking zonder meer bruikbaar als referentietarief.

⁴³ Aldus ook besluit Raad van Bestuur NMa op bezwaar in de zaak Buma/Fresh FM van 2 april 2008 (3295/133).

