

Openbaarheid van tarieven en licentievoorwaarden van cbo's

P.B. Hugenholtz

Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht (IViR), en redacteur van dit blad. Dit artikel is gebaseerd op een meer uitgebreide opinie die op 24 september 2018 is uitgebracht aan het College van Toezicht Auteursrechten, te vinden op <https://www.cvta.nl/nieuws/uitwerking-beleidskader-toezicht-standaardlicentieovereenkomsten/>.

Op grond van de Wet toezicht zijn collectieve beheersorganisaties verplicht 'standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven' actief openbaar te maken. Over de betekenis en reikwijdte van deze verplichting bestaat in Nederland onduidelijkheid en zelfs onenigheid, maar (nog) geen jurisprudentie. In dit artikel wordt gepoogd om, mede aan de hand van een analyse van de rechtsgronden van deze verplichting, te komen tot een juiste en in de praktijk hanteerbare interpretatie van de openbaarheidsplicht.

1. Inleiding

Een van de verworvenheden van de *Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten* (Wet toezicht), is de wettelijke plicht tot openbaarmaking van de door de cbo's jegens gebruikers van werken gehanteerde tarieven en tariefsvoorwaarden. Ingevolge deze verplichting plegen de cbo's in Nederland een groot aantal tarieven en tariefregelingen via hun eigen websites openbaar te maken. Zo zijn op de website van BUMA-STEMRA onder meer de tarieven voor muziekgebruik door horecabedrijven, kermisondernemers, fitnesscentra, dansscholen en kinderdagverblijven gepubliceerd.¹ Ook zijn hier diverse tarieven en modelovereenkomsten voor commerciële radio- en televisieomroep te vinden. Maar niet alle tarieven zijn openbaar. Wat bijvoorbeeld nog steeds ontbreekt zijn de door BUMA-STEMRA aan de publieke omroep in rekening gebrachte vergoedingen, die een belangrijk deel van de omzet van BUMA-STEMRA vertegenwoordigen. Ook op de website van SENA ontbreken deze tarieven, terwijl hier overigens een grote verscheidenheid aan tarieven te vinden is, waaronder die voor muziekgebruik in crematoria, parkeergarages en zwembaden.²

Kennelijk bestaat over de reikwijdte van de openbaarmakingsplicht onduidelijkheid.³ Dit artikel handelt over de

vraag voor welke licentieovereenkomsten en tarieven de wettelijke openbaarmakingsverplichting geldt. Welke tarieven en licentieovereenkomsten dienen door de cbo's actief openbaar gemaakt te worden? Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de tekst en wetsgeschiedenis van de Wet toezicht resp. de Europese Richtlijn collectief beheer; een analyse van de doelstellingen en rechtvaardigingsgrond(en) van de wettelijke openbaarheidsplichten; een vergelijking met het Duitse recht; en een excursie naar het algemene mededingingsrecht. Het artikel wordt afgesloten met enkele conclusies en aanbevelingen.

2. De openbaarheidsplicht in de Wet toezicht en Richtlijn 2014/26/EU

De openbaarheidsregels van de Nederlandse wet zijn terug te voeren op een in 2007 in opdracht van het WODC verrichte studie.⁴ In hun studie constateerden de onderzoekers dat de openbaarheid van bepaalde licentiecontracten die een grote financiële waarde vertegenwoordigen, onvoldoende was. Het ging daarbij met name om de vergoedingen die door grote cbo's "worden gevraagd van omroepen en andere grote intermediairs, zoals kabelexploitanten en internet-aanbieders, alsmede om zogenaamde model- en branche-overeenkomsten. Veel van dergelijke contracten bevatten, veelal op verzoek van de betalingsplichtigen, geheimhou-

¹ Te vinden op <https://www.bumastemra.nl/muziekgebruikers/tarieven/>.

² Te vinden op https://www.sena.nl/Portals/0/Documents/Gebruikers/Tarieven/Sena_Tarievenoverzicht_2018.pdf.

³ Zie m.n. de door het CvTA aan SENA gegeven aanwijzingen m.b.t. de verplichte openbaarmaking van een aantal door SENA met de publieke, lokale en regionale omroepinstellingen afgesloten overeenkomsten, te

vinden op <https://www.cvta.nl/site/wp-content/uploads/2018/12/2018328-Sena-Besluit-tot-aanwijzing-Sena-20-12-2018.pdf>.

⁴ P.B. Hugenholtz, D.J.G. Visser & A.W. Hins, m.m.v. W.D.H. Asser & N. Winthagen, *Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer. Over tarieven, transparantie en tribunalen in het auteursrecht* (studie in opdracht van het WODC), Amsterdam/Leiden 2007. Een samenvatting van het rapport is gepubliceerd in *AMI* 2008, afl. 4, p. 94-98.

dingsclausules; in de praktijk worden deze contracten ook daadwerkelijk geheim gehouden. De onderzoekers zijn van oordeel dat een vergaande tarieftransparantie een heilzame werking kan hebben op de gelijke behandeling van betalingsplichtigen en daarmee het vertrouwen in de cbo's kan versterken".⁵

Aanvankelijk voorzag art. 2, tweede lid, onderdeel a, onder (iii) van de Wet toezicht (oud) in de verplichting "de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen" van cbo's openbaar te maken. Ten gevolge van de omzetting van de Europese Richtlijn collectief beheer (Richtlijn 2014/26/EU), zijn de transparantieregels aangepast.⁶ Op grond van art. 2p lid I sub c van de huidige Wet toezicht zijn de cbo's thans verplicht tot actieve openbaarmaking van "standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen". Het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA) heeft tot taak op de naleving van deze verplichting toe te zien, en deze zondig te handhaven door aanwijzingen te geven, een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen.

De onderhavige bepaling vormt een getrouwe implementatie van art. 21 lid I van Richtlijn 2014/26/EU, de Richtlijn collectief beheer. Een specifieke openbaarmakingsplicht kwam in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel overigens nog niet voor.⁷ Wel voorzag art. 18 van het richtlijnvoorstel in een inzage-recht ten aanzien van (onder meer) "standaardlicentieovereenkomsten en toepasselijke tarieven". Dat deze informatie in de definitieve richtlijn voorwerp is geworden van een actieve openbaarmakingsplicht is het gevolg van een amendement door de Commissie Cultuur en Onderwijs (CULT) van het Europees Parlement.⁸ In haar rapport voor de Commissie onderstreept mw. Trüpel het belang van maximale transparantie; het amendement zelf wordt echter verder niet toegelicht. In de definitieve richtlijn⁹ wordt de term "standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen" niet gedefinieerd; in de toelichting bij de richtlijn valt over de precieze betekenis van deze bepaling evenmin iets te lezen.

Terzijde zij opgemerkt dat de richtlijn voorziet in minimum-harmonisatie. Het staat de lidstaten van de EU derhalve vrij om strengere transparantie-eisen op te leggen aan de beheersorganisaties. Dit blijkt uitdrukkelijk uit Overweging 9 bij de richtlijn, alsmede uit de aanhef van art. 21 lid I van de richtlijn: "De lidstaten zien erop toe dat een collectieve beheer-

organisatie op zijn minst de volgende informatie openbaar maakt: [...]".

De begrippen "standaardlicentieovereenkomsten" en "normaal toepasselijke tarieven" worden in de huidige Wet toezicht evenmin gedefinieerd. Volgens de memorie van toelichting vormt deze bepaling weliswaar een implementatie van art. 21 van de richtlijn, maar: "[e]en soortgelijke openbaarmakingsverplichting als in dit artikel was reeds opgenomen in artikel 2, tweede lid, onderdeel a, onder (iii) van de Wet toezicht". Volgens die bepaling strekte de openbaarmakingsplicht van de cbo's zich onder meer uit tot: "(iii) openbaarmaking van de statuten, de geschillenregeling, het repartitiereglement, de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen, de mate van representativiteit, de mate van legitimiteit en de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbers".

3. Waarom transparantie?

Nu een toelichting op de openbaarmakingsregels in de richtlijn en de wet nagenoeg ontbreekt, is het van belang op zoek te gaan naar de ratio ervan. Deze is in de eerste plaats terug te voeren op de economische wetmatigheden van het collectieve beheer. Collectief rechtenbeheer vertoont de kenmerken van een 'natuurlijk monopolie', dat wil zeggen: een monopolie dat economisch efficiënter is dan vrije mededinging. Zo'n kenmerk is bijvoorbeeld de zeer hoge toetredingsdrempel waarmee een nieuwkomer op de markt wordt geconfronteerd. Nationaal en internationaal repertoire is doorgaans exclusief, door middel van aansluit- en wederkerigheidscontracten, onder de bestaande rechtenorganisaties verdeeld. Het opbouwen van een nieuwe rechtencatalogus vergt enorme investeringen. De database van bijvoorbeeld BUMA is van onschatbare waarde, en valt moeilijk te dupliceren. Hier komen zogenoemde 'netwerkeffecten' nog bij. De economische waarde van een wereldrepertoire dat door blanketlicensing kan worden geëxploiteerd, is veel groter dan de som der delen. Ook de *economies of scale* maken toetreding tot de markt voor nieuwkomers onaantrekkelijk. De vaste kosten van incasso, administratie en repartitie dienen op een aanvankelijk zeer beperkte royaltyomzet afgewenteld te worden, zodat bestaande cbo's ten opzichte van nieuwkomers grote concurrentievoordelen genieten. Dit 'natuurlijke' monopolie wordt ten aanzien van een aantal cbo's in Nederland (waaronder BUMA en SENA) nog versterkt door een wettelijk monopolie.¹⁰

5 Id., p. 60.

6 Zie over de implementatiewet: W. Brants, 'Toezicht op collectieve beheersorganisaties in de steigers', *AMI* 2017, afl. 3, p. 116-124.

7 Europese Commissie, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor onlinegebruik op de interne markt*, Brussel, 11 juli 2012, COM(2012) 372 final.

8 Opinie van 1 juli 2013, 2012/0180(COD), rapporteur Helga Trüpel, amendement nr. 111.

9 Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en De Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt, *Pb L* 84/72 van 20 maart 2014.

10 P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?', *AMI* 2003, afl. 5, p. 203 e.v.; K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', *AMI* 2004, afl. 2, p. 45 e.v.

Ten einde te voorkomen dat de cbo's misbruik maken van hun monopolie of machtspositie voorziet de Wet toezicht in navolging van art. 16 lid 2 van de richtlijn in een aantal verplichtingen waaraan marktspelers in een vrije markt normaliter niet behoeven te voldoen.¹¹ Het gaat hierbij niet enkel om de openbaarmakingplicht, maar ook om het vereiste dat "licentievoorwaarden zijn gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende criteria" en tarieven "billijk [zijn] in verhouding tot onder meer de economische waarde van het gebruik van de rechten in het handelsverkeer" (art. 21 lid 2 Wet toezicht; art. 16 lid 2 Richtlijn).¹² De wettelijke openbaarmakingplicht hangt direct samen met de verplichting die op de cbo's rust om billijke en niet-discriminerende tarieven en licentievoorwaarden te hanteren. Immers, indien deze voorwaarden niet kenbaar zijn voor potentiële gebruikers en hun concurrenten c.q. voor de toezichthouder kan deze verplichting niet effectief worden afgedwongen.

Ten aanzien van SENA, dat geen verbodsrechten beheert maar vergoedingsrechten incasseert, geldt dit a fortiori. De 'billijke vergoeding' die op grond van art. 7 lid 1 WNR toekomt aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten is een wettelijk (en zelfs Unierechtelijk) begrip. In het arrest *Sena/NOS* heeft het Hof van Justitie een aantal factoren door de Hoge Raad benoemd en geaccordeerd aan de hand waarvan de hoogte van de vergoeding kan worden bepaald.¹³ Tot deze 'Sena-factoren' behoren onder meer "de bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van de rechten voor uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken, de tarieven die de publieke omroepen in de buurlanden van de betrokken lidstaat toepassen en de door de commerciële omroepen betaalde bedragen". Het is voor de vaststelling van de billijke vergoeding – voor rechthebbenden, gebruikers en, indien noodzakelijk, de nationale rechter – derhalve van essentieel belang dat deze tarieven inzichtelijk zijn.

Behalve economische motieven spelen ook andere factoren een rol. De cbo's die onder de vigeur van een wettelijk monopolie opereren (SENA, BUMA, St. Leenrecht. St. Reprorecht en St. De Thuis kopie) verrichten in wezen een (semi-) publieke culturele taak. Ook om die reden is transparantie van licentievoorwaarden en tarieven gewenst.

Deze tweeledige ratio van het toezicht op het collectief beheer wordt in het recente concept-wetsvoorstel tot aan-

passing van de Wet toezicht, dat in 2018 onderwerp was van een internetconsultatie,¹⁴ als volgt verwoord: "Extern toezicht op collectief beheer van auteursrechten is aangewezen omdat cbo's en obo's een machtspositie hebben ten opzichte van rechthebbenden en gebruikers, en vanwege de sociaal-culturele en financieel-economische belangen die met collectief beheer zijn gemoeid."

Een hiermee samenhangende ratio van de transparantieplichten, die zowel in de Europese als in de Nederlandse discussie benadrukt wordt, is het vergroten van het vertrouwen in het collectief rechtenbeheer. Zo wordt in de preambule bij de richtlijn overwogen: "Om het vertrouwen van rechthebbenden, gebruikers en andere collectieve beheerorganisaties in het beheer van rechten door collectieve beheerorganisaties te vergroten, moet elke collectieve beheerorganisatie voldoen aan specifieke transparantievereisten. [...]"¹⁵

De interpretatie van de openbaarmakingplicht met betrekking tot "standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen" dient in het licht van deze beginselen – kenbaarheid van billijke en niet-discriminerende licentievoorwaarden en bevorderen van het vertrouwen in het collectief beheer – te geschieden.

4. Openbaarmaking van tarieven in het Duitse auteursrecht

Het Duitse recht voorziet al sedert de algemene hervorming van het auteursrecht van 1965 in een uitgebreide wettelijke regeling van het collectieve rechtenbeheer. Deze regeling kreeg aanvankelijk haar beslag in het *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz* (UrhWG), dat in 1966 in werking trad. Bij de implementatie van de Europese richtlijn in 2016 is deze wet vervangen door een geheel nieuwe wet, het *Verwertungsgesellschaftengesetz* (VGG).

Centraal in het Duitse systeem staat van oudsher de 'Abschlusszwang': de cbo's zijn wettelijk verplicht met alle gebruikers onder 'angemessene' (billijke) voorwaarden licenties af te sluiten (art. 13 UrhWG). Voorts verplichtte art. 13 van de oude Duitse wet de cbo's tot vaststelling van tarieven en tot publicatie daarvan, met inbegrip van tariefswijzigingen, in de officiële *Bundesanzeiger*.¹⁶ De ratio van deze dubbele verplichting was gelegen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak, in het gelijkheidsbeginsel: gelijke gevallen

11 Voor cbo's zonder wettelijk monopolie geldt dit evenzeer. Zie de MvT bij de oude Wet van 7 maart 2013: "Omdat marktwerking doorgaans ontbreekt, is er reden om ook vrijwillige beheersorganisaties onder het toezicht te brengen en wettelijk te verplichten tot openbaarmaking van gegevens die inzicht bieden in hun algemene en financiële beleid." *Kamerstukken II 2008/09*, 31 766, nr. 3, p. 2; zie tevens *Kamerstukken II 2000/01*, 27 775, nr. 3, p. 10.

12 Art. 16 lid 2, eerste zin van de richtlijn luidt: "Licentievoorwaarden zijn gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende criteria. [...] Rechthebbenden ontvangen een passende vergoeding voor het gebruik van de rechten. Tarieven voor exclusieve rechten en rechten op vergoeding zijn redelijk in verhouding tot onder meer de economische waarde van het gebruik van de rechten in het handelsverkeer, gelet op de aard en reik-

wijde van het gebruik van de werken en andere materie, en in verhouding tot de economische waarde van de door de collectieve beheerorganisatie verstrekte dienst." Zie tevens Overweging 31 bij de richtlijn.

13 HR 9 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AP0565, NJ 2001/569 m.nt. D.W.F. Verkade; HvJ EG 6 februari 2003, zaak C-245/00, ECLI:EU:C:2003:68.

14 Het concept is op 12 april 2018 gepubliceerd, en te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/wettoezicht>.

15 Overweging 34 bij de richtlijn.

16 Art. 13 lid 2 UrhWG luidde: "Die Verwertungsgesellschaft ist verpflichtet, die Tarife und jede Tarifänderung unverzüglich im Bundesanzeiger zu veröffentlichen."

dienen in het algemeen belang gelijk behandeld te worden. Gelijke behandeling dient niet enkel het belang van de gebruikers, maar ook dat van de cbo's, die zich door het hanteren van vaste tarieven onderhandelings- en transactiekosten kunnen besparen.¹⁷ Op grond van deze publicatieplicht zijn alleen al meer dan tachtig verschillende GEMA-tarieven in de Bundesanzeiger openbaar gemaakt.¹⁸

Het begrip 'Tarif' werd in het UrhWG niet gedefinieerd. De krachtens de wet vastgestelde tarieven golden als voor cbo's bindende prijslijsten en werden in de praktijk voor een veelheid van gelijksoortige ('typische') gebruikshandelingen vastgesteld. De cbo's waren echter niet verplicht om voor ieder afzonderlijk geval een tarief vast te stellen.¹⁹ In het *Musik-automat*-arrest overwoog het Duitse Bundesgerichtshof dat het doel van de wettelijk voorgeschreven tarifiering mede erin gelegen is "bestimmte Sachverhalte in ihren typischen Gegebenheiten schematisch zu erfassen. Die praktische Anwendbarkeit eines Tarifs würde jedoch in Frage gestellt, wenn er auf seiten des Musikveranstalters nicht in sachgerechter Differenzierung die typischen Gegebenheiten, sondern die jeweiligen besonderen Umstände berücksichtigen würde".²⁰ Een 'Tarif' dient dus een zekere mate van abstractie te weerspiegelen. Het betreft een standaardtypische gebruiksvorm, waarbij geen rekening wordt gehouden met iedere omstandigheid van het geval.

Blijkens art. 13 lid 1 UrhWG vielen onder 'Tarife' ook de vergoedingsregels in zogenaamde 'Gesamtverträge' (koepel- of brancheovereenkomsten), die de cbo's op grond van de wet verplicht waren af te sluiten.²¹ De publicatieplicht strekte zich uit tot de in 'Gesamtverträge' opgenomen 'Standardvergütungssätze' (vergoedingsregels), tenzij deze afzonderlijk als tarieven werden gepubliceerd.²²

Het UrhWG is in 2016 vervangen door het *Verwertungsgesellschaftengesetz* (VGG), waarin de minimumnormen van de Europese richtlijn zijn geïmplementeerd. Diverse kenmerkende bepalingen uit de oude wet zijn behouden gebleven. Zo voorziet art. 34 lid 1 VGG evenals voorheen in een 'Abschlusszwang', met dien verstande dat het discriminatieverbod in de tekst van de nieuwe wet onder invloed van de richtlijn thans specifiek tot uitdrukking komt.²³ Ook de wettelijke verplichting voor cbo's om tarieven vast te stellen is in de nieuwe wet gehandhaafd (art. 38 VGG), evenals de verplichting om met gebruikersorganisaties 'Gesamtverträge' af

te sluiten (art. 35 VGG). Het begrip 'Tarif' wordt evenmin als in de oude wet gedefinieerd. Wel bepaalt art. 35, tweede zin, VGG dat de in een koepelovereenkomst overeengekomen 'Vergütungssätze' (vergoedingsregels) als 'Tarife' hebben te gelden.²⁴ Het toezicht berust evenals voorheen bij het Deutsches Patentamt- und Markenamt (DPMA).

Niet gehandhaafd is echter de wettelijke verplichting tot publicatie van tarieven in de Bundesanzeiger. In plaats daarvan implementeert art. 56 VGG de openbaarheidsregels van art. 21 van de richtlijn. De cbo's zijn op grond van deze bepaling verplicht op hun Internetpagina's onder meer te publiceren: "(3) die Standardnutzungsverträge, (4) die Tarife und die Standardvergütungssätze, jeweils einschließlich Ermäßigungen, (5) die von ihr geschlossenen Gesamtverträge". In afwijking van de letterlijke tekst van de richtlijn strekt de openbaarheid zich derhalve tevens uit tot 'Standardvergütungssätze' (vergoedingsregels) en 'Gesamtverträge'. Volgens informatie verkregen van de DPMA zijn 'Standardvergütungssätze' in wezen tarieven waarvoor de transparantieplicht ten volle geldt.

De Duitse praktijk laat met dat al een grote mate van transparantie van tarieven, standaardlicenties, tariefregels en koepelovereenkomsten zien. Ook al zijn de cbo's niet langer wettelijk verplicht hun tarieven op de Bundesanzeiger te publiceren, in de praktijk worden de tarieven hier nog steeds openbaar gemaakt. Op de Bundesanzeiger, die online is te raadplegen,²⁵ zijn honderden tarieven van een groot aantal cbo's te vinden. Daarnaast publiceren de cbo's ingevolge de regels van de nieuwe wet op hun eigen websites alle mogelijke tariefinformatie en Gesamtverträge.²⁶

5. Het algemene mededingingsrecht

Zoals wij zagen in paragraaf 3, hangen de openbaarheidsregels samen met de wettelijke plicht die op cbo's rust om jegens hun gebruikers billijke en niet-discriminerende tarieven en licentievooraarden te hanteren. Deze verplichtingen vloeien voort uit de monopolie- c.q. machtsposities waarover de cbo's de jure of de facto beschikken. Op zoek naar de betekenis van deze begrippen lijkt het daarom zinvol een vergelijking te maken met het algemene mededingingsrecht. Hierbij zij voorop gesteld dat de regels van de Wet toezicht als *lex specialis* bij de concrete toepassing van deze wet zullen prevaleren.

17 Zie de ambtelijke toelichting bij de UrhWG, UFITA 1966, nr. 46, p. 271, 282; Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz. Kommentar*, München: C.H. Beck, 4e druk, p. 1848.

18 J. Reinbothe, in: D. Gervais (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3e druk, p. 224.

19 Dreier/Schulze, p. 1849.

20 Bundesgerichtshof 1 mei 1973, zaak I ZR 145/71 (*Musikautomat*), GRUR 1974, 35.

21 Dreier/Schulze, p. 1852.

22 Dreier/Schulze, p. 1852-1853."

23 Art. 34 lid 1 VGG luidt: "Die Verwertungsgesellschaft ist verpflichtet, aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen

zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen. Die Bedingungen müssen insbesondere objektiv und nichtdiskriminierend sein und eine angemessene Vergütung vorsehen."

24 Art. 35 VGG luidt: "Die Verwertungsgesellschaft stellt Tarife auf über die Vergütung, die sie aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte fordert. Soweit Gesamtverträge abgeschlossen sind, gelten die dort vereinbarten Vergütungssätze als Tarife."

25 Zie <https://www.bundesanzeiger.de>.

26 Zie voor GEMA: <https://www.gema.de/musiknutzer/musik-licenzieren/gesamtvertragspartner/>.

Het algemene mededingingsrecht heeft voor Nederland zijn beslag gekregen in de Mededingingswet (Mw). Belangrijker zijn echter de Europese mededingingsregels waarop de Nederlandse mededingingsregels inhoudelijk zijn gebaseerd, in het bijzonder de artikelen 101 en 102 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU). Hoewel het hanteren van verschillende prijzen voor gelijkwaardige prestaties in beginsel is te beschouwen als normaal en in het handelsverkeer geoorloofd gedrag, kunnen onbillijke prijzen en prijsdiscriminatie onder omstandigheden in strijd komen met het kartelverbod (art. 6 MW, art. 101 VWEU) en het verbod op misbruik van machtspositie (art. 24 MW, art. 102 VWEU).

Besluiten van mededingingsautoriteiten ten aanzien van cbo's hebben in de praktijk vooral betrekking op gevallen van machtsmisbruik. Op grond van art. 102 VWEU is het ondernemen verboden misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Dat cbo's een machtspositie innemen is evident. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt voorts dat van merkbare beïnvloeding van de interne markt in gevallen van machtsmisbruik door cbo's vrijwel steeds sprake zal zijn, nu de cbo's op grond van wederkerigheids-overeenkomsten ook de rechten van buitenlandse rechtshouders beheren.²⁷

Misbruik van machtspositie in de zin van art. 102 VWEU kan onder meer bestaan in "a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden" en "c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging". De in de Wet toezicht aan de cbo's opgelegde verplichting om billijke en niet-discriminerende tarieven en voorwaarden te hanteren, weerspiegelt aldus de algemene regels van het mededingingsrecht.

Omdat bij het collectieve rechtenbeheer normale marktwerking ontbreekt, en er dus geen 'marktconforme' prijzen ontstaan om aan te refereren, is het in de praktijk lastig om de onbillijkheid van een cbo-tarief vast te stellen.²⁸ Uit de rechtspraak van het Europese Hof blijkt wel dat als de tarieven van een cbo significant hoger zijn dan die in omliggende landen, dit een indicatie oplevert voor misbruik in de zin van art. 102 sub a) VWEU.²⁹ Het algemene belang van openbaarheid van tarieven wordt hierdoor onderstreept.

Prijsdiscriminatie – het hanteren van verschillende prijzen voor gelijkwaardige prestaties – wordt gezien als een van de meest complexe kwesties in het Europese mededingingsrecht.³⁰ Dat komt met name omdat de economische gevolgen van prijsdiscriminatie niet zonder meer positief of negatief zijn voor de totale economische welvaart. Het mededingingsrecht voorziet daarom ook niet in een algemeen verbod op prijsdiscriminatie. Uitgaande van de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen, is prijsdiscriminatie enkel verboden indien daardoor de mededinging wordt vervalst.

In de Europese jurisprudentie is prijsdiscriminatie vooral in het kader van (thans) art. 102 sub c) VWEU (misbruik van machtspositie) aan de orde geweest. Op grond hiervan is verboden "het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging". Een vraag die daarbij rijst is wat onder een 'gelijkwaardige prestatie' is te verstaan. Aannemelijk is dat indien de kosten voor het leveren van de prestaties aanmerkelijk verschillen, er geen sprake is van gelijkwaardigheid. Omgekeerd maakt een eventueel verschil in koopkracht van de afnemers van de prestaties de geleverde prestaties niet ongelijkwaardig. Helaas bieden de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het Europese Hof weinig aanknopingspunten voor de uitleg van dit criterium.³¹

In 2008 heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over prijsdiscriminatie door een cbo.³² De Zweedse muziekrechtenorganisatie STIM (zusterorganisatie van BUMA) hanteerde voor de uitzending van muziekwerken door commerciële televisiezenders een ander tariefmodel (gebaseerd op reclame-inkomsten) dan voor de publieke televisiezenders, die in Zweden geen reclame-inkomsten genieten. De Zweedse commerciële televisiezenders Kanal 5 en TV 4 klaagden bij de Zweedse mededingingsautoriteit over misbruik van machtspositie door STIM, waarna de Zweedse mededingingsrechter vragen van uitleg over art. 82 EG-verdrag (thans art. 102 VWEU) stelde aan het Hof van Justitie. Met betrekking tot de discriminatieklacht oordeelde het Hof: "Artikel 82 EG moet aldus worden uitgelegd dat wanneer een auteursrechtenbureau de royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, het daarmee misbruik kan maken van zijn machtspositie in de zin van dat artikel indien het ten opzichte van deze televisiezenders ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties en hun daar-

27 Zie HvJ EU 14 september 2017, zaak C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 (AKKA en LAAI Konkurrences padome), AMI 2018, afl. 2, p. 61, m.nt. S.C. van Loon.

28 K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging' (deel 2), AMI 2004, afl. 3, p. 89-91; S.C. van Loon, AMI 2018, afl. 2, p. 68.

29 HvJ EG 30 juli 1989, zaak C-395/87 (Tournier); HvJ EU 14 september 2017, zaak C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689 (AKKA en LAAI Konkurrences padome), r.o. 53.

30 D. Geradin & N. Petit, 'Price Discrimination under EC Competition Law: the Need for a case-by-case Approach', GCLC Working Paper 07/05.

31 Geradin e.a., p. 8.

32 HvJ EG 11 december 2008, zaak C-52/07 (Kanal 5 Ltd en TV 4 AB tegen Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa).

mee nadeel berokkent bij de mededinging, tenzij een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd.”

Prijstdiscriminatie door cbo's is derhalve in beginsel ongeoorloofd, tenzij de ongelijk behandelde afnemers geen concurrenten van elkaar zijn of indien de discriminatie objectief valt te rechtvaardigen. Een eventuele objectieve rechtvaardigingsgrond voor tariefdiscriminatie zou volgens het Hof bijvoorbeeld gevonden kunnen worden “in de taak en de wijze van financiering van de publieke televisiezenders”.³³

In een recent arrest heeft het Hof van Justitie zich opnieuw uitgelaten over prijsdiscriminatie door een cbo. Volgens de Portugese aanbieder van betaaltelevisiediensten MEO maakte de *Gestão dos Direitos dos Artistas (GDA)*, die in Portugal de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars collectief beheert, zich schuldig aan machtsmisbruik door buitensporig hoge tarieven te hanteren en MEO een ander tarief in rekening te brengen dan een andere (concurrerende) aanbieder van betaaltelevisiediensten. De Portugese mededingingsrechter stelde in verband met deze klacht vragen van uitleg aan het Europese Hof.³⁴

In zijn uitgebreide conclusie voor het arrest benadrukt advocaat-generaal Wahl dat prijsdiscriminatie door een dominante marktpartij niet zonder meer in strijd is met het mededingingsrecht, maar dat daarvan eerst sprake is als de mededinging hierdoor in concreto kan worden vervalst. Dit vergt een analyse gebaseerd op de omstandigheden van het geval, waarbij overigens een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededingingspositie van (een van) de marktdeelnemers niet bewezen hoeft te worden. Eventuele verschillen in behandeling die geen of zeer geringe gevolgen hebben voor de mededinging vormen volgens de A-G in elk geval geen misbruik van een machtspositie.

Het Hof van Justitie sluit zich in zijn arrest *grosso modo* aan bij de conclusie van de A-G, en oordeelt als volgt: “Het begrip ‘nadeel bij de mededinging’ in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het, in het geval waarin een onderneming met een machtspositie discriminerende prijzen toepast op haar handelspartners op de stroomafwaartse markt, ziet op de situatie waarin deze gedraging een verstoring van de mededinging tussen deze handelspartners tot gevolg kan hebben. Voor de vaststelling van een dergelijk ‘nadeel bij de mededinging’ is geen bewijs van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededingingspositie vereist, maar die vaststelling moet worden gebaseerd op een analyse van alle relevante omstandigheden van het concrete geval die de slotsom rechtvaardigt dat die gedraging invloed heeft op de kosten, winsten, of enig ander relevant belang van een of meer van

voornoemde partners, zodat deze gedraging die mededingingspositie kan aantasten.”

Uit deze jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat het mededingingsrecht niet toelaat dat cbo's, waarvan mag worden aangenomen dat zij een economische machtspositie innemen, aan hun gebruikers verschillende tarieven voor in beginsel gelijkwaardige licenties (rechtenverleningen) op te leggen, tenzij (1) hierdoor de mededinging tussen de gebruikers niet (merkbaar) wordt beïnvloed, en (2) de prijsdiscriminatie objectief valt te rechtvaardigen.³⁵ Het mededingingsrechtelijke misbruikverbod gaat daarmee minder ver dan de Wet toezicht en de Europese richtlijn waarop de wet is gebaseerd, die beide voorzien in een algemeen verbod op discriminerende tarieven.

6. Interpretatie en conclusies

In dit artikel staat centraal de vraag tot welke licentieovereenkomsten en tarieven de ingevolge de Wet toezicht voor cbo's geldende openbaarheidsregels zich uitstrekken. Wat zijn nu de “standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen” waarvoor deze verplichting geldt? Duidelijk is dat het antwoord op deze vraag niet onmiddellijk gevonden kan worden in de definities en toelichtingen van de Wet toezicht en de Richtlijn collectief beheer. De betekenis van de begrippen moet daarom worden beredeneerd op basis van hun betekenis in het gewone taalgebruik, en de ratio die aan de openbaarheidsplicht ten grondslag ligt.

1. Het moet gaan om door de cbo's gehanteerde licentieovereenkomsten en door de cbo's vastgestelde vergoedingsbedragen. De openbaarmakingsplicht strekt zich uit tot overeenkomsten die “standaard” en tarieven die “normaal toepasselijk” zijn. Het spreekt daarbij vanzelf dat onder “tarieven” niet enkel vaste prijzen zijn te verstaan, maar ook vergoedingspercentages en (andere) tariefregels of -grondslagen.
2. De term “standaardlicentieovereenkomsten” suggereert dat het in alle gevallen zou moeten gaan om een *licentieovereenkomst* in juridische zin. Niet alle cbo's opereren echter op basis van uitsluitende rechten; diverse rechtenorganisaties zijn belast met het incasseren van wettelijke vergoedingsrechten, zoals bijvoorbeeld SENA en de Stichting Reprorecht. Gezien het ruime toepassingsbereik van de Wet toezicht en de richtlijn meen ik echter dat de door dergelijke cbo's gehanteerde standaardgebruiks-overeenkomsten in beginsel eveneens als “standaardlicentieovereenkomst” in de zin van art. 2 p lid 1 sub c van de Wet toezicht kunnen worden aangemerkt.

³³ Id., r.o. 47.

³⁴ HvJ EU 19 april 2018, zaak C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270 (*MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA tegen Autoridade da Concorrência*).

³⁵ Zie ook European Commission, Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the Euro-

pean Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, Annex C, Brussel, 1 juli 2012, SWD(2012) 204 final.

3. Het Van Dale-woordenboek definieert het adjectief/bijwoord *standaard* als “normaal, geldend voor alle gevallen”. Een “standaard” overeenkomst is, hiervan uitgaande, een overeenkomst die geldt voor een veelheid van gelijksoortige gevallen. Voor een “normaal toepasselijk” tarief geldt *mutatis mutandis* hetzelfde.³⁶
4. ‘Standaardlicentieovereenkomsten’ als bedoeld in de Wet toezicht dienen niet te worden verward met ‘algemene voorwaarden’ in de zin van afdeling 6.5.3 BW, ook wel ‘standaardvoorwaarden’ geheten.³⁷ Nog afgezien van beginsmatige verschillen, bestaat er tussen de rechtsgronden van beide rechtsregimes een belangrijk onderscheid. Terwijl de regeling van algemene voorwaarden in het BW primair ten doel heeft om contractspartijen te beschermen tegen de gevolgen van eenzijdige, niet-onderhandelbare en daardoor dikwijls oneerlijke contractvoorwaarden, hebben de tariefregels in de Wet toezicht primair een ander doel, te weten het waarborgen van gelijke behandeling van gebruikers. De openbaarmakingplicht in de Wet toezicht geldt derhalve niet enkel voor eenzijdig door de cbo’s vastgelegde tarieven, maar evenzeer voor ‘standaard’ tarieven en licentievoorwaarden waarover wel – op sector- of brancheniveau – is onderhandeld. In de Nederlandse praktijk van ‘polderen’ is dit laatste eerder regel dan uitzondering. Allerlei door de cbo’s openbaargemaakte tarieven en voorwaarden, zoals de tarieven van BUMA voor horecagebruik, zijn het product van uitgebreide en soms langdurige onderhandelingen tussen de cbo’s en ondernemers- of brancheorganisaties.³⁸
5. Uit de toelichting op de Nederlandse implementatiewet blijkt dat naar het oordeel van de wetgever de wettelijke publicatietechniek in omvang vergelijkbaar is met de regels die voordien golden onder de oude wet. De regering spreekt van een “soortgelijke verplichting”. Onder de oude wet strekte de openbaarmakingplicht zich uit tot onder meer “de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen, [...]”. Nergens blijkt uit de toelichting dat ten gevolge van de implementatie de reikwijdte van de openbaarmakingplicht is ingeperkt. Mede gezien het feit dat de voorschriften van de richtlijn strekken tot minimumharmonisatie, en de lidstaten derhalve de ruimte is gelaten tot strengere voorschriften, ligt het mijns inziens voor de hand de huidige regels mede in het licht van het oude recht te interpreteren.
6. Uit de geschiedenis van de Wet toezicht en de Europese richtlijn valt op te maken dat de wettelijke transparantieplichten een tweeledig doel dienen: (1) om controle op de verplichting die op de cbo’s rust om billijke en niet-discriminerende handelsvoorwaarden bij licentieverlening

te hanteren te faciliteren; en (2) om het vertrouwen in het collectief beheer te bevorderen. De uitleg van de wettelijke openbaarmakingplicht dient derhalve mede met het oog op deze doelstellingen te geschieden.

7. De tariefbeginselen van de Wet toezicht en de richtlijn vormen een echo van het algemene mededingingsrecht. Zoals de mededingingsrechtelijke rechtspraak van het Europese Hof van Justitie laat zien impliceert art. 102 VWEU (misbruik van machtspositie) een verbod voor cbo’s om onbillijke tarieven te hanteren. Tevens is het de cbo’s verboden hun gebruikers verschillende tarieven voor gelijkwaardige licenties op te leggen, tenzij (1) hierdoor de mededinging tussen de gebruikers niet (merkbaar) wordt beïnvloed, en (2) deze prijsdiscriminatie objectief valt te rechtvaardigen.

Conclusie

De Europese rechtspraak geeft steun aan de opvatting dat het begrip “standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen” in de richtlijn en de Wet toezicht ruim is uit te leggen. Het discriminatieverbod vervult daarbij mijns inziens een sleutelrol. Indien met een gebruiker een licentie is overeengekomen voor een gebruiksvorm van werken/prestaties die gelijkwaardig is aan door andere gebruikers verrichte diensten, is de cbo in beginsel verplicht met andere gebruikers onder dezelfde of vergelijkbare voorwaarden te contracteren. Gesteld zou kunnen worden dat in dergelijke gevallen van gelijkwaardigheid, uit de aard der zaak, sprake is van een “normaal toepasselijk tarief” waarvoor de openbaarmakingplicht van de Wet toezicht heeft te gelden.

Niet als ‘standaardlicentieovereenkomst’ of ‘normaal toepasselijk tarief’ te beschouwen is daarentegen de licentieovereenkomst met bijbehorend tarief die met slechts een enkele gebruiker voor een geïndividualiseerde gebruiksvorm is afgesloten. Een voorbeeld zou kunnen zijn de overeenkomst die enkele cbo’s enkele jaren geleden hebben afgesloten met de Koninklijke Bibliotheek teneinde de digitalisering van een deel van de boekencollectie van de KB mogelijk te maken.

Anders dan in Duitsland strekt de publicatieplicht van de Wet toezicht zich naar de letter niet uit tot de door cbo’s met gebruikersverenigingen of branchesectoren afgesloten koepel- of branche-overeenkomsten. Dat neemt niet weg dat dergelijke overeenkomsten de licenties en tarieven of tariefgrondslagen voor een veelheid van gebruikers categoriaal plegen te regelen. In zoverre zijn dergelijke overeenkomsten, althans de daarin opgenomen licentievoorwaarden

36 Dat de term ‘standaard’ moet worden opgevat in de zin van ‘normaal’, blijkt uitdrukkelijk uit een vergelijking met de Engelse tekst van de corresponderende richtlijnbevestiging (art. 21 lid 1 sub c), waar het woord ‘standard’ ook wordt gebruikt in relatie tot de tarieven (“standard licensing contracts and standard applicable tariffs”), in de Nederlandse versie (“standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven”).

37 Zie E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

38 Zie H.O. van den Berg, ‘Moeizame verbetering van de incasso van het auteursrecht’, *AMI* 2012, afl. 2, p. 54; J.G.M. Kroeze, ‘Collectieve rechten-organisaties en mededinging’, *AMI* 2004, afl. 5, p. 169.

en tarieven of tariefgrondslagen, mijns inziens wel degelijk op te vatten als ‘standaardlicentieovereenkomsten’ of ‘normaal toepasselijke tarieven’ waarvoor de publicatieplicht geldt.

Ik concludeer dan ook dat onder ‘standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen’ niet enkel de door de cbo’s aan een veelheid van gelijksoortige gebruikers opgelegde standaardovereenkomsten en -tarieven behoren te worden begrepen (zoals bijvoorbeeld de door BUMA gehanteerde horeca-tarieven). Ook overeenkomsten en tarieven die voor beperkte gebruikersgroe-

pen gelden kunnen als ‘standaard’ voor deze categorie gebruikers worden aangemerkt. Dat geldt met name voor de door de cbo’s met de publieke, regionale en lokale omroeporganisaties afgesloten overeenkomsten, die thans nog niet actief openbaar worden gemaakt. Hoewel deze contracten formeel slechts voor een relatief klein aantal partijen gelding hebben, zijn deze overeenkomsten bindend voor een complete gebruikersgroep, en vormen zij de ‘standaard’ voor de door de cbo’s met deze gebruikers afgesloten overeenkomsten.