

Bij Kabinetsmissive van 1 augustus 2008, no.08.002288, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (hierna: CBO's) te versterken en verbreden. Daartoe wordt het toezicht door het College van Toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (hierna: het College) uitgebreid tot bepaalde organisaties van vrijwillig collectief beheer en wordt onder meer een instemmingsrecht ingevoerd voor het College bij eenzijdig voorgenomen verhogingen van de standaardtarieven voor exploitatie van auteurs- en naburige rechten (preventief tarieventoezicht). Voorts wordt voorzien in een onafhankelijke geschillencommissie voor de beslechting van tariefgeschillen.

De Raad van State maakt opmerkingen over onder meer het preventieve tarieventoezicht en de criteria voor plaatsing van CBO's op de lijst van de bij het voorstel behorende bijlage. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Preventief tarieventoezicht

Auteursrechten en naburige rechten verschaffen aan makers van werken exclusieve rechten tot verveelvoudiging en openbaarmaking van hun werken.¹ Op basis van die exclusieve rechten kunnen rechthebbenden een vergoeding verlangen van gebruikers van hun werken. De hoogte van deze vergoedingen is onder normale marktomstandigheden het resultaat van vraag en aanbod. Voor de exploitatie van auteursrechten is dit anders. In veel gevallen zijn de auteursrechten van makers van werken geconcentreerd bij CBO's, die op grond van hun wettelijke mandaat of hun feitelijke monopolie tegenover gebruikers een dominante positie innemen.² Omdat dit de concurrentie beperkt op de markt voor exploitatie van auteursrechten, is toezicht noodzakelijk om rechthebbenden en betalingsplichtigen "waarborgen te bieden voor een transparant en efficiënt functioneren van deze organisaties".³ In dit toezicht kan het College niet voorzien, omdat het niet over de middelen beschikt om tarieven van CBO's te toetsen. Het toezicht kan evenmin door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) worden geboden; artikel 24 van de Mededingingswet vormt geen geschikt instrument om te beoordelen of er sprake is van excessieve tarieven door CBO's.⁴ Er is met andere woorden sprake van een leemte in het toezicht. Het wetsvoorstel beoogt deze leemte te dichten door aan het College de bevoegdheid te geven tot voorafgaande goedkeuring van tariefstijgingen voor de

¹ In het vervolg van dit advies zal enkel worden gesproken over auteursrechten. Hieronder worden echter tevens verstaan naburige rechten, zoals geregeld in de Wet op de naburige rechten.

² Zie het onderzoek van Hugenholtz/Visser/Hins in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer. Over tarieven, transparantie en tribunalen in het auteursrecht (2007), blz. 1.

³ Memorie van toelichting, paragraaf 4.

⁴ Zie hierover het onderzoek "De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties" (2007).

exploitatie van auteursrechten (zie het voorgestelde artikel 3, eerste lid, onderdeel c). De Raad merkt het volgende op over dit voorgestelde preventieve tarieventoezicht.

a. *Verhouding College en NMa*

Volgens het huidige artikel 4 van de Wet collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten houdt het College geen toezicht voor zover toezicht op grond van de Mededingingswet wordt uitgeoefend door de NMa. Met deze bepaling wordt volgens de toelichting tot uitdrukking gebracht dat het kwaliteitstoezicht op de inning, het beheer en de verdeling van auteurs- en nabuurrechtelijke vergoedingen bij het College berust, terwijl het toezicht op de tarieven en tariefstructuren wordt verricht door de NMa.⁵

De Raad heeft er in zijn advies van 1 februari 2001 over het voorstel van wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten op gewezen dat artikel 4 te weinig duidelijk is over de verhouding tussen het College en de NMa.⁶ Het wetsvoorstel neemt dit probleem niet weg. De toelichting meldt slechts dat het branchebrede tarieventoezicht door het College geen afbreuk doet aan het mededingingstoezicht door de NMa.

De Raad wijst erop dat de tariefstelling een belangrijke indicator kan zijn voor misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 van de Mededingingswet en dat de goedkeuringsbevoegdheid van het College aldus gevolgen heeft voor het mededingingstoezicht door de NMa. De toelichting besteedt aan dit aspect onvoldoende aandacht. De Raad beveelt aan de toelichting ter zake aan te vullen.

b. *Preventief tarieventoezicht: beoogde doel?*

In de huidige situatie staan vijf CBO's onder het toezicht van het College (de vereniging Buma, de Stichting Exploitatie Naburige Rechten (Sena) en de stichtingen De Thuiskopie, Leenrecht en Reprerecht). De gemeenschappelijke noemer van deze CBO's is dat zij direct of indirect een aan de wet ontleende taak uitoefenen, wat gepaard gaat met een wettelijk dan wel feitelijk monopolie op de exploitatie van auteursrechten (hierna: de aangewezen CBO's).⁷ Naast de aangewezen CBO's zijn op de markt voor exploitatie van auteursrechten ook organisaties van vrijwillig collectief beheer actief, zoals de Stichting Videma en de Stichting Naburige Rechtenorganisatie voor Musici en Acteurs (Norma). Deze organisaties hebben geen wettelijk monopolie op de exploitatie van auteursrechten. Het wetsvoorstel introduceert preventief tarieventoezicht voor de aangewezen CBO's en voor nationale organisaties van vrijwillig collectief beheer die zijn vermeld in de bijlage bij het wetsvoorstel.

De Raad merkt op dat preventief tarieventoezicht de mogelijkheid biedt tot rechtstreeks ingrijpen in de tariefvaststelling door CBO's. Op een markt waar niet alleen de aangewezen CBO's maar ook organisaties van vrijwillig collectief beheer opereren, waaronder buitenlandse organisaties, betekent dit een vergaand ingrijpen in de marktverhoudingen. 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

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 8.2.

⁶ Kamerstukken II 2001/02, 27 775, B.

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.

aanmerkelijke marktmacht (vergelijk hoofdstuk 6a van de Telecommunicatiewet).⁸ De Raad adviseert het voorgestelde preventieve tarieventoezicht in dit licht in een breder perspectief toe te lichten.

c. *Tariefstijging*

De Raad wijst er op dat de tekst van en de toelichting bij het voorgestelde artikel 3, eerste lid, onderdeel c, niet met elkaar overeenstemmen. In de toelichting wordt opgemerkt dat het College in het vervolg preventief toetst of een tariefstijging niet in algemene zin als “buitensporig moet worden beschouwd”.⁹ De tekst van artikel 3 kent echter niet een beperking in de zin dat slechts misbruik door middel van buitensporige tariefstelling, door het College dient te worden bestreden. Ingevolge artikel 3, eerste lid, onderdeel c, behoeft in het vervolg elke toekomstige tariefstijging anders dan ingevolge indexering of overeenkomsten daaromtrent de voorafgaande instemming van het college. De Raad beveelt aan de toelichting in overeenstemming te brengen met de voorgestelde wettekst.

2. Plaatsing van een CBO op de lijst in de bijlage bij het wetsvoorstel

Met het wetsvoorstel wordt het toezicht op CBO's uitgebreid tot organisaties van vrijwillig collectief beheer. Het voorgestelde artikel 17, eerste lid, bepaalt dat het bij en krachtens de wet bepaalde tevens geldt voor organisaties van collectief beheer die zijn vermeld in de bijlage. Ingevolge het tweede lid komen organisaties in aanmerking voor plaatsing op de lijst in de bijlage, indien de totale incasso of het totaal aan voor verdeling beschikbare vergoedingen over twee kalenderjaren een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen drempel overschrijdt. De toelichting geeft aan dat het daarbij gaat om organisaties die wat incasso-omzet, repartitievolume of representativiteit of het bereik van de incassoactiviteiten betreft, bij (eind)gebruikers “de nodige maatschappelijke relevantie hebben”.

De Raad constateert dat met het voorstel wordt beoogd rechthebbenden en betalingsplichtigen waarborgen te bieden voor een transparant en efficiënt functioneren van CBO's. Omdat het optreden van CBO's met een vrijwillig karakter in maatschappelijk en economisch opzicht (marktmacht) vaak niet wezenlijk verschilt van dat van CBO's met een verplicht karakter, wordt het noodzakelijk geacht het toezicht uit te breiden tot deze organisaties.

De Raad onderschrijft de noodzaak het toezicht te verbreden tot organisaties van vrijwillig collectief beheer, maar hij merkt op dat het incassovolume of de voor verdeling beschikbare vergoedingen arbitraire criteria zijn voor het vaststellen van maatschappelijke relevantie van CBO's bij (eind)gebruikers. Ook “kleine” CBO's kunnen over “de nodige maatschappelijke relevantie” beschikken en hoge tarieven vaststellen. De Raad beveelt aan het criterium voor plaatsing van CBO's op de lijst in de bijlage te verduidelijken en de weinig heldere norm “de nodige maatschappelijke relevantie” in de toelichting te vermijden.

3. Gezamenlijke uitoefening van activiteiten door CBO's

Het voorgestelde artikel 21, eerste lid, bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat, en onder welke voorwaarden, CBO's hun activiteiten betreffende de inning of verdeling van vergoedingen geheel of gedeeltelijk

⁸ Zie ook het onderzoek van Hugenholtz/Visser/Hins in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer. Over tarieven, transparantie en tribunalen in het auteursrecht (2007), blz. 36.

⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 8.3.

gezamenlijk uitoefenen. De toelichting vermeldt dat aldus een grondslag wordt geschapen om een maatschappelijk ongewenste proliferatie van CBO's tegen te gaan. Tevens wordt hiermee een grondslag geboden voor eventuele samenvoeging van bepaalde incassoactiviteiten van CBO's.¹⁰

De Raad wijst er op dat CBO's ondernemingen zijn in de zin van de mededingingsrecht.¹¹ Weliswaar is een aantal van deze ondernemingen belast met een wettelijke taak en beschikken deze organisaties veelal over een economische machtspositie op de onderscheiden deelmarkten; dit neemt niet weg dat zij in beginsel met elkaar in concurrentie moeten kunnen treden. Dit volgt ook uit een recente beschikking van de Europese Commissie waarin de Commissie wijst op de wenselijkheid om het voor auteurs beter mogelijk te maken te kiezen welke CBO hun rechten beheert.¹² Een regeling die dergelijke organisaties verplicht bepaalde activiteiten samen te verrichten, bijvoorbeeld, zoals in de toelichting wordt opgemerkt, door er in te voorzien dat rechten voor beeld en geluid slechts gezamenlijk mogen worden uitgeoefend, kan de mededinging beperken tussen CBO's. De Raad is van mening dat dit op gespannen voet staat met de artikelen 10 en 81, van het EG-Verdrag.¹³ Hij beveelt aan het voorgestelde artikel 21 nader te overwegen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State,

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 7.

¹¹ Zie zaak C-41/90, Höfner, Jur. 1991, blz. I-1979.

¹² IP/08/1165.

¹³ Zie zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), Jur. 2003, blz. I-8055. In dit arrest (rechtsoverweging 46) oordeelde het Hof van Justitie EG dat de artikelen 10 en 81 EG worden geschonden wanneer een lidstaat het totstandkomen van met artikel 81 EG strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt, of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.