

Collectieve rechtenorganisaties en mededinging

Verschenen in *AMI* 2004, p. 45-50 en 89-97.

K.J. Koelman

Er is de laatste tijd veel te doen over de collectieve rechtenorganisaties. Er is een nieuwe wet die het toezicht op deze organisaties regelt, de Europese Commissie heeft een beschikking uitgevaardigd over wederkerige overeenkomsten die collectieve rechtenorganisaties willen sluiten en dezelfde Commissie kondigt al enige jaren een richtlijn aan die ten doel heeft om de vaak ondoorzichtige gang van zaken bij deze organisaties transparanter te maken. Het Europese Parlement nam daarover onlangs een resolutie aan.¹ Deze ontwikkelingen hebben direct of indirect te maken met de mededinging in de markt. In deze bijdrage worden zij besproken en in een rechtseconomisch kader geplaatst. Tevens wordt onderzocht hoe technische ontwikkelingen de mededingingsrechtelijke positie van collectieve rechtenorganisaties kunnen beïnvloeden.

Wettelijke monopolies

Aan een aantal collectieve rechtenorganisaties is een wettelijk monopolie verleend. Op grond van de wet kunnen zij als enige licenties verlenen en gelden innen voor bepaald gebruik of ten aanzien van dat gebruik auteurs vertegenwoordigen. De zogeheten ‘eigen recht’-organisaties – dat zijn de Stichting Thuiskopie, de Stichting Leenrecht, de Stichting Reprorecht en de Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (Sena) – worden zo genoemd, omdat zij een wettelijk ‘eigen recht’ hebben om gelden te innen voor het door hen beheerde gebruik en om voor dat gebruik licenties te verlenen. Zij hebben dat recht, zonder dat artiesten of auteurs het aan hen hebben verleend. Ten aanzien van het in de handel brengen van opnamemedia waarop thuiskopieën kunnen worden gemaakt, van uitlenen en van het in het openbaar ten gehore brengen van muziekopnamen kunnen artiesten of auteurs op grond van de wet de rechten niet zelf uitoefenen.² Ten aanzien van fotokopiëren kunnen zij dat sinds kort wel, maar toch kan de Stichting Reprorecht hen vertegenwoordigen, ook zonder dat daartoe een overeenkomst is gesloten.³ In deze zin heeft ook de Stichting Reprorecht een ‘eigen recht’, al moet zij dat recht delen met de eigenlijke rechthebbenden. Omdat in het geval van de Stichting Reprorecht niemand anders rechthebbenden kan vertegenwoordigen ten aanzien van het betreffende gebruik en er in de andere gevallen ook nog eens geen enkele andere partij de gelden kan innen of daarover overeenkomsten kan sluiten, is aan de genoemde organisaties onomstreden een wettelijk monopolie verleend.

De oudste, grootste en (invloed)rijkste van de collectieve rechtenorganisaties, het Bureau voor Muziekauteursrecht (Buma), is géén eigen rechtorganisatie. Buma kan auteurs slechts vertegenwoordigen, als zij hun rechten hebben overgedragen aan het auteursrechtenbureau. De rechten zijn dus niet wettelijk bij Buma neergelegd, zoals dat wel het geval is bij de bovengenoemde organisaties. Wel is in 1932, op grond van artikel 30a lid 5 Aw, een daarop gebaseerd AMVB⁴ en een beschikking aan Buma een concessie verleend om als bedrijf in Nederland muziekauteurs te vertegenwoordigen op het gebied van de uitvoeringsrechten.⁵ In

¹ Resolutie van het Europees Parlement over een communautair kader voor maatschappijen voor collectief beheer op het gebied van auteursrechten en naburige rechten (2002/2274(INI)), Notulen van 15.1.2004, P5_TA-PROV(2004)0036.

² Respectievelijk de artikelen 16d, 15f Aw en 7 jo.15 WNR.

³ Uit artikel 16/lid 5 Aw blijkt dat gebruikers niet alleen met de Stichting, maar ook met auteurs (of uitgevers) overeenkomsten kunnen sluiten over kopiëren binnen hun bedrijf.

⁴ KB van 12 oktober 1932, *Stb.* 496, laatstelijk gewijzigd in 2003, *Stb.* 2003, 177.

⁵ Ministeriële beschikking van 24 maart 1933, *Stert*, 1933 nr. 60.

theorie zou er nog een vergunning kunnen worden uitgevaardigd, maar tot op heden is dat niet gebeurd.⁶ In feite heeft ook Buma een door de wetgever gegarandeerde monopoliepositie.

Natuurlijk monopolie

Het is een standaard economische opvatting dat monopolies moeten worden vermeden; monopolisten zullen immers een 'inefficiënt' hoge prijs hanteren. Op het eerste gezicht is het daarom merkwaardig dat de wetgever aan partijen het alleenrecht verleent om een bepaalde markt te bedienen. Economen menen echter dat monopolies, ondanks de nadelen ervan, soms toch wenselijk kunnen zijn. Het verlenen van monopolies in de bovengenoemde gevallen kan economisch worden verantwoord met de theorie van de zogenaamde 'natuurlijke' monopolies.⁷ Volgens deze theorie is het in gevallen waarin zich bijzonder grote schaalvoordelen voordoen – d.w.z. dat een product goedkoper kan worden aangeboden, naarmate er meer van wordt geproduceerd – beter om aan één partij een monopolie te verlenen. Indien er concurrentie zou ontstaan, zouden meerdere producenten ieder kleinere hoeveelheden produceren, waardoor het méér zou kosten om het product te maken en het duurder zou moeten zijn. Door te verzekeren dat slechts één partij de markt bedient, bewerkstelligt een overheid dat het product tegen de laagst mogelijke prijs beschikbaar komt.

Bij collectieve rechtenorganisaties bestaat het schaalvoordeel uit kostenbesparingen van bij de organisaties aangesloten auteurs of artiesten en van licentienemers. Zij sparen de kosten uit van het afzonderlijk contracteren met iedere rechthebbende en met iedere gebruiker. Met één overeenkomst sluit de rechthebbende zich aan bij een organisatie en met één overeenkomst kan de gebruiker vervolgens de benodigde rechten verwerven. De meeste collectieve rechtenorganisaties verlenen 'blanco licenties' (dit is een vrije vertaling van het Amerikaanse '*blanket licenses*'). Dat wil zeggen dat afnemers voor een vast bedrag het recht verkrijgen om alle werken zovaak ze dat maar willen te gebruiken. Zij kunnen als het ware zelf op de blanco licentie de titels invullen van de werken die ze willen gebruiken.

Behalve contracteren, is ook handhaving goedkoper indien het wordt uitgevoerd door één organisatie. Wanneer auteurs of artiesten zelf zouden moeten controleren of en waar het object van hun recht wordt gebruikt, zouden zij immers ieder voor zich alle mogelijke inbreukmakers in de gaten moeten houden. Het moge duidelijk zijn dat het efficiënter is indien handhaving is 'gecentraliseerd'. De gezamenlijke kosten van het contracteren en van handhaving worden de 'transactiekosten' genoemd en de schaalvoordelen van collectief beheer betreffen deze transactiekosten.⁸

Deze schaalvoordelen kunnen het verlenen van wettelijke monopolies aan rechtenorganisaties rechtvaardigen.⁹ De economische theorie voorspelt echter dat monopolisten lui en arrogant worden. Met name geldt dit voor partijen wier monopolie op de wet berust; zij hebben immers geen enkele concurrentie te vrezen. Partijen die van staatswege een monopolie hebben verkregen en die daarom niet aan de discipline van de markt zijn onderworpen – standaardvoorbeelden zijn de spoorwegen en telecommunicatie-aanbieders – staan daarom dikwijls onder overheidstoezicht,

⁶ De AMVB meldt ook dat een concessie 'bij voorkeur' slechts aan één organisatie wordt verleend.

⁷ Zie hierover B.W.F. Depoorter, 'Regulation of Natural Monopoly', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, V. Regulation of Contracts*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 498-532.

⁸ F. Rochelandet, 'Are Copyright Collecting Societies Efficient? An Evaluation of Collective Administration of Copyright in Europe' (2002), p. 3, beschikbaar op: <http://www.serci.org/2002/rochelandet.pdf>; zie hierover ook R.P. Merges, 'Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations', *California Law Review* 1996, p. 1293-1387.

⁹ S.M. Besen, S.N. Kirby & S.C. Salop, 'An Economic Analysis of Copyright Collectives', *Virginia Law Review* 1992, p. 383-410.

onder meer voor wat betreft hun tarieven. Daarmee moet worden voorkomen dat zij het schaalvoordeel waardoor het product tegen een lagere prijs kan worden aangeboden, weer ongedaan maken, door een hoge monopolistenprijs te vragen. Recent is een wet aangenomen die het toezicht op de collectieve rechtenorganisaties regelt.

Wet toezicht collectieve rechtenorganisaties

Voorheen golden voor het toezicht op de verschillende organisaties verschillende regimes. Met de nieuwe wet wordt beoogd om een uniform toezichtsregime te introduceren, wat, zoals hieronder zal blijken, niet helemaal is gelukt.¹⁰ Zoals Cohen Jehoram heeft opgemerkt, hebben collectieve rechtenorganisaties naar twee kanten toe een monopoliepositie; zowel makers als gebruikers kunnen immers alléén bij deze organisaties terecht. Het monopolie ten opzichte van rechthebbenden wordt het 'interne' monopolie genoemd, dat ten opzichte van de gebruikers het 'externe'.¹¹ Naar beide kanten kunnen de collectieve rechtenorganisaties zich misdragen.

Over de problemen met betrekking tot het externe monopolie bestaat Nederlandse rechtspraak. Tot de totstandkoming van de Mededingingswet in 1998, werd de vraag of een partij misbruik maakt van een machtspositie in Nederland beoordeeld in het kader van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad. In de jaren zestig van de vorige eeuw bereikte een zaak de Hoge Raad.¹² De Hoge Raad stelt dat Buma onrechtmatig misbruik van haar machtspositie kan maken, indien zij voorwaarden oplegt die zodanig bezwaarlijk zijn voor een muziekgebruiker, dat de collectieve rechtenorganisatie daartoe, rekening houdend met alle betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen. De Raad impliceert dat Buma, als wettelijk monopolist, niet slechts rekening mag houden met het eigen belang, maar de belangen van alle betrokken partijen bij haar handelen in aanmerking moet nemen.¹³ Doet ze dat niet, dan handelt ze onrechtmatig.

Tegenwoordig kan een belanghebbende die meent dat een ander misbruik maakt van een monopolie, behalve naar de rechter, ook een klacht indienen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Er vindt dan repressief toezicht plaats. De recente wet inzake het toezicht op collectieve beheersorganisaties voorziet in preventief toezicht. Een nieuw College van Toezicht moet dat toezicht houden. De wet maakt een onderscheid tussen Buma en de eigen rechtorganisaties. De laatste organisaties hebben goedkeuring vooraf nodig voor onder meer wijziging van de statuten en vaststelling of wijziging van modelovereenkomsten en reglementen.¹⁴ Buma daarentegen kan haar gang gaan, maar zij kan achteraf een 'aanwijzing' krijgen van het College en is dan gehouden daarnaar te handelen.¹⁵ Buma staat dus wel onder toezicht, maar het toezicht lijkt wat minder stringent te zijn dan het is ten aanzien van de andere organisaties.¹⁶ Bovendien is er slechts sprake van repressief toezicht. Wel kan het College ambtshalve in actie komen, dus zonder dat er een klacht van een belanghebbende ligt.

¹⁰ Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten) *Stb.* 2003, 111, zie *Kamerstukken I en II 2002-2003*, 27 775; zie hierover uitgebreid H. Cohen Jehoram, 'Verrassingen in het wetsvoorstel "Toezicht collectieve beheersorganisaties"', *AMI* 2001, p. 108-110.

¹¹ H. Cohen Jehoram, 'Auteursrechtenbureaus: enkele grondbeginselen', *Informatierecht/AMI* 1991, p. 127-133.

¹² HR 24 mei 1968, *NJ* 1968, 252 (*BUMA / Brinkman*); zie ook Hof Arnhem 29 maart 1961, *NJ* 1961, 339; zie over het laatste arrest H. Cohen Jehoram, 'De toekomst van auteursrechtenbureaus', *AMI* 2000, p. 158.

¹³ Zie voor twee recentere uitspraken waarin Buma's externe machtspositie ter sprake kwam Pres. Rb. Leeuwarden 14 april 2000, *AMI* 2000, p. 143 (*BUMA / Hotel Centraal*); Hof Den Bosch 12 oktober 2000, *AMI* 2002, p. 51 (*De Poort van Roosendaal / BUMA*).

¹⁴ Art. 3 van de wet.

¹⁵ Art. 6 van de wet.

¹⁶ Kamerlid Vos drong er zelfs op aan om BUMA in het geheel niet onder de wet te laten vallen. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27 775, nr. 8.

De uitzonderingspositie voor BUMA is moeilijk te verdedigen. Weliswaar is BUMA geen eigen rechtorganisatie, maar ze heeft wel als enige een concessie gekregen om muzikale auteurs te vertegenwoordigen en heeft daarom een op regelgeving gebaseerd monopolie. Dat de wet ruimte laat voor een theoretische mededinger doet daar niets aan af. Het belangrijkste argument om BUMA aan het preventieve toezicht te onttrekken is vermoedelijk dat deze organisatie een vereniging is die onder controle staat van de leden: de auteurs en – vooral – de muziekuitgevers. Daardoor wordt BUMA al gecontroleerd en zou extra toezicht vooraf niet nodig zijn. Bovendien is volgens de minister niet gebleken dat BUMA's positie problemen oplevert.¹⁷ Voor het gemak gaat hij voorbij aan aan de rechter voorgelegde geschillen waarin bleek dat het auteursrechtenbureau misschien niet altijd onrechtmatig, maar toch zeker wel dubieus gedrag vertoonde.¹⁸ Wellicht kan men argumenteren dat de nadelen van het interne monopolie teniet worden gedaan door de verenigingsstructuur van BUMA. Maar ook daarover kan men twisten. Zo zijn buitenlandse auteurs die door BUMA worden vertegenwoordigd, geen lid.¹⁹ In ieder geval kunnen echter muziekgebruikers geen invloed uitoefenen in de ledenvergadering. Voor wat betreft het externe monopolie kan derhalve niet worden verwacht dat die vergadering adequate controle uitoefent. Er lijkt daarom geen reden te zijn om BUMA anders te behandelen dan de andere bij wet ingestelde collectieve rechtenorganisaties.²⁰

Een ander problematisch aspect van de wet is de afbakening tussen de bevoegdheden van het College van Toezicht en die van de NMa.²¹ Volgens de wet houdt het College geen toezicht voor zover de NMa dat doet.²² De minister zegt hierover dat het College van Toezicht ziet op de inning en verdeling van de vergoedingen, hetgeen een vorm van kwaliteitscontrole zou zijn, terwijl de NMa gaat over de tarieven en tariefstructuren.²³ Dit kan erop duiden dat het College bevoegd is met betrekking tot de wijze waarop met het monopolie wordt omgesprongen – de procedures e.d. – terwijl de NMa over de gehanteerde prijzen en over de uitkeringen gaat. De wet meldt echter dat het College onder meer toezicht dient uit te voeren op de 'inning en de verdeling van de vergoedingen'.²⁴ In combinatie met het feit dat de wet eveneens bepaalt dat het College moet toezien op de modelovereenkomsten en reglementen, kan dat betekenen dat de prijsstelling en de repartitie vooraf dienen te worden gecontroleerd; dergelijke zaken worden immers neergelegd in die overeenkomsten en in de reglementen. Het College zou dan wél over de tarieven gaan. Een andere mogelijke interpretatie is dat het College van Toezicht bevoegd is ten aanzien van het interne monopolie, terwijl de NMa de bevoegde instantie is met betrekking tot het externe. Dat zou rijmen met de argumentatie om BUMA buiten het preventieve toezicht te houden; voor misbruik van het interne monopolie zou immers geen gevaar bestaan, omdat rechthebbenden BUMA in de ledenvergadering kunnen controleren. De wet zou vooral zijn bedoeld om rechthebbenden tegen rechtenorganisaties in bescherming te nemen en bij BUMA zou dit niet nodig zijn. Weer een andere mogelijkheid is dat het College voorziet in preventief toezicht, terwijl de NMa bevoegd is ten aanzien van het repressieve toezicht. De NMa achtte zich reeds bevoegd om achteraf een oordeel te vellen over de vraag of de hoogte van, en de grondslag voor, tarieven voor gebruikers misbruik van een monopolie opleveren.²⁵ Aangezien de bevoegdheden van het College van Toezicht worden ingeperkt door die van de NMa, kan dit

¹⁷ *Kamerstukken II 2001-2002*, 27 775, nr. 5, p. 14.

¹⁸ Zie de geschillen waarnaar de noten 12 en 13 verwijzen.

¹⁹ Eventueel zou men kunnen betogen dat buitenlandse auteurs zijn vertegenwoordigd via hun (muziek)uitgevers die wellicht wel lid van BUMA zijn. Het is echter niet vanzelfsprekend dat de belangen van uitgevers en auteurs altijd samenlopen.

²⁰ Zie ook Cohen Jehoram 2001 (noot 10), p. 108-109.

²¹ Zie ook Cohen Jehoram 2001 (noot 10), p. 109.

²² Artikel 4 van de wet.

²³ *Kamerstukken II 2001-2002*, 27 775, nr. 5, p. 8-9.

²⁴ Art. 2 van de wet.

²⁵ Zie NMa 15 maart 2002, Zaak 1802, *AMI* 2004, p. (*VSCD/BUMA*).

inhouden dat klachten over de tarieven niet aan het College moeten worden gericht. Het hoeft echter niet te betekenen dat het College ook onbevoegd is om *vooraf* over de tarieven te oordelen.

Hoe het ook zij, de ervaringen met een andere speciale toezichthouder, de OPTA, laten zien dat onduidelijkheid over de bevoegdheden de effectiviteit van het toezicht niet bevorderen. Het ligt voor de hand dat – mocht de toezichthouder een hun onwelgevallige beslissing nemen – het eerste verweer van de collectieve rechtenbureau's zal zijn dat de toezichthouder geen bevoegdheid heeft. Indien het toezicht van het College inderdaad niet de hoogte van de tarieven en/of de uitkeringen betreft en het College daarover ook geen 'aanwijzing' kan geven – zoals bijvoorbeeld de OPTA, een instantie die toezicht houdt op een andere monopolist, iets dergelijks wel kan ten aanzien van de interconnectietarieven – kan worden betoogd dat de wet niet voldoet aan de eisen die mogen worden gesteld aan preventief toezicht op wettelijke monopolisten.²⁶

Simulcasting-beschikking

Toezicht vooraf kan nodig zijn om wettelijke monopolisten scherp te houden. Indien er echter concurrentie zou ontstaan tussen rechtenorganisaties, kan preventief toezicht minder noodzakelijk zijn. De zogenoemde '*simulcasting*-beschikking' van de Europese Commissie kan zoiets tot gevolg hebben. Tot op heden worden, behalve in de Verenigde Staten – waar de omroepen in de jaren veertig van de vorige eeuw hun eigen collectieve beheersorganisatie voor muziekopenbaarmakingsrechten oprichtten (BMI), toen de bestaande organisatie (ASCAP) zich bijzonder onredelijk opstelde²⁷ – voorzover bekend de verschillende rechten in alle landen door monopolisten beheerd. Daarbij vormden deze monopolisten ook nog eens een kartel; zij spraken af om niet op elkaars grondgebied te opereren en verdeelden op deze wijze de markt. Bij dezelfde wederkerige overeenkomsten gaven ze elkaar over en weer het recht om op het grondgebied van de landen waar ze zijn gevestigd de rechten van elkaars auteurs te beheren. Zo kan iedere nationale beheersorganisatie binnen het eigen territoir licenties verlenen voor gebruik van het gehele wereldrepertoire. Een gebruiker hoeft daardoor niet van iedere nationale collectieve rechtenorganisatie apart de benodigde toestemming te verwerven. Tevens hoeven de organisaties niet ieder voor zich een wereldwijd controlesysteem op te zetten. Kortom, de afspraak kan schaalvoordelen tot gevolg hebben en kan daarom nuttig zijn.

De collectieve rechtenorganisaties voor het muziekauteursrecht waren in eerste instantie uitdrukkelijk overeengekomen om geen licenties te verlenen aan muziekgebruikers die op het grondgebied van een andere organisatie zijn gevestigd. Maar in 1989, in het *Tournier*-arrest, oordeelde het HvJEG dat zo'n afspraak het kartelverbod van artikel 81 (toen nog 85) EG overtreedt.²⁸ De feitelijke gedraging om toestemming te weigeren aan elders gevestigde gebruikers is echter niet noodzakelijk een gevolg van onderling afgestemd gedrag en schendt daarom niet automatisch het kartelverbod, aldus het Hof. Er kunnen immers goede economische redenen bestaan om slechts voor gebruik op het eigen grondgebied licenties te verlenen. Zo'n reden kan

²⁶ Zie over het toezicht door OPTA E.J. Dommering, N.A.M.M. van Eijk & N. Sitompoel, 'Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt', *Mediaforum* 2001, p. 186-190.

²⁷ Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 401-402.

²⁸ HvJEG 13 juli 1989, Zaak 395/87 (*Tournier*), overw. 20: 'Uit het voorgaande blijkt, dat de wederkerigheidscontracten dienstverleningsovereenkomsten zijn, die op zichzelf de mededinging niet dusdanig beperken dat zij onder het in artikel [81] van het Verdrag vervatte verbod vallen. Dit zou wel het geval kunnen zijn, indien die contracten een exclusiviteit in het leven zouden roepen, in dier voege dat de auteursrechtenbureaus zich zouden hebben verbonden, buitenlandse gebruikers van muziekopnamen geen rechtstreekse toegang tot hun repertoire te verlenen. Uit de dossierstukken blijkt evenwel, dat dergelijke exclusiviteitsclausules, die vroeger wel in de wederkerigheidscontracten voorkwamen, op verzoek van de Commissie zijn geschrapt.' Zie ook het op dezelfde dag gewezen arrest HvJEG 13 juli 1989, Joint Cases 110/88, 241/88 & 242/88 (*Lucazeau e.a./ SACEM*).

zijn dat het niet rendabel is om in ieder ander land een administratie- en controlesysteem op te zetten.²⁹

De *simulcasting*-beschikking van de Europese Commissie is een logisch vervolg op dit precedent.³⁰ De Commissie moest oordelen over de vraag of wederkerige overeenkomsten die collectieve rechtenorganisaties voor naburige rechten ('Sena's') voornemens zijn te sluiten met betrekking tot de zogeheten 'simulcasting'-rechten, in strijd zijn met het kartelverbod.³¹ Onder de aan de Commissie voorgelegde modelovereenkomst voor de wederkerige contracten zouden de organisaties slechts licenties kunnen verlenen aan simulcasters waarvan de server zich bevindt binnen het territoir van de organisatie.³² Gezien het *Tournier*-precedent was het te verwachten dat de Commissie tegen deze afspraak bezwaar zou maken. Simulcasters die uitzenden vanaf het gebied van een andere organisatie, zouden door deze afspraak immers moeten worden doorverwezen naar die andere organisatie, wat op grond van dat precedent een schending van artikel 81 EG oplevert.

Niet alleen eiste de Commissie dat de genoemde afspraak werd geschrapt, ook moesten de collectieve rechtenorganisaties met zoveel woorden in de overeenkomst opnemen dat zij aan iedere in de EU gevestigde simulcaster een licentie zullen verlenen. Volgens de Commissie bestaat er bij online exploitatie geen goede economische reden om geen licentie overeen te komen met elders gevestigde gebruikers, zoals die volgens het HvJEG nog wel denkbaar is in de offline omgeving. Om online gebruik te controleren is slechts een computer en een internetaansluiting nodig, aldus de Commissie. Handhaving kan op afstand, automatisch, vanaf het eigen territoir en daarom relatief goedkoop plaatsvinden. Er hoeft geen kostbaar wereldwijd controlesysteem te worden opgezet.³³

In theorie kan er onder de gewijzigde overeenkomst enige concurrentie ontstaan tussen de verschillende rechtenorganisaties; simulcasters kunnen immers zaken doen met de Europese organisatie die de laagste prijs vraagt. Maar volledige prijsconcurrentie zal uitblijven, omdat de Commissie toestaat dat de collectieve rechtenorganisaties afspreken dat de royaltycomponent van de prijs – d.w.z. het deel van het bedrag dat aan rechthebbenden wordt uitgekeerd – cumulatief is opgebouwd uit de prijzen die de verschillende organisaties van de landen waar de simulcast is te ontvangen, hanteren voor simulcasting op hun grondgebied.³⁴ Dit betekent dat deze component van de prijs altijd gelijk is, bij welke beheersorganisatie men de licentie ook verwerft. Deze prijsafspraken kan volgens de Commissie door de beugel, omdat de waarde van het gebruik in elk gebied moet worden bepaald overeenkomstig de exploitatie in dat gebied.

Ten aanzien van de administratiekosten moeten de rechtenorganisaties echter wel gaan concurreren. Daartoe dienen zij te specificeren welk deel van het door een simulcaster te betalen bedrag bestaat uit de administratiekosten. Muziekgebruikers moeten daardoor gemakkelijk kunnen achterhalen bij welke collectieve beheersorganisatie zij de minste overheadkosten betalen. De organisaties hebben tot eind 2004 de tijd om hun boekhouding zodanig aan te passen dat ze

²⁹ *Tournier* (noot 28), overw. 24.

³⁰ Beschikking van de Commissie van 8 oktober 2002 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/C2/38.014 — *IFPI "Simulcasting"*), *PbEG* L 107/58.

³¹ Simulcasting is het gelijktijdig via internet 'webcasten' van een op de reguliere radio of televisie uitgezonden programma. Zie hierover B.P. Aalberts & H.B. Bannink, 'Internet kills the radiostar? Auteurs- en nabuurrechtelijke aspecten van webcasting', *AMI* 2001, p. 101-107.

³² Overw. 27 van de beschikking (noot 30).

³³ Overw. 61 idem.

³⁴ Overw. 65 idem.

aan dit vereiste kunnen voldoen. De hoop is dat deze vorm van concurrentie ertoe leidt dat zij efficiënter gaan werken.³⁵

In de praktijk zal het directe belang de *simulcasting*-beschikking vermoedelijk niet erg groot zijn. De simulcasters zullen immers vaak dezelfde omroepen zijn die met hun nationale rechtenorganisaties al overeenkomsten hebben gesloten voor reguliere uitzendingen. Het ligt voor de hand om met dezelfde organisaties dan ook meteen de simulcasting-rechten te regelen. Verder is het economische belang van simulcasting (vooralsnog) niet erg groot. Indirect kan de beschikking echter zeer invloedrijk zijn, omdat de Europese Commissie een precedent heeft gezet waarvan moeilijk kan worden afgeweken bij andere online exploitatievormen.

Een aantal 'Buma's' en 'Stemra's' hebben – met de zogenoemde 'Barcelona- en Santiago-agreements' – modelovereenkomsten opgesteld die enigszins lijken op de oorspronkelijke overeenkomst van de Sena's. De Barcelona-overeenkomst betreft de verveelvoudigingsrechten en handelt niet slechts over simulcasting, maar tevens over muziekgebruik in het kader van *on demand webcasting, streaming*, muziek op aanvraag (downloaden) en muziek in televisieprogramma's en films die online worden verspreid.³⁶ Een aantal ingewikkelde regels bepaalt bij welke organisatie een gebruiker de rechten moet verwerven – kort gezegd is dat de organisatie die werkzaam is op het grondgebied waarmee de gebruiker de meeste economische banden heeft – maar in ieder geval kan de gebruiker niet kiezen met welk Europees auteursrechtenbureau hij in zee gaat. De Santiago-agreement regelt ongeveer hetzelfde ten aanzien van de openbaarmakingsrechten.³⁷ Het behoeft geen betoog dat het inconsistent zou zijn, indien de Commissie deze overeenkomsten wél ongewijzigd zou goedkeuren. Het valt daarom te verwachten dat voor alle vormen van online gebruik beperkte concurrentie zal (moeten) bestaan tussen de collectieve rechtenorganisaties van de landen van de EU.

Offline mededinging en intern monopolie

Verplichte concurrentie tussen verschillende rechtenorganisaties bestaat op een ander gebied overigens al enige tijd. In 1985 bevond de Commissie dat het vereiste van GEMA – de 'Duitse Buma/Stemra' – dat platenproducenten die in een ander EU land reeds de mechanische rechten hadden verworven, nogmaals in Duitsland gelden moesten afdragen om '*custom pressings*' te vervaardigen, niet door de beugel kan. Indien een *label* met één Europese 'Stemra' een overeenkomst heeft, dan moet die overeenkomst voor de gehele EU gelden.³⁸ Zo niet, dan zou dat in strijd zijn met het EG-Verdrag.³⁹ Deze beslissing stelt de *majors* in staat om zaken te doen met de Europese beheersorganisatie voor mechanische rechten die hen het beste aanbod doet. De Europese 'Stemra's' moeten concurreren en doen dat door kortingen te geven aan grootverbruikers.

³⁵ Een dergelijke aansporing blijkt meer dan nodig te zijn. In het verleden kregen collectieve rechtenorganisaties regelmatig een draai om hun oren. Zie bijvoorbeeld het vernietigende rapport uit 1996 van de Britse *Competition Commission* over de gang van zaken bij PRS, de 'Engelse BUMA', beschikbaar op: http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1996/378performing.htm#full.

³⁶ Zie Aanmelding van samenwerkingsovereenkomsten (Zaak COMP/C-2/38.377 — *BIEM Barcelona Agreements*), *PbEG C* 132/18 (2002).

³⁷ Zie Aanmelding van samenwerkingsovereenkomsten (Zaak COMP/C2/38.126. *BUMA, GEMA, PRS, SACEM*), *PbEG C* 145/02 (2001).

³⁸ Dit wordt '*central licensing*' genoemd.

³⁹ Zie Commission's Press Release, 6 februari 1985, 2 *C.M.L.R.* 1, p. 1; zie hierover F.L. Fine, 'The Impact of EEC Competition Law on the Music Industry', *Northwestern Journal of International Law and Business* 1992, p. 521; zie ook N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Martinus Nijhoff 2002, p. 82; M. Kretschmer, 'The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Societies as Regulatory Instruments', *EIPR* 2002, p. 133.

De bovenbesproken Europese uitspraken en beschikkingen betreffen het externe monopolie en de (on)toelaatbaarheid van wederkerige overeenkomsten waardoor dit monopolie wordt bestendigd. Er zijn echter ook beslissingen met betrekking tot het interne monopolie – d.w.z. de houding van de organisaties tegenover de rechthebbenden. In de *GVL*-uitspraak – *GVL* is de ‘Duitse Sena’ – oordeelde het HvJEG dat het misbruik van monopolie oplevert in de zin van artikel 82 (voorheen 86) EG, indien de beheersorganisatie weigert om artiesten te vertegenwoordigen die geen Duitser zijn noch in Duitsland wonen.⁴⁰ Een gevolg van deze beslissing is dat rechthebbenden zich kunnen aansluiten bij de Europese rechtenorganisatie waarvan zij vinden dat die hun belangen het best dient. Oftewel: er kan concurrentie plaatsvinden tussen de Europese collectieve rechtenorganisaties. Het interne monopolie kan daardoor minder bezwaarlijk zijn. Maar ook al maken grote muziekkuitgevers en platenproducenten wellicht reeds gebruik van deze mogelijkheid, in ieder geval wordt het de individuele auteurs niet gemakkelijk gemaakt om dat te doen. De Buma-website is bijvoorbeeld geheel in het Nederlands opgesteld.

Het HvJEG stelde al eerder en meer in het algemeen dat rechtenorganisaties slechts die verplichtingen mogen opleggen aan de aangesloten rechthebbenden, die absoluut noodzakelijk zijn om hun taken uit te voeren.⁴¹ De Europese Commissie beschikte, ietwat concreter, dat een exploitatie-overeenkomst waarbij alle auteursrechtelijke bevoegdheden aan GEMA dienen te worden overgedragen, ongeoorloofde misbruik van een machtspositie oplevert.⁴² Het moet voor auteurs mogelijk zijn om bepaalde bevoegdheden voor zichzelf te houden of om daarover met andere rechtenorganisaties overeenkomsten te sluiten. Zo moeten zij het ‘algemene uitvoeringsrecht’ en het ‘uitzendrecht’ bij verschillende binnen- of buitenlandse organisaties kunnen onderbrengen, aldus de Commissie. Statuten of exploitatie-overeenkomsten mogen dit niet verhinderen om niet strijdig te zijn met artikel 82 EG.⁴³ Ook deze beschikking lijkt weer de concurrentie te willen bevorderen; rechthebbenden kunnen de verschillende delen van het openbaarmakingsrecht onderbrengen bij verschillende collectieve rechtenorganisaties.

Onnatuurlijk monopolie

Evenals de rechtswetenschap, is de economie een gebied waar trends een rol kunnen spelen. De argumentatie die aan het van staatswege verlenen van ‘natuurlijke’ monopolies ten grondslag ligt, lijkt steeds minder aan te slaan. De traditionele ‘natuurlijke’ monopolies worden minder vanzelfsprekend geacht. Zo is de telecommunicatiemarkt, die bij uitstek een markt is waarvan men vond dat daarin een wettelijk monopolie gewenst is, geliberaliseerd. Hetzelfde lijkt te gaan gebeuren met de markt voor het vervoer per spoor. De *simulcasting*-beschikking past goed in deze trend. Aan de liberalisering van de telecommunicatiemarkt ligt ten grondslag dat men het leveren

⁴⁰ HvJEG 2 maart 1983, Zaak 7/82 (*GVL*), overw. 55-56: ‘Verzoekster heeft derhalve haar activiteiten zo geregeld, dat geen buitenlandse kunstenaar zonder woonplaats in de bondsrepubliek Duitsland rechten uit de tweede exploitatie kon genieten, ook indien hij kon aantonen dat die rechten hem toekwamen, hetzij omdat Duits recht van toepassing was, hetzij omdat voorschriften van andere staten van toepassing waren, die dezelfde rechten erkenden. Een dergelijke weigering van een onderneming die een feitelijk monopolie bezit, om haar diensten ter beschikking te stellen van al degenen die daar wellicht op zijn aangewezen, doch niet behoren tot een bepaalde, door de betrokken onderneming naar nationaliteit of woonplaats omschreven groep, moet worden aangemerkt als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel [82] EG.’

⁴¹ Zie HvJEG 27 maart 1974, Zaak 127/73 (*BRT / SABAM*), overw. 15: ‘Dat derhalve dient te worden geconcludeerd dat, wanneer een met de exploitatie van auteursrechten belaste onderneming, die een machtspositie in de zin van artikel [82] inneemt, aan de bij haar aangeslotenen verplichtingen oplegt welke ter bereiking van haar maatschappelijk doel niet onontbeerlijk zijn en aldus op onbillijke wijze inbreuk maken op de vrijheid van een aangeslotene in de uitoefening van zijn auteursrecht, zulks misbruik kan opleveren.’

⁴² 72/268/EEG: Beschikking van de Commissie van 6 juli 1972 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag (IV/26.760 - *GEMA*), *PbEG* L 166/22.

⁴³ De standaard Buma-exploitatie-overeenkomst voldoet overigens niet aan dit vereiste. Daarbij moet de auteur het gehele openbaarmakingsrecht overdragen aan de collectieve beheersorganisatie.

van de dienst los is gaan zien van het eigendom van de infrastructuur waarlangs die dienst wordt geleverd. Voor gebruik van de kabels van de (voormalige) monopolist – voor interconnectie – geldt een door de OPTA vast te stellen prijs. Concurrentie vindt plaats voor wat betreft het leveren van de dienst. Bij het vervoer per spoor gebeurt iets vergelijkbaars, doordat het leveren van de transportdienst wordt losgekoppeld van het eigendom van de rails; men acht het niet meer vanzelfsprekend dat de eigenaar van de rails ook (als enige) de vervoersdienst levert. In de variant van de collectieve rechtenorganisaties staat de prijs van de rechten – de royalty – vast (al wordt deze prijs niet voorgeschreven), terwijl de organisaties moeten gaan concurreren op het gebied van het leveren van de dienst van het administreren van de rechten.

Zoals boven reeds is opgemerkt, wordt er met de *simulcasting*-beschikking geen echte prijsconcurrentie teweeggebracht. Weliswaar moeten de rechtenorganisaties gaan concurreren ten aanzien van de prijs voor het administreren van de rechten, maar de prijs voor het eigenlijke gebruik van werken of opnamen wordt niet door de vrije mededinging gecorrigeerd. De mogelijkheid blijft bestaan om daarvoor een hoge monopolistenprijs te vragen. Er zou pas volledige concurrentie bestaan, wanneer de marktwerking eveneens van invloed zou zijn op de prijzen voor het muziekgebruik zelf. In de Verenigde Staten, waar ASCAP en BMI opereren onder zogeheten ‘*consent decrees*’ – dat zijn (in de loop der jaren aangepaste) schikkingen tussen het Amerikaanse ministerie van Justitie en de collectieve rechtenorganisaties, die zijn getroffen toen dat ministerie enkele ‘*anti-trust*’ zaken aanhangig maakte⁴⁴ – gaat de rechter ervan uit dat er prijsconcurrentie bestaat, omdat de organisaties de aangesloten auteurs niet mogen verbieden om ook zelf de rechten te verhandelen. De exploitatiecontracten mogen in deze zin niet exclusief zijn. Muziekgebruikers kunnen daardoor ook bij de auteurs terecht. De ‘blanco’, alles-of-niets, licentie zou daarom niet aan prijsconcurrentie in de weg staan en is om die reden toelaatbaar.⁴⁵ Uiteraard kan men zich afvragen of het voor gebruikers een reëel alternatief is om de licenties te verwerven bij de afzonderlijke rechthebbenden; vaak zullen de transactiekosten dat bijzonder onaantrekkelijk maken. In de praktijk wordt er van deze mogelijkheid dan ook weinig gebruik gemaakt. In theorie is er wellicht prijsconcurrentie mogelijk, maar in werkelijkheid vindt dergelijke concurrentie niet of nauwelijks plaats.⁴⁶

Tarieven

Collectieve rechtenorganisaties zijn niet blootgesteld aan de tucht van de markt. Dit geldt vooral voor organisaties waaraan een wettelijk monopolie is toebedeeld. Zoals gezegd kan dat een reden zijn om ze aan een regime van preventief toezicht te onderwerpen, met name voor wat betreft de tarieven. Voorzover bekend vindt dergelijk toezicht op de tarieven echter nergens plaats. Wel moeten rechtenorganisaties in Duitsland veranderingen van de tarieven melden aan de toezichthouder, maar goedkeuring vooraf is kennelijk niet vereist.⁴⁷ In de Verenigde Staten en in Groot-Brittannië bestaan speciale instanties waarbij geschillen over de tarieven aanhangig kunnen worden gemaakt.⁴⁸ Het Australische *Competition Tribunal* eiste onlangs dat ARPA – dat is de

⁴⁴ Zie hierover uitgebreid M.A. Einhorn, ‘Intellectual Property and Anti-Trust: Music Performing Rights in Broadcasting’ (2002), beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=336045.

⁴⁵ Zie hierover J.M. Fujitani, ‘Controlling the Market Power of Performing Rights Societies: An Administrative Substitute for Antitrust Regulation’, *California Law Review* 1984, p. 105. Zie ook *Buffalo Broad. Co. v. ASCAP*, 744 F.2d 917 (2d Cir. 1984) en *Columbia Broadcast System, Inc. v. Am. Soc. of Composers, Authors and Publishers*, 620 F.2d 930, 936 (2d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S. 970 (1981): ‘[I]f the opportunity [to purchase individual licenses] is fully available, and if copyright owners retain unimpaired independence to set a competitive price for individual licenses to a licensee willing to deal with them, the blanket license is not a restraint of trade.’

⁴⁶ Fujitani 1984 (noot 45), p. 123-129.

⁴⁷ Zie art. 13 van het Duitse *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*.

⁴⁸ In het Verenigd Koninkrijk worden de geschillen voorgelegd aan een gespecialiseerd *Copyright Tribunal*, zie <http://www.patent.gov.uk/copy/tribunal>. Volgens de Amerikaanse *consent decrees* is één gespecialiseerde New Yorkse rechter bevoegd.

Australische Buma – een goedkope geschillenbeslechtsingsprocedure opzet voor kleine gebruikers waarvoor de gang naar de rechter of het tribunaal te duur is.⁴⁹ Zoals boven is vermeld, is het onduidelijk of tariefwijzigingen in Nederland bij de toezichthouder moeten worden gemeld en of het College van Toezicht bevoegd is om over de tarieven te oordelen. Wellicht zal de gebruiker de gang naar de rechter of de NMa moeten maken, wanneer hij meent dat de gevraagde tarieven te hoog zijn. Overigens roept het Europees Parlement op om betaalbare arbitragemechanismen te introduceren, onder meer voor geschillen tussen gebruikers en collectieve rechtenorganisaties.⁵⁰

Het is echter niet gemakkelijk om te bepalen wat de economische waarde is van gebruik van door een collectieve rechtenorganisatie beheerde rechten. De economische theorie heeft als uitgangspunt dat de ‘werkelijke’ waarde van een goed – d.w.z. de ‘efficiënte’ prijs die in een ‘perfecte’, competitieve markt tot stand komt – wordt bepaald in het spel van vraag en aanbod. Daarvoor is echter vereist dat er aan aanbod- noch vraagzijde een monopolie of kartel bestaat. De stelregel is dat een transactie plaatsvindt, indien de koper meer waarde hecht aan gebruik van een goed dan de verkoper. Het verschil in waardering – dat wordt het ‘surplus’ of de ‘toegevoegde waarde’ van de transactie genoemd – wordt, afhankelijk van de onderhandelingspositie, gedeeld, zodat beide partijen beter af zijn als de transactie doorgang vindt. Een monopolist heeft echter een zodanig sterke onderhandelingspositie, dat hij zich het gehele surplus kan toe-eigenen.

In een markt die overal door monopolisten wordt beheerst, kan geen referentietarief worden gevonden voor het bepalen van het ‘juiste’, ‘marktconforme’ tarief.⁵¹ In de Verenigde Staten oordeelde een rechter dat de waarde van de ASCAP-licentie moet worden bepaald door de prijs van de concurrerende organisatie, BMI, als ijkpunt te gebruiken. Besen e.a. hebben hierop de kritiek dat ook BMI marktmacht heeft; indien er slechts twee partijen zijn die bovendien geen identiek product aanbieden (het repertoire van BMI bevat andere composities dan dat van ASCAP), is er geen sprake van echte concurrentie en kan niet worden verwacht dat de gehanteerde prijs de werkelijke waarde reflecteert.⁵² Zo kan ook een vergelijking tussen de tarieven van de Europese collectieve rechtenorganisaties geen uitsluitsel geven; zij hebben immers ieder in hun eigen land een monopoliepositie. Het HvJEG oordeelde weliswaar dat substantieel hogere tarieven dan die welke in andere landen worden gehanteerd, een aanwijzing kunnen vormen voor een geval van misbruik van machtspositie.⁵³ Andersom kan echter, i.t.t. wat Nederlandse rechters en de NMa stellen, niet worden volgehouden dat een rechtenorganisatie géén misbruik maakt, indien de tarieven vergelijkbaar zijn met die welke in andere landen worden gevraagd.⁵⁴

⁴⁹ Zie J.S. Gans, F. Hanks & P.L. Williams, ‘The Treatment of Natural Monopolies under the Australian Trade Practices Act: Four Recent Decisions’ (2000), beschikbaar op <http://www.mbs.edu/home/jgans/papers/natmonop.pdf>.

⁵⁰ Nr. 49 van de Resolutie van 15.1.2004 (noot 1).

⁵¹ Een Amerikaanse rechter meende inderdaad dat er geen toepasselijke economische theorie is voor het vaststellen van de ‘juiste’ tarieven voor door een collectieve rechtenorganisatie door middel van blanco licenties beheerd gebruik. Zie *United States v. ASCAP (In re Buffalo Broad. Co.)*, 1992-1994 Copyright L. Dec. (CCH) 27, 088 (S.D.N.Y. 1993), zie hierover Einhorn 2002 (noot 44), p. 11-12.

⁵² Zie Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 406; zie ook Einhorn 2002 (noot 44), p. 15.

⁵³ *Tournier* (noot 28), overw. 38: ‘[W]anneer een onderneming met een machtspositie voor de door haar verrichte diensten aanzienlijk hogere tarieven verlangt, dan die welke in de andere Lid-Staten worden toegepast, en de tariefniveaus op homogene grondslag zijn vergeleken, dit verschil als een aanwijzing voor een misbruik van een machtspositie is te beschouwen. De betrokken onderneming dient het verschil dan te rechtvaardigen op basis van objectieve verschillen tussen de situatie in de betrokken Lid-Staat en die in de andere Lid-Staten.’

⁵⁴ Hof Den Bosch 12 oktober 2000 (noot 13); NMa 15 maart 2002 (noot 25); Rb. Haarlem 17 december 2003, *AMI* 2004, p. (*VSCD/Buma*).

Beheersorganisaties werken vaak met ‘blanco licenties’. Gebruikers kunnen de rechten verwerven om alle werken te gebruiken of ze krijgen geen licentie. De prijs is niet afhankelijk van het aantal werken dat daadwerkelijk wordt gebruikt. Men móet het hele repertoire afnemen. *Take it or leave it*. Zoals gezegd kan een dergelijke koppelverkoop voordelen hebben, doordat de transactiekosten lager worden. Er hoeven geen ingewikkelde licenties te worden opgesteld en in verband met de handhaving behoeft slechts te worden gecontroleerd of er in het algemeen werken worden gebruikt en niet of de gebruikte werken ook tot het repertoire van de organisatie behoren. Daarbij heeft de gebruiker het voordeel dat het niet nodig is om voor ieder afzonderlijk werk na te gaan of hij wel toestemming heeft voor gebruik ervan. Het kan daarom worden beargumenteerd dat blanco licenties moeten worden toegestaan.

In *Tournier* deed het HvJEG dat ook. Een Franse discotheekexploitant stelde dat SACEM, de Franse Buma, misbruik maakte van een machtspositie door te weigeren een (goedkopere) licentie te verlenen voor gebruik van slechts Engels repertoire. In casu leverde het geen misbruik op. Maar het Hof voegde daaraan toe dat een dergelijke weigering artikel 82 EG kan schenden, indien het mogelijk is om ook een goedkopere, minder omvattende licentie te verlenen, zonder dat daardoor de administratiekosten hoger worden.⁵⁵ In dat geval verdwijnen de schaalvoordelen en de economische noodzaak om slechts ‘alles-of-niets’ licenties te verlenen.

Men kan zich overigens afvragen of een beperkter licentie, zoals de discotheekuitbater die wenste, goedkoper zou moeten zijn. Het aantal uren dat muziek in de discotheek ten gehore wordt gebracht zal immers even groot zijn, wanneer er slechts Engels repertoire wordt gebruikt. De toegevoegde waarde van het gebruik verandert waarschijnlijk niet. Het aantal nummers waaruit kan worden gekozen is echter kleiner. Dient een clubeigenaar te betalen voor het aantal nummers waaruit hij kan putten of voor het aantal uren dat hij muziek ten gehore brengt? Wat daarvan ook zij, nieuwe technieken kunnen het mogelijk (betaalbaar) maken om voor verschillende (typen) werken verschillende prijzen te vragen. Zo voorzien de Sena’s die betrokken zijn bij de simulcasting-overeenkomst, dat voor het simulcasten van hits een ander tarief zal gelden dan voor gebruik van minder courant materiaal. Men verwacht dat het haalbaar wordt om per track automatisch precies bij te houden hoe vaak die track naar een luisteraar wordt ‘gestreamd’.⁵⁶ Indien dat het geval is, kan de koppelverkoop in de vorm van de alles-of-niets, blanco licentie op grond van het *Tournier*-precedent verboden zijn.

Collectieve rechtenorganisaties kunnen worden gezien als monopolisten die onderling een kartel vormen. Besen e.a. beschouwen de collectieve rechtenorganisaties zélf echter als kartels van auteurs die prijsafspraken hebben gemaakt. Zij betogen dat de werkelijke marktwaarde van gebruik moet worden vastgesteld door na te gaan hoe hoog de tarieven zouden zijn in het (fictieve) geval dat de bij een auteursrechtenbureau aangesloten auteurs met elkaar zouden concurreren. Ze stellen dat de prijs dan waarschijnlijk flink zou dalen, omdat het aanbod veel

⁵⁵ *Tournier* (noot 28), overw. 33: ‘Mitsdien moet op de vierde vraag worden geantwoord, dat het feit dat een nationaal bureau voor muzik auteursrechten weigert de gebruikers van muziekopnamen enkel toegang te verlenen tot het buitenlandse repertoire dat het vertegenwoordigt, slechts dan ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt wordt beperkt, indien de toegang tot een gedeelte van het beschermde repertoire de belangen van de auteurs, componisten en muziekuitgevers ten volle kan waarborgen zonder nochtans de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken te verhogen.’ Overw. 45: ‘De heffing van een royalty voor het gehele repertoire [d.w.z. de ‘blanco’, alles-of-niets licentie] kan slechts met het verbod van artikel [82] in strijd worden geacht, indien hetzelfde rechtmatige oogmerk, te weten de bescherming van de belangen van de auteurs, componisten en muziekuitgevers, ook via andere methodes kan worden bereikt, zonder nochtans de kosten van het beheer der overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken te verhogen.’

⁵⁶ Overw. 25 van de beschikking (noot 30).

groter is dan de vraag. Daardoor zouden auteurs zich niet meer het gehele surplus kunnen toe-eigenen.⁵⁷

NOS/Sena-geschil

Het grote probleem bij het vaststellen van de tarieven is het bepalen van de toegevoegde waarde van gebruik en van de juiste verdeling van die waarde over de partijen. Het al jaren voortdurende geschil tussen de NOS en Sena kan dienen ter illustratie van dit probleem. Sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw moeten de omroepen behalve aan Buma, ook aan Sena betalen voor muziekgebruik. Al acht jaar steggelen de partijen over de vraag welke vergoeding nu 'billijk' is in de zin van artikel 7 WNR.⁵⁸ Het HvJEG oordeelt in een recente uitspraak dat 'de billijkheid [van de vergoeding] met name moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het economisch verkeer.'⁵⁹ Maar zoals boven is gezegd, is het niet gemakkelijk om die waarde vast te stellen.

Het is daarom begrijpelijk dat het Hof Den Haag in een eerdere instantie en in tegenstelling tot het HvJEG, wijselijk stelt dat het begrip 'billijke vergoeding' in de wet niet is gelijk te stellen aan 'marktwaarde'.⁶⁰ Het Haagse Hof vervolgt met de opmerking dat Sena de enige aanbieder is van een voor de NOS onontbeerlijk goed. Daarmee lijkt het te willen aangeven dat in aanmerking moet worden genomen dat Sena een monopolist is en dat de monopolistenprijs niet als aanknopingspunt dient te fungeren. Het Hof noemt een vijftal factoren die van belang zijn bij het vaststellen van de vergoeding:

1. het aantal uitgezonden uren;
2. het potentiële en het feitelijke aantal luisteraars;
3. de prijs per uur (daarvoor kan het Buma-tarief als uitgangspunt dienen, wat overigens niet wil zeggen dat het Sena-bedrag daaraan gelijk moet zijn);
4. het bedrag dat in het buitenland wordt betaald; en
5. de prijs die met de commerciële omroepen waarmee Sena wel tot een akkoord kon komen, is overeengekomen.

Het HvJEG haalt de door het Hof Den Haag genoemde factoren instemmend aan. Maar deze factoren vallen moeilijk te rijmen met het eveneens in het arrest van de Europese rechter genoemde vereiste dat de economische waarde van het muziekgebruik als aanknopingspunt moet dienen. In ieder geval kunnen de factoren 3 tot en met 5 bezwaarlijk worden gebruikt om 'marktconforme' tarieven vast te stellen; de referentietarieven waarnaar deze factoren verwijzen zijn immers tot stand gekomen in situaties waarin een monopolist aan de onderhandelingstafel zat.

De Haagse rechter riep de partijen op om verder te onderhandelen, in de hoop dat ze er onderling uit zouden komen. Zij verkozen echter om door te procederen. Wellicht zijn onderhandelingen tussen de partijen inderdaad de beste kans om tot een de marktwaarde benaderend tarief te komen. In dit geval staan er eigenlijk twee kartels tegenover elkaar: dat van de publieke omroepen (de NOS) en dat van de rechthebbenden. Mogelijk zijn zij aan elkaar gewaagd en kunnen onderhandelingen daarom tot een min of meer marktconform tarief leiden.⁶¹

⁵⁷ Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 404-405 en 408-409; zie ook Einhorn 2002 (noot 44), p. 6.

⁵⁸ Zie hierover J.M.B. Seignette, Vergoedingen in de contractuele praktijk, wet en rechtspraak', *AMI* 2003, p. 117-118.

⁵⁹ HvJEG 6 februari 2003, zaak C-245/00, *AMI* 2003, p. 136 (*SENA/NOS*), overw. 37.

⁶⁰ Hof Den Haag 6 mei 1999, *AMI* 1999, p. 127 m.nt. Quaedvlieg.

⁶¹ Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 398-399.

In het kader van leenrechtvergoeding en de dragersheffing is een dergelijke structuur overigens geïnstitutionaliseerd. De artikelen 15d en 16e Aw bepalen dat de prijs moet worden vastgesteld door een stichting waarin betalingsplichtigen en rechthebbenden gelijkelijk zijn vertegenwoordigd. Men kan zich afvragen of zoiets niet eveneens nodig is in gevallen waarin Buma, Sena, de Stichting Reprerecht en ook Stemra met minder sterke partijen te maken hebben.

Taartpunten

Een probleem dat steeds weer opduikt wanneer er een handeling voor het eerst auteursrechtelijk relevant wordt verklaard, terwijl er geen sprake is van additioneel gebruik, is de vraag of er daardoor in totaal méér moet worden betaald aan rechthebbenden, of dat het reeds verschuldigde bedrag door meer rechthebbenden moet worden gedeeld. Wordt de taart groter of moeten er uit dezelfde taart meer punten worden gesneden? Dit probleem deed zich voor toen kabeldoorgifte in de jaren tachtig van de vorige eeuw tot een nieuwe vorm van openbaar maken werd verklaard en er daardoor apart voor moest worden betaald. Toen men massaal de antenne van het dak haalde en een kabelaansluiting nam, werd het bereik van Nederlandse omroepuitzendingen niet groter. Er keken evenveel mensen. Daarom kan worden betoogd dat de waarde van het gebruik niet toenam. In sommige landen hoeft dan ook niet te worden betaald voor heruitzending via de kabel in hetzelfde gebied waar ook de etheruitzending is te ontvangen.⁶² In Nederland moet dat wel. Het is echter verdedigbaar dat het extra bedrag dat Buma van kabelexploitanten ontvangt voor Nederlandse omroepuitzendingen, zou moeten worden afgetrokken van het bedrag dat de omroepen dienen te betalen. Bij simulcasting speelt een vergelijkbaar probleem. Moet voor simulcasting op hetzelfde grondgebied waar de reguliere uitzending is te ontvangen, een extra vergoeding verschuldigd zijn? Ook in het geschil tussen Sena en de NOS kan een dergelijk argument worden gebruikt. Als ervan wordt uitgegaan dat de Buma-vergoeding reeds een adequaat deel van de toegevoegde waarde van muziekgebruik voor omroepen en andere betalingsplichtigen betreft en als men vindt dat het tarief een redelijk deel van de toegevoegde waarde dient te weerspiegelen, dan moet het bedrag dat aan Sena wordt afgedragen ten koste gaan van de Buma-vergoeding.⁶³

Recent is de nieuwe reprogeregeling van kracht geworden.⁶⁴ De Stichting Reprerecht heeft laten onderzoeken hoeveel auteursrechtelijk beschermd materiaal er per branche gemiddeld wordt gefotokopieerd.⁶⁵ Daarop zijn de tarieven gebaseerd – ook deze collectieve rechtenorganisatie werkt overigens met blanco licenties. Maar als men het aantal gekopieerde werken kent, is nog niet vastgesteld wat de waarde is van het kopiëren. Die waarde is – kennelijk tamelijk arbitrair – van overheidswege (alleen bij dit door een collectieve rechtenorganisatie beheerde gebruik vond de wetgever het nodig om een prijs op te leggen) vastgesteld op vier en een halve eurocent per auteursrechtelijk relevante kopie voor bedrijven, terwijl bepaalde onderwijsinstellingen wat minder hoeven te betalen.⁶⁶ Men kan echter beargumenteren dat de toegevoegde waarde van kopiëren vaak al in de abonnementsprijs is verdisconteerd. De econoom Liebowitz stelt dat bibliotheken in feite al betalen voor het kopiëren van wetenschappelijke tijdschriften. Hij toont aan dat sinds de introductie van het kopieerapparaat de abonnementsprijs voor bibliotheken

⁶² Van Lingen 2000 (noot 39), p. 100.

⁶³ In de VS vond de wetgever het nodig om expliciet in de wet op te nemen dat het voor het niet-interactief ‘webcasten’ van fonogrammen geïntroduceerde vergoedingsrecht niet ten koste mag gaan van de aan auteurs verschuldigde bedragen. Zie art. 114(i) van de Amerikaanse auteurswet.

⁶⁴ Wet van 28 maart 2002 inzake het reprografisch verveelvoudigen, *Stb.* 2002, 186.

⁶⁵ Zie <http://www.reprorecht.nl>.

⁶⁶ Besluit van 27 november 2002, houdende vaststelling van de vergoeding voor reprografisch verveelvoudigen en vaststelling van de vrijstelling van de opgaveplicht, *Stb.* 2002, 574; Besluit van 27 november 2002, houdende regels met betrekking tot het reprografisch verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde werken door in het algemeen belang werkzame instellingen (besluit reprografische verveelvoudigingen), *Stb.* 2002, 575.

steeds hoger is worden, vergeleken met die voor particulieren. Volgens Liebowitz kunnen wetenschappelijke uitgevers van bibliotheken een hogere prijs bedingen, omdat de bibliotheken bereid zijn te betalen voor de kopieermogelijkheid. Oftewel: het kopiëren zou al bij de prijs zijn inbegrepen.⁶⁷ Een reprovergoeding zou daarom overbodig zijn. Voor zover abonnementen voor bedrijven eveneens hoger zijn dan die voor particulieren, zoals dat bijvoorbeeld het geval is bij dit tijdschrift,⁶⁸ kan daarvoor een vergelijkbare redenering worden opgezet. Het kan daarom economisch te verantwoorden zijn, indien voor het fotokopiëren van wetenschappelijke tijdschriften geen vergoeding wordt betaald. In ieder geval zouden, volgens deze argumentatie, uitgevers van die tijdschriften niet moeten meedelen in de repro-opbrengsten.

Digital rights management

In de simulcasting-beschikking is bepaald dat de Europese beheersorganisaties moeten concurreren op het gebied van de administratiekosten. Ten aanzien van de tarieven voor het eigenlijke muziekgebruik hoeven zij dat echter niet. De Europese Commissie erkent nog steeds het schaalvoordeel van het bestaan van één partij die alle rechten beheert en waarbij met één overeenkomst die rechten kunnen worden afgekocht – een zogeheten *one-stop-shop*.⁶⁹ In deze zin wordt het monopolie (of kartel) nog ‘natuurlijk’ en daarom wenselijk geacht. In de toekomst kan het schaalvoordeel echter wegvallen, waardoor er geen reden meer zou zijn om niet te vereisen dat collectieve rechtenorganisaties, en wellicht ook artiesten en auteurs, met elkaar gaan concurreren. De belangrijkste reden daarvoor is dat de transactiekosten die het schaalvoordeel veroorzaken, grotendeels kunnen verdwijnen. Zoals het HvJEG in 1989 reeds oordeelde, kan het uitsluitend aanbieden van één blanco licentie misbruik van een machtspositie opleveren, indien de administratiekosten niet hoger worden als er meer gedifferentieerde licenties worden aangeboden.

Het *Copyright Clearance Center* – het Amerikaanse equivalent van de Stichting Reprorecht – heeft zijn administratie reeds zo opgezet dat de aangesloten uitgevers per werk kunnen aangeven hoeveel het kopiëren ervan moet kosten.⁷⁰ Moderne administratietechnieken kunnen iets dergelijks wellicht ook mogelijk (betaalbaar) maken voor andere collectieve rechtenorganisaties. Het zou dan bijvoorbeeld duurder zijn om een werk of opname van een grote ster als Madonna ten gehore te brengen, dan om muziek van mindere goden te gebruiken. Nog altijd kunnen aan één loket de rechten worden verworven en is er één partij die de handhaving verzorgt, waardoor de schaalvoordelen bewaard blijven. Maar het is daarvoor niet meer nodig om het ‘auteurskartel’ in stand te houden. Er kan daardoor prijsconcurrentie ontstaan tussen de rechthebbenden. *Digital rights management* (DRM) systemen kunnen ook het ene loket en de gecentraliseerde handhaving – d.w.z. collectieve rechtenorganisaties in de functie die zij momenteel vervullen – overbodig maken.⁷¹ In ieder geval is het, wanneer dergelijke systemen bestaan, niet langer noodzakelijk dat één partij het alleenrecht heeft om auteurs of artiesten te vertegenwoordigen. Op zijn hoogst zou er, althans voor digitale exploitatie, een tussenpersoon nodig zijn die een DRM-systeem aanbiedt en transacties faciliteert. De handhaving wordt automatisch verzorgd door het systeem dat bovendien in staat stelt om direct van de rechthebbende de rechten te verwerven.

Er wordt gedroomd van een wereld waarin zogenaamde ‘superdistributiesystemen’ het voor rechthebbenden mogelijk maken om één keer een werk (een bestand) op het internet openbaar te maken en toch verzekerd te zijn van een constante inkomstenbron. Ook als de gebruiker het

⁶⁷ S.J. Liebowitz, ‘Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals’, *Journal of Political Economy* 1985, p. 945-957.

⁶⁸ Zie het colofon voorin dit blad.

⁶⁹ Overw 86 van de beschikking (noot 30).

⁷⁰ Zie <http://www.copyright.com>; zie ook Cohen Jehoram 2000 (noot 12), p. 159.

⁷¹ K.J. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen*, Den Haag: SDU 2003, p. 188.

bestand via bijvoorbeeld een *peer-to-peer*-systeem zou verkrijgen, zou de afspeelapparatuur of software zich automatisch aan met het werk verbonden gebruiksvoorwaarden houden. De rechthebbende zou in die licentie aangeven hoeveel gebruik moet kosten en het geld zou automatisch worden overgemaakt. Offline gebruik van gedigitaliseerde werken zou op een vergelijkbare manier kunnen worden geëxploiteerd. Nu al staat er in veel horecagelegenheden geen cassette- of CD-speler, maar een PC met daarop een soort MP3-jukebox. Het is denkbaar dat op dat apparaat een (beveiligd) programma wordt aangebracht dat precies bijhoudt welke nummers wanneer ten gehore worden gebracht. De resultaten zouden regelmatig online kunnen worden doorgestuurd naar één of andere centrale instantie of er zou zelfs direct met de rechthebbende kunnen worden afgerekend. Een *Trusted Third Party* (TTP) zou aan de horeca-uitbater een (digitaal) certificaat uitreiken dat bijvoorbeeld aangeeft wat voor type zaak hij heeft en hoeveel vierkante meter die zaak beslaat. Wellicht zou de TPP er eveneens voor zorgdragen dat de ‘muziekmeter’ juist is geïkt.⁷² De gebruiker kan ervoor kiezen om alleen goedkopere nummers ten gehore te brengen of om ook duurdere te gebruiken. Indien een rechthebbende ontdekt dat het object van zijn recht weinig wordt gebruikt, kan hij de prijs verlagen. Er zou, kortom, marktwerking zijn.

Iets vergelijkbaars kan tot de mogelijkheden gaan behoren voor het maken van print-outs en digitale kopieën van tekstbestanden. Dan zou de teller in de printer of de PC zitten. Dit is overigens één van de redenen waarom de wetgever besloot om elektronisch kopiëren buiten de reproperegeling te houden. De wetgever gaat ervan uit dat rechthebbenden elektronisch kopiëren zelf kunnen regelen; daarvoor zou collectief beheer niet nodig zijn.⁷³ Eenzelfde redenering lijkt ten grondslag te liggen aan het verbod van de Auteursrechttrichtlijn om een door een collectieve rechtenorganisatie te beheren vergoedingsrecht te verlenen ten aanzien van *on demand* online exploitatie van werken en fonogrammen.⁷⁴ De lidstaten mogen geen wettelijk collectief beheer invoeren, zoals zij dat voor ander gebruik eerder wel mochten of zelfs moesten doen.⁷⁵ Verder kan ook de wijze waarop privé-kopiëren in deze Richtlijn is geregeld erop duiden dat collectief beheer minder wenselijk wordt geacht; zodra DRM-systemen het voor rechthebbenden mogelijk maken om privé-kopiëren te controleren, moet de dragersheffing – het collectieve beheer – worden afgeschaft.⁷⁶

In de digitale omgeving zou collectief rechtenbeheer overbodig en ‘inefficiënt’ zijn, zo is kennelijk de gedachte. Wettelijke monopolies dienen te worden opgeheven. De ‘rechthebbendenkartels’ en de koppelverkoop die zij bedrijven met de alles-of-niets licenties kunnen niet langer worden gerechtvaardigd.⁷⁷ Ook de opmerking van de minister van Justitie dat de Buma-concessie slechts

⁷² Zie Koelman 2003 (noot 71), p. 42-43.

⁷³ Zie R.W. Holzhauser, ‘Het nieuwe reproprecht’, *AMI* 2002, p. 4.

⁷⁴ Art. 3 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij *PbEG* L 167/10, verleent – kort gezegd – het ‘recht van *on demand* online aanbieden’. Omdat Art. 5 van deze Richtlijn een limitatieve lijst beperkingen opsomt en er geen beperking is die de lidstaten toestaat voor dit recht een (door een collectieve rechtenorganisatie uit te oefenen) vergoedingsrecht te introduceren, moeten zij aan makers en artiesten een verbodsrecht verlenen.

⁷⁵ Zie art. 3 van Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *PbEG* L 248/15; artt. 5 en 8 lid 2 van Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, *PbEG* L 346/61.

⁷⁶ Zie Koelman 2003 (noot 71), p. 187-190; zie over de regeling met betrekking tot thuiskopiëren Institute for Information Law (P.B. Hugenholtz, L. Guibault & S. van Geffen), ‘The Future of Levies in a Digital Environment’ (2003), p. 42-43, beschikbaar op [http://www.ivir.nl/publications/other/DRM Levies Final Report.pdf](http://www.ivir.nl/publications/other/DRM%20Levies%20Final%20Report.pdf).

⁷⁷ Vgl. het memorandum van het Amerikaanse openbaar ministerie waarin het ministerie meldt dat: ‘The Department is continuing to investigate the extent to which the growth of [DRM] technologies warrants additional changes to the antitrust decrees against ASCAP and BMI, including the possibility that the [collecting societies] should be

‘uitvoering in het openbaar en uitzending van radio- en tv-programma’s’ betreft, kan in dit licht worden begrepen.⁷⁸ Kennelijk acht de minister het niet nodig om het op regelgeving gebaseerde Buma-monopolie uit te breiden tot online gebruik. Dit wil overigens niet zeggen dat Buma zich de rechten voor dat gebruik niet kan laten overdragen en op die grond dergelijke rechten kan beheren. Het betekent dat niets eraan in de weg staat dat anderen op Nederlands grondgebied rechten gaan beheren voor online muziekgebruik. Er wordt eigenlijk een voorschot genomen op de gevolgen van de *simulcasting*-beschikking.

Sociale functie

Wellicht zullen collectieve rechtenorganisaties in de toekomst worden beschouwd als de dinosauriërs van het tijdperk waarin de digitale technologie nog niet was ingeslagen. Moeten we het betreuren, wanneer zij daadwerkelijk zouden verdwijnen? Hugenholtz vindt kennelijk van wel. Hij benadrukt dat collectieve rechtenorganisaties een sociale functie hebben.⁷⁹ De kleinere, minder bekende auteurs liften mee op het succes van de grotere, in die zin dat gebruik van hun werken of opnamen evenveel kost als gebruik van bekender, wellicht waardevoller materiaal van grotere namen. Tevens kennen sommige collectieve rechtenorganisaties sociale fondsen; een deel van de opgehaalde gelden gaat niet direct naar de rechthebbenden, maar wordt voor andere doeleinden gebruikt, bijvoorbeeld voor pensioenen voor auteurs of voor promotionele activiteiten.⁸⁰ Verder zou de functie van collectieve rechtenorganisaties kunnen worden vergeleken met die van vakbonden. Individuele auteurs hebben vaak te maken met machtige wederpartijen, zoals omroepen en grote platenmaatschappijen, en zouden altijd het onderspit delven als zij niet *en bloc* zouden onderhandelen.⁸¹ Uiteraard liggen de verhoudingen anders, wanneer een kleinere speler wederpartij is. Dan is er juist reden om die wederpartij in bescherming te nemen tegen de beheersorganisatie. Eventueel zou dat kunnen door, naar het voorbeeld van de artikelen 15d en 16e Aw, te regelen dat de prijs wordt vastgesteld in onderhandelingen tussen de collectieve rechtenorganisatie en belangenbehartigers van kleinere partijen.

De sociale functie wordt in sommige landen uitgedrukt in de verplichting voor collectieve rechtenorganisaties om hun dienst ‘universeel’ te verlenen. Zij moeten hun diensten aan iedere auteur of artiest verlenen en dienen voor iedere vorm van gebruik waarvoor zij een mandaat hebben gekregen, de rechten te beheren.⁸² Van collectieve rechtenorganisaties die moeten concurreren zou zoiets niet meer kunnen worden verwacht; zij moeten zich immers vrij kunnen bewegen om te kunnen inspelen op de eisen van de markt. Het moet voor hen dan bijvoorbeeld mogelijk zijn om niet-rendabele auteurs te weigeren of om de rechten voor exploitatiewijzen die te weinig opleveren niet meer te beheren. Daardoor zou dergelijk gebruik in beginsel niet meer rechtmatig kunnen geschieden. De marktwerking kan tot gevolg hebben dat er organisaties ontstaan die slechts succesvolle auteurs toelaten. Kleinere auteurs zouden buiten de boot vallen.⁸³

prohibited from collectively licensing certain types of users or performances’. Memorandum of the United States in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment, *United States v. ASCAP*, No. 41-1395 (S.D.N.Y. 2000), beschikbaar op <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f6300/6395.pdf>.

⁷⁸ *Kamerstukken II*, 2001–2002, 28 482, nr. 3, p. 15.

⁷⁹ P.B. Hugenholtz, ‘Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?’, *AMI* 2003, p. 204-205.

⁸⁰ Zie Cohen Jehoram 2000 (noot 12), p. 160-161.

⁸¹ Het belang hiervan is door het HvJEG impliciet erkend in *Sabam* (noot 41), overw. 9: ‘dat bij de beoordeling of [...] gedragingen al dan niet misbruik in de zin van artikel [82] van het verdrag opleveren nochtans in aanmerking moet worden genomen dat een dergelijke onderneming een vereniging is, die ten doel heeft de rechten en belangen van haar individuele leden te beschermen onder meer tegenover belangrijke muziekgebruikers en -verspreiders, zoals de radio-omroepen en de grammofoonplatenfabrikanten;’ De ‘vakbondachtige’ functie van de beheersorganisaties geeft hen kennelijk wat meer speelruimte.

⁸² Zie bijv. artt. 6 en 11 van het Duitse *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*.

⁸³ Hugenholtz 2003 (noot 79), p. 205.

Besen e.a. betogen echter dat dit ook kan gebeuren, als er slechts één collectieve rechtenorganisatie bestaat die een monopolie heeft. Zij stellen dat het op een gegeven moment niet aantrekkelijk is om nog meer (niet-courante) auteurs toe te laten, omdat afnemers niet extra zouden willen betalen voor gebruik van de werken van die auteurs, terwijl zij wel meedelen in de opbrengsten.⁸⁴ De reeds aangesloten rechthebbenden gaan minder verdienen, indien de werken van de nieuwe auteurs geen waarde toevoegen en zullen daarom proberen nieuwkomers te weren. Mogelijk zijn de jaarlijkse Buma/Stemra-contributie van € 62,50 en het inschrijfgeld van € 45 inderdaad bedoeld om niet-rendabele auteurs te weren. In ieder geval kan het bovenstaande geen argument opleveren om het monopolie in stand te houden, als er geen verplichting bestaat om iedereen die dat wil te vertegenwoordigen.

Wenselijkheid concurrentie

De kans bestaat dat collectieve rechtenorganisaties steeds meer met elkaar moeten gaan concurreren en dat zelfs auteurs en artiesten onderling de concurrentie moeten aangaan. De vraag is of dat wenselijk is. Hoewel Hugenholtz impliceert dat er niet veel goeds valt te verwachten van concurrentie tussen rechtenorganisaties, zal concurrentie op het gebied van de administratiekosten, zoals die door de *simulcasting*-beschikking wordt voorgeschreven, vermoedelijk voor alle partijen – behalve misschien voor de organisaties zelf – gunstige gevolgen hebben. Niet alleen gebruikers hebben er baat bij, maar ook rechthebbenden; zij hoeven immers minder overheadkosten af te dragen. Als deze kosten omlaag gaan, wordt het ook eerder rendabel om auteurs of artiesten te vertegenwoordigen; zij hoeven minder omzet te genereren om meer te verdienen dan ze kosten.

Hugenholtz trekt een vergelijking met de telecommarkt en stelt dat de liberalisering daarvan eigenlijk mislukt is. Hij impliceert dat hetzelfde zal gebeuren, indien rechtenorganisaties moeten gaan concurreren.⁸⁵ Niet alleen heeft de telecommarkt echter andere eigenschappen dan die voor auteursrechten, waardoor het niet vanzelfsprekend is dat liberalisering hetzelfde effect zal hebben. Maar ook als wordt aangenomen dat de vergelijking wel opgaat, moet worden bedacht dat de klant tegenwoordig meer keuze heeft en dat de prijzen voor telefonie substantieel lager zijn geworden, wat toch het uiteindelijke streven van de operatie was. Het vrijmaken van de telecommarkt is wellicht (nog?) niet helemaal gelukt, maar heeft wel gunstige gevolgen gehad. In de markt voor het administreren van rechten kunnen in beginsel zowel gebruikers als rechthebbenden profiteren van de toegenomen keuzemogelijkheid en de daardoor teweeggebrachte lagere prijzen die voor deze dienst worden gevraagd.

Indien niet alleen moet worden geconcurrereerd ten aanzien van de administratiekosten, maar ook op het gebied van de royalty – het bedrag dat wordt betaald voor het gebruik zelf – dan kan dat voor sommige auteurs en artiesten nadelige gevolgen hebben. Andere makers en uitvoerende kunstenaars zouden zo'n ontwikkeling echter toejuichen. Het zou kunnen gebeuren dat er organisaties ontstaan voor succesvolle auteurs en andere voor minder succesvolle. De royalty die de eerste auteursrechtenbureaus zouden (kunnen) vragen, zou uiteraard hoger zijn; voor materiaal dat zij beheren zal men immers meer willen betalen. Hierdoor zouden rechthebbenden die het goed doen, de minder succesvollen niet langer subsidiëren. Wellicht zou er een groep auteurs helemaal buiten de boot vallen, omdat zij te weinig opbrengen om de kosten te dekken. Voorzover nieuwe technieken het niet mogelijk maken om zelf gebruik te regelen, zouden zij er geen vergoeding meer voor kunnen krijgen. De opgelegde solidariteit tussen makers zou eveneens worden doorbroken, indien het 'rechthebbendenkartel' wordt opgeheven, in die zin dat

⁸⁴ Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 393-394.

⁸⁵ Hugenholtz 2003 (noot 79), p. 204.

auteurs nog wel door één organisatie worden vertegenwoordigd, maar dat gebruik van het werk van de één meer moet kosten dan dat van de ander.

Het is denkbaar dat het totaalbedrag dat met (nu nog) door rechtenorganisaties beheerd gebruik wordt verdiend omlaag zou gaan, als rechthebbenden niet langer als een kartel naar buiten (mogen) treden. Er zou immers geen monopolist meer zijn die zich het gehele surplus kan toe-eigenen. Voor de gezamenlijke auteurs en artiesten kan dit onwenselijk zijn. Maar men kan zich afvragen of steun aan makers en artiesten – en aan platenmaatschappijen en (muziek)uitgevers – uit de zakken van gebruikers moet komen door rechthebbenden in staat te stellen om monopolistenprijzen te bedingen, of uit de algemene middelen.⁸⁶ De sociale en culturele functies die de rechtenorganisaties zouden hebben, behoren wellicht direct door de overheid te worden uitgevoerd of gefinancierd. Volgens Kretschmer kunnen deze functies op zichzelf geen argument opleveren voor het instandhouden van de huidige structuur van het collectieve rechtenbeheer.⁸⁷

Wenselijkheid regulering

Collectieve rechtenorganisaties zijn taai en machtig. Voorlopig zullen ze wel blijven bestaan, in ieder geval voor het beheer van ‘analoog’ offline gebruik. Wellicht is het gebrekkige toezicht op Buma een gevolg van de effectieve lobby van deze organisatie. Ook het feit dat een enige jaren geleden aangekondigde Europese regeling die de gang van zaken bij collectieve rechtenorganisaties doorzichtiger moet maken, nog steeds op zich laat wachten, kan zijn veroorzaakt door de invloed die de organisaties – ook in Brussel – hebben.⁸⁸ Er is echter alle reden om van dergelijke partijen openheid van zaken te eisen en om ze aan uitgebreid toezicht te onderwerpen, zodat zij zich niet aan buitensporig monopolistengedrag schuldig (kunnen) maken. Een recent onderzoek toont bijvoorbeeld aan dat collectieve rechtenorganisaties efficiënter werken, naarmate ze meer onder toezicht staan.⁸⁹ In de digitale, online omgeving kan concurrentie tussen de organisaties wellicht de administratiekosten doen dalen, maar in de offline omgeving hoeven de rechtenorganisaties voorlopig niet te concurreren. In ieder geval is daar adequaat toezicht gewenst. Zolang er slechts mededinging bestaat ten aanzien van het administreren van de rechten en de organisaties of rechthebbenden niet (hoeven te) concurreren ten aanzien van de prijs voor het gebruik zelf, is toezicht daarop eveneens wenselijk.

Verder moet worden bedacht dat het, ook als de wettelijke monopolies worden opgeheven, onwaarschijnlijk is dat er nieuwe, concurrerende rechtenorganisaties worden opgezet. ‘Natuurlijke’ monopolies worden zo genoemd, omdat de schaalvoordelen ‘van nature’ tot een gemonopoliseerde markt zouden leiden; hoe groter een partij is, des te goedkoper kan hij het product aanbieden, waardoor klein beginnende nieuwkomers geen kans hebben om een marktaandeel van betekenis te veroveren. Bestaande organisaties kunnen de transactiekosten over vele aangeslotenen uitsmeren, waardoor die kosten per rechthebbende altijd hoger zijn voor beginnende collectieve rechtenorganisaties. Bij nieuwkomers zullen zich daarom maar weinig rechthebbenden aansluiten. Het feitelijke monopolie van de volledig ongereguleerde Stemra kan dienen als bewijs voor deze theorie. Stemra is bijna een eeuw geleden opgericht. Al vele tientallen jaren staat het iedereen vrij om een concurrerende organisatie op te richten voor beheer van

⁸⁶ Cohen Jehoram 2000 (noot 12), p. 160-161.

⁸⁷ Kretschmer 2002 (noot 39), p. 135-136.

⁸⁸ De regeling werd aangekondigd in 1999 in de op aandringen van het Europese Parlement ingevoegde overw. 12*bis* van het Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Brussel, 21.05.1999 COM(99) 250 def. In de aangenomen tekst van Auteursrecht richtlijn is de frase beland in overw. 17: ‘Vooral in het licht van de behoeften van de digitale omgeving, moet worden gewaarborgd dat de incasso-organisaties een hoger niveau van rationalisatie en doorzichtigheid bereiken met betrekking tot de eerbiediging van de mededingingsregels.’

⁸⁹ Rochelandet 2002 (noot 8).

mechanische rechten, maar niemand heeft dat nog gedaan.⁹⁰ Hoewel Stemra géén op regelgeving gebaseerd monopolie heeft en er daarom een argument minder is om deze organisatie onder toezicht te stellen, kan het feitelijk onaantastbare monopolie toch een reden opleveren om ook dit auteursrechtenbureau te controleren.⁹¹ Voor zover zij reeds een groot deel van de rechthebbenden vertegenwoordigen, geldt hetzelfde overigens voor de vele andere niet gereguleerde organisaties, zoals Irda en Lira, die van eigen rechtorganisaties gelden ontvangen om daarvan de repartitie te verzorgen.

Omdat het onwaarschijnlijk is dat zich nieuwkomers zullen aandienen, is het denkbaar dat de markt voor het administreren van de rechten voor online gebruik oligopolistische trekken zal vertonen, ondanks het feit dat rechtenorganisaties op elkaars grondgebied kunnen opereren. De economische theorie heeft geen eenduidig antwoord op de vraag wat de effecten zijn van een markt waarin slechts een beperkt aantal spelers de dienst uitmaakt. Maar hoe meer (gelijkwaardige) partijen er zijn, des te geringer is de kans dat de marktprijs hoger is dan optimaal. Wellicht is het voldoende, wanneer de collectieve rechtenorganisaties van de straks vijfentwintig EU landen met elkaar de concurrentie aangaan. Zij bieden ook allen hetzelfde product aan – bij iedere organisatie kan immers het wereldrepertoire worden verworven – en kunnen zich daarom slechts onderscheiden met hun prijsstelling. Maar indien volledige concurrentie uitblijft, blijft toezicht noodzakelijk.

De transparantie die de langverwachte richtlijn moet bewerkstelligen is altijd aanbevelenswaardig. Als er een competitieve markt ontstaat doordat rechtenorganisaties met elkaar gaan concurreren, is overzichtelijkheid gewenst, zodat het voor rechthebbenden en gebruikers duidelijk is bij welke organisatie zij het best terecht kunnen. In een gemonopoliseerde markt maakt het de taak van de toezichthouder gemakkelijker. Die taak is al niet benijdenswaardig. Niet alleen zijn de bevoegdheden van het nieuw ingestelde College van Toezicht onduidelijk, maar ook is het bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk, om – preventief of repressief – te bepalen wat ‘marktconforme’ tarieven en uitkeringen zijn. Omdat er geen goed ijkpunt is, kan eigenlijk niet worden bepaald wat de marktwaarde is van gebruik. Wellicht zullen we daarom moeten accepteren dat er daarbij een zekere mate van willekeur bestaat en moeten we ons realiseren dat begrippen als ‘misbruik’ van machtspositie en ‘billijke’ vergoeding in eerste instantie juridische begrippen zijn en geen economische.

Conclusie

Aan een aantal collectieve rechtenorganisaties is een wettelijk monopolie verleend. De nieuwe wet die het toezicht op de monopolisten regelt laat het nodige te wensen over. Maar technische ontwikkelingen, uitspraken van het HvJEG en beschikkingen van de Europese Commissie kunnen tot gevolg hebben dat Europese rechtenorganisaties, voor wat betreft de dienst van het administreren van de rechten, in de nabije toekomst met elkaar moeten gaan concurreren bij het verlenen van licenties voor online gebruik. Dezelfde precedentes geven aanleiding om aan te nemen dat het in de wat verder weg gelegen toekomst misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG kan opleveren, indien slechts ‘take-it-or-leave-it’, ‘blanco’ licenties worden aangeboden. De rechtenorganisaties moeten hun aanbod dan gaan differentiëren door meerdere, verschillend geprijsde licenties aan te bieden. Een volgende stap kan zijn om géén wettelijke monopolies meer te verlenen en de bestaande op te heffen. De economische reden voor het

⁹⁰ In de Verenigde Staten werd in de jaren veertig van de vorige eeuw wel een concurrerende organisatie opgezet (BMI), maar dat kon gebeuren, omdat die organisatie werd geïnitieerd door een belangrijke groep afnemers (de omroepen) en daarom verzekerd was van klanten en omdat bovendien de al bestaande organisatie (ASCAP) een grote groep auteurs weigerde te vertegenwoordigen. Zie Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 401-402.

⁹¹ Vgl. Besen e.a. 1992 (noot 9), p. 404.

verlenen van die monopolies kan wegvallen, wanneer nieuwe technieken de kosten van het afsluiten van licenties en van het handhaven van de rechten omlaag doen gaan. De wijze waarop elektronisch kopiëren in de Nederlandse represseregeling en waarop het recht van *on demand* aanbieden en privé-kopiëren in de Europese Auteursrechtlijn zijn geregeld, vormen een eerste indicatie van dergelijk beleid.

Tot slot nog het volgende: de voortekenen wijzen erop dat collectieve rechtenorganisaties in Europa een minder cruciale rol (moeten) gaan spelen, vooral in verband met digitale online exploitatie. In de Verenigde Staten – de voortrekker van het vrije marktdenken – lijkt opmerkelijk genoeg een tegenovergestelde tendens te bestaan. Juist voor digitale exploitatie wordt wettelijk collectief beheer geïntroduceerd. Eerst gebeurde dat een tiental jaar geleden voor digitaal thuishopiëren⁹² en meer recent voor bepaalde vormen van webcasting.⁹³ Er gaan ook stemmen op om, mocht de entertainmentindustrie de strijd tegen onrechtmatig digitaal gebruik definitief verliezen en mochten DRM-systemen hun beloften niet inlossen, al het digitale gebruik collectief te gaan beheren.⁹⁴ Er zou een soort ‘auteursrechtbelasting’ worden geheven op internettoegang en op opname- en afspeelapparatuur. Voor digitaal gebruik zou dan geen licentie meer nodig zijn. Een collectieve rechtenorganisatie of een vergelijkbare instantie zou de gelden over de rechthebbenden verdelen. In dit verband kan de vraag worden gesteld of het niet beter zou zijn om de collectieve rechtenorganisaties, als zij blijven bestaan, te nationaliseren. Dat zou ook rijmen met de sociaal-politieke functies die steeds worden aangevoerd om het bestaan van de organisaties te rechtvaardigen.⁹⁵ Bovendien gedragen zij zich nu al soms als overheidsinstellingen; de Stichting Reprorecht stuurde bijvoorbeeld facturen rond met de zelfverzekerdheid van de belastingdienst. Tegen een besluit van een overheidsorgaan kan men tenminste nog zes weken bezwaar maken, bij de Stichting Reprorecht was dat echter maar vier weken.⁹⁶

⁹² Art. 1001-1011 van de Amerikaanse auteurswet. De *Copyright Office* int de heffingen op bepaalde digitale opname apparatuur. Zie <http://www.loc.gov/copyright/carp>.

⁹³ Zie art. 114 van de Amerikaanse auteurswet. *Sound Exchange* is de organisatie die door de wetgever is aangewezen om de gelden te innen voor bepaalde niet-interactieve vormen van webcasting. Zie <http://www.soundexchange.com>. Zie over de zéér gecompliceerde Amerikaanse regeling m.b.t. webcasting D. Nimmer, ‘Ignoring the Public Part I: On the Absurd Complexity of the Digital Audio Transmission Right’, *UCLA Entertainment Law Review*, 2000, p. 189-265.

⁹⁴ N.W. Netanel, ‘Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File-Swapping and Remixing’ (Draft, 2002), beschikbaar op: http://ssrn.com/abstract_id=352560.

⁹⁵ Vgl. Nr. 27 van de Resolutie van het Europees Parlement van 15.1.2004 (noot 1): het EP ‘erkent de culturele en sociale rol van [collectieve rechtenorganisaties], waardoor [zij] mede openbare macht uitvoeren’; zie ook Kretschmer 2002 (noot 39), p. 136-137.

⁹⁶ Vgl. ook de uitspraak van tweede kamerlid Van Vroonhoven-Kok die over de handelswijze van de Stichting Reprorecht opmerkt: ‘De belastingdienst, bijvoorbeeld, is verplicht om met een nauwkeurige aanslag te komen. Dit principe zou ook moeten gelden voor de Stichting Reprorecht.’ *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 200 VI, nr. 118, p. 3.