

Commissie auteursrecht

**Advies aan de Minister voor Rechtsbescherming over het toestemmingsstelsel van
artikel 30a van de Auteurswet**

16 mei 2019

Inhoudsopgave

I.	Inleiding.....	3
II.	De juridische context.....	4
II.1.	<i>Het toestemmingsstelsel van artikel 30a Aw en de toestemming aan Buma</i>	4
II.2.	<i>De Richtlijn Diensten</i>	5
II.3.	<i>De Richtlijn collectief beheer</i>	6
II.4.	<i>Het arrest OSA</i>	8
III.	Beoordeling	11
III.1.	<i>Het hanteren van een toestemmingsstelsel als zodanig</i>	11
III.2.	<i>Het verlenen van een uitsluitende toestemming</i>	14
III.3.	<i>Het verlenen van een toestemming voor onbepaalde tijd</i>	14
III.4.	<i>Nadere voorwaarden aan het toestemmingsstelsel</i>	17
III.5.	<i>Afsluitende opmerkingen</i>	18

I. Inleiding

De commissie auteursrecht ("Commissie") is een bij wet ingesteld adviescollege dat de minister voor Rechtsbescherming ("Minister") adviseert op het terrein van het auteursrecht en de naburige rechten. De Commissie bestaat uit de volgende personen: prof. mr. M. de Cock Buning (voorzitter), prof. mr. P.H. Blok, prof. mr. M.M.M. van Eechoud, prof. mr. A.A. Quaedvlieg, prof. mr. M.R.F. Senftleben, mr. H.M.H. Speyart, mr. T.H. Tanja-van den Broek en prof. mr. D.J.G. Visser. Secretaris van de Commissie is dr. S.J. van Gompel.

Bij brief van 26 juli 2018 heeft de Minister de Commissie verzocht hem te adviseren over het toestemmingsstelsel van artikel 30a Auteurswet ("Aw").

Dit stelsel is sinds zijn inwerkingtreding op 15 april 1933 nauwelijks gewijzigd. Het (Europees-)rechtelijke kader voor vergunningverlening en schaarse rechten heeft zich in de voorbijgaande jaren evenwel ontwikkeld. Ook het toezicht op collectieve beheersorganisaties ("CBO's"), zoals de vereniging Bureau Muziekauteursrecht Buma ("Buma"), is de afgelopen jaren steeds verder aangescherpt.

Tegen die achtergrond heeft de Minister de Commissie gevraagd hem over dat stelsel te adviseren, met de volgende deelvragen:

- sluit het stelsel nog aan bij het huidige (Europees-)rechtelijke kader voor vergunningverlening en schaarse rechten?
- Kan het stelsel onverkort worden gehandhaafd?
- Of behoeft het stelsel ten gevolge van de hiervoor geschetste ontwikkelingen aanpassing en, zo ja, op welke wijze?

De Minister heeft de Commissie gevraagd daarbij onder andere de volgende aspecten te betrekken:

- het uitsluitende karakter van de toestemming, mede in het licht van Richtlijn 2014/26/EU ("Richtlijn collectief beheer")¹ en van het arrest van het Hof van Justitie EU ("HvJ EU") van 27 februari 2014 in de zaak C-351/12, *OSA*²;
- de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ("ABRvS") met betrekking tot de uitgifte van schaarse rechten;

¹ Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het collectief beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt, *PbEU* 2014 L 84, p. 72.

² ECLI:EU:C:2014:110.

- het feit dat de huidige toestemming aan Buma is verleend in 1933, dat wil zeggen voor de inwerkingtreding van het EEG-verdrag;
- de vraag naar de noodzaak van concurrentiestelling bij de verlening van toestemming;
- de vraag of de huidige regeling zou moeten worden gehandhaafd indien zij verenigbaar is met het Unierecht.

De Commissie heeft hierover beraadslaagd in haar vergadering van 15 oktober 2018. Namens het ministerie van Justitie en Veiligheid was daarbij aanwezig de heer mr. W.J. Brants.

II. De juridische context

II.1. Het toestemmingsstelsel van artikel 30a Aw en de toestemming aan Buma

Het toestemmingsstelsel voor muziekauteursrechtbemiddeling is in artikel 30a Aw ingevoerd bij wet van 11 februari 1932.³ Krachtens het eerste lid van die bepaling is ministeriële toestemming vereist voor het in Nederland als bedrijf verlenen van bemiddeling inzake muziekauteursrecht, al dan niet met winstoogmerk.⁴ Overeenkomsten inzake muziekauteursrechtbemiddeling die worden aangegaan zonder die toestemming zijn nietig (lid 4). Het College van Toezicht Auteursrechten oefent krachtens lid 6 toezicht uit over de toestemminghouder(s).

Nadere regels over deze toestemming zijn krachtens artikel 30a lid 5 Aw neergelegd in het Besluit bemiddeling muziekauteursrecht ("Bbma")⁵. Deze regels kunnen als volgt worden samengevat:⁶

- De toestemming wordt alleen verleend aan een verzoeker die voldoende waarborg biedt voor de nakoming van het Bbma en voor een behoorlijke uitoefening van zijn bedrijf, en kan door de Minister worden ingetrokken indien deze van oordeel is dat de

³ *Stb.* 1932, 45, i.w.tr. 15 april 1933.

⁴ Artikel 30a lid 1 Aw verwijst niet specifiek naar de bemiddeling inzake muziekauteursrecht *in Nederland*, maar op grond van het territorialiteitsbeginsel kan die beperking van de geografische reikwijdte van die bepaling daar wel in worden gelezen.

⁵ *Stb.* 1932, 496, i.w.tr. 15 april 1933, laatstelijk gewijzigd op 1 december 2009, *Stb.* 2009, 500.

⁶ In de hier opgenomen samenvatting wordt niet afzonderlijk ingegaan op de regeling voor de toestemming voor bepaalde tijd, omdat een dergelijke toestemming op dit moment niet is verleend.

- toestemminghouder die waarborg niet meer biedt (artikel 5 en artikel 2 leden 2 en 3 Bbma).
- De toestemminghouder bedingt in zijn bemiddelingsovereenkomsten dat deze bij intrekking van rechtswege eindigen op het tijdstip waarop deze intrekking ingaat (artikel 3 lid 2 Bbma).
 - De toestemming kan worden verleend voor bepaalde of onbepaalde tijd (artikel 2 lid 1 Bbma).
 - De toestemming kan worden verleend in het algemeen of beperkt, bijvoorbeeld voor bepaalde werken of streken (artikel 4 Bbma).
 - De toestemming wordt bij voorkeur verleend (artikel 6 Bbma):
 - o voor onbepaalde tijd;
 - o in het algemeen;
 - o aan één rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid welke:
 - * is gesticht door organisaties van componisten en muzikuitgevers;
 - * in verbinding staat met buitenlandse gelijksoortige rechtspersonen; en
 - * geen winstoogmerk heeft.
 - De toestemminghouder discrimineert niet naar nationaliteit bij de behandeling van auteurs (artikel 7 Bbma).

Bij ministeriële regeling van 24 maart 1933, in werking getreden op 15 april 1933, is die toestemming conform artikel 6 Bbma uitsluitend, voor onbepaalde tijd en in het algemeen, verleend aan Buma.

II.2. De Richtlijn Diensten

Richtlijn 2006/123/EG ("Richtlijn Diensten")⁷ waarborgt in artikel 16 lid 1 het vrije verkeer van diensten voor het merendeel van de diensten die in het economisch verkeer worden verleend. Artikel 17 Richtlijn Diensten sluit een aantal onderwerpen uit van de reikwijdte van artikel 16, waaronder, onder 11, "auteursrechten en naburige rechten".

De omzettingstermijn van de Richtlijn Diensten eindigde krachtens artikel 44 lid 1 op 28 december 2009.

⁷ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006 L 376, p. 36 ("Richtlijn Diensten").

II.3. De Richtlijn collectief beheer

De Richtlijn collectief beheer⁸ bevat voorschriften:

- die nodig zijn om het goed functioneren van het beheer van auteursrechten en naburige rechten door CBO's zeker te stellen (uitgewerkt in Titel II); en
- voor multiterritoriale licentiëring door CBO's van muziekauteursrechten voor onlinegebruik (uitgewerkt in Titel III);

(zie artikel 1 van de Richtlijn).

Met betrekking tot het eerste onderwerp heeft de Uniewetgever in de overwegingen 2 en 4 t/m 7 van de considerans het volgende toegelicht:

- de bescherming van auteursrechtelijk beschermde werken vereist licentiëring (overweging 2);
- deze licentiëring kan hetzij individueel hetzij collectief plaatsvinden, waarbij collectief beheer een rechthebbende in staat stelt om zijn rechten te laten beheren en exploiteren op een manier waarop hij dat niet zelf zou kunnen doen, zoals in een ander land (overweging 2);
- in dat kader zouden CBO's de verkeersvrijheden moeten kunnen genieten "*wanneer zij rechthebbenden die in andere lidstaten verblijven of in andere lidstaten zijn gevestigd, vertegenwoordigen of licenties verlenen aan gebruikers die in andere lidstaten verblijven of gevestigd zijn*" (overweging 4);
- de verschillen in de nationale regulering van CBO's zijn echter dermate groot, dat het voor rechthebbenden niet mogelijk is om hun rechten in alle lidstaten effectief te laten beheren (overweging 5); en
- hierdoor is een harmonisatie van die regulering noodzakelijk, conform Aanbeveling 2005/737/EG van de Commissie (overwegingen 6 en 7).

In de overwegingen 7 en 8 van de considerans noemt de Uniewetgever vervolgens de artikelen 50 lid 1 (vrijheid van vestiging), 53 lid 1 (harmonisatie van beroepskwalificaties) en 62 VWEU (vrijheid van dienstverlening) als rechtsgrondslagen voor de Richtlijn.

Met betrekking tot de rechten van de rechthebbenden bepaalt artikel 5 lid 2 Richtlijn collectief beheer:

"2. Rechthebbenden hebben het recht om een collectieve beheerorganisatie van hun keuze te machtigen de rechten, rechtencategorieën of soorten werk en andere materie van hun keuze te beheren voor de grondgebieden van hun keuze, ongeacht de lidstaat van nationaliteit, verblijf of vestiging van de collectieve beheerorganisatie of de

⁸ *Supra*, noot 1.

rechthebbende. Tenzij de collectieve beheerorganisatie objectief gerechtvaardigde redenen heeft om het beheer te weigeren, is zij verplicht dergelijke rechten, rechtencategorieën of soorten werk en andere materie te beheren, mits het beheer daarvan binnen haar werkterrein valt."

Voor de onderhavige advisering zijn ook de overwegingen 9, 11 en 50 van de considerans van de Richtlijn collectief beheer van belang:

"(9) Deze richtlijn heeft tot doel voorschriften voor collectieve beheerorganisaties vast te leggen teneinde strenge normen inzake bestuur, financieel beheer, transparantie en verslaglegging te waarborgen. Dit moet de lidstaten evenwel niet beletten voor de op hun grondgebied gevestigde collectieve beheerorganisaties strengere normen te handhaven of op te leggen dan die bepaald in titel II van deze richtlijn, mits deze strengere normen verenigbaar zijn met het recht van de Unie.

(...)

(11) Niets in deze richtlijn staat eraan in de weg dat collectieve beheerorganisaties met andere collectieve beheerorganisaties vertegenwoordigingsovereenkomsten op het gebied van het rechtenbeheer sluiten — overeenkomstig de in artikelen 101 en 102 VWEU vervatte mededingingsregels — om de procedures voor het verlenen van licenties aan de gebruikers, mede met het oog op gezamenlijke facturering, onder gelijke, niet-discriminerende en transparante voorwaarden te vergemakkelijken, te verbeteren en te vereenvoudigen en ook multiterritoriale licenties aan te bieden op andere gebieden dan bedoeld in titel III van deze richtlijn.

(...)

(50) De lidstaten moeten passende procedures vaststellen waarmee het mogelijk is toe te zien op de naleving van deze richtlijn door de collectieve beheerorganisaties. Deze richtlijn mag de lidstaten weliswaar niet beperken in hun keuze van bevoegde instanties, noch wat betreft het ex ante of ex post toezicht op collectieve beheerorganisaties, maar er moet wel voor worden gezorgd dat dergelijke instanties problemen die zich bij de toepassing van deze richtlijn kunnen voordoen, doeltreffend en tijdig kunnen aanpakken. De lidstaten mogen niet worden verplicht nieuwe bevoegde instanties in het leven te roepen. Bovendien moet het voor de leden van een collectieve beheerorganisatie, rechthebbenden, gebruikers, collectieve beheerorganisaties en andere belanghebbende partijen mogelijk zijn om een bevoegde instantie in kennis te stellen van activiteiten of omstandigheden waarmee collectieve beheerorganisaties en, in voorkomend geval, gebruikers volgens hen de wet overtreden. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat de bevoegde instanties met bevoegdheden zijn toegerust om sancties of maatregelen te treffen wanneer niet wordt voldaan aan de bepalingen van de nationale wetgeving ter uitvoering van deze richtlijn. Deze richtlijn voorziet niet in specifieke soorten sancties of maatregelen, mits die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Dergelijke sancties of maatregelen kunnen neerkomen op bevelen tot ontslag van directeuren die nalatig zijn geweest, controles ter plaatse bij een collectieve beheerorganisatie of, indien een organisatie een vergunning heeft gekregen om actief te zijn, de intrekking van die vergunning. Deze richtlijn moet neutraal blijven wat betreft de stelsels van voorafgaande vergunning en toezicht in de lidstaten betreft, met inbegrip van een representativiteitsvereiste voor de collectieve beheerorganisatie, voor zover die stelsels verenigbaar zijn met het recht van de Unie en geen belemmering vormen voor de volledige toepassing van deze richtlijn."

De omzettingstermijn van de Richtlijn collectief beheer eindigde krachtens artikel 43 lid 1 op 10 april 2016.

II.4. *Het arrest OSA*

Eén dag voor de vaststelling van de Richtlijn collectief beheer wees het HvJ EU arrest in de zaak *OSA*.⁹ Deze zaak had betrekking op een geschil tussen de Tsjechische CBO voor muziekauteursrecht OSA en een kuurinrichting in Mariënbad wegens het niet afdragen van licentievergoedingen voor het beschikbaar stellen van muzikale werken aan kuurbezoekers via televisie- en radiotoestellen. Artikel 98 van de Tsjechische Auteurswet stelt het in de Tsjechische Republiek bemiddelen in auteursrechten afhankelijk van een vergunning en bepaalt dat die vergunning alleen kan worden verleend als er nog geen andere organisatie is die een vergunning heeft voor het betrokken type werk. Naar aanleiding van dat geschil heeft de Rechtbank Pilsen een aantal vragen verwezen aan het HvJ EU, waaronder een derde vraag die het HvJ EU in punt 54 als volgt heeft geherformuleerd:

"Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 16 richtlijn [Diensten] en de artikelen 56 VWEU^[10] en/of 102 VWEU^[11] aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat als aan de orde in het hoofdgeding, die het collectieve beheer van auteursrechten op bepaalde beschermde werken op het grondgebied van deze lidstaat voorbehoudt aan één collectieve beheersorganisatie, zodat een gebruiker van dergelijke werken, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde kuurinrichting, wordt verhinderd gebruik te maken van de diensten van een beheersorganisatie die is gevestigd in een andere lidstaat."

Met betrekking tot de *Richtlijn Diensten* oordeelde het HvJ EU als volgt:

- een CBO verricht een "dienst" in de zin van artikel 57 VWEU en van artikel 4 onder 1 Richtlijn Diensten, zowel ten aanzien van de rechthebbende als ten aanzien van diegenen, die een auteursrechtelijk beschermd werk (wensen te) gebruiken (punten 57-64).
- Deze dienst is krachtens artikel 17 onder 11 Richtlijn Diensten uitgezonderd van artikel 16 lid 1 Richtlijn Diensten, dat voorziet in de vrije dienstverlening, waardoor de Tsjechische regeling voor de uitsluitende aanwijzing van OSA als de CBO voor muziekauteursrecht niet toetsbaar is aan dat artikel 16 lid 1 (punten 64-66).

⁹ *Supra*, noot 2.

¹⁰ Vrij verkeer van diensten.

¹¹ Verbod van misbruik van machtspositie.

Met betrekking tot het *vrije verkeer van diensten* oordeelde het HvJ EU als volgt:

- aan de orde is een regeling die de kuurinrichting kan verhinderen om een muziekauteursrechtlicentie af te nemen van een CBO uit een andere lidstaat (punt 67).
- Omdat een dergelijke afname een grensoverschrijdend karakter zou hebben, is artikel 56 VWEU van toepassing (punt 68).
- Omdat deze afname wordt verhinderd is sprake van een beperking van het vrije verkeer van diensten (punt 69).
- Deze beperking kan worden gerechtvaardigd indien zij geschikt is en niet verder gaat dan noodzakelijk is ter bescherming van een dwingende reden van algemeen belang (punt 70).
- De bescherming van de intellectuele eigendomsrechten levert een dergelijke dwingende reden van algemeen belang op (punt 71).
- Het toekennen van een monopolie om te bemiddelen voor een bepaalde categorie auteursrecht is geschikt om die bescherming te waarborgen, omdat het "*een efficiënt beheer van deze rechten alsook een efficiënt toezicht op de eerbiediging ervan op [het nationale] grondgebied mogelijk kan maken*" (punt 72);
- Dat toekennen gaat daarbij niet verder dan wat noodzakelijk is, omdat het "*past binnen de context van een gebiedsgebonden bescherming van auteursrechten, waaronder eveneens de wederkerigheidscontracten vallen [waarmee CBO's] elkaar, wederzijds, [machtigen] op hun respectieve grondgebied de vereiste toestemming te verlenen voor het in het openbaar uitvoeren van door auteursrechten beschermde werken van auteurs die bij het andere bureau zijn aangesloten, en aan die toestemming bepaalde voorwaarden te verbinden, zulks in overeenstemming met de op het betrokken grondgebied geldende wettelijke regeling*" (punten 73 en 74). Met betrekking tot deze wederkerigheidsovereenkomsten heeft het HvJ EU al eerder geoordeeld dat zij "*er met name toe strekken [de CBO's] in staat te stellen voor de bescherming van hun repertoire in een andere staat gebruik te maken van de organisatie van het bureau dat aldaar werkzaam is, zonder daarnaast nog een eigen netwerk van contracten met gebruikers te moeten opzetten en zelf ter plaatse toezicht te moeten uitoefenen*" [12]" (punt 75).
- Wanneer het gaat om een mededeling aan het publiek als aan de orde in het hoofdgeding, dat wij zeggen via televisie- en radiotoestellen in een kuurinrichting, is niet gebleken dat

¹² Verwijzing naar de arresten HvJ EG 13 juli 1989, ECLI:EU:C:1989:319, zaak 395/87 (*Tournier*), punt 19, en HvJ EG 13 juli 1989, ECLI:EU:C:1989:326, gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88 (*Lucazeau e.a.*), punt 13.

"er in de huidige stand van het Unierecht een andere methode bestaat om hetzelfde niveau van bescherming van auteursrechten te bereiken, dan de methode die is gebaseerd op een gebiedsgebonden bescherming van – en derhalve ook gebiedsgebonden toezicht op – die rechten, binnen de context waarvan een regeling als aan de orde in het hoofdgeding, past" (punt 76).

- *Daarnaast zou het "leiden tot grote problemen bij het toezicht op het gebruik van deze werken en op de betaling van de verschuldigde vergoedingen" "wanneer, in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, een gebruiker van beschermde werken de vrijheid zou hebben om te kiezen voor om het even welke, op het grondgebied van de Unie gevestigde, beheersorganisatie ter verkrijging van toestemming voor het gebruik van beschermde werken en voor het betalen van de door hem verschuldigde vergoeding" (punt 77).*
- *Daardoor gaat het Tsjechische stelsel van een uitsluitende vergunning voor één CBO voor muziekauteursrecht niet verder dan noodzakelijk ter bescherming van dat auteursrecht en is het verenigbaar met het vrije verkeer van diensten (punten 78 en 79).*

Met betrekking tot het *verbod op misbruik van machtspositie* oordeelde het HvJ EU als volgt:

- *een CBO als OSA is een onderneming die is onderworpen aan de mededingingsregels, waaronder het verbod op misbruik van een machtspositie (punt 80).*
- *In dat kader kan een CBO niet de uitzondering voor ondernemingen die met name zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang van artikel 106 lid 2 VWEU invoeren, omdat een CBO niet daadwerkelijk is belast met een dienst van algemeen economisch belang (punt 81).*
- *Het verlenen van uitsluitende rechten kan echter vallen onder artikel 106 lid 1 VWEU. Het enkele feit dat een lidstaat, door het verlenen van uitsluitende rechten in de zin van artikel 106 lid 1 VWEU, een machtspositie in het leven roept, is als zodanig niet onverenigbaar met artikel 102 VWEU: daarvoor is noodzakelijk dat (i) de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of dat (ii) deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Het enkele feit dat de een lidstaat aan een CBO als OSA voor het beheer van auteursrechten met*

betrekking tot een categorie van beschermde werken een monopolie verleent, is daarom op zichzelf niet in strijd met artikel 102 VWEU (punten 82-84).

- Daarbij geldt echter dat een CBO als OSA, die een monopolie heeft op het beheer, op het grondgebied van een lidstaat, van auteursrechten met betrekking tot een categorie van beschermde werken, een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de interne markt, in de zin van artikel 102 VWEU. Een CBO zou van deze machtspositie misbruik maken indien zij voor de door haar geleverde diensten tarieven oplegt die: (i) bij een vergelijking op homogene grondslag aanzienlijk hoger zijn dan die welke worden gehanteerd in de andere lidstaten, dan wel (ii) te hoog zijn en niet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie (punten 86-88).

Op grond van deze beoordeling concludeerde het HvJ EU dat het Tsjechische stelsel verenigbaar was met de Richtlijn Diensten, het vrije verkeer van diensten en het verbod op misbruik van een machtspositie.

III. Beoordeling

De Commissie zal achtereenvolgens de volgende vragen beoordelen:

- verzet het Unierecht zich tegen een toestemmingsstelsel voor bemiddeling in het muziekauteursrecht als zodanig (par. III.1)?
- Verzetten het Unierecht of het interne Nederlandse recht zich tegen de uitgifte van een uitsluitende toestemming voor bemiddeling in het muziekauteursrecht (par. III.2)?
- Verzetten het Unierecht of het interne Nederlandse recht zich tegen de uitgifte van deze toestemming voor onbepaalde tijd (par. III.3)?
- Stellen het Unierecht of het interne Nederlandse recht andere voorwaarden aan dat toestemmingsstelsel (par. III.4)?
- Bestaat er vanuit juridisch perspectief een noodzaak tot aanpassing van dat stelsel (par. III.5)?

III.1. Het hanteren van een toestemmingsstelsel als zodanig

De Commissie buigt zich allereerst over de vraag of het Unierecht zich verzet tegen het hanteren van een toestemmingsvereiste als zodanig voor het in Nederland bemiddelen in het muziekauteursrecht.

Wordt de vraag naar de verenigbaarheid van vergunningsstelsels voor CBO's met het Unierecht beheerst door een EU Richtlijn?

De eerste vraag die daarbij moet worden onderzocht, is of dat onderwerp geharmoniseerd is door een Richtlijn. In dat geval is die Richtlijn immers leidend en is geen rechtstreekse toetsing meer mogelijk aan de verkeersvrijheden uit het VWEU, omdat de Uniewetgever de betrokken afweging tussen verkeersvrijheid en uitzondering al Uniebreed heeft vastgelegd in die Richtlijn.¹³

Als gezegd heeft het HvJ EU in zijn arrest in de zaak *OSA* al geoordeeld dat de regulering van CBO's niet is geharmoniseerd door de Richtlijn Diensten.

Vervolgens rijst de vraag of deze materie wordt beheerst door de Richtlijn collectief beheer. In zijn arrest *OSA* heeft het HvJ EU die Richtlijn niet betrokken bij zijn beoordeling, omdat die Richtlijn pas een dag voor dat arrest is vastgesteld en zij dus niet relevant was voor de beslechting van het geschil in de hoofdzaak, dat terugging tot de periode 1 mei 2008 tot en met 31 december 2009.

De Commissie is van oordeel dat de toelaatbaarheid van een toestemmingsstelsel niet wordt beheerst door de Richtlijn collectief beheer, om de volgende redenen.

- Enerzijds heeft de Richtlijn de structuur van een klassieke harmonisatierichtlijn, waarin de eisen die een lidstaat ter bescherming van een publiek belang kan stellen met betrekking tot een bepaalde activiteit worden geharmoniseerd in ruil voor het vrije verkeer van die activiteit. Anderzijds blijkt uit overweging 4 van de considerans dat het bij die vrijheid niet gaat om de vrijheid voor een CBO uit één lidstaat om door vestiging of dienstverlening actief te worden als binnenlandse CBO in een andere lidstaat, maar om de situatie van:
 - (i) een rechthebbende uit één lidstaat die zijn rechten voor een andere lidstaat wil laten beheren door een in die andere lidstaat gevestigde CBO; of
 - (ii) een gebruiker van beschermde werken uit één lidstaat die zich tot een CBO uit een andere lidstaat wil wenden voor de licentiëring met betrekking tot een bepaald werk of repertoire uit die andere lidstaat.

¹³ Vaste rechtspraak, zie bijv. HvJ EG 5 oktober 1977, ECLI:EU:C:1977:144, zaak 5/77 (*Tedeschi*), punt 35; HvJ EG 23 mei 1996, ECLI:EU:C:1996:205, zaak C-5/94 (*Hedley Lomas*), punt 18; HvJ EG 25 maart 1999, ECLI:EU:C:1999:168, zaak C-112/97 (*Commissie/Italië*), punt 54, en HvJ EG 11 mei 1999, ECLI:EU:C:1999:242, zaak C-350/97 (*Monsees*), punt 24.

- In dat kader verleent artikel 5 lid 2 van de Richtlijn aan de rechthebbende het recht om zijn rechten te laten beheren door een CBO van zijn keuze, maar is er geen bepaling die aan CBO's het recht geeft zich te vestigen in een andere lidstaat, of om door middel van vrije dienstverlening het binnenlandse repertoire in die andere lidstaat te beheren, terwijl aannemelijk is dat de Uniewetgever dat uitdrukkelijk zou hebben bepaald als dat zijn oogmerk was geweest.
- Deze zienswijze vindt steun in:
 - (i) overweging 9, waarin voor de lidstaten de mogelijkheid wordt ingeruimd om aan hun binnenlandse CBO's strengere eisen te stellen dan die van de Richtlijn;
 - (ii) overweging 11, waarin de Uniewetgever verwijst naar de wederkerigheidsovereenkomsten die het HvJ EU ook centraal heeft gesteld in de punten 73-75 van zijn *OSA*-arrest; en vooral in
 - (iii) de laatste volzin van overweging 50, waarin de Uniewetgever voorop stelt dat de Richtlijn "*neutraal moet blijven wat betreft de stelsels van voorafgaande vergunning en toezicht in de lidstaten*", mits zij verenigbaar zijn met het Unierecht en geen belemmering vormen voor de volledige toepassing van de Richtlijn.

Dit betekent dat de verenigbaarheid van het toestemmingsstelsel van artikel 30a Aw met het Unierecht niet wordt beheerst door de Richtlijn collectief beheer en daarom rechtstreeks moet worden getoetst aan het VWEU.

Is het toestemmingsstelsel van artikel 30a Aw verenigbaar met het VWEU?

In zijn *OSA*-arrest heeft het HvJ EU de verenigbaarheid van het Tsjechische vergunningstelsel getoetst aan de verkeersvrijheden.

Met betrekking tot de verkeersvrijheden oordeelde het HvJ EU kort gezegd dat het uitsluitend recht een beperking is van het vrije verkeer van diensten die gerechtvaardigd is ter bescherming van rechten van intellectuele eigendom en die proportioneel is omdat:

- het collectieve beheer van auteursrechten plaatsvindt in de context van een "*gebiedsgebonden bescherming van – en derhalve ook gebiedsgebonden toezicht op – [auteurs]rechten*", een context waarin grensoverschrijdende situaties worden geregeld door middel van wederkerigheidsovereenkomsten tussen CBO's uit verschillende lidstaten (punten 73-76); en
- het toezicht op het collectieve beheer in de lidstaten in de toenmalige stand van het Unierecht nog niet was geharmoniseerd, waardoor het bezwaarlijk zou zijn als een

gebruiker van beschermde werken zelf zou kunnen kiezen bij welke CBO hij een bepaald recht in licentie zou kunnen nemen (punt 77).

Met het verstrijken van de omzettingstermijn van de Richtlijn collectief beheer is dit tweede bezwaar niet meer relevant, maar blijft het eerste bezwaar overeind. De Commissie acht aannemelijk dat dat eerste punt ook zelfstandig, dat wil zeggen zonder het bijkomende element van het gebrek aan beheersharmonisatie, voldoende is om een vergunningsstelsel zoals dat in de zaak *OSA* of hier in Nederland te rechtvaardigen.

Deelconclusie

De Commissie is daarom van oordeel dat het in artikel 30a Aw neergelegde toestemmingsstelsel voor het collectief beheer van muziekauteursrechten verenigbaar is met het Unierecht.

III.2 Het verlenen van uitsluitende toestemming

Artikel 30a Aw schrijft niet voor dat de toestemming voor bemiddeling inzake muziekauteursrecht in Nederland exclusief (uitsluitend) is, maar verwijst daarvoor naar het Bbma. Hoewel het daarin niet dwingend is, spreekt artikel 6 Bbma op zijn beurt wel een "voorkeur" uit voor de verlening van de betrokken toestemming aan "één" rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid met bepaalde kenmerken, en dus voor een uitsluitende toestemming. Bij het inwerkingtreden van artikel 30a Aw en van het Bbma heeft de Minister deze voorkeur gevolgd door de toestemming uitsluitend te verlenen aan Buma. Om die reden moet worden beoordeeld of dat uitsluitende karakter verenigbaar is met het Unierecht en met het interne Nederlandse recht.

Omdat ook het Tsjechische vergunningsstelsel resulteerde in een uitsluitend recht voor *OSA* is deze situatie al beoordeeld door het HvJ EU, dat heeft geoordeeld dat het uitsluitende karakter verenigbaar is met zowel de verkeersvrijheden als de mededingingsregels.

III.3 Het verlenen van toestemming voor onbepaalde tijd

De Commissie behandelt vervolgens de vraag of de verlening van toestemming voor onbepaalde tijd in overeenstemming is met het Unierecht en de nationale rechtspraak over de uitgifte van schaarse rechten. Ook die onbepaalde tijd is niet dwingend voorgeschreven door

artikel 30a Aw of door het Bbma, zij het dat artikel 6 Bbma daar wel een voorkeur voor uitspreekt en die voorkeur in 1933 is gevolgd in de ministeriële regeling waarin de betrokken toestemming aan Buma is verleend.

Deze vraag was niet aan de orde in de *OSA*-zaak. In de *Promoimpresa*-zaak heeft het HvJ EU echter geoordeeld dat de uitgifte van een concessie voor onbepaalde tijd of met automatische verlenging in strijd is met de Richtlijn Diensten en met de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging. Daarnaast oordeelde het dat, als er wel een concessie voor onbepaalde tijd is verstrekt, deze in een overgangperiode dient te worden afgebouwd.¹⁴ In de *Promoimpresa*-zaak ging het niet om een concessie voor diensten, maar, zoals in artikel 30a Aw, om een concessie om een bepaalde activiteit te mogen verrichten. De Nederlandse A-G Widdershoven spreekt in zijn conclusies in een tweetal uitspraken van de ABRvS uit 2016 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*) en 2018 (*Windpark Zeewolde*), de verwachting uit dat het Hof van Justitie zich voor de verlening van schaarse rechten in de toekomst zal laten inspireren door deze rechtspraak.¹⁵

Ook naar intern Nederlands recht is het verlenen van schaarse rechten voor onbepaalde tijd onrechtmatig, tenzij daarvoor een beroep kan worden gedaan op een objectieve rechtvaardigingsgrond. In de zaak *Speelautomatenhal Vlaardingen* heeft de ABRvS, in overeenstemming met de conclusie van A-G Widdershoven,¹⁶ geoordeeld dat, ook wanneer de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, de uitgifte van een vergunning voor onbeperkte duur behoudens uitzondering niet toelaatbaar is, omdat dit in strijd komt met een op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde rechtsnorm. Deze norm houdt in dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen.¹⁷

In het licht van deze rechtspraak meent de Commissie dat het in beginsel ontoelaatbaar is dat, wanneer sprake is van uitsluitende toestemming in de zin van artikel 30a Aw, en daarmee van een schaarse vergunning, deze toestemming voor onbepaalde tijd wordt verleend, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is.

In dat kader signaleert de Commissie dat er praktische problemen kunnen ontstaan wanneer de markt voor het collectieve beheer van muziekauteursrechten, door het verlenen

¹⁴ HvJ EU 14 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:558, gevoegde zaken C-458/14 en C-67/15, (*Promoimpresa*), punten 70-72.

¹⁵ Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), par. 3.11; Concl. A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*), par. 3.23.

¹⁶ Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

¹⁷ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

van tijdelijke toestemming, zou worden opengesteld voor concurrentie. Zo zouden alle overeenkomsten voor onbepaalde tijd, die de betreffende CBO – in dit geval: Buma – heeft gesloten met rechthebbenden, zusterorganisaties en gebruikers moeten worden omgezet naar contracten voor bepaalde tijd. Ook zou een nieuwe beheersstructuur moeten worden opgebouwd, wanneer een andere CBO het collectieve beheer na afloop van de toestemming zou overnemen. Dit zou gepaard kunnen gaan met het ontslag van personeel en teloorgang van opgebouwde kennis. Het zou ook betekenen dat de betrokken rechthebbenden moeten overstappen naar de andere CBO en dat deze CBO nieuwe overeenkomsten zou moeten sluiten met gebruikers en mogelijk met zusterorganisaties. Dit leidt onvermijdelijk tot hogere transactiekosten. Dit lijkt daarom op gespannen voet te staan met de – in de literatuur en de politiek steeds prominenter wordende – gedachte dat zo veel mogelijk opbrengsten uit de exploitatie van werken zouden moeten toekomen aan individuele rechthebbenden.

Hier kan tegen in gebracht worden dat het tijdelijke karakter van toestemming CBO's tot efficiënter presteren kan dwingen. Bovendien gelden genoemde praktische problemen ook in andere gevallen waarin exclusieve rechten worden vergund. Het feit dat het verlies van de toestemming consequenties heeft voor personeel en contractspartijen is bovendien geen dwingende reden van algemeen belang die een beperking van het vrij verkeer van diensten kan rechtvaardigen. Daarvan kan alleen sprake zijn als CBO's duidelijk kunnen worden onderscheiden van andere economische actoren.

Toch schuilt er in het geval van CBO's een gevaar in het uitgeven van tijdelijke toestemming. De kracht van het huidige systeem is dat er door de verlening van toestemming voor onbepaalde tijd een vaste *one-stop-shop* ontstaat voor het verlenen van licenties voor muzikauteursrechten die de markt optimaal kan bedienen en daarmee hogere inkomsten kan genereren voor rechthebbenden.

De Commissie concludeert dat er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de verlening van uitsluitende toestemming in de zin van artikel 50a Aw voor onbepaalde tijd, maar dat gezien alle betrokken belangen nader moet worden onderzocht of er in dit geval een dwingende reden van algemeen belang bestaat die deze onbepaalde duur zou kunnen rechtvaardigen. Daarvoor lijkt een gedegen economische analyse van de (Europese) markt voor muzikauteursrechtbemiddeling onmisbaar.

Voor deze beoordeling speelt geen rol dat de toestemming aan Buma reeds is verleend in 1933, lang voor de inwerkingtreding van het EEG-verdrag op 1 januari 1958 en voor de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak over de verdeling van schaarse rechten op

grond van een van het gelijkheidsbeginsel afgeleide norm: zowel het EEG-verdrag als dat gelijkheidsbeginsel kunnen met zich brengen dat bestaande situaties moeten worden aangepast.

III.4. Nadere voorwaarden aan het toestemmingsstelsel

De Commissie constateert dat het HvJ EU, onder andere in de *Betfair*-zaak, eisen stelt aan de inrichting en toepassing van een concessiestelsel. Volgens vaste rechtspraak moet de uitgifte van concessies ‘zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn, waardoor een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteiten opdat deze niet op willekeurige wijze wordt gebruikt’.¹⁸ Daarnaast moet elke persoon die door de uitgifte van concessies wordt geraakt een beroep in rechte kunnen instellen tegen de betrokken besluiten.¹⁹

Deze eisen, die een reële mededinging en gelijke kansen voor alle potentiële gegadigden bij de concessieverlening beogen te garanderen en elke vorm van favoritisme en willekeur bij het beslissend bestuursorgaan willen uitsluiten, bepalen in belangrijke mate de voorwaarden, criteria en modaliteiten die bij de verlening van toestemming van artikel 30a Aw mogen worden toegepast. A-G Widdershoven stelt dat in beginsel geen enkele procedure voor de concessieverlening is uitgesloten, mits aan deze eisen wordt voldaan.²⁰ Hij sluit zelfs niet uit dat verlening op basis van het principe “wie het eerst komt, wie het eerst maalt” aan deze eisen voldoet.²¹

In beginsel is er daarom alle ruimte om in de verleningscriteria specifieke beleidsdoelen te regelen, zoals het gunnen van de concessie aan de CBO met de hoogste uitkeringsgraad, met het meest volledige repertoire, met het grootst aantal contracten met buitenlandse zusterorganisaties, met fondsen of voorzieningen voor sociaal-culturele doeleinden, etc. Daarmee zou – althans ten dele – kunnen worden tegemoetgekomen aan de in par. III.3. geschetste problemen die worden voorzien bij het verlenen van toestemmingen voor bepaalde tijd binnen het kader van artikel 30a Aw.

¹⁸ HvJ EU 3 juni 2010, ECLI:EU:C:2010:307, zaak C-203/08 (*Betfair*), punt 50.

¹⁹ *Idem*, punten 50-51.

²⁰ Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), par. 3.14.

²¹ Concl. A-G Widdershoven 6 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1847 (*Windpark Zeewolde*), par. 4.11.

III.5. Afsluitende opmerkingen

Uit het voorgaande volgt dat het stelsel van artikel 30a Aw en het Bbma naar het oordeel van de Commissie als zodanig verenigbaar is met het Unierecht en met het interne Nederlandse recht, ook indien sprake is van uitsluitende toestemming, zoals nu het geval is, maar dat in dat geval nader moet worden onderzocht of er een objectieve rechtvaardiging is om die uitsluitende toestemming voor onbepaalde tijd te verlenen. Afgezien daarvan ziet de Commissie geen juridische noodzaak tot aanpassing van het toestemmingsstelsel van artikel 30a Aw. Een eventuele aanpassing daarvan die een ander aspect zou betreffen dan de verlening van uitsluitende toestemming voor onbepaalde tijd is daarom eerst en vooral een cultuurpolitieke en rechtseconomische beslissing.

In kaart zal moeten worden gebracht wat de mogelijke consequenties zijn van een eventuele aanpassing van artikel 30a Aw. Hierbij merkt de Commissie op dat, als de uitsluitende toestemming voor collectief beheer van muziekauteursrechten om de zoveel tijd zou worden opengesteld voor concurrentie, de juiste gunningscriteria moeten worden gehanteerd om te voorkomen dat daarbij een *race-to-the-bottom* ontstaat waarbij steeds lagere collectieve licentievergoedingen voor muziekgebruik worden verkregen, en er *cherry-picking* plaatsvindt door grote rechthebbenden, die individueel rechtenbeheer mogelijk zouden verkiezen boven collectief beheer. Daarbij benadrukt de Commissie dat de Auteurswet uitgaat van een stabiel systeem van efficiënt rechtenbeheer op het gebied van muziek.²² De vraag is of dat niet op losse schroeven komt te staan als de markt (periodiek) wordt opengesteld voor concurrentie.

De Commissie adviseert de Minister deze vragen eerst nader te onderzoeken en mee te nemen in een eventuele beleidsbeslissing omtrent artikel 30a Aw.

oOo

²² Zo zondert artikel 45d, lid 1, Aw de componist en tekstdichter van filmmuziek uit van het wettelijk vermoeden van rechtenoverdracht aan de filmproducent. De reden daarvoor is gelegen in de historisch gegroeide situatie dat muziekauteurs hun rechten doorgaans laten behartigen door cbo's, zoals Buma/Stemra. Zie Verkade, *T&C Intellectuele eigendom* (2016), art. 45d Auteurswet, aant. 2.