

Vergaderjaar 2019–2020

**35 317**

## **Wijziging van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten**

**Nr. 4**

### **ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 17 juli 2019 en het nader rapport d.d. 10 oktober 2019, aangeboden aan de Koning door de minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van uw kabinet van 16 mei 2019, nr. 2019000925, machtigde uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 17 juli 2019, nr. W16.19.0116/II, bied ik u hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

*Bij Kabinetsmissive van 16 mei 2019, no.2019000925, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten, met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel strekt tot het vergroten van de slagvaardigheid en doelmatigheid van het toezicht door het College van Toezicht Auteurs- en naburige rechten (het College) op het collectief beheer van auteursrechten en naburige rechten.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de voorgestelde verduidelijking van de reikwijdte van het preventieve toezicht door het College. In verband daarmee is aanvulling van de toelichting wenselijk.*

## 1. De voorgestelde regeling van het preventieve toezicht

### a. Inleiding

Het wetsvoorstel voorziet in een aantal wijzigingen die het College in staat moeten stellen zijn middelen en capaciteit optimaal in te zetten, waaronder een verduidelijking van de reikwijdte van het preventieve toezicht. Voorts wordt voorgesteld om het toezicht niet langer volledig uit de algemene middelen te bekostigen, maar de helft van de kosten van het toezicht voor rekening van de beheersorganisaties te laten komen. Ten slotte brengt het voorstel enkele andere, kleinere wijzigingen aan in de wet.

### b. Preventief toezicht

Naar huidig recht dienen collectieve beheersorganisaties (hierna: cbo's) bepaalde besluiten voorafgaand ter instemming aan het College voor te leggen. Het gaat daarbij onder meer om besluiten tot vaststelling of wijziging van modelovereenkomsten en om bepaalde besluiten tot verhoging van tarieven. Het College onthoudt zijn goedkeuring aan een besluit tot tariefverhoging indien de verhoging buitensporig is, waarbij het onder meer voldoende rekening dient te houden met de belangen van betalingsplichtigen. Daarnaast dienen cbo's het College vooraf schriftelijk te informeren over besluiten die van wezenlijke invloed zijn op hun taakuitoefening.

In het wetsvoorstel wordt verduidelijkt welke besluiten voorafgaand ter instemming aan het College moeten worden voorgelegd en over welke besluiten het College vooraf moet worden geïnformeerd. Cbo's blijven in het thans voorliggende wetsvoorstel – anders dan in het conceptvoorstel dat eerder in internetconsultatie werd gegeven – verplicht om het College toestemming te vragen voor eenzijdige tariefverhogingen. Daarnaast worden cbo's verplicht om het College te informeren over andere tariefverhogingen dan eenzijdige verhogingen en over nieuwe tarieven. Daarmee wordt buiten twijfel gesteld dat het College over iedere mogelijke tariefverandering (buiten de eenzijdige tariefverhoging die onder het toestemmingsvereiste van artikel 3 valt) moet worden geïnformeerd, ook als bijvoorbeeld een korting voor betalingsplichtigen vervalt. Het gaat er dus om of het bedrag dat betalingsplichtigen betalen «onder de streep» kan veranderen.

Verder wordt de bestaande verplichting om het College toestemming te vragen voor het vaststellen of wijzigen van modelovereenkomsten geschrapt. Het wetsvoorstel regelt in plaats daarvan dat cbo's het College moeten informeren over het vaststellen of wijzigen van overeenkomsten met representatieve organisaties van gebruikers (zoals brancheorganisaties) en het College toestemming moeten vragen voor het vaststellen of wijzigen van algemene voorwaarden. Dit is volgens de toelichting in overeenstemming met het uitgangspunt dat het preventieve toezicht gericht zou moeten zijn op algemene beleidsmaatregelen van cbo's.

Bedingen die de kern van de prestatie vormen, zoals bedingen over tarieven en toegepaste kortingen, vallen niet onder het begrip algemene voorwaarden. Een modelovereenkomst bevat naast algemene voorwaarden afspraken over de kern van de prestatie, zoals tarieven en kortingen. Een voorbeeld van een modelovereenkomst is een «brancheovereenkomst» tussen een cbo en een representatieve organisatie van gebruikers. Bij algemene voorwaarden is een toestemmingseis aangewezen, omdat ook betalingsplichtigen die niet vertegenwoordigd zijn tijdens de totstandkoming van die voorwaarden daaraan gehouden

worden. Voor brancheovereenkomsten (en dergelijke) bestaat deze noodzaak volgens de toelichting niet, omdat representatieve organisaties anders dan individuele gebruikers een zekere onderhandelingsmacht hebben. Wel komt een informatieverplichting ten aanzien van vaststelling of wijziging van deze overeenkomsten ten goede aan het toezicht.

## **2. Beoordeling van het voorstel**

*De Afdeling onderschrijft het belang van een slagvaardig en doelmatig toezicht op het collectief beheer van auteursrechten en naburige rechten. In het licht daarvan onderkent de Afdeling dat een verduidelijking van de reikwijdte van het preventieve toezicht tegemoet komt aan een behoefte in de praktijk en kan bijdragen aan het verder verbeteren van de effectiviteit van het toezicht door het College. De Afdeling stelt vast dat deze verduidelijking in het voorstel onder meer vorm heeft gekregen door in bepaalde (maar niet alle) gevallen de eis van voorafgaande goedkeuring te vervangen door een informatieplicht. Het gaat dan i het bijzonder om het wijzigen van «modelovereenkomsten» in «algemene voorwaarden». Daar staat tegenover dat de instemmingseis ten aanzien van eenzijdige tariefverhogingen in het voorstel uiteindelijk gehandhaafd is. Kennelijk is naar aanleiding van de internetconsultatie afgezien van het schrappen van de laatstgenoemde eis. In de toelichting wordt aan de redenen om deze specifieke instemmingseis te handhaven geen aandacht besteed.*

*De Afdeling constateert dat de instemmingseis ten aanzien van tariefverhogingen enerzijds niet goed valt in te passen in het stelsel dat de wetgever aanvankelijk (in de consultatieversie) voor ogen stond. Het uitgangspunt van dat stelsel is dat het toezicht door het College gericht is op algemene beleidsmaatregelen en op de algehele good governance bij cbo's. Tarieven en kortingen worden in deze benadering door partijen vastgesteld en zouden – gelet op het privaatrechtelijke karakter van cbo's – niet door het College moeten worden getoetst. In dat verband is voorts relevant dat de Geschillencommissie Auteursrecht (en niet het College) in de wettelijke systematiek de taak heeft geschillen te beslechten over de billijkheid, de hoogte en de toepassing van tarieven. Vanuit de cbo's is in het kader van de internetconsultatie naar voren gebracht dat Nederlandse organisaties niet in een slechtere concurrentiepositie mogen komen ten opzichte van buitenlandse cbo's. De Richtlijn collectief beheer zorgt voor een gelijk speelveld en Nederland zou niet verder moeten gaan dan de Europese verplichtingen (geen «nationale kop»). Het preventieve toezicht op tarieven zou in deze visie geschrapt moeten worden.*

*Anderzijds roept het onttrekken van modelovereenkomsten (en aanvankelijk ook tariefverhogingen) aan de toestemmingseis vragen op in het licht van de doelstelling van het wetsvoorstel, te weten het vergroten van de slagvaardigheid en doelmatigheid van het toezicht door het College. Met het oog op de dominante positie die cbo's op grond van hun wettelijke mandaat of hun feitelijke monopolie innemen tegenover gebruikers is in 2013 de bevoegdheid tot voorafgaande goedkeuring van tariefstijgingen in de wet opgenomen. Juist bij de vaststelling of verhoging van tarieven of kortingen bestaat het risico van misbruik van deze machtspositie. Een beperking van de instemmingseis tot algemene voorwaarden brengt echter mee dat de kernbepalingen van modelovereenkomsten (inclusief tarieven en kortingen) buiten de reikwijdte daarvan blijven en dat de belangen van betalingsplichtigen in zoverre minder worden beschermd. Het College zelf meent dat zijn bevoegdheden op dit punt onwenselijk worden beperkt door het voorstel, omdat daarmee de effectiviteit van het toezicht sterk wordt aangetast.*

*De Afdeling adviseert om in de toelichting nader te motiveren waarom enerzijds is gekozen voor het handhaven van de goedkeuringseis ten aanzien van eenzijdige tariefverhogingen, en anderzijds voor het vervangen van die goedkeuringseis door een informatieverplichting waar het gaat om modelovereenkomsten. De Afdeling adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.*

#### Behoud van het goedkeuringsvereiste voor eenzijdige tariefverhogingen

Cbo's zijn naar huidig recht verplicht om het College van Toezicht Auteurs- en naburige rechten (hierna: het College) toestemming te vragen voor tariefverhogingen (art. 3, eerste lid, onderdeel c, Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (hierna: de Wet toezicht)). Het College onthoudt zijn goedkeuring over een besluit tot een dergelijke verhoging indien de verhoging buitensporig is (art. 3, vierde lid). In het wetsvoorstel blijft dit goedkeuringsvereiste voor eenzijdige tariefverhogingen bestaan. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) is in de toelichting verduidelijkt dat het goedkeuringsvereiste dient ter bescherming van gebruikers van beschermd materiaal. Cbo's beschikken over een machtspositie. Het risico op misbruik van deze machtspositie is groter bij eenzijdige tariefverhogingen, omdat de instemming van gebruikers ontbreekt. Daarnaast kan de eis om toestemming te vragen van het College bijdragen aan het vinden van draagvlak voor een eenzijdige vastgestelde verhoging indien een cbo niet in staat is gebleken om met gebruikers overeenstemming te bereiken over een voorgenomen tariefverhoging.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat aan artikel 3, vierde lid, Wet toezicht wordt toegevoegd dat het College zijn goedkeuring aan een eenzijdige tariefverhoging niet zal onthouden dan nadat de Geschillencommissie Auteursrechten hieromtrent advies heeft uitgebracht. Naar huidig recht kan ook de rechter niet beslissen – over een geschil omtrent de billijkheid, de hoogte en de toepassing van gewijzigde (en nieuwe) tarieven – dan nadat de Geschillencommissie Auteursrechten in de gelegenheid is gesteld advies uit te brengen (art. 25 Wet toezicht).

#### Vervanging van het goedkeuringsvereiste met betrekking tot modelovereenkomsten door een informatieverplichting met betrekking tot overeenkomsten met representatieve organisaties van gebruikers

Cbo's zijn naar huidig recht verplicht om het College toestemming te vragen voor de vaststelling of wijziging van modelovereenkomsten. Het wetsvoorstel schrapt deze verplichting en regelt dat cbo's het College moeten informeren over de vaststelling of wijziging van overeenkomsten met representatieve organisaties van gebruikers. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is deze wijziging in de toelichting nader verduidelijkt.

De vaststelling en wijziging van overeenkomsten met representatieve organisaties van gebruikers geschiedt tussen cbo's en organisaties zoals brancheorganisaties. Cbo's beschikken over een machtspositie en onderhandelingsmacht. Organisaties zoals brancheorganisaties hebben eveneens een zekere onderhandelingsmacht. Dit verkleint het risico op misbruik van machtspositie door cbo's. Daarom bestaat geen noodzaak voor een verplichting van cbo's om het College toestemming te vragen voor de vaststelling of wijziging van overeenkomsten van cbo's met representatieve organisaties van gebruikers. Wel komt het ten goede aan de effectiviteit van het toezicht van het College als het wordt *geïnformeerd*

over de vaststelling of wijziging van dergelijke overeenkomsten. Daartoe worden deze overeenkomsten toegevoegd aan artikel 5 Wet toezicht.

Ik wil onderstrepen dat het behoud van het goedkeuringsvereiste bij eenzijdige tariefverhogingen en het vervangen van het goedkeuringsvereiste met betrekking tot modelovereenkomsten door een informatieverplichting met betrekking tot overeenkomsten met representatieve organisaties van gebruikers geen tegenstelling betreft. Beide wijzigingen worden voorgesteld vanuit het principe dat een goedkeuringsvereiste uitsluitend dient te gelden ten aanzien van besluiten waarbij cbo's een zekere onderhandelingsmacht hebben en de andere partij(en) niet, waardoor het risico bestaat dat cbo's misbruik maken van hun machtspositie.

Hetzelfde principe ligt overigens ten grondslag aan het goedkeuringsvereiste dat het wetsvoorstel introduceert bij de vaststelling of wijziging van algemene voorwaarden. Voor gebruikers die niet zijn aangesloten bij een brancheorganisatie is het niet of nauwelijks mogelijk om invloed uit te oefenen op dergelijke voorwaarden. In het licht van het verschil in machtspositie is het aangewezen dat cbo's het College toestemming moeten vragen voor de vaststelling en wijziging van algemene voorwaarden, waaraan niet alleen de bij de totstandkoming van die voorwaarden betrokken partijen worden gehouden, maar bijvoorbeeld ook gebruikers die niet zijn vertegenwoordigd tijdens de totstandkoming van die voorwaarden. Dit preventieve toezicht is bovendien aangewezen omdat algemene voorwaarden, in tegenstelling tot tarieven, na hun vaststelling niet kunnen worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Auteursrechten.

*3. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.*

De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn verwerkt in het wetsvoorstel en de toelichting.

*De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.*

*De vice-president van de Raad van State,  
Th.C. de Graaf*

Ik moge u verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,  
S. Dekker