

Vergaderjaar 2011–2012

**31 766**

## **Wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten**

**Nr. 21**

### **AMENDEMENT VAN DE LEDEN PETERS EN VAN TOORENBURG** Ontvangen 27 februari 2012

De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:

In artikel I, onderdeel E, wordt artikel 3 als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid, onderdeel c, wordt de zinsnede «een besluit tot verhoging van de tarieven» vervangen door: een besluit tot vaststelling van de tarieven of de tariefgrondslagen.

2. In het vierde lid wordt de zinsnede «standaardtarieven» vervangen door: tarieven.

3. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:

5. Het College van Toezicht onthoudt zijn goedkeuring aan een besluit tot vaststelling van de tarieven of de tariefgrondslagen, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, indien het tarief of de tariefgrondslag of de wijze van vaststelling daarvan niet billijk is. Het College van Toezicht betreft bij de beoordeling van de billijkheid in ieder geval het beginsel dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld, de waarde van het gebruik van het werk in het economisch verkeer, waaronder begrepen de al dan niet commerciële aard en de omvang van het gebruik, en de wijze waarop rekening gehouden is met de belangen van de betalingsplichtigen. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gegeven over de vaststelling van de tarieven en de tariefgrondslagen.

### **Toelichting**

#### *Algemeen*

In het wetsvoorstel van de regering is voor tariefverhogingen, anders dan ingevolge indexerings, voorafgaande schriftelijke instemming van het college vereist (nieuw artikel 3 lid 1 sub c). Het college toetst voor verhoging van standaardtarieven of die buitensporig is (idem, lid 4). Dit amendement verbreedt deze ex-ante toetsing van de tarieven en geeft nadere criteria waarlangs het college van toezicht de toetsing op de tarieven zal uitvoeren. De toetsing blijft marginaal en gaat niet zover dat

het college de hoogte van de tarieven zelf vaststelt, zoals de OPTA in de telecommunicatiemarkt kan doen. Niettemin dient te worden benadrukt dat, zoals dat het geval is in de markt waarop de OPTA toeziet, ook in de auteursrechtenbranche de marktwerking onvolkomen is. Er zijn immers – voor sommige collectieve beheersorganisaties zelfs wettelijk gegarandeerde – monopolies aan de aanbodzijde. Standaard economische theorie wijst erop dat er dan niet op kan worden vertrouwd dat de door de monopolisten gehanteerde prijs de «juiste» is, omdat het zelfcorrigerende mechanisme van de markt hier niet werkt. De standaard neoklassieke economische theorie voorspelt dat de prijs in zo'n markt inefficiënt hoog zal zijn en vraagt van een overheid om in een dergelijke falende markt nauwkeurig op de prijzen toe te zien.

#### *Verbreding ex-ante toetsing van de tarieven*

Het amendement regelt dat niet alleen tariefsverhogingen, maar ook vaststellingen van nieuwe tarieven en tariefgrondslagen, waaronder verhogingen, vooraf ter goedkeuring worden voorgelegd aan het college van toezicht. In de praktijk zullen de meeste tariefbesluiten wel verhogingen behelzen en dit amendement leidt daarom naar verwachting slechts tot een beperkte verbreding van de ex-ante toetsing die de regering introduceert. Het amendement heeft onder meer tot gevolg dat een collectieve beheersorganisatie niet naar willekeur nieuwe tarieven en tariefgrondslagen kan introduceren, als voor gebruik voor het eerst wordt geheven. In zo'n geval is er immers strikt genomen geen sprake van een verhoging, zodat de tarifiering aan het ex-ante toezicht van het huidige wetsvoorstel zou kunnen worden onttrokken. Dat zou naar de mening van de indieners in strijd met de bedoeling van het wetsvoorstel zijn.

#### *Buitensporigheidstoets*

Het wetsvoorstel regelt voor verhoging van standaardtarieven dat het college moet toetsen of deze buitensporig is. Het wetsvoorstel geeft geen criterium waarlangs het college overige tariefverhogingen zal toetsen. De memorie van toelichting motiveert niet waarom de buitensporigheidstoets alleen voor verhogingen van standaardtarieven zou moeten gelden. Evenmin specificceert het wetsvoorstel of de memorie van toelichting de wijze waarop de buitensporigheidstoets voor verhoging van standaardtarieven dient te worden uitgevoerd. Onduidelijk blijft ook of, en zo ja in hoeverre, de buitensporigheidstoets verschilt van het mededingingsrechtelijke vereiste dat prijzen niet excessief mogen zijn. Over de toepassing van dit mededingingsrechtelijke vereiste op de tarieven voor intellectuele eigendomswerken heeft de NMa in 2007 geconcludeerd, dat er thans geen bevredigende methode is om te beoordelen of er sprake is van excessieve tarieven in het kader van CBO's.<sup>1</sup> De indieners van dit amendement kunnen niet beoordelen in hoeverre het gespecialiseerde toezicht op de tariefverhogingen door het college van toezicht wel bruikbare methoden voor de toetsing van de buitensporigheid van tariefverhogingen zal weten te ontwikkelen. In ieder geval behoudt dit amendement de buitensporigheidstoets en regelt het dat deze zal gelden voor alle tariefverhogingen.

#### *Billijkheidstoets*

Het amendement schrijft als nader criterium voor de ex-ante toetsing van de tarieven en tariefgrondslagen voor, dat deze billijk dienen te zijn. Dit strekt ertoe de billijkheid en voorspelbaarheid van de tarieven en daarmee het draagvlak daarvoor onder betalingsplichtigen te versterken. Betalingsplichtigen zien zich thans vaak geconfronteerd met tarieven waarop zij geen inspraak hebben gehad, die ogenschijnlijk willekeurig wisselen, en als disproportioneel ten opzichte van het daadwerkelijke gebruik worden ervaren. Anders dan de Commissie Auteursrecht, vinden de indieners van dit amendement het wenselijk dat toetsing op het billijkheidskarakter van tarieven niet alleen achteraf in de individuele

<sup>1</sup> «De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties», februari 2007, p. 7.

context kan plaatsvinden, maar ook vooraf. Dit biedt meer zorgvuldigheid en rechtszekerheid aan gebruikers en stimuleert dat beheersorganisaties reeds bij de vaststelling van de tarieven rekening houden met de vereisten van billijkheid. Billijkheid van de tarieven is dan niet langer uitsluitend afhankelijk van het initiatief van de betalingsplichtige om achteraf over de tarieven een geschil aan te spannen bij de geschillencommissie. Dergelijke procedures kunnen zeer complex en relatief kostbaar zijn voor kleinere organisaties. De huidige praktijk van toetsing achteraf bij de rechter of NMa leert immers, dat daarvoor gespecialiseerde juridische en economische marktkennis is vereist en dat beheersorganisaties daarvoor bijstand inhuren die buiten het vermogen van de meeste gebruikers ligt. Bovendien ligt bij toetsing achteraf de bewijslast van de eventuele onbillijkheid van de tarieven bij de betalingsplichtige. Deze bewijslast is voor individuele betalingsplichtigen zeer moeilijk te leveren en ontmoedigt de gang naar de rechter door betalingsplichtigen nog verder. Bij toetsing vooraf wordt de bewijslast omgekeerd en is het aan de beheersorganisatie om naar tevredenheid van het college aan te tonen dat haar tarieven billijk zijn. Dit ontlast gebruikers van een kostbare procesgang en komt niet alleen procederende gebruikers, maar alle gebruikers ten goede.

Zoals uiteen gezet in het WODC-rapport<sup>1</sup>, vereisen het auteursrecht-regime en regime voor naburige rechten al dat vergoedingen voor het gebruik van beschermde werken billijk of niet-excessief zijn. Billijkheid is een open, vage norm waarin allerlei omstandigheden kunnen worden meegewogen. Dit amendement vult het begrip billijkheid nader in, met om te beginnen de criteria die ook de geschillencommissie dient te hanteren overeenkomstig het voorgestelde nieuwe artikel 25. De daar genoemde criteria zijn het gelijkheidsbeginsel, de waarde van het gebruik van het werk in het economisch verkeer, en de aard en de omvang van het gebruik. Het amendement voegt daaraan toe het criterium of rekening is gehouden met de belangen van de betalingsplichtigen. Als deze factoren aantoonbaar zijn meegenomen bij de vaststelling van de tarieven, is dat een belangrijke indicatie voor het billijk achten van de tarieven.

Over de wenselijkheid dat bij toepassing van de billijkheidstoets het beginsel wordt betrokken dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden, bestaat in de literatuur geen misverstand. De Commissie Auteursrecht en het WODC-rapport bevelen onder verwijzing naar jurisprudentie aan dat dit criterium wordt meegewogen. De overige criteria behoeven nadere toelichting.

#### *Waarde van het gebruik van het werk in het economisch verkeer*

Het nieuwe artikel 25 vraagt de geschillencommissie bij haar ex-post billijkheidstoets zowel de waarde van het gebruik in het economisch verkeer als de aard en de omvang van het gebruik te betrekken. Dit amendement voegt deze criteria samen, omdat aard en omvang van het gebruik sterke indicaties zijn voor de waarde van dat gebruik in het economisch verkeer. Bij de vaststelling van de waarde in het economisch verkeer zal met name de hoogte van vergoedingen die door onderhandeling tot stand zijn gekomen van belang zijn. Verder dient in aanmerking te worden genomen dat de waarde van het gebruik voor een organisatie waarvan het bedrijfsresultaat sterk wordt gedreven door het gebruik van beschermde werken, groter zal zijn dan voor een organisatie waarvoor dat niet het geval is. Tevens zal de waarde van gebruik van beschermde werken door organisaties zonder winstoogmerk lager zijn, dan de waarde voor partijen die afhankelijk zijn van het gebruik van dergelijke werken en daarmee een winstoogmerk hebben.

---

<sup>1</sup> «Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer. Over tarieven, transparantie en tribunalen in het auteursrecht», onderzoek in opdracht van het WODC, Hugenholtz, Visser, Hins, 2007, p. 49 e.v.

Door rekening te houden met de waarde, aard en omvang van het gebruik dient toepassing van het billijkheids criterium ertoe te leiden dat organisaties waarvan het bedrijfsresultaat sterk wordt gedreven door het gebruik van beschermde werken, relatief meer moeten betalen. Hetzelfde geldt voor organisaties die veel gebruik maken van beschermde werken. Omgekeerd kan de billijkheid vereisen dat organisaties van niet-commerciële aard zoals vrijwilligersorganisaties als carnaval- of sportverenigingen die muziek draaien, kantines die videobeelden vertonen of zorginstellingen die posters ophangen minder betalen. Hun gebruik van beschermde werken geschiedt doorgaans zonder winst-oogmerk of zonder invloed op het bedrijfsresultaat. Hetzelfde kan gelden voor gebruik van beschermde werken voor charitatieve of wetenschappelijke activiteiten.

Het amendement beoogt hiermee te bevorderen dat afhankelijk van de waarde, aard en omvang van het gebruik billijke tariefdifferentiatie wordt toegepast. In de praktijk passen beheersorganisaties tariefdifferentiatie reeds toe, maar in de beleving van vele gebruikers willekeurig, inconsistent en te weinig. Met name tarifiering van zogenaamd «redelijk gebruik» van beschermde werken dat niet of nauwelijks tot commercieel voordeel voor de gebruiker leidt, wordt regelmatig als onbillijk ervaren en als disproportioneel in verhouding tot het voordeel dat de gebruiker ermee behaalt. In de huidige praktijk zijn bijvoorbeeld bij de vaststelling van de tarieven en tariefgrondslagen voor vergoedingen van beschermd audio- en visueel materiaal het aantal vierkante meters oppervlakte van de ruimte waarin het werk wordt gebruikt of het aantal mensen dat van die ruimte gebruik maakt doorslaggevende criteria, ongeacht de economische waarde, al dan niet commerciële aard of omvang van het gebruik.

#### *Belangen van de betalingsplichtigen*

Tenslotte dient het college de wijze waarop rekening is gehouden met de belangen van de betalingsplichtige contractuele wederpartijen van de beheersorganisaties te betrekken bij de ex-ante billijkheidstoets. Van een onderhandelings situatie tussen gelijkwaardige partijen is immers geen sprake. De tarieven worden door wettelijk monopolisten, of door collectieve beheersorganisaties met een aan een monopolist vergelijkbare grote marktmacht, eenzijdig voorgeschreven. De gebruiker kan nergens anders terecht voor de betreffende gebruiksrechten en krijgt doorgaans standaardcontracten voorgelegd, zonder een redelijke mogelijkheid tot inspraak of onderhandeling. Het amendement vraagt het college dan ook mee te wegen of de tarieven op een voor de betalingsplichtigen billijke wijze tot stand zijn gekomen. Hiermee wordt de reeds bestaande wettelijke verplichting (artikel 2) voor beheersorganisaties om bij de uitoefening van hun werkzaamheden voldoende rekening te houden met de belangen van de betalingsplichtigen expliciet toegepast op de tarifiering.

Peters  
Van Toorenburg