



BUMA STEMRA
Postbus 3080
2130 KB HOOFDORP

Postadres:
Postbus 15072
1001 MB Amsterdam

Bezoekadres:
Herengracht 566
1017 CH Amsterdam

Telefoon: 020 30 30 261

Internet: www.cvta.nl

Contactpersoon	dr. V.L. Eiff
E-mail	info@cvta.nl
Datum	19 oktober 2016
Ons kenmerk	2016104
Bijlage(n)	-
Onderwerp	Collectieve overeenkomst branchevereniging Y

L.S.,

Het College doet u deze brief toekomen naar aanleiding van het verzoek van branchevereniging Y d.d. 15 december 2015. De branchevereniging Y heeft het College verzocht te besluiten om zijn bevoegdheden in te zetten om Buma te adviseren dat zij met Y een collectieve regeling aangaat.

Voor de feitelijke toedracht en de standpunten van partijen zoals gebleken uit de brief van Y d.d. 15 december 2015, de brief van Buma d.d. 29 januari 2016 en de hoorzitting d.d. 26 april 2016 wordt verwezen naar de brief van het College d.d. 26 mei 2016.

In zijn brief heeft het College Buma gevraagd nader in te gaan op de volgende vragen:

1. Uitgaande van het gelijkheidsbeginsel verzoekt het College informatie over de motivatie van Buma om een vergelijkbare branche wel een overeenkomst met korting aan te bieden (de academische ziekenhuizen). Het College vraagt zich daarbij af of Buma in de zorg nog meer van dit soort koepelovereenkomsten heeft afgesloten en in hoeverre daar wellicht sprake is van ongelijke gevallen.
2. Hoe kijkt Buma aan tegen de omstandigheid, dat Sena Y wel een brancheovereenkomst met korting biedt, gelet op het in 2010 en 2011 met het bedrijfsleven overeengekomen convenant? Is de door

Buma in de hoorzitting naar voren gebrachte redengeving met betrekking tot de deelmarkt 'Y' voor Sena niet van toepassing?

3. Welk beleid voert Buma met het aangaan van branche-overeenkomsten op het punt van een 'eigen afweging' ten aanzien van efficiency? Is Buma zich ervan bewust dat dit - in ieder geval in de beeldvorming - kan leiden tot verschillende arbitraire regelingen en onvoldoende transparantie in de markt? Verdient het dan geen aanbeveling dit beleid publiek te maken om geen arbitraire indruk te wekken?
4. Kan Buma nader toelichten hoe de eigen beleidslijn ten aanzien van het aangaan van brancheovereenkomsten de toets van de redelijkheid kan doorstaan, gelet op de met het convenant gewekte verwachtingen en de afwijkende handelwijze van Sena? Kan Buma toelichten hoe de werking van het convenant in de sector als geheel zijn betekenis kan houden?

Naar aanleiding van de brief van het College heeft Y bij schrijven van haar raadsman d.d. 17 juni 2016 nadere standpunten aangevoerd. Bij brief van 22 juni 2016 heeft Buma het College voorzien van een antwoord op bovenstaande vragen. De raadsman van Y heeft bij brief van 4 juli 2016 daarop gereageerd. Bij schrijven van 6 september 2016 heeft het College nadere onderbouwing gevraagd van Y omtrent het bestaan van een collectieve regeling tussen Buma/Stemra en een andere brancheorganisatie (Z). Y heeft hierop op 16 september 2016 gereageerd. Het College heeft op 20 september 2016 nadere informatie daaromtrent opgevraagd bij Buma/Stemra en op 27 september 2016 antwoord ontvangen.

Het College zal de overige door partijen ingenomen standpunten, voor zover hier nog relevant, hierna noemen en bespreken.

Beoordeling

Y stelt zich op het standpunt dat Buma verplicht is Y de modulaire vergoedingsregeling aan te bieden. Dit standpunt baseert Y op de volgende gronden:

1. Buma is daartoe verplicht uit hoofde van de in 2012 tot stand gekomen afspraken tussen VOICE en VNO-NCW/MKB-Nederland in combinatie met de plicht van CBO's om voldoende rekening te houden met de belangen van de betalingsplichtigen (art. 2 lid 2 sub b WTCBO);

2. Door een dergelijke regeling niet aan te bieden, handelt Buma in strijd met het gelijkheidsbeginsel (art. 2 lid 2 sub f WTCBO);
3. Er is sprake van de wijziging van een modelovereenkomst en/of een eenzijdige tariefstijging die moet worden getoetst door het College (art. 3 WTCBO).

Ad 1 Art. 2 lid 2 sub b, Contractsvrijheid, betekenis van het onderhandelingsprotocol en -resultaat

Y betoogt dat Buma onvoldoende rekening houdt met de belangen van de betalingsplichtigen door zich niet te houden aan het in 2012 tot stand gekomen onderhandelingsresultaat. In dit verband stelt Y dat hetgeen is bepaald in het in 2010 tot stand gekomen onderhandelingsprotocol is vervangen door het, op basis van dat protocol, tot stand gekomen onderhandelingsresultaat uit 2012. Buma kan zich derhalve niet beroepen op de uitgangspunten zoals die in het protocol zijn opgenomen.

Het College volgt Y niet in haar standpunt. Daarbij zij wel vooropgesteld dat het College niet het aangewezen orgaan is om privaatrechtelijke overeenkomsten uit te leggen. Het College toetst slechts, binnen de kaders van de WTCBO, of Buma redelijkerwijs tot het door haar gehuldigde standpunt heeft kunnen komen.

Naar Nederlands burgerlijk recht geldt het beginsel van contractsvrijheid als uitgangspunt. Partijen zijn in principe vrij om al dan geen overeenkomsten aan te gaan en te bepalen tegen welke voorwaarden ze dat doen. Die vrijheid is echter niet onbegrensd en kan beperkt zijn op grond van bijvoorbeeld afspraken of dwingendrechtelijke bepalingen.

De Wet toezicht kent geen expliciete plicht om brancheovereenkomsten aan te gaan. Een dergelijke verplichting valt ook niet af te leiden uit de verplichting van CBO's om voldoende rekening te houden met de belangen van de betalingsplichtigen. Ook naar toekomstig recht zal een dergelijke plicht niet bestaan. De richtlijn voorziet weliswaar in een onderhandelingsplicht, maar niet in de plicht om een brancheovereenkomst te sluiten.

In het onderhandelingsprotocol is specifiek bepaald dat het CBO's vrijstaat om al dan niet een regeling aan te gaan met een branche. In het onderhandelingsresultaat uit 2012 wordt hierover niets meer gezegd. Hieruit kan echter niet zonder meer worden afgeleid dat er van deze vrijheid afstand

is gedaan en op grond van het onderhandelingsresultaat een algemene verplichting is ontstaan om brancheovereenkomsten aan te gaan.

Anders dan Y, acht het College het niet evident dat de bepalingen van het onderhandelingsprotocol, als gevolg van de totstandkoming van het onderhandelingsresultaat, geen werking meer hebben.

Hoewel een algemene verplichting tot het aangaan van brancheovereenkomsten niet bestaat, zijn er wel – zoals het College heeft betoogd in zijn brief d.d. 26 mei 2016 – verwachtingen gewekt bij de betalingsplichtigen. Deze gewekte verwachtingen, alsmede de algemene verplichting om in voldoende mate rekening te houden met de belangen van de betalingsplichtigen brengen met zich mee dat een besluit van een CBO om een collectieve regeling te weigeren niet willekeurig mag worden genomen, maar gestoeld moet zijn op redelijke argumenten. In dit kader heeft Buma/Stemra als belangrijkste argument aangevoerd dat zij, als gevolg van de weigering van Y om in 2011 een nieuwe collectieve regeling aan te gaan, heeft moeten investeren in het verlenen van individuele licenties aan de ziekenhuizen. Dientengevolge weegt de modulaire vergoeding niet meer op tegen de besparing die de gerelateerde diensten met zich opleveren. Daarmee is, aldus Buma/Stemra, het verlenen van de modulaire vergoedingsregeling aan Y niet in het belang van de rechthebbenden.

Deze beleidsafweging is naar oordeel van het College begrijpelijk en niet in strijd met de bepalingen van de wet. Met Y is het College van mening dat dit beleid door Buma/Stemra in onvoldoende mate kenbaar wordt gemaakt en het College adviseert Buma/Stemra dan ook om haar beleid met betrekking tot het al dan niet aangaan van brancheovereenkomsten kenbaar te publiceren.

Ad 2 Art 2 lid 2 sub f, gelijkheidsbeginsel

Zoals in het vorige onderdeel is aangegeven, kunnen dwingendrechtelijke bepalingen met zich mee brengen dat het beginsel van contractsvrijheid is beperkt. In dit verband kan de contractsvrijheid van de CBO worden beperkt door artikel 2 lid 2 sub f WTCBO dat bepaalt dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld.

Wanneer is 2 lid 2 sub f van toepassing?

In de eerste plaats doet zich de vraag voor of het gelijkheidsbeginsel ook van toepassing is in de verhouding tussen gebruikers en CBO's. De memorie van toelichting bij deze bepaling (TK 2000-2001, 27 775, nr. 3) geeft enkel als

voorbeeld dat buitenlandse rechthebbenden niet anders mogen worden behandeld dan binnenlandse rechthebbenden. Hoe deze bepaling zich verhoudt tot betalingsplichtigen wordt niet verder toegelicht. Gezien de algemene formulering van het wetsartikel dient er echter wel vanuit te worden gegaan dat het ook geldt in de verhouding tussen CBOs en gebruikers.

Hoe dient het gelijkheidsbeginsel te worden toegepast?

Met betrekking tot de wijze waarop het gelijkheidsbeginsel wordt toegepast, heeft het College in zijn beleidskader het volgende opgenomen:

De memorie van toelichting bij de Wet toezicht geeft geen verdere invulling aan het gelijkheidsbeginsel in het kader van collectief beheer. Het College zal derhalve aansluiting zoeken bij het algemene toetsingscriterium van grondrechtelijke non-discriminatiebepalingen, te weten:

berust het gemaakte onderscheid op objectieve en redelijke gronden?

Daarbij dient te worden gekeken of het onderscheid een legitiem doel dient en of de relatie tussen dat doel en het gekozen middel proportioneel is. Die toets wordt bij het soort gevallen als hier aan de orde overigens minder streng gehanteerd dan bij, bijvoorbeeld, ras- of seYediscriminatie. In de woorden van de Centrale Raad van Beroep (CRvB 4 november 1993, AB 1994, 213 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens):

“Daarentegen kunnen, wanneer het gaat om rechtspositionele regelingen terzake van bijv. financiële en andere aanspraken en faciliteiten, welke aan de ene categorie van personen wel en aan de andere niet worden toegekend en waarbij de meest uiteenlopende beleidsnormen en -doelen als onderscheidend criterium worden gehanteerd, de genoemde redelijke en objectieve gronden reeds aanwezig geacht worden wanneer sprake is van beleidskeuzen waarvan met een nog marginalere toetsing dan gebruikelijk kan worden gezegd dat ze binnen redelijkheidsgrenzen liggen.”

Kortom, het College toetst marginaal of er redelijke en objectieve gronden bestaan om een onderscheid te maken tussen de verschillende belanghebbenden.

Om nader te kunnen bepalen op welke wijze artikel 2 lid 2 sub f WTCBO moet worden toegepast, dient te worden gekeken naar de ratio van deze bepaling. De wetsgeschiedenis geeft hierover geen verdere informatie. Het College acht het echter redelijk om aan te nemen dat het belang van een dergelijk gelijkheidsbeginsel aan de kant van de gebruikers, onder meer, is ingegeven om te voorkomen dat er een ongelijk speelveld ontstaat tussen met elkaar concurrerende betalingsplichtigen.

In dit kader heeft Y betoogd dat er sprake is van een collectieve regeling tussen Z. Buma/Stemra heeft het College laten weten dat er weliswaar

collectief wordt gefactureerd bij de Z, maar dat er geen sprake is van enige korting op het tarief en derhalve geen sprake van toepassing van de modulaire vergoedingsregeling. Buma heeft het College laten weten bereid te zijn Y op eenzelfde basis collectief te factureren.

De verwijzing van Y naar de collectieve regelingen die Buma/Stemra heeft met de GGZ (Geestelijke Gezondheidszorg) en VGN (Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland) acht het College in dit kader niet relevant. Het College is voorshands van oordeel dat er bij deze organisaties geen sprake is van met leden van Y concurrerende organisaties. Y heeft ook geen argumenten aangevoerd aan de hand waarvan moet worden geoordeeld dat er tussen de leden van de GGZ en de VGN enerzijds en de leden van Y anderzijds een gelijk speelveld dient te bestaan.

De stelling van Y dat het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt dat alle brancheorganisaties die dezelfde “modulaire wederdiensten” bieden als gelijke gevallen moeten worden beschouwd, wordt door het College, gezien het voorgaande, niet gevolgd.

Evenmin brengt het gelijkheidsbeginsel met zich mee dat gebruikers het recht hebben om door verschillende CBO's op gelijke wijze te worden behandeld. Het enkele feit dat Sena wel bereid is geweest een collectieve regeling aan te bieden, brengt niet de plicht met zich mee voor Buma/Stemra om hetzelfde te doen.

Ad 3 Modelovereenkomst, tariefstijging (art 3 lid 1 WTCBO)

De stelling van Y dat hier sprake is van een besluit dat de goedkeuring van het College behoeft, komt het College voor als onjuist. Het besluit tot het opzeggen van de overeenkomst met Y is genomen voor de datum van inwerkingtreding van de huidige WTCBO (1 juli 2013). Voor deze datum kende de WTCBO geen ex ante toetsing van besluiten van Buma/Stemra. De weigering om een nieuwe overeenkomst aan te gaan, kan niet worden beschouwd als een besluit in de zin van artikel 3 WTCBO.

Conclusie

Gezien het voorgaande komt het College tot de conclusie dat Buma/Stemra niet in strijd met de WTCBO heeft gehandeld door onder deze omstandigheden Y geen modulaire vergoedingsregeling aan te bieden. Het



College zal te dien aanzien derhalve geen advies aan Buma/Stemra uitbrengen.

Wel is het College van oordeel dat Buma/Stemra aan de markt in onvoldoende mate duidelijk heeft gemaakt wat haar beleid is ten aanzien van de toepassing van de modulaire vergoedingsregeling. Het College adviseert Buma/Stemra derhalve, in de zin van artikel 6 WTCBO, haar beleid op dat punt openbaar te maken. Het College verneemt uiterlijk vier weken na dagtekening van deze brief of en binnen welke termijn Buma/Stemra aan dit advies zal voldoen.

Hoogachtend,

drs. J.W. Holtslag

Voorzitter CvTA