



SENA

Postbus 113
1200 AC HILVERSUM

Per e-mail: [redacted]

Postadres:
Postbus 15072
1001 MB Amsterdam

Bezoekadres:
Herengracht 566
1017 CH Amsterdam

Telefoon: 020 30 30 261

Internet: www.cvta.nl

Contactpersoon	Mr. S.D. Bakker
E mail	[redacted]
Ons kenmerk	2018228
Datum	1 oktober 2018
Bijlage(n)	Opinie Hugenholtz 19 september 2018
Onderwerp	Aanwijzingsbesluit Sena

Geachte [redacted],

Met verwijzing naar het advies van het College aan SENA d.d. 27 oktober 2017 bericht ik u als volgt.

In voornoemde brief heeft het College SENA op basis van artikel 6 lid 1 Wet Toezicht geadviseerd, naar aanleiding van het handhavingsverzoek van VCR op 3 augustus 2017. SENA heeft op 8 november 2017 hierop schriftelijk gereageerd en afgezien van opvolging van het advies van het College.

Vervolgens heeft het College op 1 december 2017 VCR en SENA in de gelegenheid gesteld om een zienswijze te geven op het voornemen van het College om SENA een aanwijzing te geven in de zin van artikel 6 lid 2 van de Wet Toezicht.

Centraal staat de interpretatie van de transparantieplichting die CBO's ingevolge de Wet Toezicht hebben te respecteren. Vanwege het belang voor het College bij het toezicht op de uitvoering van deze verplichting en de betrekkelijk summiere aanknopingspunten voor interpretatie van dit voorschrift in de geschiedenis van de wet en de Richtlijn, heeft het College Prof. Mr. P.B. Hugenholtz verzocht om een opinie te vervaardigen over de vraag welke door CBO's gehanteerde licentieovereenkomsten en tarieven voorwerp zijn van de in de Wet Toezicht neergelegde transparantieplichtingen (art. 2p lid 1 sub c Wet Toezicht).

Naar aanleiding van de ontvangen zienswijzen van de belanghebbende partijen in de onderhavige kwestie heeft het College prof. Hugenholtz bovendien verzocht om naast zijn omvattende opinie ook een opinie te vervaardigen die is toegespitst op de in casu in het geding zijnde overeenkomsten. Op 19 september 2018 heeft het College de opinie van prof. Hugenholtz over deze onderwerpen ontvangen.

In dit Aanwijzingsbesluit zullen nu achtereenvolgens de zienswijzen van SENA en VCR worden samengevat, waarna de richtinggevende overwegingen van prof. Hugenholtz verkort worden weergegeven, gevolgd door de door het College geformuleerde overwegingen en de daarop gebaseerde Aanwijzing.

Zienswijze SENA 12 december 2017

In haar zienswijze is SENA (samengevat) van mening dat openbaarmaking van de overeenkomsten met ROOS en OLON niet in het belang van rechthebbenden is, omdat zo begrijpt het College de hoogte van de door SENA overeengekomen vergoedingen nog niet billijk zou zijn en openbaarmaking de verhoging van overeen te komen vergoedingen zou bemoeilijken. Voorts wijst SENA erop dat in deze overeenkomsten vertrouwelijkheid is betracht. Tevens vraagt zij zich af waarom BUMA niet aan deze transparantieplichtingen gehouden wordt. Daarbij zouden buitenlandse CBO's hun overeenkomsten met publieke omroepen ook niet openbaar maken. Verder is er bij de publieke omroepen geen sprake van tarieven en bijgevolg niet van standaardtarieven die openbaar gemaakt zouden moeten worden. SENA wijst tevens op verschillen tussen commerciële radiozenders en publieke radiozenders en tussen landelijke zenders en regionale zenders zodat geen sprake zou zijn van gelijke gevallen die gelijk behandeld moeten worden. Volgens SENA is de publicatieplicht slechts van toepassing indien sprake is van een bepaalde groep gebruikers en deze gebruikers individueel geen invloed hebben op de inhoud van het modelcontract.

Zienswijze VCR 14 december 2017

VCR is van mening dat het voorgenomen aanwijzingsbesluit van het College onvolledig en onduidelijk is. De onvolledigheid zou eruit bestaan dat het besluit slechts strekt tot publicatie van de ROOS en OLON overeenkomst. VCR verzoekt om een aanvulling in het besluit, zodanig dat *alle* standaardlicentieovereenkomsten – en dus tenminste ook die met de NPO, met aanbieders van kabelkranten, organisatoren van dance evenementen en gebruikers van muziek online – gepubliceerd dienen te worden.

De voorgenomen aanwijzing zou onduidelijk zijn omdat deze slechts in algemene termen is gesteld, te weten dat SENA aan diens wettelijke transparantieplichting moet voldoen, terwijl in de toelichting bij de Aanwijzing uitsluitend overeenkomsten met ROOS en OLON worden behandeld. De Aanwijzing moet daarom specifiekere worden geformuleerd zodat geen twijfel meer kan bestaan over de reikwijdte van de transparantieplichting.

Opinie prof. Hugenholtz 19 september 2018:

Par. 2

Transparantie van licentievoorwaarden en tarieven is behalve vanwege economische (mededingingsrechtelijke) motieven en als voorwaarde voor het maatschappelijk vertrouwen in het collectieve rechtenbeheer, voor CBO's die onder de vigeur van een wettelijk monopolie opereren (SENA, BUMA, St. Leenrecht. St. Reprerecht en St. De ThuisKopie) ook gewenst omdat deze CBO's in wezen een (semi-) publieke culturele taak verrichten.

De interpretatie van de openbaarmakingsplicht m.b.t.

"standaardlicentieovereenkomsten" dient mede in het licht van de uit deze motieven voortvloeiende eisen – kenbaarheid van billijke en niet-discriminerende licentievoorwaarden; bevorderen van vertrouwen in het collectief beheer – te geschieden.

Par. 3

De wettelijke transparantieplichten dienen een tweeledig doel, te weten om de controle op de verplichting die op de CBO's rust om billijke en niet-discriminerende handelsvoorwaarden bij licentieverlening te hanteren te faciliteren en om het vertrouwen in het collectief beheer te bevorderen. De transparantieplicht is te beschouwen als de keerzijde van het discriminatieverbod. In het licht hiervan ligt een ruime uitleg van de begrippen "standaardlicentieovereenkomsten" en "normaal toepasselijke tarieven" voor de hand.

Onder "*standaardlicentie overeenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen*" moeten niet enkel de door de CBO's eenzijdig aan een veelheid van gelijksoortige gebruikers opgelegde standaardovereenkomsten en -tarieven worden begrepen, maar ook overeenkomsten en tarieven die voor kleinere gebruikersgroepen gelden als 'standaard' voor deze categorie. De licentieovereenkomst met bijbehorend

tarief die slechts een enkele gebruiker voor een geïndividualiseerde gebruiksvorm is afgesloten, valt daarentegen buiten de reikwijdte van voornoemd begrippenkader.

De publicatieplicht van de Wet Toezicht strekt zich in beginsel mede uit tot de standaardlicentievoorwaarden en tarieven of tariefgrondslagen die zijn opgenomen in koepel- of brancheovereenkomsten. De omstandigheid dat de vereniging of organisatie die het contract sluit niet zelf de licentie of gebruiker is, staat hieraan niet in de weg. Ook de standaardlicentievoorwaarden zoals deze zijn opgenomen in al dan niet sectoraal overeengekomen modelcontracten vallen onder de transparantieplicht.

Par. 4

ROOS

De overeenkomst tussen SENA en ROOS (versie 2001) is typisch een koepelovereenkomst. ROOS vertegenwoordigt alle dertien (publieke) regionale omroepen in Nederland, en sluit namens deze omroepen een eenvormige overeenkomst af, waarbij de door de regionale omroepen uit hoofde van art. 7 WNR verschuldigde vergoedingen worden vastgesteld en ROOS de betalingsverplichting jegens SENA op zich neemt.

Door deze overeenkomst wordt een complete sector – alle publieke regionale omroepen in Nederland – onderworpen aan een eenvormige overeenkomst met een vast tarief. Daarmee vormt deze overeenkomst de “standaard” voor de door SENA met deze sector afgesloten overeenkomsten. Het betreft voorts een ‘koepelcontract met gebruikers’, dat blijkens de wetsgeschiedenis met een standaardlicentie-overeenkomst kan worden gelijk gesteld.

OLON

Voor de “collectiviteitsovereenkomst” tussen SENA en OLON (versie 2010) geldt mutatis mutandis hetzelfde als voor de ROOS overeenkomst. Op grond van de OLON-overeenkomst wordt het totaalbedrag door de lokale omroepen uit hoofde van de WNR aan SENA verschuldigde vergoedingen (bij 100% deelneming) vastgesteld en neemt OLON de verplichting op zich om deze vergoeding namens de deelnemende omroepen aan SENA te voldoen. Daarbij zal een “door SENA geselecteerd aantal Deelnemers” (d.w.z. enkele afzonderlijke lokale omroepen) bij wijze van steekproef playlists aanleveren

(art. 6 lid 1). SENA verplicht zich om niet-deelnemende omroepen volgens dezelfde parameters te belasten (art. 3 lid 7).

NPO

De overeenkomst tussen SENA en de NPO (versie 2015) is ten dele vergelijkbaar met de eerder genoemde overeenkomsten. Evenals de ROOS- en OLON-overeenkomsten voorziet deze overeenkomst in een gezamenlijke vergoedingsregeling, waarbij de NPO (mede) namens de landelijke publieke media-instellingen contracteert.

In vergelijking tot ROOS en OLON vervult de NPO een meer centrale rol in de uitvoering van de overeenkomst, hetgeen in overeenstemming is met de wettelijke taakopdracht van de NPO als samenwerkingsorgaan van de publieke media-instellingen (art. 2.2 Mediawet 2008).

Desalniettemin is ook de NPO overeenkomst net als de ROOS- en OLON overeenkomst is te kwalificeren als “standaardlicentieovereenkomst” c.q. “normaal toepasselijke tarieven” in de zin van art. 2 p lid 1 sub c van de Wet Toezicht. Door de overeenkomst SENA-NPO worden alle in Nederland opererende landelijke publieke media-instellingen (NOS, NTR, AVROTROS, BNNVARA, KRO NCRV, VPRO, EO, Omroep MAX, Human, PowNed en WNL) onderworpen aan een eenvormige overeenkomst met een vast tarief. Daarmee vormt ook deze overeenkomst de “standaard” voor de door SENA met deze sector afgesloten overeenkomsten en zijn de daarin geregelde tarieven “normaal toepasselijk”.

Overwegingen College

Het College kan zich vinden in de opinie van prof. Hugenholtz en maakt de in deze opinie weergegeven overwegingen tot de zijne. Dit impliceert onder meer dat ook naar het oordeel van het College de begrippen “standaardlicentieovereenkomst” en “normaal toepasselijke tarieven” uit artikel 2p lid 1 sub c Wet Toezicht ruim dienen te worden geïnterpreteerd, zodat onder meer standaardlicentieovereenkomsten voor kleinere gebruikersgroepen, branche- en koepelovereenkomsten tevens voor verplichte openbaarmaking in aanmerking komen. Voorts dienen de overeenkomsten tussen SENA en de organisaties ROOS, OLON en NPO op basis van de transparantieverplichtingen uit voornoemd artikel openbaar te worden gemaakt op de in de opinie genoemde gronden, nu het College van

oordeel is dat de opinie van prof. Hugenholtz een voldoende basis biedt voor dit besluit.

Voorzover nog van belang overweegt het College naar aanleiding van de door SENA en VCR in hun zienswijze naar voren gebrachte opvattingen als volgt.

SENA

Zoals toegelicht en onderbouwd in de opinie, zijn de transparantieverplichtingen mede bedoeld ter bescherming van de belangen van rechthebbenden. SENA heeft in haar zienswijze niet onderbouwd waarom dit niet het geval zou zijn. Voor zover het belang van de rechthebbende uitsluitend of voldoende in het geding zou zijn omdat de transparantieverplichting in de weg staat aan de totstandkoming van een ten minste als billijk te kwalificeren vergoeding, heeft SENA dit onvoldoende onderbouwd om hierop te kunnen reageren.

Van een ongelijke behandeling van CBO's nu het College de transparantieverplichting jegens SENA wel en jegens andere CBO's niet handhaaft, is geen sprake. Het College zal de transparantieverplichting jegens alle CBO's op dezelfde wijze handhaven.

Het opnemen van een geheimhoudingsbeding ten slotte, kan de wettelijke transparantieplicht niet opzij zetten.

VCR

De door VCR gewraakte onduidelijkheid is door het overnemen van de bevindingen van prof. Hugenholtz weggenomen. De onvolledigheid kan niet worden tegengeworpen aan het onderstaande besluit dat ter zake van de uitleg van de reikwijdte van de transparantieverplichting aansluit bij de door prof. Hugenholtz in zijn opinie verwoorde inzichten.

Aanwijzing

Het College wijst SENA aan, overeenkomstig artikel 6 lid 2 Wet Toezicht, om aan de volgende openbaarmakingsverplichting te voldoen:

Het openbaar maken op haar website van alle door haar gehanteerde standaardlicentieovereenkomsten, waaronder die met ROOS, OLON, de NPO, met aanbieders van kabelkranten, organisatoren van dance evenementen en gebruikers van muziek online, alsmede de normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen, conform artikel 2p lid 1 sub c Wet Toezicht, met in-

achtneming van de door het College in dit besluit weergegeven en overgenomen bevindingen van prof. Hugenholtz ter zake van de grondslagen, inhoud en reikwijdte van deze transparantieplichting, zoals door prof. Hugenholtz neergelegd in diens opinie van 19 september 2018, waarvan een kopie aan dit besluit is gehecht.

SENA dient uiterlijk binnen 1 maand na dagtekening van deze brief aan deze aanwijzing te hebben voldaan. Indien SENA in gebreke is, kan het College besluiten tot het opleggen van één of beide van de in artikel 18 en 19 op te leggen sancties.

Bezwaar

Tegen dit besluit kan binnen 6 weken na bekendmaking schriftelijke bezwaar worden gemaakt door indiening van een bezwaarschrift bij het College van Toezicht Auteursrechten. Het bezwaarschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:

- a) de naam en het adres van de indiener;
- b) de dagtekening;
- c) een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar of beroep is gericht;
- d) de gronden van het bezwaar of beroep.

Hoogachtend,

drs. A. Koppejan
Voorzitter CvTA

College van Toezicht Auteursrechten
T.a.v. Mr Sem Bakker
Herengracht 566
1017 CH Amsterdam
Email: [REDACTED]

Amsterdam, 19 september 2018

Betreft: opinie inzake transparantie SENA-overeenkomsten

Geacht college,

Hierbij doe ik U mijn opinie toekomen over de vraag welke door CBO's gehanteerde licentieovereenkomsten en tarieven voorwerp zijn van de in de Wet Toezicht neergelegde transparantieverplichtingen (art. 2p lid 1 sub c Wet Toezicht). Ik betrek deze vraag vooreerst, zoals nader overeengekomen, op drie concrete casus die thans voorliggen bij het College: de door Stichting SENA met ROOS, OLON en NPO afgesloten overeenkomsten. Voorbeelden van deze overeenkomsten (gedateerd 2010, 2001 resp. 2015) zijn mij vertrouwelijk ter hand gesteld. Overigens ben ik er van in kennis gesteld dat ook ten aanzien van andere door SENA afgesloten overeenkomsten vergelijkbare vragen zijn gerezen.

Ik behandel de aan mij voorgelegde vraag aan de hand van de wetsgeschiedenis van de Wet Toezicht, alsmede de tekst en wetsgeschiedenis van EU-richtlijn 2014/26/EU, die aan de desbetreffende bepaling in de Wet Toezicht ten grondslag heeft gelegen.

Mede bepalend voor de uitleg van de wettelijke transparantieplicht zijn de doelstellingen en rechtvaardigingsgrond(en) van de transparantieplichten, zoals deze uit de Richtlijn en Wet Toezicht te kennen zijn. Tevens zal ik voor de interpretatie van het begrip 'standaardlicentieovereenkomst' kort te rade gaan bij het begrip 'algemene voorwaarden' uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

1. Wettelijk kader

Art. 2 p lid 1 van de Wet Toezicht luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

Het College van Toezicht ziet erop toe dat een collectieve beheersorganisatie ten minste de volgende informatie openbaar maakt:

- a) zijn statuten;
- b) zijn lidmaatschapsvoorwaarden en de voorwaarden voor beëindiging van de machtiging tot beheer van rechten, indien deze niet zijn opgenomen in de statuten;
- c) standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen; [...]

Volgens de Memorie van Toelichting vormt deze bepaling weliswaar een implementatie van art. 21 van de CRM-richtlijn, maar: “[e]en soortgelijke openbaarmakingsverplichting als in dit artikel was reeds opgenomen in artikel 2, tweede lid, onderdeel a, onder (iii) van de Wet toezicht”. Volgens die, inmiddels niet meer geldende bepaling, strekte de openbaarmakingsplicht van de CBO’s zich onder meer uit tot:

(iii) openbaarmaking van de statuten, de geschillenregeling, het repartitiereglement, de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen, de mate van representativiteit, de mate van legitimiteit en de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden;

De Memorie van Toelichting bij de oude wet (Wet van 7 maart 2013] geeft enig inzicht in de reikwijdte van de onder het regime van de oude wet geldende transparantieplicht. In haar toelichting op art. 3 lid 1 van de (oude) wet, waarin het instemmingsrecht van het College met (onder meer) besluiten tot verhoging van standaardtarieven en besluiten tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten werd geïntroduceerd, merkt de Regering op:

De thans in artikel 3, eerste lid, genoemde besluiten die voorafgaande instemming van het College van Toezicht behoeven worden geherformuleerd. Het preventieve toezicht wordt daarmee vereenvoudigd en beperkt tot a) besluiten tot statutenwijziging en ontbinding, b) besluiten tot verhoging van de standaardtarieven en c) besluiten tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten betreffende de uitvoering of handhaving van auteursrechten en naburige rechten. Het gaat daarbij met name om repartitiereglementen, overeenkomsten waarbij verdeelorganisaties worden aangewezen en standaardlicentieovereenkomsten of koepelcontracten met gebruikers. Bijgevolg behoeft bijvoorbeeld de Regeling additioneel kopiëren voor bladmuziek, die thans door de Stichting MusiCopy wordt aangeboden, straks bij wijziging de voorafgaande instemming van het College van Toezicht (vgl. infra, artikel II). [...] De thans in de wet voorziene categorie «andere modelovereenkomsten en reglementen» vervalt niet, maar gaat op in de ruime notie «reglementen of modelovereenkomsten betreffende de uitoefening en handhaving van auteursrechten of naburige rechten» die bij dit wetsvoorstel wordt geïntroduceerd.

Art. 2 p van de Wet Toezicht vormt een getrouwe implementatie van art. 21 van Richtlijn 2014/26/EU:

1. De lidstaten zien erop toe dat een collectieve beheerorganisatie op zijn minst de volgende informatie openbaar maakt: [...]
c) standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen;

Deze specifieke transparantie-eis kwam in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel (art. 19 richtlijnvoorstel) niet voor. Wel voorzag art. 18 van het richtlijnvoorstel in een inzagerecht m.b.t. (onder meer) “standaardlicentieovereenkomsten en toepasselijke tarieven”. Dat deze overeenkomsten en tarieven in de definitieve richtlijn voorwerp zijn geworden van een

algemene openbaarmakingsverplichting is het gevolg van een amendement door de Commissie Cultuur en Onderwijs (CULT) van het Europees Parlement [opinie van 1 juli 2013, 2012/0180(COD), rapporteur Helga Trüpel, amendement nr. 111]. In haar rapport onderstreept mw. Trüpel het belang van maximale transparantie; het amendement wordt echter verder niet toegelicht. In de definitieve richtlijn wordt de term “standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen” niet gedefinieerd; in de toelichting bij de richtlijn valt over de precieze betekenis van deze bepaling evenmin iets te lezen.

Terzijde zij opgemerkt dat de Richtlijn voorziet in *minimum*-harmonisatie. Het staat de lidstaten van de EU derhalve vrij om strengere eisen op te leggen aan de beheersorganisaties (zie Overweging 9 bij de Richtlijn).

Behalve de openbaarmakingseisen genoemd in art. 2 p voorziet de Wet Toezicht ook in de regel dat bepaalde besluiten van beheersorganisaties onderworpen zijn aan preventief toezicht en voorafgaande instemming van het CVTA behoeven. Art. 3 bepaalt, voor zover hier relevant:

- 1 De volgende besluiten van een collectieve beheersorganisatie behoeven de voorafgaande schriftelijke instemming van het College van Toezicht:
 - a. een besluit tot wijziging van de statuten of tot ontbinding van de collectieve beheersorganisatie;
 - b. een besluit tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten betreffende de uitoefening en handhaving van auteursrechten of naburige rechten;

In het concept-wetsvoorstel, dat thans onderwerp is van consultatie, wordt mede naar aanleiding van de evaluatie van de Wet door het WODC [Cock Buning, M. de, Bijl, P. de, Voorn, R.-J., Sluijs, J., Hommema, I. Evaluatie van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties en geschillenbeslechting, WODC, (2016)] voorgesteld om “modelovereenkomsten” in art. 3 te vervangen door “algemene voorwaarden”. Verder worden de in art. 5 van de huidige wet opgenomen informatieverplichtingen uitgebreid met enkele nieuwe onderdelen, waaronder “f. de vaststelling of wijziging van modelovereenkomsten betreffende de uitoefening en handhaving van auteursrechten of naburige rechten, met inbegrip van branche-overeenkomsten.”

In de toelichting bij het concept [p. 11-12] wordt hierover opgemerkt:

Modelovereenkomsten

Uit de evaluatie blijkt in de eerste plaats dat behoefte bestaat aan meer duidelijkheid over het begrip “modelovereenkomst”. Besluiten over de vaststelling en wijziging van modelovereenkomsten dienen cbo’s voorafgaand ter goedkeuring aan het College voor te leggen (art. 3, eerste lid, onderdeel b). Door verschillen van inzicht over de reikwijdte van het begrip “modelovereenkomst” is thans onduidelijk wat de reikwijdte van het preventieve toezicht van het College is. Daarom verduidelijkt dit wetsvoorstel dat onder “modelovereenkomst” ook wordt verstaan een “brancheovereenkomst”. Dit begrip wordt in de artikelsgewijze toelichting

nader geduid. Voorts verplicht het wetsvoorstel cbo's niet langer voor modelovereenkomsten instemming te vragen van het College, maar zijn cbo's verplicht het College hierover te informeren. In plaats van de verplichting om instemming te vragen voor modelovereenkomsten, komt de verplichting om algemene voorwaarden ter goedkeuring voor te leggen aan het College (zie over de begrippen "brancheovereenkomst" en "algemene voorwaarden" nader de artikelsgewijze toelichting).

In de artikelsgewijze toelichting bij het concept-voorstel [p. 24] valt te lezen:

Het gaat er bij dit onderdeel van het preventieve toezicht van het College om dat de voorwaarden, die een cbo in verschillende rechtsbetrekkingen hanteert en die in beginsel niet onderhandelbaar zijn voor de wederpartijen van de cbo, door het College kunnen worden getoetst. Het College toetst onder meer of sprake is van gelijke behandeling, een zorgvuldige verdeling van gelden en of er voldoende rekening is gehouden met de belangen van betalingsplichtigen. Het voert dus een marginale toets uit. Het College vormt zich hierbij geen oordeel over de belangrijkste concurrentieparameters tussen partijen, zoals tarieven. Aangezien het College dus niet de gehele (model)overeenkomst toetst, inclusief tarieven, is het begrip "algemene voorwaarden" in dit verband passender. Daarom wordt in artikel 3, eerste lid, onderdeel b, "modelovereenkomsten" vervangen door: algemene voorwaarden. Op grond van artikel 2p, eerste lid, onderdeel c, zijn cbo's verplicht standaardlicentieovereenkomsten openbaar te maken. Hieronder vallen in elk geval algemene voorwaarden.

2. Waarom transparantie?

De transparantie-eisen in de Wet Toezicht zijn, evenals diverse andere regels in de wet, in de eerste plaats terug te voeren op de economische wetmatigheden van het collectieve beheer. Collectief rechtenbeheer vertoont de kenmerken van een 'natuurlijk monopolie', dat wil zeggen: een monopolie dat economisch efficiënter is dan vrije mededinging. Zo'n kenmerk is bijvoorbeeld de zeer hoge toetredingsdrempel waarmee een nieuwkomer op de markt wordt geconfronteerd. Nationaal en internationaal repertoire is doorgaans exclusief, door middel van aansluit- en wederkerigheidscontracten, onder de bestaande rechtenorganisaties verdeeld. Het opbouwen van een nieuwe rechtencatalogus vergt enorme investeringen. De database van SENA of BUMA is van onschatbare waarde, en valt moeilijk te dupliceren. Hier komen zogenoemde 'netwerkeffecten' nog bij. De economische waarde van een wereldrepertoire, dat door blanket licensing kan worden geëxploiteerd, is veel groter dan de som der delen. Ook de economies of scale maken toetreding tot de markt voor nieuwkomers onaantrekkelijk. Vaste kosten van incasso, administratie en repartitie dienen op een aanvankelijk zeer beperkte royaltyomzet afgewenteld te worden, zodat bestaande CBO's ten opzichte van nieuwkomers grote (en wellicht beslissende) concurrentievoordelen genieten. Dit 'natuurlijke' monopolie wordt ten aanzien van een aantal CBO's in Nederland (waaronder SENA) nog versterkt door een wettelijke monopolie. [zie P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?', AMI 2003/5, p. 203-206]

Ten einde te voorkomen dat CBO's misbruik maken van hun natuurlijke c.q. wettelijke machtspositie voorziet de Wet Toezicht in navolging van art. 16 lid 2 van de richtlijn in een aantal verplichtingen waaraan marktspelers in een vrije markt normaliter niet behoeven te voldoen, waaronder niet alleen de onderhavige transparantieplicht, maar ook het vereiste dat "licentievoorwaarden zijn gebaseerd op objectieve en niet-discriminerende criteria" en tarieven "billijk [zijn] in verhouding tot onder meer de economische waarde van het gebruik van de rechten in het handelsverkeer" (art. 21 lid 2).

Zie tevens Overweging 31 bij de Richtlijn:

Billijke en niet-discriminerende handelsvoorwaarden bij licentieverlening zijn met name van belang om ervoor te zorgen dat gebruikers licenties kunnen krijgen voor werken en ander materiaal, waarvan een collectieve beheerorganisatie de rechten vertegenwoordigt, en om voor een passende vergoeding voor de rechthebbenden te zorgen. Collectieve beheerorganisaties en gebruikers moeten daarom in goed vertrouwen licentieonderhandelingen voeren en tarieven toepassen die op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria zijn vastgesteld.

De wettelijke transparantieplichten hangen direct samen met de verplichting die op de CBO's rust om "billijke en niet-discriminerende handelsvoorwaarden bij licentieverlening" te hanteren. Immers, indien deze licentievoorwaarden niet kenbaar zijn voor potentiële gebruikers c.q. de toezichthouder kan deze verplichting door toezichthouders en marktdeelnemers niet worden afgedwongen.

Aldus ook de MvT bij de Wet van 7 maart 2013:

Omdat marktwerking doorgaans ontbreekt, is er reden om ook vrijwillige beheersorganisaties onder het toezicht te brengen en wettelijk te verplichten tot openbaarmaking van gegevens die inzicht bieden in hun algemene en financiële beleid. [TK 2008–2009, 31 766, nr. 3, p. 2; zie tevens TK 2000–2001, 27 775, nr. 3, p. 10].

Behalve economische (mededingingsrechtelijke) motieven spelen ook andere factoren een rol bij de transparantieplicht. De CBO's die onder de vigore van een wettelijk monopolie opereren (SENA, BUMA, St. Leenrecht. St. Reprorecht en St. De Thuis kopie) verrichten in wezen een (semi-) publieke culturele taak. Ook om die reden is transparantie van licentievoorwaarden en tarieven gewenst.

De tweeledige ratio van het toezicht op het collectief beheer wordt in het concept-wetsvoorstel als volgt verwoord:

Extern toezicht op collectief beheer van auteursrechten is aangewezen omdat cbo's en obo's een machtspositie hebben ten opzichte van rechthebbenden en gebruikers, en vanwege de sociaal-culturele en financieel-economische belangen die met collectief beheer zijn gemoeid.

Een hiermee samenhangende ratio voor de transparantieplichten, die zowel in de Europese als in de Nederlandse discussie benadrukt wordt, is het vergroten van het vertrouwen in het collectief rechtenbeheer. Zie O. 34 bij de Richtlijn:

Om het vertrouwen van rechthebbenden, gebruikers en andere collectieve beheerorganisaties in het beheer van rechten door collectieve beheerorganisaties te vergroten, moet elke collectieve beheerorganisatie voldoen aan specifieke transparantievereisten. [...].

De interpretatie van de openbaarmakingsplicht m.b.t. “standaardlicentieovereenkomsten” dient mede in het licht van deze beginselen – kenbaarheid van billijke en niet-discriminerende licentievoorwaarden; bevorderen van vertrouwen in het collectief beheer – te geschieden.

3. Interpretatie

1. Het begrippenpaar “standaardlicentieovereenkomsten” en “normaal toepasselijke tarieven” wordt in de Wet Toezicht en de Richtlijn collectief beheer niet gedefinieerd. Duidelijk is wel dat het moet gaan om door de CBO’s gehanteerde licentieovereenkomsten (dat wil zeggen: overeenkomsten die voorzien in het verlenen van toestemming tot het gebruik van de door de CBO beheerde werken) en door de CBO’s vastgestelde vergoedingsbedragen. De wettelijke transparantieplicht strekt zich uit tot overeenkomsten die “standaard” en tarieven die “normaal toepasselijk” zijn. Het spreekt daarbij m.i. vanzelf dat onder “tarieven” niet enkel vaste prijzen zijn te verstaan, maar ook vergoedingspercentages en (andere) tariefregels of –grondslagen.

2. Het Van Dale-woordenboek definieert het adjectief standaard als “normaal, geldend voor alle gevallen”. Een “standaard” overeenkomst is, hiervan uitgaande, een overeenkomst die geldt voor een veelheid van gelijksoortige gevallen. Voor een “normaal toepasselijk” tarief geldt mutatis mutandis hetzelfde.

3. Overigens suggereert de term “standaardlicentieovereenkomsten” dat het in alle gevallen zou moeten gaan om een licentieovereenkomst in juridische zin. Niet alle CBO’s opereren echter op basis van uitsluitende rechten; diverse rechtenorganisaties, waaronder SENA, zijn belast met het incasseren van wettelijke vergoedingsrechten. Gezien het ruime toepassingsbereik van de Wet Toezicht en de Richtlijn meen ik dat de door dergelijke CBO’s gehanteerde standaardgebruiksovereenkomsten in beginsel eveneens als “standaardlicentieovereenkomst” in de zin van art. 2 p lid 1 sub c van de Wet Toezicht kunnen worden aangemerkt.

4. Uit de toelichting op de Nederlandse implementatiewet blijkt dat naar het oordeel van de wetgever de wettelijke transparantieplichten in omvang vergelijkbaar zijn met de regels die voordien golden onder de oude wet. De Regering spreekt van een “soortgelijke verplichting”. Onder de oude wet strekte de openbaarmakingsplicht zich uit tot onder meer “de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen, [...]”. Nergens blijkt uit de toelichting dat ten gevolge van de implementatie de reikwijdte van de openbaarmakingsplicht

is ingeperkt. Mede gezien het feit dat de voorschriften van de Richtlijn strekken tot minimumharmonisatie, en de lidstaten derhalve de ruimte is gelaten tot strengere voorschriften, ligt het voor de hand de huidige regels mede in het licht van het oude recht te interpreteren.

5. Uit de geschiedenis van de Wet Toezicht en de Europese richtlijn valt op te maken dat de wettelijke transparantieplichten een tweeledig doel dienen: (1) om controle op de verplichting die op de CBO's rust om billijke en niet-discriminerende handelsvoorwaarden bij licentieverlening te hanteren te faciliteren; en (2) om het vertrouwen in het collectief beheer te bevorderen. Daarbij is het doel van de openbaarmakingsplicht is immers om de tarieven van CBO's voor marktdeelnemers en toezichthouder inzichtelijk te maken, zodat discriminatie en andere vormen van machtsmisbruik door CBO's voorkomen kunnen worden. In wezen is de transparantieplicht te beschouwen als de keerzijde van het discriminatieverbod. Indien met een gebruiker een licentie is overeengekomen voor een gebruiksvorm van werken/prestaties die gelijkwaardig is aan door andere gebruikers verrichte diensten, is de CBO in beginsel verplicht met andere gebruikers onder dezelfde of vergelijkbare voorwaarden te contracteren. In het licht van deze rechtvaardigingsgronden ligt een ruime uitleg van de begrippen "standaardlicentieovereenkomsten" en "normaal toepasselijke tarieven" mijns inziens voor de hand.

6. Het Burgerlijk Wetboek kent het begrip "algemene voorwaarden" (ook wel standaardvoorwaarden geheten), waarvan de wettelijke definitie luidt: "een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd" (art. 6:231(a) BW). Uit de parlementaire geschiedenis van deze regeling blijkt dat als contractsvoorwaarden in relatie tot ten minste vijf wederpartijen zijn gebruikt, zij reeds als algemene voorwaarden hebben te gelden. Voorwaarden in door brancheorganisaties of (andere) derden opgestelde modelcontracten kunnen ook worden aangemerkt als 'algemene voorwaarden', voor zover deze voorwaarden niet specifiek voor een individuele overeenkomst zijn ontworpen. De regeling van algemene voorwaarden in Boek 6 BW biedt derhalve steun aan de opvatting dat het bij standaardvoorwaarden niet hoeft te gaan om voorwaarden die voor een groot aantal afnemers gelden.

7. Overigens wijkt het begrip "algemene voorwaarden" uit Boek 6 BW op belangrijke punten af van de op het eerste gezicht enigszins vergelijkbare begrippen in de Wet Toezicht. Dit houdt verband met de verschillende rationes van beide rechtsregimes. Terwijl de regeling in het BW primair ten doel heeft om (zwakke) contractspartijen te beschermen tegen eenzijdige, niet-onderhandelbare en daardoor dikwijls oneerlijke contractsvoorwaarden, hebben de tarifieringsregels in de Wet Toezicht een ander doel, met name het waarborgen van gelijke behandeling van gebruikers. Bij de uitleg van het begrip "standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen" behoort daarom, anders dan in het BW, geen rol te spelen of over het tarief in een concreet geval is onderhandeld.

8. Ik concludeer dat onder "standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen" niet enkel de door de CBO's eenzijdig aan een veelheid van

gelijksoortige gebruikers opgelegde standaardovereenkomsten en –tarieven worden begrepen (zoals bijvoorbeeld de door BUMA gehanteerde Horeca-tarieven). Ook overeenkomsten en tarieven die voor kleinere gebruikersgroepen gelden kunnen als ‘standaard’ voor deze categorie gebruikers hebben te gelden. Niet als ‘standaardlicentieovereenkomst’ of ‘normaal toepasselijke tarief’ is daarentegen te beschouwen de licentieovereenkomst met bijbehorend tarief die met slechts een enkele gebruiker voor een geïndividualiseerde gebruiksvorm is afgesloten.

9. Door CBO’s met gebruikersverenigingen of branche-organisaties afgesloten koepel- of branche-overeenkomsten vallen, letterlijk geïnterpreteerd, niet onder het begrip “standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen”. Immers, de vereniging of organisatie die de koepelovereenkomst afsluit is normaliter als zodanig geen licentienemer/gebruiker in eigenlijke zin. Dat neemt niet weg dat dergelijke overeenkomsten de licenties en tarieven of tariefgrondslagen voor een veelheid van gebruikers categoriaal plegen te regelen. In zoverre zijn dergelijke overeenkomsten, althans de daarin opgenomen licentievoorwaarden en tarieven of tariefgrondslagen, wel degelijk als ‘standaardlicentieovereenkomsten’ of ‘normaal toepasselijke tarieven’ waarvoor de publicatieplicht geldt op te vatten. Deze uitleg vindt steun in de Memorie van Toelichting bij de (oude) Wet van 7 maart 2013, waarin koepelovereenkomsten met standaardlicentieovereenkomst werden gelijkgesteld. Dat de tarieven in het geval van een koepelovereenkomst enkel gelden voor gebruikers die zich bij de koepel hebben aangesloten, en niet voor ‘outsiders’, doet hier m.i. niet aan af. Het gaat in dat geval nog steeds om categoriaal geldende tarieven, waarbij voor de bij de koepel aangesloten gebruikers een kortingsregeling geldt.

Ook in het geval dat een koepel- of branche-overeenkomst niet alleen tarieven en licentievoorwaarden behelst voor de aangesloten gebruikers, maar ook verplichtingen schept voor de koepelorganisatie zelf, zoals een betalingsgarantie of een collectieve rapportageplicht, zijn de daarin opgenomen tarieven en licentievoorwaarden m.i. nog steeds onderworpen aan de wettelijke publicatieplicht.

10. De publicatieplicht strekt zich uit de aard der zaak uit tot de door CBO’s eenzijdig gehanteerde standaardlicentievoorwaarden, zo blijkt onder meer duidelijk uit het concept-wetsvoorstel. Dat geldt naar mijn oordeel ook voor de standaardlicentievoorwaarden die zijn opgenomen in – al dan niet sectoraal overeengekomen – ‘modelcontracten’ (dat wil zeggen: contractsmodellen zonder bijbehorende tarieven).

4. Zijn de overeenkomsten tussen SENA en OLON, ROOS resp. NPO “standaardlicentie-overeenkomsten” c.q. “normaal toepasselijke tarieven”?

De overeenkomst tussen SENA en ROOS (versie 2001) is typisch een koepelovereenkomst. ROOS vertegenwoordigt alle dertien (publieke) regionale omroepen in Nederland, en sluit namens deze omroepen een eenvormige overeenkomst af, waarbij de door de regionale omroepen uit hoofde van art. 7 WNR verschuldigde vergoedingen wordt vastgesteld en ROOS de betalingsverplichting jegens SENA op zich neemt. De door ROOS aan SENA

betaalde vergoeding wordt vervolgens met de regionale omroepen verrekend. Tegelijkertijd zijn de afzonderlijke omroepen, die zelfstandig uitzendingen verrichten waarvoor op grond van de WNR billijke vergoedingen aan SENA verschuldigd zijn, verplicht regelmatig playlists aan SENA aan te leveren.

Door deze overeenkomst wordt een complete sector – alle publieke regionale omroepen in Nederland – onderworpen aan een eenvormige overeenkomst met een vast tarief. Daarmee vormt deze overeenkomst de “standaard” voor de door SENA met deze sector afgesloten overeenkomsten. Voorts betreft het hier een ‘koepelcontract met gebruikers’, dat blijkens de wetsgeschiedenis met een standaardlicentie-overeenkomst kan worden gelijk gesteld.

Voor de “collectiviteitsovereenkomst” tussen SENA en OLON (versie 2010) geldt mutatis mutandis hetzelfde. Op grond van dit contract wordt het totaalbedrag door de lokale omroepen uit hoofde van de WNR aan SENA verschuldigde vergoedingen (bij 100% deelneming) vastgesteld, en neemt OLON de verplichting op zich om deze vergoeding namens de deelnemende omroepen aan SENA te voldoen. Daarbij zal een “door SENA geselecteerd aantal Deelnemers” (d.w.z. enkele afzonderlijke lokale omroepen) bij wijze van steekproef playlists aanleveren (art. 6 lid 1). SENA verplicht zich om niet-deelnemende omroepen volgens dezelfde parameters te belasten (art. 3 lid 7). Ook deze overeenkomst is mijns inziens te kwalificeren als “standaardlicentieovereenkomst” c.q. “normaal toepasselijke tarieven” in de zin van art. 2 p lid 1 sub c van de Wet Toezicht.

De overeenkomst tussen SENA en de NPO (versie 2015) is ten dele vergelijkbaar met de eerder genoemde overeenkomsten. Evenals de ROOS- en OLON-overeenkomsten voorziet deze overeenkomst in een gezamenlijke vergoedingsregeling, waarbij de NPO (mede) namens de landelijke publieke media-instellingen contracteert. Een punt van verschil is dat de NPO anders dan de koepelorganisaties ROOS en OLON in haar rol als zenderbeheerder naast de door haar vertegenwoordigde publieke media-instellingen mogelijk ook zelfstandig jegens SENA wettelijk aansprakelijk is voor het betalen van een billijke vergoeding. Een ander verschilpunt is dat de NPO, en niet de media-instellingen, de playlists dient aan te leveren. De NPO vervult derhalve in vergelijking tot ROOS en OLON een meer centrale rol in de uitvoering van de overeenkomst, hetgeen in overeenstemming is met de wettelijke taakopdracht van de NPO als samenwerkingsorgaan van de publieke media-instellingen (art. 2.2 Mediawet 2008).

Niettegenstaande deze verschillen ben ik van oordeel dat ook deze overeenkomst is te kwalificeren als “standaardlicentieovereenkomst” c.q. “normaal toepasselijke tarieven” in de zin van art. 2 p lid 1 sub c van de Wet Toezicht. Door de overeenkomst SENA-NPO worden alle in Nederland opererende landelijke publieke media-instellingen (NOS, NTR, AVROTROS, BNNVARA, KRO-NCRV, VPRO, EO, Omroep MAX, Human, PowNed en WNL) onderworpen aan een eenvormige overeenkomst met een vast tarief. Daarmee vormt ook deze overeenkomst de “standaard” voor de door SENA met deze sector afgesloten overeenkomsten, en zijn de daarin geregelde tarieven “normaal toepasselijk”.

Met dat al concludeer ik dat alle drie de aan mij voorgelegde overeenkomsten voorwerp zijn van de in art. 2 p lid 1 sub c van de Wet Toezicht neergelegde transparantieplicht.

Met vriendelijke groet,

Prof. mr. P.B. Hugenholtz