



Buma/Stemra: ‘De (on)rechtvaardige eerste violist’
*Onderzoeksrapport over de juridische (on)mogelijkheden om
tegen de werkwijze van Buma/Stemra bij het innen van
royalties op te treden.*



J. Stokmans
Tilburg mei 2014

Buma/Stemra: ‘De (on)rechtvaardige eerste violist’
*Onderzoeksrapport over de juridische (on)mogelijkheden om
tegen de werkwijze van Buma/Stemra bij het innen van
royalties op te treden.*



Onderzoeker:
Opdrachtgever:

J. Stokmans 2046061
Deterink Advocaten en Notarissen
Mr. W.J.G. Maas

Opleiding:
Eerste lezer:
Tweede lezer:
Classificatie:
Datum:

Juridische Hogeschool Avans-Fontys (Tilburg)
Mr. M. Soysüren
Mr. B.C.M. Hooijdonk
Openbaar
Mei 2014

Voorwoord

Voor u ligt het rapport behorende bij het onderzoek dat ik heb uitgevoerd in het kader van de afronding van mijn opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg.

Het creëren van muziek vergt veel tijd en geduld, ook gaat intensief werk aan de creatie vooraf. Tegenwoordig is muzikaal talent niet het enige vereiste voor een succesvolle carrière in de muziekindustrie: zakelijk en juridisch inzicht zijn namelijk even belangrijk. Ook voor ondernemers geldt tegenwoordig dat louter een goed idee of concept geen enkele garantie biedt om succesvol te zijn. Men dient er op bedacht te zijn dat allerlei factoren en actoren het ondernemerssucces kunnen beïnvloeden. Een relevante actor is Buma/Stemra, die in het belang van de muzik auteurs royalties bij onder andere ondernemingen int.

Vandaag de dag kan men niet meer zonder muziek. Men is het erover eens dat muziek sfeer brengt en er toe leidt dat men zich prettiger voelt. Bovendien is wetenschappelijk aangetoond dat het gebruik van muziek tot een verhoging van de omzet in ondernemingen leidt. Indien muziek door ondernemingen wordt gebruikt, kruisen de belangen van muzik auteurs enerzijds met de belangen van ondernemingen anderzijds.

Omdat veel onduidelijkheid heerst over de rechten en plichten van muziekgebruikers bij het gebruik van muziek en in het bijzonder over de plicht tot het afdragen van royalties aan Buma/Stemra is dit onderzoek geschreven ter verheldering van deze onduidelijkheden. Het onderzoek richt zich specifiek op de zakelijke muziekgebruiker, anders gezegd de cliënten van Deterink Advocaten en Notarissen.

Op basis van dit onderzoek zal Deterink Advocaten en Notarissen een duidelijk beeld krijgen van de rechten en plichten van hun cliënten indien zij gebruikmaken van muziek die in beheer is bij Buma/Stemra.

Mijn persoonlijke motivatie achter dit onderzoek is dat ik altijd geïnteresseerd ben geweest in het privaatrecht en in het specifiek het intellectuele eigendomsrecht. Daarnaast is een van mijn grootste hobby's het beluisteren en het zelf maken van muziek. Hierdoor vind ik het extra interessant om deze zaken tot op de bodem uit te zoeken. Zoals hierboven reeds beschreven leven we in een maatschappij waarin muziek een belangrijke rol vervult. Niet alleen heeft muziek een ontspannende functie, daarnaast heeft het een grote invloed op ons humeur, op onze productiviteit en op ons zijn.

Vanuit het gedachtegoed dat werk beloond moet worden ben ik van mening dat dit ook toegepast moet worden op de beloning van de muzik auteurs. Derhalve moet op de eerste plaats slechts het werk worden beloond waarvan gebruik wordt gemaakt. Daarnaast dient in mijn optiek de beloning toe te komen aan diegenen die daar recht op hebben.

Grote dank gaat uit naar dhr. mr. Wim Maas en anderen personen binnen Deterink Advocaten en Notarissen die hebben besloten om mij deze afstudeerstage aan te bieden waardoor ik de mogelijkheid heb gekregen om mijn talenten te ontplooien en onderzoek te verrichten naar bovengenoemde kwestie.

Daarnaast wil ik mevrouw Meryem Soysüren bedanken voor de steun vanuit mijn opleiding. Indien ik vragen had kon ik te alle tijden bij haar aankloppen. Tot slot is aan alle instanties, personen en ondernemingen die in dit onderzoek worden genoemd, door hun goede medewerking dank verschuldigd.

Jair Stokmans

Eindhoven, Mei 2014

Inhoudsopgave

Samenvatting

Afkortingenlijst

1 Inleiding	pag. 1
1.1 Centrale vraag	pag. 2
1.2 Doelstelling	pag. 2
1.3 Deelvragen	pag. 3
1.4 Leeswijzer	pag. 3
2 Het muzikauteursrecht en Buma/Stemra vanuit juridisch perspectief	pag. 4
2.1 Uitgangspunten van het auteursrecht	pag. 4
2.1.1. Het werk	pag. 4
2.1.2. De maker	pag. 5
2.2 Inhoud van het auteursrecht	pag. 7
2.2.1. Exploitatierechten	pag. 7
2.2.2. Persoonlijkheidsrechten	pag. 7
2.3 Beperkingen van het auteursrecht	pag. 7
2.4 Bemiddeling door Buma/Stemra	pag. 8
2.4.1. Overdracht van het auteursrecht aan Buma/Stemra	pag. 9
2.4.2. Reikwijdte bemiddeling door Buma/Stemra	pag. 11
2.4.3. Exploitatie van de auteursrechten door Buma/Stemra	pag. 11
2.5 Conclusie	pag. 12
3 Ontwikkelingen in de muziekbemiddeling	pag. 13
3.1 De openbaarder	pag. 13
3.2 De licentiestructuur van Buma/Stemra	pag. 14
3.2.1 Totstandkoming licentiestructuur	pag. 14
3.2.2 De huidige licentiestructuur	pag. 15
3.3 Toelaatbaarheid licentiestructuur	pag. 18
3.3.1 Toezicht door het CVTA en de ACM	pag. 19
3.3.2 Toezicht op de tarieven in andere landen	pag. 20
3.3.3 Toezicht door de rechter	pag. 21
3.4 Conclusie	pag. 22

4 Muziekbemiddeling door Buma/Stemra in de praktijk	pag. 23
4.1 Het repartitieproces van Buma/Stemra	pag. 23
4.1.1. Legitimiteit van de intransparantie	pag. 26
4.2 Het incassoproces bij muziekgebruikers in de praktijk	pag. 27
4.2.1. Werkwijze relatiemanagers	pag. 28
4.3 Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht	pag. 30
4.4 Conclusie	pag. 32
 5 Technische hulpmiddelen anno 2014	 pag.33
5.1 Festivals en Evenementen	pag.33
5.2 Radio en Televisie	pag.34
5.3 Muziekgebruik op het internet	pag.34
5.4 Overige organisaties	pag.35
5.5 Conclusie	pag.35
 6. Conclusies en aanbeveling	 pag. 36
6.1 Algemene argumenten	pag. 36
6.2 Tariefargumenten	pag. 37
6.3 Argumenten m.b.t. de machtspositie van Buma/Stemra	pag. 37
6.4 Argumenten m.b.t. de intransparantie van Buma/Stemra	pag. 39
6.5 Aanbevelingen	pag. 40

Begrippenlijst

Evaluatie

Verantwoording

Literatuur- en overige bronnenlijst

Bijlagen

Bijlage A Exploitatiereglement en exploitatieovereenkomst Buma

Bijlage B Exploitatiereglement Stemra

Bijlage C Voorbeeld aanvraagformulier evenementen licentie

Bijlage D Volledig uitgewerkt tariefschema Buma/Stemra

Bijlage E Uitwerking Interview Frank Helmink Buma/Stemra

Bijlage F Voorbeeld Factuur

Bijlage G Uitwerking gesprek met dhr. Dijkstra, teamleider buitendienst Scan

Bijlage H Uitwerking telefoongesprek met mevr. Layla Sala, Buma/Stemra

Bijlage I Interview met dhr. Wessel Terpstra, DJ- Monitor

Bijlage J Observatieschema relatiemanager Scan

Samenvatting

Het belang van muziek is alom aangetoond en levert een positieve bijdrage in onze maatschappij. De makers van muziek worden derhalve beschermd door het auteursrecht. Zij hebben namelijk het recht om met uitsluiting van anderen het werk te gebruiken. Onder gebruik wordt openbaar maken en veeleenvoudigen verstaan. De facto wil de maker van muziek zijn toestemming tot het gebruik van zijn werk tegen betaling verlenen. Omdat dit recht in de praktijk lastig te handhaven is, is Buma/Stemra opgericht. Als collectief beheren zij als enige de auteursrechten van de individuele maker, daar zij een monopolie hebben. De laatste jaren ligt de bemiddeling in muziekauteursrechten door Buma/Stemra hevig onder vuur. Zowel de leden van Buma/Stemra als de muziekgebruiker hebben bedenkingen bij de werkwijze van Buma/Stemra. Deterink vertegenwoordigt een aantal van deze muziekgebruikers. Om Buma/Stemra te dwingen tot een rechtvaardigere dienstverlening ten opzichte van de muziekgebruiker wordt in dit onderzoek een antwoord gegeven op de vraag: *‘Welke argumenten kan Deterink ten behoeve van haar cliënten aan wet en regelgeving ontleenen om haar cliënten te adviseren over de wijze waarop Buma/Stemra royalties bij muziekgebruikers int?’*

Indien een maker van een muziekwerk wil dat Buma/Stemra zijn rechten beheert, dient de maker zijn auteursrechten aan Buma/Stemra over te dragen. Op deze overdracht zijn de regels uit het BW van toepassing. Met de inwerkingtreding van het fiduciaverbod heeft Buma/Stemra problemen gekregen met de geldigheid van deze overdracht. Het fiduciaverbod gaat namelijk o.a. tegen dat men een goed slechts overdraagt ter behartiging van de belangen van de vervreemder, hetgeen het geval is bij een overdracht aan Buma/Stemra.

Op dit moment dient iedereen die gebruikmaakt van muziek waarvan de rechten zijn overgedragen aan Buma/Stemra een licentie bij deze organisatie af te sluiten, tenzij de muziek gebruikt wordt in een besloten kring die uitsluitend uit familie en vrienden of een daarmee gelijk te stellen kring bestaat en er geen betaling voor de openbaarmaking wordt verricht.

Volgens jurisprudentie is degene die de muziek daadwerkelijk openbaar maakt, degene die de vergoeding aan Buma/Stemra verschuldigd is. In de praktijk wordt echter niet altijd de feitelijke openbaarmaker gefactureerd, maar de exploitant van een zaal. Deze werkwijze strookt dus niet geheel met de rechtsspraak.

Tegenwoordig hanteert Buma/Stemra een grote verscheidenheid aan licenties, die allen op een andere wijze tot stand zijn gekomen, verschillen in hoogte kennen en op verschillende vormen van muziekgebruik zijn toegespitst.

Uit hoofde van het exploitatiecontract heeft Buma/Stemra een inspanningsverplichting tegenover de auteursrechthebbende van een werk. Daardoor is indirect sprake van een ondergrens tot hetgeen Buma/Stemra incasseert. Met betrekking tot de handhaving is te stellen dat Buma/Stemra uitsluitend incasseert indien dit economisch rendabel is.

Buma/Stemra sluit uitsluitend blanco-licenties af, dit wil zeggen dat het niet uitmaakt welk nummer geopenbaard wordt. Men kan uitsluitend een licentie afsluiten voor het hele Buma/Stemra repertoire. Voor vele licenties geldt voorts, dat het niet uitmaakt hoe vaak de muziek wordt gebruikt. De auteurswet biedt geen enkele houvast over de hoogte en daarmee de toelaatbaarheid van de tarieven, doordat het auteursrecht een verbodsrecht is en geen recht op betaling. Omdat Buma/Stemra echter een monopoliepositie heeft, is naast het auteursrecht ook mededingingsrechtelijke wet- en regelgeving van toepassing. Men het er in het algemeen over eens dat monopolies zoveel mogelijk vermeden moeten worden. De monopolie van Buma kan worden gerechtvaardigd doordat grote schaalvoordelen ontstaan door de muziekbemiddeling in één hand te leggen. Om dit positieve effect van de monopoliepositie te waarborgen staat Buma/Stemra onder toezicht door een college van toezichthouders. Het toezicht op Buma/Stemra is echter, in vergelijking met andere collectieve beheersorganisaties, een stuk minder stringent.

Bovendien kan worden gesteld dat een college dat slechts zes keer per jaar vergadert, onvoldoende toezicht kan houden op meerdere organisaties die dagelijks bedrijvigheid voeren. Door de monopoliepositie van Buma/Stemra is ook de ACM bevoegd om toezicht te houden op Buma/Stemra, en meer specifiek over mogelijk misbruik van de machtspositie van Buma/Stemra.

Tot slot is uiteraard ook de rechter bevoegd om zich te buigen over het doen en laten van Buma/Stemra. Een en ander brengt met zich mee, dat nu drie instanties zich uitsluitend repressief uitspreken over Buma/Stemra. Dit is in andere landen anders.

De ACM heeft wat betreft de hoogte van de tarieven van Buma/Stemra geoordeeld, dat zij zelden kan concluderen dat deze te hoog zouden zijn. Dit komt doordat Buma/Stemra niet onderworpen is aan marktwerking en dat een internationale tarief vergelijking een vergelijking tussen monopolisten zou opleveren.

De rechter heeft zich altijd zeer terughoudend opgesteld indien het gaat om de tarieven van Buma/Stemra. Wel heeft hij geoordeeld dat Buma/Stemra onrechtmatig kan handelen. Hiervan zal sprake zijn indien Buma/Stemra voorwaarden oplegt, die zodanig bezwaarlijk zijn voor een muziekgebruiker, dat de collectieve rechtenorganisatie daartoe - rekening houdend met alle betrokken belangen - naar redelijkheid niet had kunnen komen.

Ook heeft de rechter zich uitgelaten over de toelaatbaarheid van de blanco-licenties.

Deze licenties kunnen een verboden koppelverkoop opleveren, indien het mogelijk is om een goedkopere, minder omvattende licentie te verlenen, zonder dat daardoor de transactiekosten hoger worden.

Het huidige beleid van Buma/Stemra houdt totaal geen rekening met de belangen van de muziekgebruiker. Ten eerste is Buma/Stemra ten opzichte van de muziekgebruiker niet transparant in haar doen en laten. Daarnaast behartigt het bestuur van Buma/Stemra uitsluitend de belangen van de auteursrechthebbenden, daar zij zelf uitkeringsgerechtigden zijn. Voorts stelt zij publiekelijk dat de muziekgebruiker gewoon moet betalen.

Aangezien men het muziekgebruik vandaag de dag nauwkeurig en goedkoop in kaart kan worden gebracht, kan met betrekking tot de blanco-licenties gesteld worden dat de technologische ontwikkelingen inmiddels dusdanig gevorderd zijn, dat de verlening van een goedkopere licentie mogelijk is. Hierdoor zullen de blanco-licenties bestempeld kunnen worden als een misbruik van machtspositie in de vorm van een verboden koppelverkoop.

Ook de schaalvoordelen zullen hierdoor verdwijnen, waardoor zelfs gesteld kan worden, dat de rechtvaardigingsgrond van de monopolie van Buma/Stemra verdwijnt.

Afkortingenlijst

ACM	Autoriteit Consument en Markt
Art.	Artikel
Aw	Auteurswet
Buma	Bureau voor muziekauteursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBO	Collectieve Beheersorganisatie
CVTA	College van toezicht auteurs- en naburige rechten
EMP	Economische machtspositie
GEAEG	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HVJEG	Hof van justitie Europese Gemeenschappen
KPMG	Een accountants- en advieskantoor
MvT	Memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet
NMA	Nederlandse Mededingingsautoriteit (nu ACM)
OvJ	Officier van Justitie
PWC	PricewaterhouseCoopers accountants- en advieskantoor
RB	Rechtbank
SCAN	Service Centrum auteurs en naburige rechten
SENA	stichting ter exploitatie naburige rechten
STEMRA	Stichting tot Exploitatie en Handhaving Der Mechanische Reproductierechten der Auteurs.
WOB	Wet openbaarheid van Bestuur

Hoofdstuk 1 inleiding

Muziek begint met stilte – Rostopovich

De eerste tekenen van muziek stammen uit de periode van de ijstijd en is vandaag de dag niet meer weg te denken uit onze maatschappij. Men is het erover eens dat muziek sfeer brengt en er toe leidt dat men zich prettiger voelt. Daarnaast is wetenschappelijk aangetoond dat het gebruik van muziek tot een verhoging van de omzet in ondernemingen leidt.¹

Muziek wordt bedacht door componisten en tekstdschrijvers. Aan deze teksten en composities gaat intensief werk vooraf. Niet alleen is het maken en schrijven van muziek feitelijk werk verrichten, daarnaast is het ook een werk als bedoeld in de Auteurswet.² Doordat zij de auteurs van een werk zijn, i.c. de muziek, hebben zij wettelijk het recht om met uitsluiting van anderen het werk te gebruiken.³ De wet verstaat onder dit gebruik het openbaar maken en verveelvoudigen van een werk. Men kan bij openbaar maken en verveelvoudigen denken aan het gebruik van de muziek op radio en televisie, in winkels of cafés, of indien dit live wordt uitgevoerd, vastgelegd wordt op cd en/of dvd of beluisterd of gedownload wordt via internet. De auteursrechthebbende komt hiermee in een positie waarin hij aan anderen het gebruik van de muziek kan verbieden. Het nut van muziek maken die door niemand beluisterd mag worden is de facto nihil. De muzikmaker wil juist dat zijn muziek beluisterd wordt. Daarom wordt veelal voor een andere oplossing gekozen als het aankomt op het gebruik van het verbodsrecht. Indien anderen de muziek willen gebruiken staat de auteursrechthebbende tegen betaling toe dat zijn werk wordt gebruikt.

De problematiek in het bovenstaande uit zich in het feit dat het voor auteursrechthebbers een moeilijke, zo niet onmogelijke, opgave is om bij te houden waar, hoe en wanneer hun werk gebruikt wordt. Laat staan de handhaving van hun verbodsrecht en daarmee samenhangend, de betaling voor het gebruik. Aan de andere kant weet ook vaak de muziekgebruiker niet wie de auteur van het werk is.

Om die problematiek in te perken heeft een aantal componisten, kort na het invoeren van de auteurswet, ervoor gekozen om een instantie met deze taak te belasten. Daartoe werd de vereniging Buma opgericht. Buma regelde destijds de toestemming en vergoeding voor openbare muzikuitvoeringen. Door de opkomst van de grammofoonplaat was er ook behoefte aan een instantie die zich richtte op het mechanisch reproductierecht. Hiervoor werd de stichting Stemra opgericht.

Tegenwoordig is Buma/Stemra de auteursrechtenorganisatie van muzikanten en uitgeverij in Nederland. Zij vertegenwoordigt de belangen van haar leden wereldwijd. Hetzelfde doet zij voor buitenlandse muzikanten met behulp van haar internationale netwerk van zusterorganisaties, met wie een wederkerigheidscontract is gesloten. Muzikanten die willen dat Buma/Stemra hun belangen vertegenwoordigen dienen hun auteursrecht over te dragen aan Buma/Stemra, daardoor kan Buma/Stemra aan een gebruiker toestemming verlenen met betrekking tot het gebruik van de composities die bij haar in beheer is. Buma/Stemra kan dus, logischerwijs, geen toestemming verlenen over werken die niet bij haar in beheer is.

Zij int derhalve bij alle muziekgebruikers royalties op basis van vooraf afgesloten licenties. Indien geconstateerd wordt dat muziek reeds gebruikt is gebeurt het ook achteraf. Als het aankomt op het collectief handelen in auteursrechten heeft Buma/Stemra al sinds 24 maart 1933 een wettelijk monopolie.

¹ J.G. Fox, *background music and industrial efficiency- a review*, Birmingham: applied ergonomics 1971

² Art. 10 Auteurswet stelt dat onder werken van letterkunde wetenschap of kunst mede muziekwerken, met of zonder woorden wordt verstaan.

³ Art. 1 Auteurswet.

De licentiestructuur voor de verschillende muziekgebruikers is echter erg diffuus. Er zijn veel verschillende soorten licenties in omloop en per geval kan er sprake zijn van specifieke afspraken. Buma/Stemra schrijft de muziekgebruiker aan en vraagt om afdracht van bijvoorbeeld een gedeelte van de opbrengsten die de muziekgebruiker heeft gerealiseerd door het gebruik van de muziek. In ruil daarvoor krijgt de gebruiker dus een licentie voor het gebruik van de muziek in die branche. Al deze opbrengsten worden vervolgens via een vaste verdeelsleutel uitgekeerd aan de makers. De vraag rijst dus welke licenties er zijn en of deze wettelijk geoorloofd zijn. Daarnaast heeft Buma/Stemra alleen de bevoegdheid om toestemming te geven voor het gebruik van muziek die bij haar in beheer is. Over muziek die niet bij haar in beheer is kan zij geen licentie verlenen. Dit recht komt immers alleen aan de auteursrechthebbende toe. Hoe weet Buma/Stemra dat juist de werken zijn gebruikt die bij haar in beheer is? Ontvangt Buma/Stemra geen gelden over repertoires die haar niet toebehoren?

Op de derde plaats heeft Buma/Stemra door haar monopolistische positie te maken met mededingingsrechtelijke regelingen. Maakt Buma/Stemra geen misbruik van haar machtspositie door willekeurig potentiële gebruikers aan te schrijven met een oproep tot afdracht van omzet?

Duidelijk is dat Buma/Stemra zich in de loop der jaren heeft gemanifesteerd als een structuurloze organisatie die door de bomen het bos niet meer ziet. De werkwijze van Buma/Stemra is door de jaren heen veelvuldig - voornamelijk negatief - in de media geweest. Van belangenverstrengeling en oneerlijke bestuurders, tot een niet transparante werkwijze. De raad van toezicht, die het doen en laten van Buma/Stemra controleert heeft in het verleden al onderzoek verricht naar de organisatie. Daarnaast zijn er over de organisatie Kamervragen gesteld. Naar aanleiding daarvan is Buma/Stemra al eerder berispt.

Deterink Advocaten en Notarissen vertegenwoordigt vele ondernemingen die zich afvragen of iets ondernomen kan worden tegen de manier waarop Buma/Stemra royalties ten laste van muziekgebruikers int. Om hun cliënten beter bij te kunnen staan wil Deterink weten wat de licentiestructuur die Buma/Stemra hanteert precies is, of deze rechtmatig is en wat zij hier eventueel juridisch tegen kan ondernemen. Aangezien Buma/Stemra alleen gelden kan innen omtrent werken die bij hen in beheer is, wil Deterink ook een antwoord op de vraag hoe Buma/Stemra weet dat werk uit haar beheer is gebruikt. Of dat er wellicht sprake is van onverschuldigde betalingen.

1.1 Centrale vraag

In dit onderzoek zal uiteindelijk een antwoord gegeven worden op de volgende vraag:

“Welke argumenten kan Deterink ten behoeve van zijn cliënten aan wet- en regelgeving ontleen om haar cliënten te adviseren over de wijze waarop Buma/Stemra royalties bij muziekgebruikers int?”

1.2 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om op uiterlijk 25 mei 2014 aan Deterink Advocaten en Notarissen een onderzoeksrapport op te leveren, waarin de wijze waarop Buma/Stemra royalties bij muziekgebruikers int wordt uitgelicht en waarin aanbevelingen staan om hier juridisch tegen op te treden, op basis waarvan Deterink kan bepalen hoe zij hun cliënten zullen bijstaan tegen de wijze waarop Buma/Stemra royalties int.

1.3 Deelvragen

Om een antwoord te krijgen op de centrale vraag uit paragraaf 1.2, zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. Wat is de juridische grondslag voor de plicht van de muziekgebruiker om aan Buma/Stemra te betalen?
2. Welke afspraken en tarieven gelden er per branche c.q. muziekgebruiker?
3. In hoeverre is de verscheidenheid van de door Buma/Stemra gehanteerde afspraken en tarieven toelaatbaar met het oog op geldende regels?
4. Wat is in de praktijk de werkwijze van Buma/Stemra bij het innen van royalties? Komt dit overeen met de huidige wet- en regelgeving?
5. Wie moet bewijzen dat de muziek die bij Buma in beheer is, ook werkelijk gebruikt is?

Subvraag:

Uitzoeken of, en zo ja hoe dit aangetoond kan worden. Geschiedt dit door een schatting of zijn er technische middelen die hierbij kunnen worden gebruikt?

Wie moet de kosten voor die technische middelen dragen?

1.4 Leeswijzer

Dit onderzoek besteedt aandacht aan verschillende aspecten van het auteursrecht en daarmee samenhangend, de wijze waarop de instantie Buma/Stemra omgaat met het auteursrecht. In dit hoofdstuk staat de wijze waarop Buma/Stemra royalties bij muziekgebruikers int centraal. Elk hoofdstuk kent een korte introductie van het desbetreffende onderwerp. Daarnaast zal in elk hoofdstuk een korte verantwoording van gebruikte bronnen en methoden te vinden zijn. Aan het eind van het onderzoek zal tevens een uitgebreide verantwoording worden gegeven.

In hoofdstuk twee wordt een juridisch kader uiteengezet omtrent de betalingsplicht van de muziekgebruiker aan Buma/Stemra. In dit hoofdstuk wordt duidelijk, waarom betaald moet worden, wanneer betaald moet worden en of er uitzonderingen op deze regels zijn. In dit hoofdstuk zal de Nederlandse wet- en regelgeving, Europese wet- en regelgeving, verdragen, jurisprudentie en het gewoonterecht aan de orde komen.

Hoofdstuk drie zal ingaan op de vraag welke tarieven en licentiestructuur Buma/Stemra hanteert. Hiervoor wordt de praktijk onderzocht met behulp van gegevens en documenten van Buma/Stemra. Daarnaast komen praktijkvoorbeelden van muziekgebruikers aan bod.

In hoofdstuk vier zal het recht andermaal onderzocht worden. Door verdieping van het vorige hoofdstuk zal bepaald worden of de verscheidenheid in afspraken en licenties uit het vorige hoofdstuk wettelijk toegestaan is.

Vervolgens zal duidelijk worden hoe Buma/Stemra in de praktijk precies te werk gaat bij het innen van royalties ten laste van muziekgebruikers. Naar aanleiding hiervan zal men vastgesteld worden of er een discrepantie in de werkwijze en het beleid bestaat.

Ook hoofdstuk vijf staat in het teken van een onderzoek naar de praktijk. In dat hoofdstuk zal namelijk gekeken worden naar de problematiek van de bewijslast. Hoe weet Buma/Stemra dat muziek uit hun beheer is gebruikt, wie moet dit bewijzen? Zijn er technische hulpmiddelen, en zo ja, wie moet de kosten daarvan betalen?

Ten slotte zal in hoofdstuk zes -door alle hoofdstukken met elkaar te verbinden- een conclusie volgen, waardoor duidelijk wordt welke argumenten aan wet- en regelgeving te ontleen zijn, om de cliënten van Deterink te adviseren over de wijze waarop Buma/Stemra royalties ten laste van muziekgebruikers int.

2 Het muziekauteursrecht en Buma/Stemra vanuit juridisch perspectief

De muziek is de meest abstracte van alle kunsten- Godfried Bomans

In dit hoofdstuk wordt beschreven wat de juridische grondslag is voor de plicht van de muziekgebruiker om gelden aan Buma/Stemra te betalen. In paragraaf 2.1 wordt stilgestaan bij de uitgangspunten van het auteursrecht en de belangrijkste elementen uit de auteurswet. Vervolgens wordt in paragraaf 2.2 de inhoud van het auteursrecht nader toegelicht. Hierdoor zal duidelijk worden wat de betekenis van het auteursrecht is en welke rechten men aan het auteursrecht kan ontlelen. In paragraaf 2.3 komen vervolgens de beperkingen van het auteursrecht aan bod, waardoor duidelijk wordt in hoeverre de auteursrechthebbende zijn recht kan handhaven, dan wel kan gebruiken tegenover derden. In paragraaf 2.4 is de rol van collectief muziekbeheer in de bemiddeling van muziekauteursrechten opgenomen. In deze paragraaf zal duidelijk worden wat de rol van Buma/Stemra in het muziekauteursrecht is en hoe het komt dat de muziekgebruiker geen gelden aan de maker betaalt, maar aan Buma/Stemra. Tot slot wordt in paragraaf 2.5 een tussenconclusie gegeven.

2.1 Uitgangspunten van het auteursrecht

De uitgangspunten van het auteursrecht worden duidelijk door de auteurswet nader te beschouwen.

Artikel (hierna: art.) 1 van de Auteurswet (hierna: Aw) stelt dat *het auteursrecht het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden is, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.*

Voordat nader wordt ingegaan op het auteursrecht, is het belangrijk te analyseren wat een werk precies is en wat wordt verstaan onder de maker van dat werk. Derhalve zal in de respectievelijke subparagrafen 2.1.1 en 2.1.2 hier nader op worden ingegaan.

Verder noemt artikel 1 Aw achtereenvolgens de begrippen openbaar maken, verveelvoudigen en beperkingen. Deze begrippen zullen in een aparte paragraaf worden behandeld.

2.1.1 Het werk

Over muziek als werk als bedoeld in de auteurswet kan men kort zijn.

Art. 10 lid 1 Aw noemt onder 5 namelijk expliciet muziekwerken met of zonder woorden.

Men hoeft zich daardoor niet te richten op de abstractere slotzin van lid 1 wat stelt dat ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welke vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht, gezien kan worden als een werk. Wel geldt voor alle werken - dus ook voor muziek - een aantal vereisten waaraan voldaan dient te worden, alvorens het als een werk betiteld mag worden.

Abstractie

Wil muziek als een werk gezien worden, dan is op de eerste plaats geen artistieke of wetenschappelijke waarde vereist. Er gelden dus geen kwalitatieve eisen, waardoor de muziek ook niet af hoeft te zijn, noch behoeft zij bewust tot stand te zijn gekomen.⁴ Een goede omschrijving van het auteursrecht is gegeven door Hirsch Ballin. Hij stelt dat het door het auteursrecht beschermde werk niet het corpus mechanicum is, (het lichamelijke object) maar het corpus mysticum (de onlichamelijke schepping).⁵

⁴ HR 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra/ Nieuw Amsterdam inzake de Endstra Tapes).

⁵ E.M.H. Ballin, *Auteursrechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer 1970 pag. 78.

Het auteursrecht beschermt dus de geestelijke schepping, die als regel in een stoffelijk voorwerp is vastgelegd, maar ook anderszins waarneembaar kan zijn, bijvoorbeeld in de vorm van een muzikale improvisatie of een mondelinge voordracht.

Voor bescherming op grond van het auteursrecht dient dus een zintuiglijk waarneembare vorm aanwezig te zijn. Met andere woorden; rechtens bestaat het werk pas zodra en voor zover het op enigerlei wijze tot uitdrukking is gebracht. Dat wil zeggen dat ideeën en gedachten nimmer beschermd zijn.⁶

Daarmee geldt hetzelfde voor muziekwerken die nog niet uitgebracht zijn, maar waarvan de tekst/melodie uitsluitend in het hoofd van de muzikant zit.

Originaliteit

Het tweede vereiste voor een werk is gegeven door de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat sprake moet zijn van een eigen oorspronkelijk werk. Dit betekent dat een werk de uiting moet zijn van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen.⁷ Verder dient een persoonlijke stempel van de maker aanwezig te zijn. Spoor, Verkade en Visser hebben in hun handboek nog een vuistregel gekwalificeerd om een handvat te bieden aan het originaliteitsvereiste (het eigen karakter van het werk). Zij stellen de vraag of het denkbaar is dat twee auteurs, onafhankelijk van elkaar, exact hetzelfde werk maken. Als dit menselijkerwijs uitgesloten moet worden geacht is al snel het vermoeden gerechtvaardigd dat het werk aan de originaliteitsvereiste voldoet.⁸ De Hoge Raad heeft het vereiste van een eigen oorspronkelijk werk en het dragen van een persoonlijke stempel van de maker verduidelijkt in het Endstra arrest.⁹ Het eigen oorspronkelijk werk blijkt niets meer te betekenen dan dat het werk niet aan een ander werk ontleent mag zijn. De persoonlijke stempel van de maker ziet op de vormgeving die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes.

Het is algemeen aangenomen dat niets absoluut origineel is. Voor de vraag naar de oorspronkelijkheid van een werk gaat het dan ook om keuzes die de auteur heeft gemaakt. Oorspronkelijkheid is het belangrijkste vereiste om iets als een werk te beschouwen.

Onafhankelijke schepping

Tot slot geeft het werk geenszins een monopolie aan de maker, want onafhankelijke schepping is toegestaan. In dat geval krijgen beide makers, die onafhankelijk van elkaar een werk hebben gemaakt een recht op het eigen werk. Wat dus niet mag is het ontfangen aan het werk van een ander. Dit zou immers verveelvoudiging zijn.

2.1.2 De maker

In het auteursrecht kent men het uitgangspunt dat “de maker” de auteursrechthebbende is op het werk. Art. 4 Aw geeft een bewijsvermoeden van dit beginsel. Het stelt namelijk dat behoudens bewijs van het tegendeel, voor maker wordt gehouden hij die bij de openbaarmaking van het werk als maker daarvan is bekend gemaakt. Toch kunnen deze twee begrippen vaak uit elkaar liggen.

Vooraf in het kader van dit onderzoek bij muzikantenauteursrechten zal dit het geval zijn. Aangezien het auteursrecht een vermogensrecht is als bedoeld in art. 3:6 Burgerlijk Wetboek (hierna Bw) is deze daarmee ook overdraagbaar.¹⁰ Hierdoor kunnen en zullen, indien de muziek voor commerciële doeleinden wordt gemaakt, de personen van de werkelijke maker en de wettelijke maker in de praktijk vaak uit elkaar liggen. Indien een auteur wil dat Buma/Stemra royalties voor hem int, dient hij zijn auteursrechten aan Buma/Stemra over te dragen. Verderop in dit hoofdstuk, en meer specifiek in paragraaf 2.4.1, zal de overdracht van het auteursrecht uitgebreid behandeld worden.

⁶ R.W. Holzhauser & S.L. Gellaerts, *Van idee naar IE*, Deventer: Kluwer 2012 pag. 34.

⁷ HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 Van Gelder/van Rijn.

⁸ J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 66

⁹ HR 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra/ Nieuw Amsterdam inzake de Endstra Tapes)

¹⁰ Zie ook art. 2 Aw: auteursrechten zijn vatbaar voor gehele of gedeeltelijke overdracht.

Voorts blijft het auteursrecht ex. art. 37 Aw nog 70 jaar na de dood van de maker bestaan. Hierdoor kunnen ook erfgenamen het auteursrecht op een werk bezitten. Zoals in de alinea "abstractie van het werk" naar voren kwam, bleek het auteursrecht te rusten op de geestelijke schepping. Om die reden dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen de vervaardiger en de maker. Degene die de geestelijke prestatie uitvoert is namelijk de auteursrechthebbende. In dat opzicht kan men kijken naar art. 6 Aw. Daarin staat verwoord dat indien een werk tot stand is gebracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht is gemaakt, "de ander" de maker is. Dit betekent dus dat bijvoorbeeld bij de bouw van een gebouw de architect het auteursrecht verwerft en niet degene die daadwerkelijk het gebouw hebben gemaakt, immers heeft de architect de geestelijke prestatie geleverd.

Daarnaast kent het auteursrecht twee ficties van makerschap, te weten de werkgever en de rechtspersoon. Art. 7 Aw regelt dat het auteursrecht bij de werkgever ligt indien een werk gemaakt is in dienst van een werkgever, tenzij anders overeengekomen of indien het werk niet behoort tot de taakomschrijving van de werknemer. Een KLM piloot die in zijn vrije tijd nieuwe pakken voor de stewardessen ontwerpt, verkrijgt dus het auteursrecht op die pakken, daar het ontwerpen van nieuwe pakken niet tot zijn taakomschrijving behoort. De kledingontwerper in dienst van de KLM zou daarentegen geen auteursrecht verwerven omdat het ontwerpen van pakken tot zijn taakomschrijving behoort. In dat geval verwerft de KLM het auteursrecht.

Art. 8 Aw biedt de mogelijkheid om de rechtspersoon als maker aan te merken. Hiervan zal sprake zijn indien de rechtspersoon een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij een natuurlijk persoon als maker te noemen.

Tot slot kan men zich de situatie inbeelden waarbij meer dan een persoon aan een werk heeft bijgedragen. In de muziekbranche is het bijvoorbeeld gebruikelijk dat een componist en een tekstschrijver samen een lied maken. Drie samenwerkingsvormen vallen te onderscheiden, te weten: Gemeenschappelijke werken, afzonderlijke werken en verzamelwerken. Van gemeenschappelijke werken zal slechts sprake zijn indien de afzonderlijke bijdragen van de auteurs geen voorwerp van afzonderlijke beoordeling kunnen zijn.¹¹ Om die reden zullen vele samenwerkingsvormen in de muziekbranche geen gemeenschappelijk werk, maar een afzonderlijk werk opleveren. De compositie en de tekst kunnen immers beiden afzonderlijk worden beoordeeld.

De belangrijkste factoren die kunnen leiden tot een gemeenschappelijk werk zijn erfge-naamschap en overdracht aan meerdere personen. Daarnaast is het denkbaar dat beide makers een dusdanig aandeel hebben gehad in de totstandkoming van de tekst waardoor er geen aparte beoordeling meer mogelijk is. Indien er sprake is van een gemeenschappelijk auteursrecht heeft dit tot gevolg dat het auteursrecht ex. art. 3:170 lid 2 j° 3:168 lid 1 BW slechts met instemming van beiden rechthebbenden beheert kan worden, tenzij anders is afgesproken.

Voor verzamelwerken stelt art. 5 Aw dat indien een werk bestaat uit afzonderlijke werken van twee of meer personen als maker wordt aangemerkt degene, onder wiens leiding of toezicht het werk tot stand is gekomen dan wel degene die de verschillende werken verzameld heeft. Het auteursrecht op het hele werk komt dan toe aan de verzamelaar, terwijl het auteursrecht op het afzonderlijk werk bij de afzonderlijke makers blijft. Dit betekent dat er in die gevallen sprake is van een dubbel auteursrecht.

¹¹ HR 25 maart 1949, NJ 1950, 643 (La belle et la bête).

2.2 Inhoud van het auteursrecht

Nu duidelijk is wat een werk is en wanneer iemand al dan niet aangemerkt wordt als maker van dat werk, rest nog de vraag welke rechten aan het auteursrecht ontleent kunnen worden. Zoals vermeld in paragraaf 2.1 geeft art. 1 Aw daar het antwoord op. De auteursrechthebbende verwerft rechten met betrekking tot verschillende vormen van gebruik van het werk. Het auteursrecht moet gezien worden als een verbodsrecht en niet als een recht op betaling. De auteursrechthebbende heeft namelijk de mogelijkheid om een ieder, zonder zijn toestemming, te verbieden het werk te gebruiken. De auteurswet vat dit gebruik samen in de termen 'openbaar maken' en 'verveelvoudigen', ook wel de exploitatierechten genoemd. Daarnaast kent het auteursrecht zogenoemde persoonlijkheidsrechten, waarover hieronder meer.

2.2.1. Exploitatierechten

Art. 12 Aw geeft een niet-limitatieve opsomming van vormen van openbaarmaking. Art. 13 doet hetzelfde voor de verveelvoudiging. Een uitgebreide behandeling over al deze vormen zou in het kader van dit onderzoek niet op zijn plaats zijn. Om die reden volstaat het om op te merken dat bij openbaar maken en of verveelvoudigen van muziek gedacht moet worden aan het gebruik van de muziek op radio en televisie, in winkels of cafés, of indien dit live wordt uitgevoerd, vastgelegd wordt op cd en/of dvd of beluisterd of gedownload wordt via internet.

2.2.2. Persoonlijkheidsrechten

Daarnaast kent het auteursrecht zogeheten persoonlijkheidsrechten.

Deze persoonlijkheidsrechten zien op de aanspraken die de auteur kan maken ten aanzien van de integriteit van zijn werk en van zichzelf als maker van dat werk.¹² Met andere woorden zien persoonlijkheidsrechten op de persoonlijke band van de auteur en het werk. Art. 25 Aw noemt vier persoonlijkheidsrechten en vermeldt expliciet dat de maker deze rechten ook behoudt na de overdracht van zijn auteursrechten.

2.3 Beperkingen van het auteursrecht

Het auteursrecht kent ook grenzen en beperkingen. Vooral gelet op de belangen van derden of van de samenleving als geheel zijn deze beperkingen door de wetgever noodzakelijk geacht.¹³ Om die reden kent hoofdstuk 1 § 6 van de Auteurswet als opschrift 'de beperkingen van het auteursrecht'. De literatuur noemt in dit opzicht vier verschillende beperkingen, die uit hoofdstuk 1 § 6 te destilleren zijn.

- A) Beperkingen die verband houden met de informatievrijheid
- B) Beperkingen, samenhangend met het gevoel dat sommige werken tot zekere hoogte publiek domein moeten zijn (men kan hier bijvoorbeeld denken aan werken die permanent in openbare ruimtes zijn geplaatst.)
- C) Terugtrekken van het auteursrecht bij de privésfeer van de gebruiker
- D) Bij maatschappelijke verwachtingen aanknopende regeling van de contractuele verhouding tussen de auteur en zijn contractpartner.¹⁴

Verder is voor het openbaar maken van muziekwerken de bepaling uit art. 12 lid 4 Aw van belang. Daarin staat geschreven dat openbaarmaking van een werk aan een kring van familie dan wel vrienden of een daarmee gelijk te stellen kring (kennissen) én er geen betaling voor de openbaarmaking wordt verricht, niet leidt tot inbreuk van het auteursrecht. Voorts is beperking C van belang. Art. 16b e.v. Aw richt zich op de verveelvoudiging van een werk. Na de wetwijziging uit 2004 bestaat het reprorecht uit twee regimes.

¹² J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 351.

¹³ MvT Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake het reprografisch verveelvoudigen.

¹⁴ J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 216.

Enerzijds kent men het privé kopiëren (door natuurlijke personen) en anderzijds het reprorecht (voor ondernemingen, instellingen en overheid).

Wat betreft het privé kopiëren bestaat een belangrijke uitzondering. Verveelvoudiging door middel van een film of grammofoonplaat, cd of video- of geluidsband, datarecorder of computer voor eigen gebruik wordt niet gezien als inbreuk op het auteursrecht. Daarvoor dient ex. art. 16c Aw dan wel een vergoeding betaald te worden aan stichting ThuisKopie, waarvoor de producent volgens art. 16f Aw, verantwoordelijk voor is.

Het reprorecht, dat toeziet op het fotokopiëren van geschriften door ondernemingen, instellingen en de overheid, is op basis van de auteursrechttrichtlijn 2001 niet van toepassing op het muziekauteursrecht.

Voor bladmuziek geldt derhalve voor privé kopiëren de thuisKopieheffingsregeling van hierboven. Voor het overige reprorecht geldt onverkort een verbodsrecht.¹⁵

2.4 Bemiddeling door Buma/Stemra

Duidelijk is dat het auteursrecht een recht is van de individuele auteur, waarbij hij de enige is die het werk mag gebruiken, behoudens de door de wet gestelde beperkingen.

Andersom geredeneerd betekent het dat anderen het werk van de auteur slechts openbaar mogen maken of mogen verveelvoudigen met zijn toestemming, hetgeen de auteur meestal tegen betaling wil verlenen.

De facto is het voor een muzikauteur niet mogelijk om met elke individuele gebruiker in contact te treden en te onderhandelen over de beoogde licentie. Daarnaast kan van bijvoorbeeld een horecaondernemer niet verlangd worden dat hij contact opneemt met elke auteursrechthebbende van het muziekwerk dat hij openbaar wil maken. Derhalve is het gebruik van tussenpersonen wenselijk en bovendien noodzakelijk. Met dit fenomeen houden een aantal tussenpersonen en instellingen zich bezig, de zogeheten collectieve beheersorganisaties (CBO's).

Op grond van art. 30a Aw is voor het collectief handelen in muziekauteursrechten, al dan niet met het oogmerk om winst te maken, de toestemming vereist van de minister van Justitie. In lid 2 van art. 30a Aw stelt de wet dat onder het verlenen van bemiddeling wordt bedoeld op het sluiten en ten uitvoerleggen van overeenkomsten omtrent de openbaarmaking van muziek. Een en ander wil dus zeggen dat het artikel slechts ziet op de openbaarmaking van muziek, en niet op de verveelvoudiging daarvan.

Als het aankomt op het collectief muziekbeheer is de vereniging Buma de organisatie die met deze taak is belast. Zij heeft vanaf de ministeriële beschikking d.d. 24 maart 1933 een wettelijk monopolie.¹⁶

Wat betreft de bemiddeling in het exploitatierecht verveelvoudiging van het muziekauteursrecht bestaat geen wettelijke codificatie. In theorie staat het een ieder dus vrij om hierin te bemiddelen. De facto heeft de stichting Stemra hierin wel een monopolie verworven, zij het geen wettelijke. Stemra is in Nederland namelijk de enige organisatie die zich bezighoudt met het incasseren van de mechanische rechten voor de reproductie van composities op beeld- en geluidsdragers als bedoeld in art. 14 Aw.

In tegenstelling tot andere beheersorganisaties met een wettelijk monopolie (stichting ThuisKopie, stichting Leenrecht, stichting reprorecht en stichting ter exploitatie naburige rechten, beter bekend als SENA) is Buma/Stemra geen eigen-recht organisatie.

De memorie van toelichting van de wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten, verstaat hieronder dat de organisaties bij uitsluiting zijn aangewezen tot

¹⁵ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees parlement en de raad van 22 mei 2001: betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

¹⁶ Ministeriële beschikking van 24 maart 1933, Stcrt, 1933 nr. 60.

het innen en verdelen van vergoedingen voor gebruik van werken en prestaties. Zelfs de auteursrechthebbenden mogen dit recht niet zelfstandig uitoefenen.¹⁷

Het feit dat Buma/Stemra geen eigen-recht organisatie is betekent het volgende: De auteursrechten zijn niet wettelijk bij Buma/Stemra neergelegd. Hierdoor kan Buma/ Stemra auteursrechthebbenden slechts vertegenwoordigen, indien de auteursrechthebbende het auteursrecht aan Buma/Stemra overdraagt. De wijze waarop dit gebeurt zal hieronder worden beschreven.

2.4.1. Overdracht van het auteursrecht aan Buma/Stemra

Wettelijk gezien zijn auteursrechten goederen als bedoeld in art. 3:1 BW. Aangezien het geen stoffelijke objecten zijn maar wel degelijk overdraagbaar zijn en stoffelijk voordeel verschaffen zijn het vermogensrechten als bedoeld in art. 3:6 BW.¹⁸

Art. 2 Aw zegt op de eerste plaats dat het auteursrecht van de een op de ander kan overgaan door erfopvolging. Daarnaast vermeldt zij de mogelijkheid van overdracht van het auteursrecht als overgang. Door overdracht van het auteursrecht verwisselt het auteursrecht van eigenaar, waardoor de rechtsopvolger krachtens eigen recht het auteursrecht kan gaan uitoefenen.

Indien men strikt naar de wet kijkt is het niet geheel juist om over eigendom te spreken indien het gaat om auteursrecht. Eigendom is naar rato van art. 5:1 BW namelijk het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Zoals hierboven beschreven is het auteursrecht geen zaak, om die reden kent het auteursrecht dan ook geen eigenaar. Doch is het begrip intellectueel eigendom nationaal en internationaal op een dermate manier ingeburgerd en kennelijk trekt ook de wetenschap zich op dit punt niets van het burgerlijk wetboek aan.¹⁹

Voor overdracht van het auteursrecht aan bijvoorbeeld Buma/Stemra is volgens art. 3:84 BW een levering krachtens geldige titel vereist door hem die bevoegd is om over het goed te beschikken.²⁰

De levering geschiedt krachtens art. 2 lid 2 Aw j° 3:95 BW door een daartoe bestemde akte. Hoewel het aktevereiste een noodzakelijke voorwaarde is (lees; bestaansvoorwaarde), heeft de rechtspraak uitgewezen dat het aktevereiste niet geldt voor obligatoire overeenkomsten waarbij een auteur zich verbindt om de rechten op zijn toekomstige werk over te dragen.²¹

Voor de titel bedoeld in art. 3:84 BW dient een onderliggende rechtsverhouding (een overeenkomst) ten grondslag te liggen. Dit zou ook een schenking kunnen zijn. Aangezien het een overeenkomst betreft, gelden ook de normale regels voor overeenkomsten uit boek drie en boek zes van het BW. Hierdoor kan een overdracht aantastbaar zijn. De titel van een overeenkomst tot overdracht van het auteursrecht met Buma/Stemra is een exploitatie-overeenkomst. Deze exploitatieovereenkomst wordt op basis van het exploitatiereglement van Buma/Stemra door middel van een modelcontract afgesloten.²²

Tot slot de beschikkingsbevoegdheid van de overdrager. Deze wordt voor het grootste gedeelte beheerst door de normale regels van derdenbescherming ex. art. 3:88 j° 3:36 BW. Bovendien heeft de rechtspraak de regel geformuleerd dat degene die zich bij de overdracht van auteursrechten gedraagt als beschikkingsbevoegde maar dit niet blijkt te zijn, aansprakelijk is voor zijn onbevoegde handelingen, tenzij de wederpartij beter had moeten weten.²³

¹⁷ Memorie van toelichting, wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

¹⁸ Vergelijk art. 2 Aw. Het auteursrecht gaat over bij erfopvolging en is vatbaar voor overdracht.

¹⁹ Ook in de literatuur spreekt men over het eigendom van het auteursrecht en intellectueel eigendom.

²⁰ Vergelijk art. 3:84 BW.

²¹ Rb. Amsterdam 2 april 1986, NJ 1987, 548 (Souer/Roba).

²² Zie bijlage A en B voor het exploitatiereglement en contract van Buma/Stemra.

²³ HR 10 januari 2003, AMI 2003, nr. 6 p. 49 (Rainbow/Peer).

Enige aandacht verdient nog het leerstuk van de fiduciaire overdracht inzake de overdracht van het auteursrecht aan Buma/Stemra. In deze vorm van overdracht staat een vertrouwensrelatie tussen overdrager en wederpartij centraal.

Men onderscheidt in de fiduciaire overdrachten de fiducia cum amico en de fiducia cum creditore. Van de eerste vorm is sprake indien het overgedragen recht slechts ter behartiging van de belangen van de overdrager wordt gebruikt. Van fiducia cum creditore is sprake indien het recht wordt overgedragen ter verzekering van verhaal van vorderingen op de overdrager.

In het verleden waren deze vormen van eigendomsoverdracht toegelaten. Om die reden werd ook aangenomen dat de overdracht van auteursrechten aan Buma/Stemra fiducia cum amico als titel had.²⁴ Immers, draagt de auteursrechthebbende zijn auteursrechten af, zodat Buma/Stemra ter behartiging van zijn belang de rechten zal gebruiken.

Met de komst van het nieuwe BW is de fiduciaire overdracht als titel ex. art. 3:84 lid 3 echter ongeldig verklaard. Hierdoor ontstonden problemen voor Buma/Stemra omdat geen sprake meer was van een geldige overdracht. Het hof achtte in 1994 een fiduciaire overdracht bovendien aanwezig. Dit had echter geen consequenties door het overgangrecht.²⁵ Ook heeft de bepaling geen terugwerkende kracht voor overgedragen rechten uit de tijd voor het nieuwe BW.²⁶

Tegenwoordig heeft Buma/Stemra expliciet in art. 2 van haar exploitatiecontract staan dat de auteur het muziekauteursrecht ten aanzien van zijn gehele repertoire levert en overdraagt aan Buma/Stemra.²⁷ Om die reden kan men stellen dat de overdracht door auteursrechthebbenden aan Buma/Stemra als een "echte overdracht" gezien dient te worden, en niet als een, door art. 3:84 lid 3 BW ongeldige, fiduciaire overdracht.

Het gevolg van de redenatie dat het een "echte overdracht" betreft brengt met zich mee dat de auteursrechten in het vermogen van Buma/Stemra vallen. Dit wil dus zeggen dat deze rechten ook in het vermogen van Buma/Stemra vallen bij een eventueel faillissement van Buma/Stemra. Tegen de opvatting dat de overdracht aan Buma/Stemra een echte overdracht betreft, brengen anderen in dat het naar de aard van de overeenkomst tussen Buma/Stemra en de auteursrechthebbende moeilijk denkbaar is dat de auteursrechten door Buma/Stemra aan derden verder overgedragen wordt. Dit terwijl de strekking van art. 3:83 lid 1 BW juist aangeeft dat deze rechten wel degelijk overdraagbaar zijn.²⁸

Indien een auteursrechthebbende niet meer door Buma/Stemra vertegenwoordigd wil worden ontstaat er een probleem. De auteursrechthebbende heeft zijn rechten namelijk overgedragen aan Buma/Stemra, waardoor hij geen exploitatierechten op de werken meer heeft. In de gevallen dat de auteursrechthebbende of Buma/Stemra de exploitatieovereenkomst wenst op te zeggen, dienen de auteursrechten terug overgedragen te worden aan de auteursrechthebbende alvorens hij zelf weer kan beschikken over het auteursrecht. In de exploitatieovereenkomst is in art. 13 bedongen dat Buma/Stemra hier toe verplicht is. In de praktijk wordt een auteursrechthebbende feitelijk echter gedwongen om zich bij Buma/Stemra aan te sluiten en aangesloten te blijven. De grote muziekgebruikers, zoals televisieomroepen, hebben in het verleden meer dan eens geweigerd om te contracteren met individuele gebruikers; zo nodig zien zij af van het gebruik van de bewuste werken.²⁹

²⁴ HR 14 juni 1929, NJ 1929, (Buma/De Boer).

²⁵ Hof Amsterdam 2 juni 1994, AMI 1995, p. 69 (zaadnoordijk/Stemra).

²⁶ MvT bij wetsvoorstel 19.998, pag. 44 resp. Art. 79 Overgangswet Nieuw BW.

²⁷ Art. 2 Bijlage A en B, exploitatiereglement Buma/Stemra.

²⁸ J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 460.

²⁹ J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 470.

2.4.2. Reikwijdte bemiddeling door Buma/Stemra

Uit bovenstaande is duidelijk geworden dat Buma/Stemra ten faveure van de auteursrechthebbende bemiddelt in het muziekauteursrecht. Het is nog niet geheel duidelijk geworden voor welke muziekwerken zij dit doet. Betreft het alle muziekwerken die men kan creëren? Het antwoord op die vraag dient ontkennend beantwoord te worden. Art. 30a lid 2 Aw geeft een lange opsomming van hetgeen onder bemiddeling in muziek wordt verstaan. uit Art. 30a lid 3 Aw is door middel van een a contrario redenering af te lijden wat niet onder het bemiddelen in muziek wordt verstaan. Dat lid geeft namelijk aan dat opgenomen dramatisch-muzikale werken, choreografische werken en pantomimes gelijk worden gesteld met de opsomming in lid 2. Dit wil dus zeggen dat de niet opgenomen variant van die soorten werken, niet onder de reikwijdte van de bemiddeling in het muziek-auteursrecht vallen. Deze soort werken staan beter bekend als het grootrecht op de muziekwerken. De literatuur omschrijft het grootrecht als de uitvoering van muziekdramatische werken e.d. die gepaard gaat met een opvoering daarvan.³⁰ Buma/Stemra mag dus niet bemiddelen in het geval dat iemand de muziek van een auteursrechthebbende gebruikt voor een theatervoorstelling. Dit recht blijft bij de oorspronkelijke maker.

Ondanks dat de naam anders doet vermoeden, heeft het kleinrecht, economisch gezien, een veel grotere rol dan het grootrecht. Dit is eenvoudig te verklaren indien men in het achterhoofd houdt dat het kleinrecht alle muziekwerken omvat die niet onder het grootrecht vallen. Dit wil dus zeggen dat het ten gehore brengen, uitzenden of toegankelijk maken van muziek onder het kleinrecht vallen en daardoor onder het bemiddelingsbereik van Buma/Stemra vallen.

2.4.3. Exploitatie van de auteursrechten door Buma/Stemra

Nadat de auteursrechten aan Buma/Stemra zijn overgedragen, is laatstgenoemde instantie auteursrechthebbende geworden van deze rechten. In het exploitatiecontract is bedongen dat het gaat om het gehele repertoire van de muzikale auteur, evenals nog te maken werken.³¹ Door deze handeling verliest de muzikale auteur zoals gezegd het auteursrecht, en daarmee ook zijn uitsluitend recht op het gebruik van de muziek. Vanaf dat moment komt het recht uit art. 1 Aw, met uitzondering van het gebruik van grootrecht, alleen toe aan Buma/Stemra. Het gevolg van het feit dat een verschuiving van de exploitatierechten van het auteursrecht plaatsvindt, is dat uitsluitend Buma/Stemra een vergoeding kan verlangen voor het openbaar maken en het vervoeelvoudigen van de muziek van de makers.

Een ieder die muziek wil gebruiken, waarvan de rechten bij Buma/Stemra liggen zal een licentie moeten afsluiten voor het gebruik daarvan. Zoals genoemd is een van de weinige uitzonderingen hierop het gebruik van de muziek in een kring bestaande uit familie dan wel vrienden of een daarmee gelijk te stellen kring en er geen betaling voor de openbaarmaking wordt verricht. Doordat de meeste Nederlandse auteurs zich bij Buma/Stemra hebben ingeschreven en omdat de meeste buitenlandse muzikale auteurs, dankzij het netwerk van overeenkomsten tussen Buma en haar vele buitenlandse zusterorganisaties, door Buma/Stemra worden vertegenwoordigd, zal de facto vrijwel altijd een licentie moeten worden gekocht, aangezien het Buma-repertoire vrijwel alle muziekwerken ter wereld bevat.^{32 33}

In het volgende hoofdstuk zullen deze licenties evenals de wijze waarop deze worden afgesloten uitgebreid aan bod komen.

³⁰ J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 469.

³¹ Zie bijlage A deel 2 exploitatiecontract Buma.

³² Collectieve muziekbeheersorganisaties zijn internationaal verenigd in de confédération Internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC).

³³ CISAC beheert meer dan 90% van het wereldrepertoire. <<http://www.cisac.org/CisacPortal/page.do?name=rubrique.1.1>>, geraadpleegd op 22-03-2014.

Wat betreft de verveelvoudiging van de muziek is nog een aandachtspunt onderbelicht gebleven. Stemra is de tak die zich bezighoudt met de mechanische reproductie van muziekwerken. Zij zal iedere gebruiker toestemming verlenen (lees; een licentie verlenen) om een bepaald muziekwerk op bijv. CD vast te leggen.

Buma/Stemra bezit echter uitsluitend het auteursrecht op de werken. Op grond van de auteurswet is dit de compositie van de muziek en de tekst. Wat niet onder het auteursrecht valt, is een bepaalde uitvoering van een werk door een artiest. De uitvoering van een werk valt namelijk onder het naburige recht. Aangezien Stemra geen toestemming kan verlenen om die vertolking te gebruiken, kunnen artiesten zich verzetten tegen ongeautoriseerde platenuitgave van deze uitvoering op grond van de Wet op de Naburige Rechten.

De gelden die Buma/Stemra int worden vervolgens via een vaste verdeelsleutel verdeeld over de oorspronkelijke makers. Dit na aftrek van kosten en toevoeging van rentebaten en beleggingsinkomsten.

De beleggingsinkomsten van Buma/Stemra is het geld dat bij de muziekgebruikers is geïncasseerd en vervolgens, omdat het geld pas een jaar later aan de rechthebbenden wordt uitgekeerd, belegd is.

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is het kader omschreven, waarop het auteursrecht en de bemiddeling door Buma/Stemra is gebaseerd. Op de eerste plaats valt te stellen dat het auteursrecht daartoe de meeste handvaten biedt. Indien men een werk als bedoeld in de auteurswet maakt, wordt immers op basis van de auteurswet een verbodsrecht verworven. In het muziek-auteursrecht is dit recht echter lastig handhaafbaar, daarmee is het bestaansrecht van Buma/Stemra gegeven.

Indien een auteursrechthebbende wenst dat Buma/Stemra zijn belangen behartigt, dient hij het auteursrecht van zijn gehele repertoire aan Buma/Stemra over te dragen, waardoor Buma/Stemra het verbodsrecht op het kleinrecht van de muziek kan gaan exploiteren.

Door het fiduciaverbod in het nieuwe BW is de overdracht aan Buma/Stemra onder druk komen te staan. Men kan namelijk beargumenteren dat er geen sprake is van een rechtsgeldige overdracht.

Momenteel exploiteert Buma/Stemra het auteursrecht in de vorm van het verstrekken van licenties aan muziekgebruikers. Dit proces zal in het volgende hoofdstuk uitgebreid worden besproken.

3 Ontwikkelingen in de muziekbemiddeling

Er zijn meer manieren om aan geld te komen dan een melkwijk- Karel van het Reve

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden dat een ieder die muziek aan het publiek (een kring groter dan uitsluitend familie of vrienden) openbaar maakt, dit louter met de toestemming van de auteursrechthebbende mag doen. Vaak zal dit Buma/Stemra zijn. In eerste instantie lijkt dit een helder gegeven te zijn. Dit kan echter voor de kritische lezer toch nog enkele vragen opleveren. Om die reden zal paragraaf 3.1 ingaan op de vraag wie precies openbaar maakt. Is dit bijvoorbeeld de dj die achter zijn tafel plaatjes door de boxen laat klinken, of is dit de café-eigenaar?

Daarnaast is gebleken dat Buma/Stemra toestemming voor het gebruik van muziek in de vorm van licenties tegen betaling verstrekt. Bovendien kan men zich inbeelden dat er vele soorten muziekgebruikers zijn, die allen muziek gebruiken. Denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen een supermarkt die muziek slechts op de achtergrond gebruikt en een festival, waar het belangrijkste doel het gebruik van muziek is. Buma/Stemra heeft in het verstrekken van de licenties rekening gehouden met deze verschillende soorten gebruikers en hanteert derhalve verschillende tarieven. Daarom wordt in paragraaf 3.2 ingegaan op de licentiestructuur van Buma/Stemra. Bovendien zal in paragraaf 3.3 uiteengezet worden in hoeverre deze verscheidenheid toelaatbaar is met het oog op geldende wet- en regelgeving. Met name zal worden ingegaan op de transparantie van Buma/Stemra en hoe dit zich verhoudt tot de monopoliepositie van Buma/Stemra. Tot slot wordt in paragraaf 3.5 een tussenconclusie naar aanleiding van dit hoofdstuk gegeven.

3.1 De openbaarder

Uit art. 1^j 12 Aw kan men de lering trekken dat de toestemming om muziek te openbaren moet worden verworven door degene die openbaar maakt. Dit is een feit waaraan de logica voor niemand ontbreekt, doch is daarmee niet alles gezegd. Uit de opsomming van art. 12 Aw blijken er immers vele soorten openbaarmakingen te zijn. Een CD die in een café wordt afgespeeld, is bijvoorbeeld de openbaarmaking van een verveelvoudiging. Ook is de eerste verspreiding van een CD aan te merken als openbaarmaking. Verdere verspreiding binnen de EU wordt wetstechnisch ook gezien als openbaarmaking, maar leidt door de uitputtingsregeling van art. 12b Aw niet tot inbreuk op het auteursrecht.³⁴

De vraag wie daadwerkelijk de vergoedingen aan Buma/Stemra verschuldigd is, laat zich beantwoorden door jurisprudentie. Ten aanzien van het openbaar maken van muziek, heeft de Hoge Raad aangenomen dat de feitelijke openbaarmaker degene is die de muziek daadwerkelijk uitvoert of dirigeert.^{35 36} Eén en ander brengt met zich mee dat de zanger die op het podium staat, de dirigent van een orkest of de DJ die in het café draait de gelden aan Buma verschuldigd zijn, aangezien zij de feitelijke openbaarmakers zijn. Bovendien betekent dit, dat niet de organisatoren als openbaarder worden aangemerkt.³⁷

In de praktijk worden de licenties desalniettemin afgesloten met zaalhouders, organisatoren, horecaexploitanten etc. Of dit misbruik van machtspositie is, wordt voor nu in het midden gelaten. Hier zal in de volgende paragraaf nader op in worden gegaan. Wel is met dit gegeven vast te stellen dat deze manier van werken in ieder geval niet strookt met de rechtspraak. Wel heeft de rechtspraak uitgewezen dat zaalexploitanten onrechtmatig kunnen handelen.

Hiervan zal sprake zijn indien de zaalexploitant wel zeggenschap heeft over de feitelijke openbaarmaker, maar na waarschuwingen van Buma/Stemra niet voorkomt dat de feitelijke openbaarmakers inbreuk plegen.³⁸

³⁴ Logischerwijs zal de CD een werk moeten bevatten waarop het auteursrecht van toepassing is.

³⁵ HR 4 juni 1920, NJ 1920, 720.

³⁶ HR 1 juni 1920, NJ 1920, 718.

³⁷ HR 18 juni 1920, NJ 1920, 797 (Buitensociëteit).

³⁸ HR 8 maart 1957, NJ 1957, 271 (Buma/de Vries).

Voor organisatoren van muziekuitvoeringen kan zich een vergelijkbare situatie voordoen. In casu had Buma/Stemra een organisator in kort geding gedagvaard.³⁹ Op de eerste plaats oordeelde het Hof dat aangezien de aangeslotene voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een incasso door Buma, Buma/Stemra een spoedeisend belang had dat een kort geding procedure rechtvaardigde. Het feit dat niet betaald werd voor de vergoeding, zorgde ervoor dat de rechter oordeelde dat sprake was van een onrechtmatige daad.⁴⁰ Wat betreft het spoedeisende belang van Buma/Stemra zijn rechters verdeeld. Zo oordeelde hof 's-Gravenhage dat het feit dat de inkomsten van buma het inkomen vormen van haar aangesloten onvoldoende om onverwijlde spoed aan te nemen bij een geldvordering in kort geding.⁴¹

Tot slot kan muziek ook geopenbaard worden door middel van apparatuur. Denk hierbij aan een jukebox of een dj-set. De literatuur gaat ervan uit dat in deze situaties, degene die een apparaat in zijn gelegenheid opstelt, gelijk is te stellen aan degene die zelf muziek openbaar maakt.⁴²

3.2 De licentiestructuur van Buma/Stemra

Zoals uit de inleiding van hoofdstuk 3 is gebleken, bestaan verschillende manieren om een muziekwerk openbaar te maken. Deze verschillende manieren worden door een grote verscheidenheid aan gebruikers ingezet. Buma/Stemra heeft in de totstandkoming van haar licentiebeleid rekening gehouden met deze variabelen. In subparagraaf 3.2.1 zal gekeken worden naar de achtergrond van de licentiestructuur. Bovendien zal belicht worden door welke factoren het beleid wordt beïnvloed. Paragraaf 3.2.2 zal ingaan op de licentiestructuur in zijn huidige vorm.

3.2.1 Totstandkoming licentiestructuur

Zonder in herhaling te willen vallen, zij opgemerkt dat de juridische grondslag gevormd wordt door de auteurswet. Een ieder die muziek gebruikt, heeft daarvoor immers de toestemming nodig van de auteursrechthebbende, in casu Buma/Stemra. De auteurswet laat geen ruimte voor een openbaarmaking op grond van een *fair use* beginsel, noch is het doel van de openbaarmaking relevant. Zo maakt het niet uit of de muziek ideëel of commercieel is gebruikt. Wat betreft de hoogte van het tarief, biedt de wet geen enkele houvast. Dit komt mede, doordat het auteursrecht van oorsprong een verbodsrecht is en geen recht op betaling. In dit opzicht is ook het onderzoek van het College van toezicht naar de tarieven van Buma/Stemra relevant, aangezien zij deze stelling onderbouwt: *"De auteurswet geeft slechts in beperkte mate antwoord op de vraag bij wie Buma mag incasseren (de auteursrechtelijke excepties) en geen antwoord op de vraag welk tarief Buma in rekening mag brengen."*⁴³ De enige wettelijke beperking voor het door Buma te hanteren tarief is te ontleen aan het mededingingsrecht. Doordat Buma/Stemra een monopoliepositie heeft, is zij namelijk ook gebonden aan mededingingsrechtelijke aspecten, waarover in paragraaf 3.3 meer.

Omdat Buma/Stemra met auteursrechthebbenden een exploitatiecontract is aangegaan, is zij uit hoogte van die overeenkomst jegens deze groep gebonden aan een inspanningsverplichting. Buma/Stemra dient zoveel mogelijk te incasseren voor het gebruik van muziek. Op deze manier is indirect sprake van een ondergrens met betrekking tot hetgeen Buma incasseert.⁴⁴

³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 1985 NJ, 1985, 813.

⁴⁰ Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER) 1985, nr. 50, p. 107.

⁴¹ Hof 's-Gravenhage 3 april 2003, NJ 2003, 560 (Buma/Bagci)

⁴² S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de auteurswet 1912*. Arnhem: Gouda Quint 1988 pag. 125 e.v.

⁴³ Onderzoek College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten Rapport van bevindingen II Buma/Stemra, 15 april 2013 pag. 6.

⁴⁴ Bijlage A & B Zie art. 3 Exploitatiereglement Buma/Stemra. Buma heeft het recht om onder omstandigheden af te zien van incasso.

Door het feit dat er geen wettelijke regeling omtrent de hoogte van de tarieven bestaat, kan men concluderen dat het een en ander met zich meebrengt dat Buma/Stemra een grote mate van beleidsvrijheid heeft.⁴⁵ KPMG heeft onderzoek gedaan naar het incasso-beleid van Buma/Stemra en concludeerde dat Buma enkel handhaaft indien de incasso economisch rendabel is. Met andere woorden wordt de vraag gesteld of het eventuele incassobedrag voldoende oplevert om op de eerste plaats de kosten van de incasso te dekken, en daarnaast een relevant bedrag resteert om te verdelen over de rechthebbers.⁴⁶ Ook piëteitsredenen blijken een rol te spelen om al dan niet te incasseren. Zo hanteert Buma/Stemra het beleid om niet bij crematoria en rouwcentra te incasseren.⁴⁷

Deze beleidsvrijheid van Buma/Stemra brengt met zich mee dat ook de hoogte van de licenties geheel onderworpen zijn aan besluiten van het bestuur van Buma/Stemra.

Op basis van het onderzoek van de toezichthouder naar de tarieven van Buma/Stemra blijkt de hoogte als volgt tot stand te komen.⁴⁸

Hoofdzakelijk worden de tarieven zoveel mogelijk door marktonderhandelingen vastgesteld. Een belangrijk vereiste is dat de onderhandelingspartner een representatief orgaan is die de sector kan en mag vertegenwoordigen. In dat kader kan gedacht worden aan een branchevereniging. De meeste tarieven zijn via dit soort onderhandelingen tot stand gekomen.

Onderhandelingen zijn echter niet altijd mogelijk. Voor de vaststelling van die tarieven zoekt Buma/Stemra aansluiting bij de tarieven die gelden voor vergelijkbare sectoren. Het uitgangspunt blijft ook hier dat het te innen tarief in redelijke verhouding dient te staan tot de omvang en opzet van de activiteit waarover wordt geïncasseerd.

3.2.2 De huidige licentiestructuur

Vandaag de dag werkt Buma/Stemra met een zeer uitgebreide licentiestructuur dat, zoals hierboven genoemd is, onderscheid maakt tussen verschillende muziekgebruikers. Als men kijkt naar de licentiestructuur van Buma/Stemra lijkt het in eerste instantie ondoorgrondelijk. Zoals KPMG ook in haar rapport aangeeft is het een zeer complex systeem.⁴⁹ Gesteld kan worden dat deze complexiteit onnodig is gecreëerd, daar veel tarieven op elkaar lijken doch in kleine mate van elkaar verschillen.⁵⁰

Een muziekgebruiker zelf kan op twee manieren een licentie bij Buma/Stemra afsluiten. Op de eerste plaats is het mogelijk om voor bepaalde licenties een opgaveformulier op Bumastemra.nl te downloaden en op te sturen naar Buma/Stemra.⁵¹

Voor het grootste gedeelte van de bestaande licenties is men echter aangewezen op mijnlicentie.nl. Dit is een site die is opgericht op initiatief van Buma/Stemra en SENA. Op deze site vraagt men dan ook een licentie voor beide organisaties aan. Het is overigens niet mogelijk om een licentie van een van beiden aan te vragen.

Indien men zelf geen licentie afsluit, bestaat de kans dat men zelf door Buma/Stemra wordt aangeschreven met de mededeling dat een licentie dient te worden afgenomen.

Hieronder volgt een beschrijving van alle bestaande licenties. In de bijlagen is een volledig uitgewerkt licentieschema opgenomen met alle bijbehorende voorwaarden evenals de hoogte van de tarieven.⁵²

⁴⁵ Buma/Stemra stelt dat de hoogte van de tarieven geregeld is in de Bernerconventie, zie bijlage E vraag: Waar is de hoogte op bepaald. De Bernerconventie laat zich echter niet uit over tarieven.

⁴⁶ Rapport KPMG inzake het organisatieonderzoek bij Buma/Stemra, 25 januari 2013, pag. 13 e.v.

⁴⁷ Rapport KPMG inzake het organisatieonderzoek bij Buma/Stemra, 25 januari 2013, pag. 26.

⁴⁸ Onderzoek College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten Rapport van bevindingen II Buma/Stemra, 15 april 2013 pag. 8.

⁴⁹ Rapport KPMG inzake het organisatieonderzoek bij Buma/Stemra, 25 januari 2013, pag. 20 e.v.

⁵⁰ Zie bijlage D Tariefschema Buma/Stemra, vergelijk bijv. het mechanische achtergrondtarief met het welzijnswerktarief.

⁵¹ Zie bijlage C aanvraagformulier.

⁵² Zie Bijlage D Tariefschema Buma/Stemra.

Tarieven traditionele openbaarmaking	
1. Algemeen tarief	9. live muziek in horeca tarief
2. Amateurverenigingstarief *	10. Mechanische achtergrondmuziek*
3. basisscholentarief *	11. Voortgezet onderwijstarief *
4. Dansscholentarief	12. Welzijnswerk tarief*
5. Fitnesscentra tarief*	13. Werkruimten tarief*
6. Horecatarief*	14. RTV binnenlandse omroepen tarief
7. Kerkelijke groeperingen tarief*	15. Kabeldoorgifte tarief
8. kinderdagverblijven tarief*	16. Audioproducties in eigen beheer tarief.

Tarieven online muziekgebruik
17. Interactieve webcasttarief
18. live streamingtarief
19. On demand downloadtarief
20. Online achtergrondmuziektarief
21. Online radio of TV tarief
22. Po casts-tarief
23. Streaming on demand tarief

Tarieven grafisch reproductierecht (verveelvoudiging)
24. Additioneel kopiëren bladmuziektarief
25. Songteksten op internettarief
26. Publicatietarief: boeken & tijdschriften
27. Evenemententarief
28. Karaoketarief
29. Televisieregelingentarief
30. Printtarief

Voor de licenties waar een * achter staat geldt, dat als uit eigen beweging een licentie wordt aangevraagd Buma/Stemra een korting tot 33 1/3 % verleent.

Opvallend is het feit dat Buma/Stemra uitsluitend licenties afsluit met betrekking tot het gehele Buma-repertoire. Dit worden blanco-licenties genoemd. Dit wil dus zeggen dat het niet mogelijk is om slechts toestemming te krijgen voor het gebruik van een of meerdere werken waarvan Buma/Stemra auteursrechthebbende is. Bovendien geldt voor vele licenties dat Buma/Stemra niet kijkt welke werken gebruikt worden. In die gevallen kijkt Buma/ Stemra uitsluitend naar de omvang van de ruimte waarin de werken worden gebruikt.

Hieronder volgt een voorbeeld waarin het licentieschema van Buma/Stemra weerspiegeld wordt.

Dhr. Tim J.G. Rijn bezit een etablissement, genaamd Tim's, met een oppervlakte van 105m². Het betreft een zogenaamd Dine&Dance restaurant. Dit houdt in dat men elke avond terecht kan om te eten in zijn restaurant. Om een aangename sfeer te waarborgen laat dhr. Rijn dan ook zachtjes muziek uit zijn geluidsinstallatie komen. Deze muziek is op dat moment door het gehele restaurant te horen.

Op donderdag, vrijdag en zaterdag sluit de keuken om half 11 en wordt het restaurant omgezet tot een grote dansvloer. Vanaf dat moment staat muziek centraal en wordt uitbundig gedanst. Om meer bezoekers te trekken is de zaterdag extra speciaal.

Op die avond regelt dhr. Rijn namelijk een bekende DJ of zanger, die in Tim's optreedt. Omdat deze artiesten echter minimaal €1500,- per avond willen ontvangen, vraagt dhr. Rijn op zaterdag entreegeld, te weten €26,- p.p. exclusief diner. Desondanks is Tim's, met ongeveer 500 bezoekers, elke zaterdag uitverkocht.

Op een gegeven moment ontvangt Tim's van Buma/Stemra een factuur van € 51.323,10. Bij de specificatie staat dat dit bedrag gebaseerd is op de licentie achtergrondmuziek horeca, licentie algemeen muziekgebruik en de licentie amusementsmuziek horeca voor het gehele jaar 2014.

Achtergrondmuziek

Aangezien Tim's een horecagelegenheid is geldt de horecalicentie.⁵³ Buma/Stemra maakt in deze licentievorm onderscheid tussen achtergrondmuziek en amusementsmuziek. In Tim's wordt elke avond achtergrondmuziek afgespeeld, en wel tijdens het diner. Tim's heeft een oppervlakte van 105m². Om die reden valt zij in het derde tarief en bedraagt de licentie voor de achtergrondmuziek €720,90 voor het gehele jaar.

Algemeen

Drie avonden per week speelt Tim's amusementsmuziek af (anders dan bij achtergrondmuziek staat de muziek hier centraal). Omdat op zaterdag meer dan €1000,- aan de artiest wordt betaald en de entreprijs hoger is dan €25,-, valt het muziekgebruik op zaterdag echter niet meer onder het horecatarief, maar onder het algemeen tarief.⁵⁴

Afhankelijk van de muziek die de artiest afspeelt, wordt een percentage van het entreegeld als vergoeding gerekend. Indien men ervan uitgaat dat meer dan 2/3 van de door de artiest gebruikte muziek onder het Buma-repertoire valt is dat percentage 7% per optreden. Tim's ontvangt op een avond €13.000,- aan entreegelden. Buma ontvangt daarvan dus €910,- per optreden (7%x13.000). Voor alle zaterdagen in een jaar is dit dus (€910x52) €47.320,-. Daar bovenop komt de zogenaamde minimumvergoeding die Buma hanteert. Tim's valt in het derde tarief (tot 150m²). De vergoeding is dan €32.35 per uitvoering. Voor het gehele jaar is de minimumvergoeding dan (€32.35x52) €1682,20.

Om een jaar lang elke zaterdag op deze manier muziek te gebruiken betaalt Tim's dus (1682,20+47.320) €49.002,20.

Amusementsmuziek

Tot slot blijven de donderdag en vrijdag over. Op deze twee dagen wordt "gewoon" door middel van een geluidsinstallatie muziek geopenbaard, zonder dat sprake is van entreegeld. Hierdoor valt het gebruik onder het horecatarief, en meer specifiek amusementsmuziek. De vergoeding voor amusementsmuziek wordt gebaseerd op het aantal dagen dat amusementsmuziek wordt afgespeeld en een vergoeding per 50m². In Tim's wordt (2x52) 104 dagen amusementsmuziek gebruikt. Daardoor dient €1600 betaald te worden. Tim's valt namelijk in het tarief tot en met 120 dagen (€1400) en betaalt €200,- aan extra kosten voor de oppervlakte.

€720,90	licentie achtergrondmuziek horeca
€49.002,20	licentie algemeen muziekgebruik
€1600,-	licentie amusementsmuziek horeca.
€ 51.323,10	totaal bedrag aan licenties per jaar.

Een belangrijk gegeven is dat dit bedrag uitsluitend het Buma/Stemra deel betreft, in de praktijk zal ook een vergoeding aan SENA verschuldigd zijn.

Indien Tim's de licenties uit eigen beweging had aangeschaft had, was een korting van 33% verleend op de licentie achtergrondmuziek horeca en de licentie amusementsmuziek horeca.

⁵³ Zie Bijlage D onder horecatarief Buma/Stemra.

⁵⁴ Zie bijlage D onder Algemeen tarief Buma/Stemra.

3.3 Toelaatbaarheid licentiestructuur

In paragraaf 3.1, waarin de totstandkoming van de licentiestructuur is uitgelicht, is naar voren gekomen dat de auteurswet geen handvaten biedt omtrent de hoogte van de af te sluiten licenties. In beginsel brengt dit met zich mee dat een auteursrechthebbende zelf mag bepalen wat hij de gebruiker aan vergoedingen vraagt. In het geval van Buma/Stemra gaat voorgaand dogma echter niet helemaal op. Dit komt door het feit dat Buma/Stemra een monopoliepositie heeft als het aankomt op het bemiddelen in muziekauteursrechten.

Iedere econoom zal beargumenteren dat monopolies zoveel mogelijk vermeden moeten worden. Voorstanders van marktwerking geven aan dat, mits de markt aan bepaalde voorwaarden voldoet, door marktwerking meer welvaart wordt gecreëerd. Een van deze voorwaarden is dat er geen dan wel zo min mogelijk monopolies zijn.⁵⁵ Dit vanwege het feit dat monopolisten immers een inefficiënt hoge prijs zullen hanteren. Economen onderscheiden bovendien drie manieren waardoor marktwerking tot meer welvaart leidt.⁵⁶ Op de eerste plaats wordt "productive efficiency" genoemd. Bij voldoende concurrentie worden goederen en diensten tegen de laagst mogelijke kosten geproduceerd. Anders worden ondernemingen namelijk onmiddellijk afgestraft door concurrenten.

"Allocative efficiency" zorgt er op de tweede plaats voor dat de beschikbare productiemiddelen daar in worden gezet, waar ze het meest aan de maatschappelijke welvaart bijdragen. Een monopoliepositie hindert het bereiken van "allocative efficiency".⁵⁷ Een monopolist kan namelijk hogere prijzen hanteren voor producten waar de meeste vraag naar is. Dit heeft tot gevolg dat de vraag verschuift naar andere producten, die niet de voorkeur van de consument heeft. Hierdoor moeten de productiemiddelen worden verhoogd voor de producten die niet de voorkeur van consumenten hebben.

Tot slot wordt "dynamic efficiency" genoemd. Ondernemers moeten op zoek naar nieuwe producten en productiemethoden. Deze laatste vorm van efficiency was een belangrijke reden voor de Nederlandse regering om de mededingingswet (Mw) in te voeren.⁵⁸

Aan de andere kant stellen critici van marktwerking dat de markt hebzucht bevordert en het slechte in de mens naar boven brengt.⁵⁹ Zij vergeten echter geheel de rol van de mededinging. Als er voldoende concurrentie is, wordt het hebberige gedrag van de aanbieder afgestraft omdat de klant met het grootste gemak naar een andere aanbieder kan gaan.

Het marktsysteem faalt als aanbieders een monopoliepositie kunnen innemen. Dan raakt namelijk de verhouding tussen eigen belang en maatschappelijk belang zoek. In die gevallen is er een rol voor de overheid, en meer specifiek voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

Met het voorgaande in het achterhoofd is een interessant vraagstuk gecreëerd. Waarom heeft de overheid gekozen voor een systeem, waarin collectieve beheersorganisaties een monopoliepositie hebben? Het antwoord kan worden gevonden in de theorie van de natuurlijke monopolie.⁶⁰

Die theorie stelt dat een monopolie wenselijk kan zijn, indien er daarmee grote schaalvoordelen bereikt worden. Met andere woorden; indien een product goedkoper kan worden aangeboden, omdat er meer van wordt geproduceerd, is het beter om een monopolie aan een partij te verlenen, omdat in het geval van concurrentie meerdere producenten ieder

⁵⁵ Zie hierover bijv. econome prof. Dr. Barbara Baarsma voor de universiteit van Nederland, *waarom maakt geld wel gelukkig?*

⁵⁶ E.A. Kasdorp en E.J. Kloosterhuis, *Enkele aspecten van het toezicht op concentraies nader bezien*. Markt & mededinging, aflevering 5 2000.

⁵⁷ P.J. Slot & Ch. R.a. Swaak, *Inleiding mededingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012. Pag. 1

⁵⁸ Kamerstukken II 1996/97, 24 707 nr. 6.

⁵⁹ <<http://www.visionair.nl/politiek-en-maatschappij/nederland/marktwerking-goed-of-slecht/>>, geraadpleegd op 02-04-2014

⁶⁰ B.W.F. Depoorter, *Regulation of natural monopoly*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 498-532

kleinere hoeveelheden produceren. Dat leidt tot meer kosten om het goed te maken of de dienst te verlenen met als gevolg dat het geheel duurder wordt.⁶¹

De literatuur stelt dat deze schaalvoordelen zich voordoen bij een monopoliepositie van collectieve beheersorganisaties.⁶² De schaalvoordelen die de CBO's behalen, bestaan grotendeels uit kostenbesparing van bij de organisaties aangesloten auteurs enerzijds en van de gebruikers anderzijds. Zij sparen namelijk de kosten uit die gepaard gaan met het afzonderlijk onderhandelen en contracteren van iedere auteursrechthebbende en muziekgebruiker. Met één overeenkomst sluit de rechthebbende zich aan bij een organisatie en met één overeenkomst kan de gebruiker vervolgens de benodigde rechten verwerven. Zoals in paragraaf 3.2 naar voren is gekomen, verleent BUMA/STEMRA uitsluitend blanco licenties. Doordat nu niet voor werken afzonderlijk gecontroleerd behoeft te worden of zij al dan niet worden afgespeeld, is ook de handhaving goedkoper.⁶³

3.3.1 Toezicht door het CVTA en de ACM

Om tegen te gaan dat dit positieve effect van de monopolie teniet wordt gedaan staat BUMA/STEMRA, en in algemeen elke collectieve beheersorganisatie met een wettelijk monopolie, op basis van de wet onder toezicht van het college van toezicht auteurs- en naburige rechten (CVTA).⁶⁴ Het probleem dat zich voordoet bij het toezicht op BUMA/STEMRA is dat deze wet onderscheid maakt tussen de in hoofdstuk 2 genoemde eigen-recht organisaties en BUMA/STEMRA. Het gevolg daarvan is dat het college van Toezicht, in tegenstelling tot het toezicht op de eigen-recht organisaties, uitsluitend repressief toezicht houdt op BUMA/STEMRA. Waar de eigen-recht organisaties voorafgaande goedkeuring van het CVTA nodig hebben voor onder meer de statutenwijziging en vaststelling van modelovereenkomsten en reglementen, kan BUMA/STEMRA zelfstandig handelen. Het enige middel dat het college heeft is de aanwijzing achteraf ex. artikel 6 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten. BUMA/STEMRA is dan gehouden om daar naar te handelen. Deze aanwijzing kan ook ambtshalve gegeven worden.

Een en ander brengt dus met zich mee dat BUMA/STEMRA wel onder toezicht staat, maar dat dit toezicht minder stringent lijkt te zijn dan het is ten aanzien van de andere organisaties.⁶⁵

Bovendien kan men beargumenteren dat het college in zijn geheel niet in staat is om goed toezicht te houden op alle CBO's. Het college bestaat immers uit een voorzitter en slechts drie leden, die zes keer per jaar vergaderen.⁶⁶ Middels deze zes vergaderingen dienen zij toezicht te houden op meerdere organisaties die dagelijks een vennootschap besturen. Daarnaast verrichten de leden van het CVTA tal van nevenfuncties. Daardoor is het welhaast onvermijdelijk dat zij uit hoofde van een andere functie (een nevenfunctie) op enigerlei wijze te maken kunnen krijgen met de werkzaamheden van een collectieve beheersorganisatie.⁶⁷

Naast het college kan een muziekgebruiker, die meent dat BUMA/STEMRA ex. art. 24 Mw misbruik van haar machtspositie maakt, een klacht indienen bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM). Wat opvalt is dat ook hier sprake is van repressief toezicht. Ondanks dat de wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten oorspronkelijk ontworpen is om preventief toezicht te houden, zijn er nu twee instanties die "slechts" repressief toezicht houden.⁶⁸

⁶¹ Collectieve rechtenorganisaties en mededinging, AMI 2004, pag. 45-50

⁶² S.M. Besen e.a., *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, Virginia: Virginia Law Review 1992 pag. 383-410

⁶³ Hugenholtz, Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk? AMI 2003, P. 203

⁶⁴ Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten

⁶⁵ Kamerlid Vos drong er zelfs op aan om BUMA/STEMRA in het geheel niet onder de wet te laten vallen. Zie Kamerstukken II, 2001-2002, 27 775, nr. 8.

⁶⁶ <<http://www.cvta.nl/over-het-cvta>>, geraadpleegd op 03-04-2014

⁶⁷ <<http://www.cvta.nl/wp-content/uploads/2010/12/CvTA-nevenfuncties-20133.pdf>>, geraadpleegd op 03-04-2014

⁶⁸ MvT Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten art. 2 structuur van het toezicht.

Indien de ACM het nodig acht, zal zij onderzoek doen naar de handelingen van Buma/Stemra. In 2008 is de ACM (destijds nog NMA), naar aanleiding van de velen klachten omtrent Buma/Stemra, een onderzoek gestart naar de tarieven van Buma/Stemra.⁶⁹ Daarin oordeelde zij echter dat zij zelden tot het oordeel kan komen dat tarieven die CBO's in rekening brengen aan muziekgebruikers excessief zijn, dit ongeacht de hoogte van de tarieven. Zij motiveerde haar oordeel met het argument dat het bij CBO's moeilijk is om uit te gaan van een kostprijs. Bovendien is er in het geval van bijvoorbeeld een liedje geen directe relatie tussen de kostprijs en de waarde ervan. Daarom is het zeer moeilijk uitspraken te doen over de vraag of tarieven excessief zijn. Is 'Rood' van Marco Borsato meer waard dan 'Farces' van Kane?', aldus René Jansen, lid van de Raad van Bestuur van de NMA.

Ook is de NMA in het onderzoek ingegaan op een eventuele internationale tariefvergelijking. Zij stelt dat een dergelijke vergelijking praktisch uitvoerbaar is, maar dat de voornaamste beperking is dat men andere organisaties met een economische machtspositie vergelijkt. Ook dan blijft de vraag dus onbeantwoord wat een niet-excessief tarief is.

Naast het feit dat beide organisaties repressief toezicht houden op Buma/Stemra, is er nog een ander knelpunt. De afbakening van de bevoegdheden van beide instanties is niet geheel duidelijk.⁷⁰ De wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten stelt in art. 4 dat het college geen toezicht houdt, daar waar de ACM dit doet. De minister zegt hierover dat het College van Toezicht toeziet op de inning en verdeling van de vergoedingen, hetgeen een vorm van kwaliteitscontrole zou zijn, terwijl de ACM gaat over de tarieven en tariefstructuren.⁷¹ Het college heeft zich echter ook al uitgelaten over de tarieven van Buma/Stemra.⁷² Een en ander brengt met zich mee dat de instanties niet alleen in elkaars vaarwater zitten, maar klaarblijkelijk ook zelf niet goed weten wat precies hun taak is in het toezicht op Buma/Stemra.

3.3.2 Toezicht op de tarieven in andere landen

Buma/Stemra hoeft zich met betrekking tot de door haar gehanteerde licentiestructuur, nergens vooraf te verantwoorden. In anderen landen is dit anders. De Duitse Buma/Stemra dient bijvoorbeeld veranderingen in haar tarieven te melden aan de toezichthouder.⁷³

In het Verenigd Koninkrijk bestaat een instantie waarbij geschillen over de licentie aanhangig gemaakt kunnen worden.⁷⁴ Ook de VS kent een uitsluitend bevoegde rechter waar men terecht kan met dit soort geschillen.⁷⁵

In Australië oordeelde een tribunaal dat de Australische Buma/Stemra een goedkopere geschillenbeslechtingsprocedure moest opzetten voor kleine gebruikers omdat voor vele gebruikers de gang naar de rechter te duur zou zijn.⁷⁶

Ook het Europees Parlement heeft zich in het verleden al sterk gemaakt voor de oprichting van een goedkoop arbitrage systeem, waarbij geschillen tussen muziekgebruikers en CBO's aanhangig gemaakt kunnen worden.⁷⁷

⁶⁹ Rapport februari 2007, De NMA en het toezicht op collectieve beheersorganisaties, pag. 2 excessieve tarieven.

⁷⁰ H. Cohen Jehoram, 'Auteursrechtenbureaus: enkele grondbeginselen', Informatierecht/AMI 1991, p. 127-133.

⁷¹ Kamerstukken II 2001-2002, 27 775, nr. 5, p. 8-9.

⁷² Onderzoek College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten. Rapport van bevindingen II Buma/Stemra, 15 april 2013 pag. 8.

⁷³ art. 13 van het Duitse Urheberrechtswahrnehmungsgesetz.

⁷⁴ Copyright Tribunal <http://www.patent.gov.uk/copy/tribunal>. Geraadpleegd op 03-04-2014.

⁷⁵ Volgens de Amerikaanse consent decrees is één gespecialiseerde New Yorkse rechter bevoegd.

⁷⁶ Uitspraak Competition Tribunal over ARPA gevonden op <<http://www.mbs.edu/programs/mbafulltime/Pages/MBA-Full-Time.aspx>>, geraadpleegd op 03-04-2014.

⁷⁷ Nr. 49 van de Resolutie van 15.1.2004 (noot 1).

In Nederland bestaat een soortgelijk systeem echter nog niet. Indien een gebruiker van mening is dat sprake is van te hoge tarieven of een andere vorm van misbruik van de machtspositie door Buma/Stemra, zijn ze aangewezen op een onderzoek van de ACM. Daarnaast staat ook de gang naar de rechter open.

3.3.3 Toezicht door de rechter

Er bestaat veel rechtspraak over misbruik van de machtspositie door Buma/Stemra. Vele daarvan stammen uit de tijd voor de oprichting van de mededingingswet. Of sprake was van misbruik van een economische machtspositie werd destijds beoordeeld op het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft destijds geformuleerd dat Buma/Stemra onrechtmatig misbruik maakt van haar machtspositie, indien zij voorwaarden oplegt die zodanig bezwaarlijk zijn voor een muziekgebruiker, dat de collectieve rechtenorganisatie daartoe, rekening houdend met alle betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen.⁷⁸ Hiermee bedoeld de Hoge Raad dat Buma/Stemra niet slechts rekening dient te houden met haar eigen belang, maar het belang van alle betrokken partijen in aanmerking moet nemen bij haar handelen. Anders handelt Buma/Stemra onrechtmatig.

In dit specifieke geval werd nadat de zaak naar het Hof was terug verwezen, niet aangenomen dat sprake was van misbruik.⁷⁹

In een ander geval werd misbruik door Buma/Stemra wel aangenomen.⁸⁰

Buma/Stemra wilde in casu een licentie aan een gebruiker niet verlenen, indien niet eerst een boete werd betaald voor een inbreuk in het verleden. Schuld aan de eerdere inbreuk was echter nooit vast komen te staan.

Ook kwam misbruik vast te staan in een geval waarin Buma/Stemra aan een hoteleigenaar een licentie niet wilde verlenen, alvorens hij de schuld van de vorige hoteleigenaar had vereffend.⁸¹

Het lijkt er dus sterk op dat de rechtspraak misbruik van economische machtspositie sneller aanneemt indien het gaat om contractweigering naar willekeur dan wanneer het gaat om de hoogte van de af te sluiten licentie.

Deze stelling wordt ook onderbouwd in zaak Buma, Sena/De Poort van Roosendaal. In dit geschil stelde de Poort van Roosendaal dat Buma hogere tarieven hanteerde dan andere CBO's elders in Europa. Het Hof oordeelde dat weliswaar hogere tarieven gehanteerd werden, maar dat deze tarieven niet aanzienlijk hoger waren dan in andere EU-lidstaten. Ook de weigering om met elke individuele muziekgebruiker afzonderlijk te onderhandelen, levert volgens het Hof geen misbruik van machtspositie op.⁸²

Tot slot de blanco-licenties die Buma/Stemra en anderen CBO's hanteren.

Omdat Buma/Stemra een economische machtspositie heeft, kan men beargumenteren dat sprake is van een verboden koppelverkoop ex. art. Art. 24 Mw en 82 EG j° 102 sub e VWEU.⁸³ Gebruikers kunnen immers uitsluitend een licentie verwerven om alle werken uit het Buma-repertoire te gebruiken of ze krijgen geen licentie. Met andere woorden; een alles-of-niets systeem. De prijs van de licentie is bovendien ook niet afhankelijk van het aantal werken dat gebruikt wordt. De prijs wordt, in de meeste gevallen, gebaseerd op het aantal m² van de ruimte waarin de muziek wordt gebruikt.

⁷⁸ HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 (Buma /Brinkman).

⁷⁹ Hof 's-Gravenhage 16 oktober 1969, NJ 1970, 243.

⁸⁰ Hof Arnhem 29 maart 1961, NJ 1961, 339.

⁸¹ Rb. Leeuwarden 14 april 2000, AMI 2000, p. 143, IER 200, nr. 46, p. 223.

⁸² Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2000, AMI 2001, nr. 2, p. 51.

⁸³ Zie ook het microsoft-arrest t-201/04 op 17 september 2007 te raadplegen op <<http://cnn.com/interactive/computing/9911/microsoft.finding/microsoft.html>>

Hier kan men tegenin brengen dat in het geval van Buma/Stemra sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond, die de koppelverkoop niet onrechtmatig maakt of dat de koppelverkoop niet als misbruik van een economische machtspositie moet worden gezien. Omdat Buma/Stemra met blanco-licenties werkt worden de transactiekosten lager. Met transactiekosten wordt bedoeld op de gezamenlijke kosten van contracteren van gebruikers en auteursrechthebbende evenals de handhaving van het auteursrecht.⁸⁴ Er hoeft immers niet met elke individuele gebruiker een aparte overeenkomst afgesloten te worden. Wat betreft de handhaving is het daardoor uitsluitend nodig om te controleren of er werken worden gebruikt en niet welke werken er worden gebruikt.⁸⁵

Het HvJEG heeft dan ook precies laatstgenoemde argumentatie gebruikt in een zaak waarin deze vraag centraal stond.⁸⁶ In casu betrof het een Franse discotheekexploitant die stelde dat de Franse Buma/Stemra misbruik van haar machtspositie maakte door te weigeren een licentie te verlenen voor het gebruik van uitsluitend Engelstalig repertoire. In dit specifieke geval oordeelde het HvJEG, met gebruikmaking van bovengenoemde argumenten, dat er geen sprake van misbruik was. Het hof voegde echter een belangrijke noot toe aan dit vonnis. Zij stelde dat een dergelijke weigering art. 82 EG kan schenden indien het mogelijk is om een goedkopere, minder omvattende licentie te verlenen, zonder dat daardoor de transactiekosten hoger worden.⁸⁷ In dat geval vervallen de schaalvoordelen en de economische noodzaak om slechts alles-of-niets-licenties te verlenen.

Deze in 1989 gevormde uitspraak hield destijds al rekening met de technologische ontwikkelingen, indien het mogelijk wordt om automatisch per track precies bij te houden hoe vaak men het werk gebruikt heeft. In hoofdstuk vijf zal gekeken worden in hoeverre deze technologie reeds beschikbaar en betaalbaar is. Indien dit het geval is kan de koppelverkoop van Buma/Stemra in de vorm van blanco licenties op grond van deze uitspraak worden verboden.

3.4 Conclusie

De rechtspraak heeft bepaald wie degene is, die bij het gebruik van muziek de vergoeding aan Buma/Stemra verschuldigd is. In de praktijk wordt echter niet altijd in lijn met deze uitspraak gewerkt. Verder kan worden geconcludeerd dat op basis van de auteurswet geen duidelijkheid over de hoogte van de tarieven wordt gegeven. Door de monopoliepositie van Buma/Stemra kunnen de tarieven wel op basis van mededingingsrechtelijke wet- en regelgeving worden beoordeeld. Er zijn drie instanties die toezicht kunnen houden op Buma/Stemra. De CVTA, de ACM en de rechter. Alle drie de instanties hebben zich tot op heden echter niet negatief uitgelaten over de hoogte van de tarieven van Buma/Stemra. Wel heeft de rechter geoordeeld dat Buma/Stemra onrechtmatig kan handelen, indien geen rekening wordt gehouden met de belangen van de muziekgebruiker. Voorts heeft het HvJEG geoordeeld dat de blanco-licenties van Buma/Stemra een verboden koppelverkoop op kunnen leveren, indien er manieren bestaan om een goedkopere minder omvattende licentie te verlenen, zonder dat daardoor de transactiekosten verhoogd worden. In het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan op de wijze waarop Buma/Stemra in de praktijk licenties met de muziekgebruiker afsluit.

⁸⁴ F. Rochelandet, 'Are Copyright Collecting Societies Efficient? An Evaluation of Collective Administration of Copyright in Europe' (2002), p. 3, beschikbaar op: <http://www.serci.org/2002/rochelandet.pdf>;

⁸⁵ R.P. Merges, 'Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations', California Law Review 1996, p.1293-1387.

⁸⁶ HvJEG 13 juli 1989, Zaak 395/87 (Tournier).

⁸⁷ HvJEG 13 juli 1989, Zaak 395/87 noot. 28 overweging 33: "indien de toegang tot een gedeelte van het beschermde repertoire de belangen van de auteurs, componisten en muziekuitgevers ten volle kan waarborgen zonder nochtans de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken te verhogen."

4 Muziekbemiddeling door Buma/Stemra in de praktijk

Het belangrijkste van de muziek staat niet in de noten- Gutsav Malher

In theorie heeft men een prachtig systeem bedacht. Door de bemiddeling in muziekauteursrechten in één hand te leggen, wordt immers een lastig te handhaven recht toch handhaafbaar. In theorie betalen muziekgebruikers netjes voor de muziek die gebruikt wordt en zorgt Buma/Stemra voor de vergoeding die toekomt aan de rechthebbenden. Getuige het aantal klachten dat Buma/Stemra jaarlijks binnenkrijgt, blijkt er echter een discrepantie tussen theorie en praktijk te bestaan. Enerzijds hebben vele aangesloten rechthebbenden van Buma/Stemra klachten omtrent de werkwijze die Buma/Stemra in de praktijk hanteert.⁸⁸ Anderzijds klagen ook vele muziekgebruikers over de wijze waarop Buma/Stemra gelden int.⁸⁹ Klachten van de rechthebbenden bestaan voornamelijk uit het gebrek aan transparantie in de wijze waarop Buma/Stemra de geïnde gelden over de rechthebbende verdeelt. Derhalve zal paragraaf 4.1 ingaan op het repartitieproces van Buma/Stemra in de praktijk.

Klachten van muziekgebruikers zijn meer divers. Zo meent een aantal muziekgebruikers dat Buma/Stemra willekeurig ondernemingen aanschrijft. Anderen klagen over te hoge tarieven. Waar echter niemand duidelijk zicht op heeft, is de manier waarop Buma/Stemra in de praktijk gelden int bij muziekgebruikers. Het is wel duidelijk dat men enerzijds uit eigen beweging een licentie kan afsluiten en dat Buma/Stemra anderzijds bedrijven aanschrijft. Ondoorzichtig is echter met name de wijze waarop het tweede proces wordt uitgevoerd. Literatuur noch andere media bieden informatie omtrent dit tweede proces, omdat Buma/Stemra ervoor kiest om geen informatie over dit proces te verstrekken.⁹⁰ Desondanks gaat paragraaf 4.2 in op de vraag hoe het incasso/opsporingsproces van Buma/Stemra er in de praktijk uit ziet. Daarnaast wordt in paragraaf 4.3 gekeken in hoeverre de wetgever door het wetsvoorstel auteurscontractenrecht inspeelt op de problematiek die muziekauteurs door de bemiddeling van Buma/Stemra ondervinden. Tot slot wordt in paragraaf 4.4 een tussenconclusie op dit hoofdstuk gegeven.

4.1 Het repartitieproces van Buma/Stemra

Het repartitieproces en de daarmee samenhangende klachten van de leden van Buma/Stemra vallen niet geheel in de afbakening van dit onderzoek. Toch zal blijken dat ook dit relevant is voor de relatie van Buma/Stemra en de muziekgebruiker.

In een onderzoek van PWC naar Buma/Stemra is gebleken dat Buma/Stemra jaarlijks 14.000 tot 15.000 klachten van haar leden binnen krijgt. Deze klachten hebben een gemiddelde behandelingstijd van 283 dagen per klacht. Indien het gaat om muziek gebruikt in het buitenland, loopt dit gemiddelde zelfs op tot 774 dagen per klacht.⁷⁹ Gelet op het feit dat de leden (rechthebbenden) van Buma/Stemra zelf het bestuur kiezen, is dit hoge aantal klachten opvallend te noemen.

Uit het rapport door PWC is gebleken dat een groot deel van de klachten betrekking heeft op de transparantie van Buma/Stemra ten aanzien van het repartitieproces.

Dit blijkt ook uit het feit dat 10 componisten eind 2013 een alternatief voorstelden voor Buma/Stemra, genaamd Clean Music.⁹¹ Deze componisten stellen dat Buma/Stemra geen inzage geeft.

Zo stellen zij dat niet duidelijk zichtbaar is waar hun muziek is gebruikt, noch kan men de emailwisseling tussen Buma/Stemra en muziekgebruikers inzien.⁹²

⁸⁸ Rapport PWC Claim Rietveldt-Buma/Stemra Analyse en achtergronden 7 mei 2012 pag. 38.

⁸⁹ Vele gebruikers zijn in het verleden procedures gestart tegen Buma/Stemra zie voor voorbeelden paragraaf 3.3.

⁹⁰ Telefoongesprek met Layla Sala afd. Communicatie Buma/Stemra d.d. 07-04-14. "De wijze waarop wij gelden bij muziekgebruikers innen indien niet uit eigen beweging een licentie wordt afgesloten, is deel van onze primaire bedrijfsvoering en wij kiezen er voor om hier geen informatie over te verstrekken."

⁹¹ <<http://nos.nl/audio/544631-componisten-willen-eigen-muziekrechtenorganisatie.html>>, geraadpleegd op 09-04-14.

Door deze handelswijze is het bovendien voor veel muzik auteurs lastig om hun klachten te onderbouwen, daar uitsluitend Buma/Stemra inzage in het muziekgebruik heeft.

Verder wordt gesteld dat veel componisten geen actie tegen Buma/Stemra kunnen ondernemen omdat een kostbare juridische procedure snel het gevolg is. "Als je met een klacht komt en je blijft wekenlang aanhouden omdat je inzage in het gebruik van je eigen muziek wilt hebben, huren ze een advocatenkantoor in om je monddood te krijgen." Aldus dhr. Rietveldt.⁹²

Deze stelling wordt bevestigd in een conflict tussen Buma/Stemra en componist dhr. Boland. In dit geval werd door Buma/Stemra ook hard opgetreden. Dhr. Boland had een twee jaar durend conflict omtrent een, in zijn optiek, te laag uitbetaald bedrag voor het gebruik van zijn werk. Nadat hij wekenlang naar Buma/Stemra was gegaan, werd hij uiteindelijk uitgenodigd voor een gesprek met een bestuurslid van Buma/Stemra. Dit gesprek werd om onbekende redenen door Buma/Stemra afgezegd. Nadat duidelijk werd dat de dhr. Boland niet zou vertrekken voordat hij het bestuurslid gesproken had, werd de politie gebeld. Dhr. Boland heeft zich hiervoor uiteindelijk voor de rechter moeten verantwoorden.⁹³

Ook componist en tekstschrijver Bob Vosco is ontevreden over de werkwijze van Buma/Stemra. Hij stelt dat hij geen inzage heeft in het gebruik van zijn muziek. Hij weet niet wat meegerekend wordt in de betaling en dat wat hij op sites en in apps kan zien is voor hem niet helder. Hij stelt dat Buma/Stemra een ondoorzichtige organisatie is en heeft dan ook niet het gevoel dat Buma/Stemra er voor de auteursrechthebbenden is. Nu komt er een aantal keer per jaar een geldbedrag en moet men maar hopen dat alles klopt. Dit terwijl Buma/Stemra door de leden betaald wordt.⁹⁴

In reactie op deze klachten heeft Buma/Stemra, in de persoon van dhr. Erlings, laten weten dat het aantal klachten slechts op 100 per jaar ligt. Tevens stelt Buma/Stemra dat zij juist heel transparant zijn omdat zij onder toezicht staan van het college van toezicht. Daarnaast wordt het bestuur gekozen door de leden en is al het muziekgebruik terug te vinden in speciale apps en een portal voor de leden. Tot slot betoogd dhr. Erlings dat ook veranderingen zijn doorgevoerd met betrekking tot de de structuur van de organisatie. Zo is er een nieuw governance traject doorgevoerd, hebben bestuursleden gedragsregels gekregen en is een onafhankelijke bestuursvoorzitter aangesteld.⁹⁵

Uit het hierboven aangehaalde rapport van PWC kan echter direct weerlegd worden dat het jaarlijkse aantal klachten van leden op 100 per jaar ligt. Tevens stelt Buma/Stemra dat ze transparant zijn, echter wordt uit bovengenoemde praktijkvoorbeelden in ieder geval duidelijk dat niet elk lid van Buma/Stemra dit zo ervaart.

Men kan zich afvragen waar het grootste knelpunt zit in de ondoorzichtigheid van Buma/Stemra. Het is immers bekend dat Buma/Stemra het geïnde geld verdeeld volgens een zelfbedachte verdeelsleutel. Afhankelijk van het aantal rechthebbende op een werk, krijgt elke rechthebbende een percentage.

Indien er één componist, één tekstschrijver en één uitgever is, krijgt eenieder 33,33%. Indien een werk zonder uitgever is vervaardigd, krijgen de componist en de tekstschrijver ieder de helft. Tevens kan nog sprake zijn van een bewerker, subbewerker en subuitgever.⁹⁶

⁹² Melchiot Rietdijk tegenover de NOS op 27 augustus 2013 te raadplegen op: <http://nos.nl/audio/544631-componisten-willen-eigen-muziekrechtenorganisatie.html>

⁹³ <<http://www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland/article/detail/3499271/2013/08/27/Boete-geest-tegen-componist-Rob-Bolland-in-conflict-met-Buma-Stemra.dhtml>>, geraadpleegd op 09-04-14.

⁹⁴ Interview Bob Vosco met een vandaag oktober 2012 te raadplegen op <<http://www.youtube.com/watch?v=HD5AGtVLpf4>> <<http://nos.nl/audio/544641-bumastemra-juist-heel-transparant.html>>, geraadpleegd op 09-04-14.

⁹⁶ J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011 pag. 472 zie ook: <http://www.bumastemra.nl/over-bumastemra/zo-keren-wij-uit/>

Tot dusver wordt een begrijpelijk proces uitgelegd. Over het proces wat hieraan vooraf gaat, is Buma/Stemra echter minder transparant. Dit is het zogeheten repartitieproces. Buma/ Stemra werkt op basis van een repartitiereglement, welke niet vrij toegankelijk is. Op de website van Buma/Stemra is dit reglement nergens te vinden. Wel kan het reglement gevonden worden in de literatuur.⁹⁷ Hoe dat proces er precies uitziet is in het kader van dit onderzoek minder relevant. Wel is uit het geschil tussen Buma/Stemra en componist, dhr. de Groot duidelijk geworden dat Buma/Stemra haar eigen proces niet geheel beheerst. Buma/Stemra heeft van YouTube een aanzienlijk bedrag gekregen voor het gebruik van de muziek van dhr. de Groot.⁹⁸ Twee jaar later is dat geld echter nog steeds niet bij dhr. de Groot, noch bij een andere rechthebbende terechtgekomen. In een gesprek met dhr. Weltink, woordvoerder van Buma/Stemra, werd pijnlijk duidelijk dat het systeem van Buma/Stemra ook voor het eigen personeel onbegrijpelijk is.⁹⁹ Dhr. Weltink gaf hiermee toe dat Buma/Stemra niet wist op hoeveel geld dhr. de Groot recht had.

Ook dhr. Westbroek, bestuurslid van Buma/Stemra geeft toe dat het repartitieproces ingewikkeld is. Zijn verweer is dat de auteurswet ook ingewikkeld is, en dat sommige dingen nu eenmaal ingewikkeld zijn.¹⁰⁰

Dat intransparantie ruimte biedt voor malafide praktijken werd enkele jaren geleden door Pownews aangetoond. In casu ging het om dhr. Rietdijk die circa één miljoen euro tegoed had van Buma/Stemra voor het gebruik van zijn werk. Na het jarenlang uitblijven van een acceptabele oplossing, stapte dhr. Rietdijk naar een bestuurslid van Buma/Stemra, dhr. Jochem Gerrits. Deze wilde voor zijn bemiddelende rol echter € 300.000 van dhr. Rietdijk, circa een derde deel. De constructie die de heer Gerrits aanbood werkt als volgt; De heer Gerrits is naast zijn functie als Buma/Stemra bestuurslid ook eigenaar van een uitgeverij. Het werk van dhr. Rietdijk zou dan door die uitgeverij uitgegeven moeten worden. Door de verdeelsleutel die Buma/Stemra hanteert krijgt dhr. Gerrits als uitgever dan 33% van de inkomsten. Volgens dhr. Gerrits, die uiteraard niet wist dat hij opgenomen werd, zou het geld door Buma/Stemra dan op korte termijn worden uitbetaald.¹⁰¹

Bovenstaande casuïstiek kan uiteraard worden weggewuifd als een incident van een alleen handelend bestuurder. Feit blijft echter dat muziekuitgevers een groot gedeelte van de inkomsten opstrijken. Daarmee hebben uitgevers ook anderen belangen dan de oorspronkelijke muzikanten. De vraag is dus of het verstandig is, om binnen een organisatie twee verschillende belangengroepen te hebben.

Desalniettemin hebben veel leden van het Buma/Stemra bestuur een andere functie naast het bestuurschap van Buma/Stemra.

⁹⁷ M. Koedooder & D. Molenaar, *Artiest & Recht 2011/2012*, Deventer: Kluwer 2011, Pag. 393

⁹⁸ Remy de Groot is o.a. tekstschrjver van de groep T-Spoon, bekend van de werken "No time to waist" en "sex on the beach".

⁹⁹ Geschil Buma/Stemra- Remy de Groot te raadplegen op <<http://www.youtube.com/watch?v=G4ex9KxxnKE>>

¹⁰⁰ Interview Henk Westbroek met een vandaag op 21-11-2013.

¹⁰¹ uitzending Pownews d.d. 30-11-2011 te raadplegen op <http://www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1117407>

Bestuur Buma/Stemra 2014

Mr. L.A.J.M. de Wit	Bestuursvoorzitter Buma/Stemra
Mr. H.J.W. Eijkelenboom	Bestuurssecretaris Buma/Stemra
drs. H.O. Westbroek	Vicevoorzitter Buma/Stemra Componist/tekstdichter lichte muziek
A.A.L. de Raaf	Secretaris Buma/Stemra bestuur Uitgever
P.M. van Brugge	Componist mediamuziek
Mr. drs. L.J. Deuss	Uitgever
L.A. Dikker	Componist mediamuziek
J.N. Hamburg	Auteur/Componist
A.B. Mollema	Componist
P.L. Perquin	Componist
M. Schimmer	Componist
M. Swemie	Componist
R.D. van Vliet	Uitgever
Drs. N.M. Walboomers	Uitgever

Zoals uit bovenstaande tabel blijkt, zijn twaalf van de veertien bestuursleden van Buma/Stemra naast bestuurder een potentiële rechthebbende op uitkeringen van Buma/Stemra volgens de gehanteerde verdeelsleutel. Enerzijds is in het geval van dhr. Gerrits bewezen dat dit mogelijk tot corruptie leidt. Anderzijds kan men zich met het oog op de door de Hoge Raad geformuleerde regel in Buma/Brinkman afvragen, hoe Buma/Stemra rekening houdt met de belangen van muziekgebruikers. Immers handelen zij onrechtmatig indien zij dit niet doen.¹⁰²

4.1.1. Legitimiteit van de intransparantie

In beginsel is Buma/Stemra een private instelling. Daardoor hoeven zij geen bedrijfsprocessen of andere informatie openbaar te maken op grond van de wet openbaarheid van bestuur (Wob). Hierdoor is het indienen van een Wob-verzoek dus niet mogelijk, omdat de WOB ex. art. 1a WOB uitsluitend op bestuursorganen van toepassing is.

Door de monopoliepositie van Buma/Stemra is zij echter wel gehouden aan bindende aanwijzingen van het CVTA, dat toezicht op Buma/Stemra houdt. Op 15 april 2013 heeft het college van toezicht dan ook gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.¹⁰³

Het college laat zich enerzijds uit over de kwaliteit van de processen en anderzijds over de integriteit van dezen en op welke manier beide verbeterd dienen te worden.

Op de eerste plaats erkent het college dat het niet wenselijk is dat alle handelingen van Buma/Stemra in reglementen verwerkt worden. Het bestaan van enige mate van bestuursbesluiten in het kader van incasso en repartitie is essentieel. Desalniettemin is door verschillende besturen in de loop der jaren een samenstel van bestuursbesluiten gegroeid, waardoor vandaag de dag geen samenhangend overzicht meer bestaat. Het huidige bestuur dient een duidelijk beeld te vormen van het samenstel van bestuursbesluiten dat ten grondslag ligt aan de incasso en de repartitie zoals die nu plaatsvindt.

Dit dient gerealiseerd te worden door het geheel aan besluitvorming te herijken en te toetsen aan de hedendaagse omstandigheden.

¹⁰² HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 (Buma /Brinkman); zie verder paragraaf 3.2

¹⁰³ Onderzoek College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten
Rapport van bevindingen II Buma/Stemra, 15 april 2013 pag. 14 e.v.

Ten aanzien van transparantie wordt aanbevolen, om over de besluiten die invloed hebben op de repartitie en incasso aan zowel de muziekgebruikers als aan de rechthebbenden duidelijk te communiceren. Veel belangrijke factoren die voortvloeien uit bestuurs- en directiebesluiten en bepalend zijn voor de incasso en de repartitie, zijn niet terug te vinden in de publiek toegankelijke informatiebronnen. De statuten en reglementen bevatten de grondslagen voor deze besluiten, maar niet de uitwerking daarvan. Het is in de ogen van het College deze lacune in de informatievoorziening die de grondslag vormt voor de perceptie dat er sprake zou zijn van een ‘financiële black box’.¹⁰⁴

4.2 Het incassoproces bij muziekgebruikers in de praktijk

Op 21 november 2013 berichtten diversen media over Buma/Stemra. Een inspecteur van Buma/Stemra zou onaangekondigd een “inval” hebben gedaan op de Leeuwardse basisschool Tri nova. De aanleiding voor het bezoek was een zoektocht naar sinterklaas-muziek. De basisschool had namelijk de licentie bij Buma/Stemra per 1 januari 2013 opgezegd omdat geen muziek meer werd gebruikt. Een inspecteur kwam daarop kijken, of dit daadwerkelijk het geval was, of dat men toch muziek gebruikte.¹⁰⁵ Uit bovenstaande anekdote blijkt dat Buma/Stemra in de praktijk, door middel van controleurs, actief op zoek gaat naar muziek gebruik.

In deze paragraaf wordt omschreven hoe dit proces in de praktijk tot uiting komt.

De muziekgebruiker

Uit een interview met Frank Helmink, directeur van Buma/Stemra cultuur en hoofdcommunicatie Buma/Stemra, werd duidelijk met welke visie Buma/Stemra naar de muziekgebruiker kijkt. Buma/Stemra geeft duidelijk aan hun handelen uitsluitend te baseren op de belangen van de leden. “De muziekgebruiker moet gewoon geld betalen.”¹⁰⁶

Jaarlijks worden opgavenlijsten verstuurd naar alle in de kamer van koophandel ingeschreven ondernemingen en andere rechtspersonen. Dit houdt dus in dat scholen, fitnesscentra, bakkerijen en andere bedrijven allen een opgavelijst van Buma/Stemra kunnen verwachten omdat zij zijn ingeschreven in de Kamer van Koophandel.¹⁰⁷ Op de opgavelijst dient men aan te geven of zij muziek in de onderneming gebruiken, hoeveel werknemers men in dienst heeft en uit hoeveel vierkante meters de ruimte bestaat waarin de muziek gebruikt wordt. Aan de hand van die gegevens verstuurt Buma/Stemra facturen naar de betreffende organisaties. De factuur vermeldt welke licenties afgesloten dienen te worden en het totaal bedrag dat aan Buma/Stemra betaald dient te worden.¹⁰⁸

Hiermee werkt Buma/Stemra op basis van een zelfbedachte omgekeerde-bewijslast-regeling. Zij sturen de facturen op. Indien een gebruiker van mening is dat de factuur onterecht is, dienen zij dit aan te geven dan wel te weerleggen. Buma/Stemra geeft aan dat zij niet weet waar deze werkwijze op gebaseerd is, maar dat dit historisch zo gegroeid is. Bovendien werd de vergelijking met een bakker getrokken; net zoals men €2,- voor een brood bij de bakker moet betalen, dient voor het gebruik van muziek betaald te worden.¹⁰⁹

Dat deze vergelijking niet geheel opgaat omdat de bakker niet willekeurig bij mensen langs gaat met het verzoek om te betalen voor een brood, is evident. Desalniettemin stelt Buma/Stemra dat dit nu eenmaal de manier is waarop er gewerkt wordt.

¹⁰⁴ Rapport van bevindingen II CVTA, 15 april 2013 pag. 15.

¹⁰⁵ <<http://www.spitsnieuws.nl/archives/binnenland/2013/11/bumastemra-doet-inval-op-school>>, zie ook <http://www.ad.nl/ad/nl/1012/Nederland/article/detail/3548867/2013/11/21/Buma-Stemra-ontkent-inval-om-sinterklaasliedjes.dhtml>, geraadpleegd op 11-04-14.

¹⁰⁶ Zie bijlage E Uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra.

¹⁰⁷ Zie voor praktijkvoorbeelden van ondernemingen:

http://www.marketingfacts.nl/berichten/20080922_buma_stemra_stuurt_500_facturen_naar_websites_voor_muziek_gebruik, geraadpleegd op 14-04-14.

¹⁰⁸ Zie bijlage F voorbeeld Factuur Buma/Stemra.

¹⁰⁹ Zie bijlage E Uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra. Vraag: Op basis waarvan moet de gebruiker aantonen dat rechtenvrijemuziek wordt gebruikt?

Daarbij voegt dhr. Helmink toe dat hun taak uitsluitend is om aan de muziekgebruiker, op een eenvoudige wijze, te laten zien welke licentie benodigd is.

Naast de geautomatiseerde verzending van een opgavenlijst op basis van een kamer van koophandel inschrijving, werkt Buma/Stemra samen met een onafhankelijke organisatie genaamd "Scan" (Service centrum auteurs- en naburige rechten). Dit is een private organisatie die in opdracht van Buma/Stemra en SENA, onaangekondigd bij muziekgebruikers langsgaat. Dit zijn dus de inspecteurs die in de inleiding van deze paragraaf zijn beschreven.

De bezoeken van Scan kunnen om verschillende redenen plaatsvinden. Zo controleert men bijvoorbeeld of een ruimte zo groot is als op de afgesloten licentie is aangegeven. Daarnaast kan men langs komen indien een onderneming heeft aangegeven geen muziek te gebruiken. Ook is het mogelijk dat een medewerker van Scan een bezoek aan een organisatie brengt om te kijken of er niet meer vormen van muziekgebruik zijn dan aangegeven is.

Scan bestaat uit elf "relatiemanagers" die verdeeld zijn over Nederland. Samen vormen zij de buitendienst. Vergezeld van een iPad, waarop alle potentiële muziekgebruikers te zien zijn, bezoeken zij allerlei organisaties in Nederland.^{110 111}

Verder is er niet veel publieke informatie over Scan beschikbaar. Zo heeft deze organisatie geen eigen website en blijven de zoekresultaten via databanken beperkt tot fora waarop muziekgebruikers hun ervaringen met Scan delen, of sites van derden die een artikel over Scan hebben geschreven. In eerste instantie is het zelfs lastig om iets over het bestaan van Scan te weten te komen. Buma/Stemra was aanvankelijk namelijk zeer terughoudend (lees; totaal niet bereid) in het vrijgeven van informatie over de wijze waarop Buma/Stemra in de praktijk gelden int omdat dit bij hun primaire bedrijfsvoering hoort.¹¹²

4.2.1. Werkwijze relatiemanagers¹¹³

Scan is, zoals hierboven aangegeven, een zelfstandig bedrijf dat door middel van een samenwerkingsverband tussen Buma/Stemra en Sena tot stand is gekomen. Derhalve incasseert Scan dan ook de gelden bij muziekgebruikers voor beide CBO's. Scan is gevestigd in hetzelfde gebouw als Buma/Stemra, te Hoofddorp. Vanuit die locatie worden alle gegevens omtrent de opgavelijsten verwerkt. Scan trekt drie conclusies naar aanleiding van de opgavelijsten.

- 1 Er wordt muziek gebruikt
- 2 Er wordt geen muziek dan wel uitsluitend onbeschermd repertoire gebruikt.
- 3 Er wordt niet gereageerd op het verzoek om een opgavelijst te versturen.

Wel muziek

Indien men op het opgaveformulier aangeeft dat muziek wordt gebruikt, wordt een factuur verstuurd en na betaling daarvan heeft men een licentie afgesloten op basis van de verstrekte gegevens. Te zijner tijd zal een relatiemanager van Scan een onaangekondigde controle uitvoeren middels een bezoek aan de onderneming. Omdat Buma/Stemra en SENA de hoogte van hun licenties baseren op de oppervlakte van een ruimte waarin de muziek gebruikt wordt, zal dit bezoek een verificatie van de opgavelijst ten doel hebben. De grootte van de ruimte, het aantal werknemers en het soort muziekgebruik worden dan bekeken.

¹¹⁰ Zie bijlage G gesprek met dhr. Dijkstra, Teamleider buitendienst Scan.

¹¹¹ Zie bijlage E uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra. Vraag: Hoe wordt in de praktijk geïncasseerd?

¹¹² Zie bijlage H telefoongesprek met mevr. Layla Sala

¹¹³ Zie bijlage J uitwerkingen observatie Scan-relatiemanager

Geen muziek/ uitsluitend onbeschermd repertoire

Indien men stelt dat geen muziek wordt gebruikt of louter onbeschermd repertoire, komt een relatiemanager langs om te controleren of dit daadwerkelijk het geval is. In het geval dat men heeft aangegeven dat geen muziek wordt gebruikt, luistert de relatiemanager simpelweg of muziek hoorbaar is. Indien dit inderdaad niet het geval is, wordt men van de lijst geschrapt en hoeft voor dat jaar geen licentie te worden afgesloten. Het volgende jaar wordt wederom een bezoek gebracht. In het geval dat wel muziek wordt gebruikt, dient een licentie te worden afgesloten met de muziekgebruiker.

Indien men heeft aangegeven dat louter onbeschermd repertoire wordt gebruikt, luistert de relatiemanager, al dan niet met behulp van Soundhound en Shazam, of hij het werk herkent. Indien het muziekwerk door Soundhound dan wel Shazam wordt herkend, concludeert de relatiemanager dat het muziekwerk onder het Buma-repertoire valt en sluit hij een licentie af met de muziekgebruiker.

Indien de relatiemanager, noch Soundhound/Shazam het muziekwerk kunnen identificeren, wordt de onderneming van de lijst geschrapt en hoeft geen licentie te worden afgesloten. Het volgende jaar zal wederom een bezoek plaatsvinden.

Geen reactie

Indien men in het geheel niet reageert op het verzoek tot verzending van een opgavelijst, zal de relatiemanager controleren wat de reden hiervan is. Vaak zal de relatiemanager de conclusie moeten trekken dat er geen onderneming meer wordt geëxploiteerd, omdat het pand leeg staat.

In het geval dat de onderneming wel bestaat, controleert de relatiemanager het muziekgebruik op basis van dezelfde werkwijze als hierboven beschreven.

Daarnaast hebben de relatiemanagers de taak om nieuwe opdrachten binnen te halen. Dit houdt in dat men bij het bezoeken van de bekende organisaties, kijkt naar pas geopende ondernemingen. De relatiemanager zal de adresgegevens van de pas geopende onderneming dan op de iPad invoeren. Afhankelijk van die zoekresultaten (c.q. indien er geen licentie is afgesloten) zal ook die onderneming worden bezocht.

Indien de relatiemanager een discrepantie in het opgaveformulier en de werkelijke situatie vindt, zal hij ongeacht de reden van het bezoek, de muziekgebruiker kenbaar maken dat een boete betaald dient te worden. Dit is echter geen boete, maar het verschil in de tariefstelling, geschetst in paragraaf 3.2.2. Dit houdt in dat de muziekgebruiker geen korting krijgt op de licentie, maar het volledige tarief dient te betalen.

Veel muziekgebruikers klagen over de willekeur in de wijze waarop Buma/Stemra in de praktijk gelden bij de muziekgebruiker int. Zo heerst het gevoel dat willekeurig gebruikers worden aangeschreven en niet elke onderneming.¹¹⁴

De facto betekent de werkwijze van Scan echter dat alle ondernemingen, vroeg of laat, een bezoek kunnen verwachten van een relatiemanager. De relatiemanagers van Scan gaan namelijk dagelijks op pad en kennen deels onregelmatige werktijden. Sommige ondernemingen zijn namelijk uitsluitend in de avonduren of in het weekend open. Bovendien heeft Scan de relatiemanagers in elf rayons over Nederland verdeeld, zodat het gehele land kan worden bereikt.

Desalniettemin zijn er "slechts" elf relatiemanagers die alle ondernemingen in Nederland moeten controleren. Bovendien valt over de kwaliteit van de bezoeken te twisten. Het kan immers voorkomen dat men toevallig muziek op heeft staan. Ook kan het voorkomen dat toevallig geen muziek wordt gebruikt. In het eerste geval leidt het toevallig afspelen van

¹¹⁴zie voor een voorbeeld o.a.

<<http://www.omroepbrabant.nl/?news/82087792/C.V.+De+Deurzetters+boos+op+Buma+Stemra.aspx>>, geraadpleegd op 25-04-2014

muziek ertoe dat een licentie voor het hele jaar afgesloten dient te worden. In het tweede geval kan de muziekgebruiker hypothetisch gezien een jaar lang zonder betaling muziek gebruiken. De muziekgebruiker weet namelijk niet dat hij dat jaar niet meer gecontroleerd zal worden.

Tot slot is een rol weggelegd voor de relatiemanagers van Scan indien een muziekgebruiker, na constatering van muziekgebruik, besluit om geen licentie af te sluiten (c.q. de factuur van Scan niet te voldoen). In dat geval stuurt Scan op de eerste plaats twee aanmaningen, waarin alsnog om betaling wordt verzocht. Bij het uitblijven van betaling zal de relatiemanager vervolgens nogmaals een bezoek aan de muziekgebruiker brengen. Het doel van dat bezoek is het verzamelen van bewijs op de inbreuk op het auteursrecht.

Hiervoor zal de relatiemanager een of twee werken noteren die op dat moment door de muziekgebruiker worden geopenbaard.

Vervolgens zal Buma/Stemra een gerechtelijke procedure jegens de muziekgebruiker starten met de vordering dat laatst genoemde inbreuk op het auteursrecht van Buma/Stemra maakt. Met de gegevens die de inspecteur heeft verzameld, tracht Buma/Stemra de inbreuk te bewijzen.

4.3 Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht

Op 19 juni 2012 is het wetsvoorstel auteurscontractenrecht bij de tweede kamer ingediend.¹¹⁵ Op het moment van schrijven ligt het wetsvoorstel voor schriftelijke behandeling bij de eerste kamer.¹¹⁶ Het mag duidelijk zijn dat het enkele feit dat een wetsvoorstel wordt ingediend het bestaan van een probleem, dan wel een behoefte aan verbetering van een huidige situatie impliceert. Immers is hernieuwde wet- en regelgeving zonder progressie de investering van liquide middelen en tijd niet waard.

Het probleem dat in het auteursrecht en meer specifiek in het muziekauteursrecht speelt, zou de structureel zwakkere positie van de maker ten opzichte van de exploitanten van het werk kunnen zijn. Dit blijkt eens te meer uit hoofdstuk twee van dit onderzoek, waar is aangetoond dat Buma/Stemra een alles-of-niets systeem ten opzichte van de makers van een werk hanteert. Indien men wil dat Buma/Stemra hun rechten exploiteert, dienen alle auteursrechten aan Buma/Stemra overgedragen te worden, van zowel het bestaande als toekomstige repertoire. De facto heeft de maker van een werk ook geen andere keuze dan zijn rechten door Buma/Stemra te laten beheren. Sommigen partijen weigeren immers te onderhandelen met individuele makers. Bovendien is het voor een individuele maker onmogelijk om zijn recht goed te handhaven.¹¹⁷

Het ingediende wetsvoorstel richt zich echter niet direct op de bemiddelende rol van Buma/Stemra. Het zijn juist de muziekuitgevers, platenmaatschappijen en zelfs TV-talentenshows die hun handelswijze door deze wet moeten aanpassen.

De belangrijkste punten uit het wetsvoorstel zijn:¹¹⁸

1. Auteurs en uitvoerende kunstenaars krijgen de mogelijkheid om het contract met de exploitant van hun werk geheel of gedeeltelijk te ontbinden.
2. De maker krijgt een recht op een billijke vergoeding voor het overdragen van de rechten dan wel het verlenen van een gebruikslicentie.
3. De hoogte van de billijke vergoeding kan door de Minister van OC&W op gezamenlijk verzoek van verenigingen van makers en exploitanten worden vastgesteld.

¹¹⁵ ingediend door staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie en staatssecretaris Zijlstra van onderwijs cultuur en wetenschap.

¹¹⁶ <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2012/11/01/wetsvoorstel-auteurscontractenrecht>> geraadpleegd op 17-04-14

¹¹⁷ Zie verder hoofdstuk 2.

¹¹⁸ Uit het artikel van mr. Koedooder te raadplegen op <<http://www.devos.nl/blogs/id=148/wat-betekent-het-nieuwe-wetsvoorstel-auteurscontractenrecht-voor-de-muziekbranche>>, geraadpleegd op 17-04-2014.

4. De maker moet een hogere vergoeding kunnen claimen voor onverwachte bestsellers.
5. Onredelijke bepalingen in contracten kunnen worden vernietigd.
6. De belangrijkste makers van een filmwerk krijgen recht op een proportionele vergoeding als zij hun rechten overdragen aan de producent van het filmwerk.
7. Er komt een geschillencommissie die problemen tussen makers en exploitanten kan oplossen.
8. Ook verenigingen van makers kunnen geschillen voorleggen aan de geschillencommissie.

Buma/Stemra heeft in een schriftelijke reactie laten weten dat het wetsvoorstel niets anders beoogt dan het verzwakken van de positie van Buma/Stemra als collectieve beheersorganisatie en daarmee de positie van de door haar vertegenwoordigde makers.¹¹⁹

Het probleem dat zich bij Buma/Stemra voor kan gaan doen speelt voornamelijk op het gebied van filmmuziek. In het huidige systeem is het namelijk Buma/Stemra die licenties met betrekking tot het gebruik van filmmuziek afsluit. Hierin wordt geen onderscheid gemaakt tussen speciaal voor de filmindustrie geschreven werk en werken die door de filmindustrie worden gebruikt.

Het wetsvoorstel beoogt dat in de auteurswet art. 45d wordt toegevoegd. Dit artikel bepaalt dat de maker van een werk tegen een billijke vergoeding wordt geacht het recht te hebben overgedragen om het filmwerk te verhuren en anderszins openbaar te maken, dit te verveelvoudigen en er ondertitels bij aan te brengen en de teksten ervan na te synchroniseren. Lid 2 van het nieuwe artikel bepaalt vervolgens dat dit niet geldt voor de muziek en de daarbij behorende tekst, die speciaal is gemaakt voor de film.¹²⁰

Op dit moment is nog niet zeker of het wetsvoorstel ertoe leidt dat de positie van muziek-auteursrechthebbende daadwerkelijk wordt verbeterd. Op de eerste plaats kan het wetsvoorstel in het geval van filmmuziek er toe leiden dat het oorspronkelijke verbodsrecht uit art. 1 van de auteurswet ondermijnd wordt. De maker heeft in het geval van filmmuziek immers niet altijd het recht meer om met uitsluiting van anderen het werk te gebruiken. Dit recht komt volgens het wetsvoorstel nu mede toe aan een filmproducent.

Bovendien wordt weliswaar een deel van de muziekauteurs, namelijk zij die filmmuziek schrijven, een bepaalde mate van vrijheid teruggeven. Niet Buma/Stemra maar de oorspronkelijke maker mag namelijk onderhandelen over de billijke vergoeding. Het is echter niet zeker of elke maker dit wel wil.

Daarnaast dient Buma/Stemra door de regeling onderscheid te maken tussen speciaal voor de filmindustrie geschreven werken en andere werken, waarover zij wél een volledige exploitatiebevoegdheid bezit. Tot op heden wordt geen onderscheid gemaakt in dit verschil en is derhalve het registratiesysteem van Buma/Stemra daar ook niet op ingericht.

Indien Buma/Stemra dit verschil wel moet gaan doorvoeren, zal dit onvermijdelijk kosten met zich meebrengen, waarbij deze kosten ongetwijfeld zullen worden doorberekend aan de muziekgebruiker in de vorm van duurdere licenties.

¹¹⁹ Brief reactie Buma/Stemra consultatie ambtelijk voorstel art. 45d Aw aan het ministerie van Veiligheid en Justitie d.d. 9 april 2014.

¹²⁰ zie wetsontwerp auteurscontractenrecht artikel 45d.

4.4 Conclusie

Jaarlijks krijgt Buma/ Stemra een enorme hoeveelheid klachten binnen van de eigen leden. Buma/Stemra is op een aantal aspecten zeer ondoorzichtig. Het is dan ook niet verwonderlijk dat een groot deel van deze klachten hierop betrekking heeft. Zo wordt met name geen inzage gegeven op welke wijze de gelden van muziekgebruikers worden verdeeld. Vanuit de muziekgebruikers bestaan ook veel klachten omtrent de wijze waarop Buma/Stemra gelden int. Concreet bestaat het gevoel dat er willekeur bestaat in de wijze waarop Buma/Stemra gelden bij muziekgebruikers int.

Intransparantie biedt, zo is in het verleden al aangetoond, ruimte voor malafide praktijken. Desalniettemin kent Buma/Stemra een bestuur dat in het geheel geen rekening houdt met de belangen van muziekgebruikers.

Buma/Stemra is niet gehouden inzage in bedrijfsprocessen te verstrekken, daar zij een private onderneming is. Wel is Buma/Stemra gehouden aan de bindende aanwijzingen van het CVTA. Dit college heeft bepaald dat het huidige bestuur van Buma/Stemra een duidelijk beeld dient te vormen van het samenstel van bestuursbesluiten dat ten grondslag ligt aan de incasso en de repartitie zoals die nu plaatsvindt. Daarnaast dient Buma/Stemra de besluiten die invloed hebben op de repartitie en incasso beter te communiceren met muziekgebruikers en met de rechthebbenden.

Buma/Stemra heeft hier invulling aangegeven door middel van een vernieuwd repartitieproces dat op 1 juli openbaar gemaakt zal worden.

Met betrekking tot de wijze waarop Buma/Stemra in de praktijk gelden bij muziekgebruikers int, kan worden geconcludeerd dat de kwaliteit hiervan veel te wensen over laat. Zo wordt per onderneming een onaangekondigde controle uitgevoerd die bestaat uit het bezoeken van de onderneming. Indien muziek gebruikt wordt, dient een licentie afgesloten te worden. Er wordt echter geen rekening gehouden met de eventuele mogelijkheid dat muziek sporadisch wordt afgespeeld. Tevens maakt het voor de relatiemanager van Scan niet uit of er wel of geen klanten bij de openbaarmaking aanwezig zijn. Zo heeft de relatiemanager van Scan een licentie afgesloten met een bakker die gebruik maakte van muziek zonder dat er klanten of andere werknemers in zijn zaak aanwezig waren.¹²¹

Op basis van de auteurswet is in dit geval echter geen sprake van het gebruik van muziek dat leidt tot inbreuk op het auteursrecht van Buma/Stemra.

Tot slot kan over het auteurscontractenrecht worden geconcludeerd dat Buma/Stemra aanpassingen in hun registratiesysteem zal moeten aanbrengen, als onderscheid tussen filmmuziek en "reguliere muziek" gemaakt moet gaan worden.

De kosten die hiermee gepaard gaan zullen zij ongetwijfeld in de vorm van duurdere licenties op de muziekgebruiker willen compenseren.

¹²¹ Zie bijlage J observatieschema relatiemanager Scan

5 Technische hulpmiddelen anno 2014

De muziek is de ziel van de meetkunde- Paul Claude

Zoals uit het vorige hoofdstuk is gebleken, werkt Buma/Stemra als het aankomt op de licentiëring van muziekgebruikers in de praktijk samen met een onafhankelijke organisatie genaamd Scan. Deze organisatie neemt het controlerende werk uit handen van Buma/Stemra en bezoekt daartoe (potentiële) muziekgebruikers. Een en ander brengt met zich mee dat Buma/ Stemra uitsluitend op één manier tracht te bewijzen dat een muziekgebruiker werken uit het Buma-repertoire gebruikt. Namelijk door middel van de onaangekondigde bezoeken van de relatiemanagers van Scan.

Als het aankomt op de verdeling van de geïnde gelden is Buma/Stemra een stuk ijveriger. Zoals zij zelf aangeeft, investeert Buma/Stemra continu in processen en software om de uitkeringen te verbeteren. Voorbeelden zijn het audio fingerprinting systeem ter vervanging van de logboeken, Teezir; een webcrawler die evenementen landelijk in kaart brengt en DJ monitor voor de accurate registratie van composities bij Dance evenementen.”^{122 123}

Buma/Stemra gebruikt voor verschillende soorten muziekgebruik verschillende hulpmiddelen. In paragraaf 5.1 zal het technische hulpmiddel dat Buma/Stemra gebruikt voor geopenbaarde muziek op festivals en evenementen aan de orde komen. Vervolgens zal in paragraaf 5.2 worden ingegaan op de oplossing voor het monitoren van het muziekgebruik via Radio en Televisie.

In paragraaf 5.3 zal het technische hulpmiddel dat Buma/Stemra inzet ten behoeve van de monitoring van het muziekgebruik op het internet worden uitgelicht. Vervolgens zal in paragraaf 5.4 worden beschreven hoe Buma/Stemra het overige muziekgebruik monitort. Hieronder vallen dus alle horecagelegenheden, dansscholen, basisscholen, amateurverenigingen etc. Tot slot wordt in paragraaf 5.4 een tussenconclusie over dit hoofdstuk gegeven.

5.1 Festivals en evenementen

Een technisch hulpmiddel om muziekgebruik goed in kaart te brengen is DJ Monitor. DJ monitor is een dienst die opgericht is in 2005. Momenteel kenmerkt de dienst zich door haar geavanceerde muziekherkenningssysteem, welke gebruik maakt van fingerprinting-software en een uitgebreide online muziekdatabase. In de praktijk betekent dit dat op alle podia waar DJ Monitor wordt ingezet een klein kastje wordt geïnstalleerd dat alle nummers opneemt. De online muziekdatabase van DJ Monitor, is samengesteld op basis van de muziek die platenmaatschappijen, labels en auteurs zelf aan DJ Monitor hebben doorgegeven. Vervolgens worden de werken gekoppeld aan de rechthebbenden van het werk, waarna de lijst aan Buma/Stemra wordt doorgegeven. Voor het geval dat een muzieknummer niet wordt herkend, bijvoorbeeld omdat een DJ dit ter plekke heeft gemixt, heeft DJ Monitor een claim-systeem. Dit houdt in dat het audiofragment op de site van Buma/Stemra en DJ Monitor wordt geplaatst en de muzikanten het werk kunnen claimen.¹²⁴

Waar in de beginjaren de focus meer op dancemuziek lag, werkt DJ Monitor tegenwoordig op alle muziekgenres, inclusief live uitvoeringen.¹²⁵

De inzet van DJ Monitor door Buma/Stemra is op dit moment tweeledig. DJ monitor, Buma/Stemra en de Vereniging van evenementenmakers hebben namelijk op 24 januari 2004 een overeenkomst met elkaar gesloten.^{126 127}

¹²² <<http://3voor12.vpro.nl/nieuws/2011/februari/falend-betalingssysteem-buma-stemra-in-de-praktijk-ccc-inc.html>>, geraadpleegd op 15-04-14.

¹²³ Zie ook bijlage E Uitwerking interview met Frank Helmink Buma/Stemra.

¹²⁴ Zie bijlage I Interview met dhr. Wessel Terpstra DJ Monitor.

¹²⁵ <<http://www.djmonitor.com/dj-monitor/about-us/>>, geraadpleegd op 15-04-14.

¹²⁶ Zie bijlage I Interview met dhr. Wessel Terpstra, DJ Monitor.

De strekking daarvan is dat indien de gages en recettes boven de €50.000,- liggen, DJ monitor verplicht ingeschakeld dient te worden door aangesloten organisaties van de Vereniging van evenementenmakers. De kosten voor het gebruik van DJ monitor komen dan voor rekening van de evenementenmaker. Door de overeenkomst is er wel een korting bedongen.

Voor evenementen met gages en recettes onder de €50.000 kan Buma/Stemra op eigen initiatief de diensten van DJ monitor inschakelen. Buma/Stemra draagt in dat geval dan zelf de kosten.

Wanneer Buma/Stemra DJ Monitor op eigen initiatief inzet is niet bekend. Dit is geheel overgelaten aan het oordeel van Buma/Stemra. Buma/Stemra zelf geeft aan dat DJ Monitor op alle festivals en evenementen in Nederland wordt ingezet.¹²⁸

Een en ander brengt met zich mee dat DJ Monitor door Buma/Stemra de facto uitsluitend wordt ingezet op Festivals en evenementen. Het creëren van setlijsten op evenementen en festivals waarop de gebruikte muziek overzichtelijk is weergegeven is echter slechts één van de mogelijke toepassingen van DJ monitor. Zij kan daarnaast namelijk worden ingezet om het muziekgebruik op de radio, in cafés en clubs en vele anderen organisaties in kaart te brengen.¹²⁹ Buma/Stemra zegt DJ Monitor echter daarvoor niet te gebruiken vanwege de hoge kosten van de dienst.¹³⁰

5.2 Radio en TV

Buma/Stemra brengt het muziekgebruik van radio- en televisiestations in kaart door zogeheten "audio fingerprinting". Het betreft hier een dienst op basis waarvan Buma/Stemra tot op de seconde precies kan monitoren waar en wanneer welke werken zijn gebruikt.¹³¹ ¹³² Dit systeem werkt op basis van het combineren van twee elementen. Op de eerste plaats heeft Buma/Stemra een unieke database met daarin het gehele Buma-repertoire. Daarnaast beschikt het over software die de audio kan verwerken en de database doorzoekt naar een overeenkomst in het geluid.¹³³

Dit systeem is zeer goedkoop in gebruik en is reeds op brede schaal beschikbaar. Apps als Shazam en Soundhound leveren de mogelijkheid tot fingerprinting tegenwoordig ook aan de consument. Desalniettemin zet Buma/Stemra audio fingerprinting uitsluitend in voor het herkennen van werken geopenbaard middels radio en televisie.

Voor radio wordt tevens gebruik gemaakt van de zogeheten cue sheets. Dit betekent dat radiozenders doorgeven welke muziek zij precies hebben afgespeeld.

5.3 Muziekgebruik op het internet

Voor het muziekgebruik op het internet gebruikt Buma/Stemra "Webcrawlers".¹³⁴

De Webcrawler van Buma/Stemra is ontwikkeld door Teezir en detecteert automatisch audio die wordt afgespeeld op websites van Nederlandse bedrijven.¹³⁵

Naast HTML sites biedt de crawler ook de mogelijkheid om audio op basis van flash-oplossingen in kaart te brengen. Hierdoor kan Buma/Stemra alle audio die wordt gebruikt op websites monitoren.

¹²⁷ Zie ook: <<http://www.vvem.nl/nieuws?format=feed&type=rss>> en <http://www.bumastemra.nl/nieuws-artikel/bumastemra-sluit-overeenkomst-met-vvem/>, geraadpleegd op 15-04-14.

¹²⁸ Buma/Stemra magazine najaar 2013 pag. 29.

¹²⁹ <<http://www.djmonitor.com/dj-monitor/products/>>, geraadpleegd op 15-04-14.

¹³⁰ Zie bijlage E Uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra vraag: Waarom is het niet mogelijk om bij elke gebruiker een meetapparaat neer te zetten?

¹³¹ Zie bijlage E uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra vraag: Welke technische hulpmiddelen kent Buma/Stemra?

¹³² zie ook: <<http://www.bumastemra.nl/over-bumastemra/organisatie/componisten-tekstschrijvers-en-muziekuitgevers/>>, geraadpleegd op 15-04-14.

¹³³ <<http://www.blissHQ.com/music-library-management-blog/2012/08/21/what-is-audio-fingerprinting/>>, geraadpleegd op 15-04-14.

¹³⁴ Zie bijlage E Uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra vraag: Welke technische hulpmiddelen kent Buma/Stemra

¹³⁵ <<http://teezir.com/nl/search-solutions/cases/68-buma>>, geraadpleegd op 16-04-14.

Van deze oplossing moet overigens het streamen van audio via diensten als Spotify en iTunes worden onderscheiden.

Ondanks dat het streamen van muziek ook online gebeurt, is dit niet het soort gebruik waar dit hulpmiddel zich op richt. De muziek die hier bedoeld wordt, zijn de geautomatiseerde playlisten die beginnen te spelen indien men een site opent, alsook geëmbbede muziek. Ook hier maakt Buma/Stemra een onderscheid tussen voor- en achtergrondmuziek.

5.4 Overige organisaties

In de vorige paragrafen heeft men kunnen lezen op welke manier Buma/Stemra het muziekgebruik op festivals en evenementen, alsmede het gebruik op radio en televisie monitort. Voor die vormen van muziekgebruik bedient Buma/Stemra zich van geavanceerde en uiterst accurate technologieën om het muziekgebruik in kaart te brengen. Daarmee is echter uitsluitend een beperkt deel van het muziekgebruik in Nederland in kaart gebracht.

Het grootste deel van het muziekgebruik komt namelijk van kleinere gebruikers. Hierbij valt op de eerste plaats te denken aan horecagelegenheden zoals clubs, cafés en restaurants. Daarnaast vallen bijvoorbeeld ook sportscholen, winkels, supermarkten en kantoren onder deze groep.

Voor deze grote groep van gebruikers gebruikt Buma/Stemra geen technische hulpmiddelen in de vorm van computers en andere software. Buma/Stemra stelt namelijk dat het ondanks alle technologische ontwikkelingen onbegonnen werk is om dit bij te houden.¹³⁶ Om die reden past Buma/Stemra voor de monitoring van het muziekgebruik in deze groepen een ouderwetser manier toe die zij zelf "het referentierepertoire" noemt.¹³⁷ Deze methode werkt voornamelijk op basis van steekproeven, hetgeen inhoudt dat onderzoek wordt gedaan naar allerlei verschillende kleine gebruikers. Dit onderzoek wordt door Buma/Stemra zelf uitgevoerd.

Vervolgens worden de uitkomsten van die onderzoeken vergeleken met het muziekgebruik uit de in vorige paragrafen beschreven groepen waar wel één-op-één-uitkering plaatsvindt en met datalijsten die door Spotify, iTunes en YouTube aan Buma/Stemra worden aangeleverd. De verzameling van muziek uit de steekproeven, de datalijsten van Spotify, iTunes en YouTube en de vergelijking met grotere groepen is dus het referentierepertoire.^{138 139 140}

Uit het referentierepertoire is bijvoorbeeld gebleken dat in de detailhandel voornamelijk muziek wordt geopenbaard middels de radiozender 538. Derhalve gaan alle gelden die opgebracht zijn uit de afgesloten licenties van detailhandelaren naar de muzikanten waarvan 538 de werken heeft gebruikt.¹⁴¹

5.5 Conclusie

Buma/Stemra beschikt over goede technische hulpmiddelen om het muziekgebruik in kaart te brengen. Deze hulpmiddelen worden echter uitsluitend ingezet aan de repartitiezijde en dus niet ter licentiëring van muziekgebruikers. Een aantal hulpmiddelen die door Buma/Stemra worden aangewend zijn ook goedkoop in aanschaf en in gebruik. Als het aankomt op de verbetering van de uitkeringen investeert Buma/Stemra dan ook continu. Aan de muziekgebruikerszijde wordt daarentegen op een ouderwetse en bovendien inaccurate wijze gewerkt terwijl de middelen ter verbetering wel beschikbaar zijn.

¹³⁶ Zie bijlage E Uitwerking interview Frank Helmink Buma/Stemra vraag: Welke technische hulpmiddelen kent Buma/Stemra om muziekgebruik in kaart te brengen?

¹³⁷ Buma/Stemra magazine najaar 2013 pag. 28.

¹³⁸ <<http://www.bumastemra.nl/over-bumastemra/zo-keren-wij-uit/via-itunes/>>, geraadpleegd op 16-04-2014.

¹³⁹ <<http://www.bumastemra.nl/over-bumastemra/zo-keren-wij-uit/via-spotify/>>, geraadpleegd op 16-04-2014.

¹⁴⁰ <<http://www.bumastemra.nl/over-bumastemra/zo-keren-wij-uit/via-youtube/>>, geraadpleegd op 16-04-2014.

¹⁴¹ Zie bijlage E uitwerking interview Frank Helming Buma/Stemra vraag: Welke technische hulpmiddelen kent Buma/Stemra om muziekgebruik in kaart te brengen?

6 Conclusies en aanbevelingen

De kritiek heeft het eerste woord, maar de muziek het laatste- Cees Buddingh

In dit hoofdstuk zal op basis van de voorgaande hoofdstukken antwoord worden gegeven op de vraag *“welke argumenten Deterink ten behoeve van haar cliënten aan wet en regelgeving kan ontlelen om haar cliënten te adviseren over de wijze waarop Buma/Stemra royalties bij muziekgebruikers int.”* Om dit zo gestructureerd mogelijk te kunnen doen worden in paragraaf 6.1 algemene argumenten behandeld.

Vervolgens wordt achtereenvolgens ingegaan op de meest gehoorde klachten en de daarbij horende argumenten. In paragraaf 6.2 worden de argumenten behorende bij de tarieven van Buma/Stemra beschreven. Vervolgens zal paragraaf 6.3 ingaan op de argumenten behorende bij de ondoorzichtige werkwijze van Buma/Stemra. Daarna zal paragraaf 6.4 het mogelijke misbruik van het wettelijk monopolie door Buma/Stemra uitlichten. Tot slot zal paragraaf 6.5 de aanbevelingen schetsen.

6.1 Algemene argumenten

Aangezien het auteursrecht van oudsher een verbodsrecht is kan men op de eerste plaats op de klassieke wijze verweer proberen te voeren tegen een gestelde auteursrechtinbreuk. Men kan dus bestrijden dat iets een werk is. Voorts kan men betwisten dat degene die stelt rechthebbende te zijn dat niet is en dat hij daardoor geen recht heeft om zich te beroepen op het auteursrecht. Tot slot kan betwist worden dat er inbreuk wordt gemaakt.

Aangezien muziek relatief makkelijk als werk in de zin van de auteurswet bestempeld wordt, is voor muziekwerken het “geen-werk” verweer minder relevant. Bovendien werkt Buma/Stemra op dit moment met blanco-licenties, wat het argument niet ten goede komt. Men zal dan namelijk voor elk werk apart dienen te bewijzen dat er geen sprake is van een muziekwerk.

Omdat muziekbemiddeling door Buma/Stemra een overdracht van het auteursrecht vereist, is het betwisten van Buma/Stemra als rechthebbende met de komst van het nieuwe BW een stuk interessanter geworden. Ten tijde van het oude BW werd namelijk altijd aangenomen dat de overdracht van auteursrechten aan Buma/Stemra een fiducia cum amico als titel had. Met de komst van het fiduciaverbod ex. art. 3:84 lid 3 BW is deze vorm van overdracht echter niet meer toegestaan. De rechter heeft in het verleden reeds beslist dat overdracht van auteursrechten aan Buma/Stemra daadwerkelijk een fiduciaire overdracht ex. art. 3:84 betreft.¹⁴² Om de gevolgen hiervan in de toekomst te ondervangen heeft Buma/Stemra in het exploitatiecontract tegenwoordig de clause staan dat de auteur het muzikauteursrecht ten aanzien van zijn gehele repertoire levert en overdraagt aan Buma/Stemra.

Men kan echter beargumenteren dat de strekking van de overeenkomst niet verandert door de toevoeging van één clause. Reden van de overdracht blijft immers “slechts” het behartigen van het belang van de overdrager, hetgeen het fiduciaverbod juist wil tegenwerken. Bovendien veronderstelt art. 3:83 lid 1 BW juist dat onder andere auteursrechten overdraagbaar zijn, dus ook na een eerdere overdracht. Uit de aard van de overeenkomst tussen Buma/Stemra en de maker van een muziekwerk is het echter ondenkbaar dat Buma/Stemra het auteursrecht verder aan derden overdraagt.

Dit leidt ertoe dat er geen sprake is van een geldige overdracht, waardoor Buma/Stemra niet gerechtigd is om op basis van de auteurswet het auteursrecht te exploiteren. Hierdoor hoeft men niet aan Buma/Stemra te betalen voor het gebruik van de muziek.

¹⁴² Hof Amsterdam 2 juni 1994, AMI 1995, p. 69. (zaadnoordijk/Stemra)

Tot slot het “geen-inbreuk” argument. Rechtspraak heeft uitgewezen dat de feitelijke openbaarder degene is die de vergoedingen aan BUMA/STEMRA is verschuldigd. Daarmee is de feitelijke openbaarder dus degene die al dan niet inbreuk kan maken.¹⁴³ Geheel tegen deze rechtspraak in, worden in de praktijk echter uitsluitend licenties afgesloten met organisatoren, zaalhouders, exploitanten etc. De weerlegging dat dit uit praktisch oogpunt gebeurt is niet houdbaar aangezien rechtspraak anders heeft uitgewezen.¹⁴⁴ Daarnaast is deze vorm van licentiëring niet in alle gevallen vrijwillig. Er zijn namelijk zaalhouders die zalen slechts verhuren. Dienen zij dan een licentie af te sluiten ondanks het feit dat zij geen muziek gebruiken? Bovendien meet BUMA/STEMRA in deze methodiek met twee maten. BUMA/STEMRA incasseert uit piëteitsoverweging namelijk niet bij crematoria en begrafenissen etc. Men kan inderdaad beargumenteren dat zij die een persoon hebben verloren inderdaad al genoeg verdriet hebben en dat een factuur voor het gebruik van muziek om het leed te verzachten moreel verwerpelijk is. De begrafenisondernemer en de crematoriahouder, runnen echter gewoon een onderneming.

Par. 6.2 Tariefargumenten

De meeste klachten aan de muziekgebruikerszijde hebben betrekking op de tarieven van BUMA/STEMRA. Zoals uit dit onderzoek is gebleken geeft de auteurswet slechts in beperkte mate antwoord op de vraag bij wie BUMA/STEMRA mag incasseren, dit in tegenstelling tot de vraag welk tarief BUMA/STEMRA in rekening mag brengen. Die vraag laat de wet namelijk in zijn geheel onbeantwoord. De reden dat de wet geen houvast biedt omtrent de hoogte van de tarieven is simpel te geven. Het auteursrecht is namelijk een verbodsrecht en geen recht op betaling. Mede door de grote rol van BUMA/STEMRA in het handhaven van het muzikauteursrecht, heeft het muzikauteursrecht zich echter toch ontwikkeld tot een recht op betaling. Daardoor kan men indirect wel spreken over het bestaan van een ondergrens van de tarieven. BUMA/STEMRA heeft uit hoofde van de exploitatieovereenkomst met de maker van een muziekwerk namelijk een inspanningsverplichting. Daarnaast blijkt dat BUMA/STEMRA zijn handelen met betrekking tot tarieven baseert op de economische rentabiliteit van de incasso en op basis van de zojuist aangehaalde piëteitsredenen. Met betrekking tot de hoogte van de tarieven kan geconcludeerd worden dat deze volledig onderworpen zijn aan bestuursbesluiten van BUMA/STEMRA. In de totstandkoming worden weliswaar marktonderhandelingen gevoerd, maar het bestuur heeft het laatste woord over de hoogte. Door het ontbreken van een normatief kader aan de hand waarvan de tarieven getoetst kunnen worden, heeft de muziekgebruiker op dit moment geen goed zicht op de geldende tarieven. De wettelijke toelaatbaarheid van de tarieven kan gevonden worden in mededingingsrechtelijke wet- en regelgeving, waarover hieronder meer.

Par. 6.3 Argumenten met betrekking tot de machtspositie van BUMA/STEMRA

Met betrekking tot de rechtvaardiging van de monopoliepositie van BUMA/STEMRA ontstaat direct discussie. Enerzijds kan men stellen dat een monopoliepositie direct in strijd is met het bereiken van welvaart in een maatschappij. Een van de belangrijkste drijfveren voor de invoering van de mededingingswet was immers het bereiken van dynamic efficiency. Door de monopoliepositie van BUMA/STEMRA kan deze vorm van efficiëntie echter nooit bereikt worden. BUMA/STEMRA hoeft door haar monopoliepositie namelijk niet op zoek naar nieuwe vormen van dienstverlening. Bovendien zet zij de beschikbare middelen niet op de meest efficiënte manier in. Zo beschikt BUMA/STEMRA wel over technische hulpmiddelen om op microniveau het muziekgebruik te monitoren, maar kiest zij ervoor om deze middelen alleen in te zetten voor de verdeling van de geïncasseerde gelden.

¹⁴³ Zie bijv. HR 4 juni 1920, NJ 1920, 720. HR 1 juni 1920, NJ 1920, 718

¹⁴⁴ HR 18 juni 1920, NJ 1920, 797. (Buitensociëteit)

Daarnaast hebben de tegenstanders van marktwerking altijd gesteld dat marktwerking ertoe leidt dat het slechte in de mens naar boven wordt gehaald en dat het hebzucht bevordert. Dit argument wordt echter altijd weerlegd door de mededinging.

Consumenten kunnen indien een aanbieder te zelfzuchtig wordt immers eenvoudig naar de concurrent overstappen. Deze situatie is dus niet toepasbaar in het geval van Buma/Stemra, daar een auteursrechthebbende noch een muziekgebruiker naar een andere aanbieder kan stappen.

Aan de andere kant kan de monopoliepositie van Buma/Stemra gerechtvaardigd worden door de theorie van de natuurlijke monopolie. Indien grote schaalvoordelen bereikt worden, is het beter om de productie, c.q. dienstverlening, in één hand te leggen. Buma/Stemra spaart kosten uit die gepaard gaan met het afzonderlijk onderhandelen en contracteren van iedere auteursrechthebbende enerzijds, en de muziekgebruiker anderzijds. Bovendien werkt Buma/Stemra met blanco-licenties, wat de handhaving van het auteursrecht ook vereenvoudigt.

Om het positieve effect van de natuurlijke monopolie te waarborgen staan CBO's onder wettelijk toezicht. Op Buma/Stemra wordt door het College van toezicht echter uitsluitend repressief toezicht gehouden, terwijl de wet eigenlijk bedoeld is om preventief toezicht te houden op de CBO's. Daarnaast kan men beargumenteren dat het college in het geheel niet in staat is om toezicht te houden op alle CBO's, aangezien de CBO's dagelijks een onderneming drijven en het college slechts zes keer per jaar bij elkaar komt. Bovendien hebben de leden van het college van toezicht allerlei nevenfuncties, waardoor zij onvermijdelijk uit hoofde van die positie te maken krijgen met de CBO's.

Naast het college van toezicht houdt ook de ACM repressief toezicht op Buma/Stemra. Zij heeft zich in het verleden al uitgesproken over de tarieven van Buma/Stemra. De ACM stelt dat zij zelden tot het oordeel kan komen dat de tarieven van Buma/Stemra te hoog zijn. Zo kan er niet worden uitgegaan van een kostprijs en bestaat er bovendien geen directe relatie tussen de kostprijs en de waarde van een lied. Daarnaast kan een internationale tariefvergelijking, ondanks dat dit in theorie wel mogelijk is, ook geen uitkomst bieden. Men zal in dat geval namelijk monopolisten met elkaar vergelijken. Hierdoor is niet gegarandeerd dat de tarieven uit anderen landen een juiste maatstaf zijn.

De facto houden alle instanties (het college, de ACM en de rechter) die een controle op Buma/Stemra kunnen uitoefenen, uitsluitend repressief toezicht op Buma/Stemra. Dit hoeft uiteraard niet direct een gebrek in het systeem te betekenen, maar opvallend is het wel. Zo is het in andere landen wél verplicht om vooraf verantwoording over de tarieven af te leggen en bestaat in sommige landen zelfs een speciale instantie waar geschillen met betrekking tot de tarieven voorgelegd kunnen worden.

Uiteraard kan men in Nederland een geschil over de tariefstelling van Buma/Stemra met een beroep op misbruik van een economische machtspositie aan de rechter voorleggen. Deze heeft zich in het verleden echter zeer terughoudend opgesteld over uitlatingen omtrent de hoogte van de tarieven. In het geval van contractweigering naar willekeur zal de rechter misbruik veel eerder aannemen.

Overigens heeft de Hoge Raad zich wel uitgesproken over een actie tegen Buma/Stemra op basis van een onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelde dat Buma/Stemra onrechtmatig misbruik van haar machtspositie maakt indien zij voorwaarden oplegt die zodanig bezwaarlijk zijn voor een muziekgebruiker, dat de collectieve rechtenorganisatie daartoe, rekening houdend met alle betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen.¹⁴⁵

¹⁴⁵ HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252. (Buma /Brinkman)

Dit houdt in dat Buma/Stemra ook rekening moet houden met de belangen van de muziekgebruiker.

Tegenwoordig baseert Buma/Stemra haar handelen echter uitsluitend op de belangen van haar leden. Communicatie chef Frank Hemmink durft publiekelijk zelfs te stellen dat de muziekgebruiker "gewoon" moet betalen. Ook de samenstelling van het bestuur van Buma/Stemra doet het vermoeden rijzen dat Buma/Stemra uitsluitend aan het belang van de leden denkt. Zo zijn twaalf van de veertien bestuursleden ofwel componist ofwel uitgever.

Wat betreft de blanco-licenties die Buma/Stemra hanteert kan men aanvoeren dat sprake is van een koppelverkoop ex. art. 82 EG. Anderzijds is te stellen dat hierdoor sprake is van significant lagere kosten, welke een rechtvaardigingsgrond voor deze licentie oplevert.

Het HVJEG heeft deze overweging dan ook gemaakt in zijn uitspraak in de zaak Tournier. Een belangrijke noot in deze zaak was echter dat blanco-licenties wel een schending van art. 82 EG kunnen opleveren indien het mogelijk is een minder omvattende licentie te verlenen, zonder dat daardoor de transactiekosten hoger worden. In dat geval vervallen de schaalvoordelen en de economische noodzaak om slechts een alles of niets licentie te verlenen.

Vandaag de dag kan op grond van de uitspraak in de zaak Tournier, in het licht van de technologische ontwikkelingen gesteld worden dat blanco licenties verboden kunnen worden. Buma/Stemra beschikt namelijk over zeer accurate en goedkope technische hulpmiddelen om muziekgebruik in kaart te brengen. Er wordt echter voor gekozen om deze instrumenten uitsluitend in te zetten aan de repartitiezijde en niet als hulpmiddel voor de licentiëring van muziekgebruikers.

Bovendien heeft het HVJEG gesteld dat de schaalvoordelen verdwijnen indien goedkopere licenties afgesloten kunnen worden. Met de technologische ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan, kan dit betekenen dat ook de rechtvaardigingsgrond van de monopoliepositie van Buma/Stemra op basis van de natuurlijke monopolie verdwijnt. De kosten van handhaving van het auteursrecht zijn immers gedaald en hypothetisch gesteld kunnen meerdere partijen het auteursrecht op goedkope wijze exploiteren. Deze verschuiving heeft zich op het online muziekgebruik al reeds verwezenlijkt. De grote platenmaatschappijen zoals Universal, hebben er namelijk voor gekozen om het beheer van de auteursrechten in eigen hand te houden.

6.4 Argumenten met betrekking tot de intransparantie van Buma/Stemra

Het bestuur van Buma/Stemra is gekozen door de eigen leden. Desalniettemin ontvangt Buma/Stemra jaarlijks 14.000 tot 15.000 klachten van de eigen leden. De gemiddelde behandelingsduur bedraagt 283 dagen (muziek uit het buitenland 774 dagen) per klacht. Veel leden klagen over de intransparantie van Buma/Stemra. Men krijgt op meerdere gebieden geen duidelijke inzage, waardoor zij niet kunnen controleren of de ontvangen gelden wel juist zijn uitgekeerd. Bovendien heeft de intransparantie tot gevolg dat veel leden geen actie kunnen ondernemen tegen Buma/Stemra aangezien zij hun stellingen niet kunnen bewijzen. Buma/Stemra beschikt immers over alle gegevens, maar weigert deze te openbaren.

Voor de muziekgebruiker betekent dit dat zij geen enkele vorm van medewerking van Buma/Stemra hoeft te verwachten. Immers, als Buma/Stemra op bovenstaande wijze met de eigen leden omgaat, de personen waaraan zij hun bestaansrecht ontnemen, hoe behandelt zij dan de klachten van de personen waar het geld vandaan moet komen?

In het verleden is al aangetoond dat intransparantie ruimte biedt voor malafide praktijken. Afgetreden bestuurslid Jochem Gerrits had immers een dubbele functie en daarmee ook een dubbel belang bij zijn handelen. Veelzeggend is daarom het feit dat twaalf van de veertien huidige bestuursleden nog steeds uitkeringsgerechtigden bij Buma/Stemra zijn. Buma/Stemra kan hiermee het belang van de muziekgebruiker op geen enkele wijze waarborgen en handelt daarmee in strijd met de door de Hoge Raad, in het Buma/Brinkman-arrest, geformuleerde rechtsregel.

Bovendien blijkt meer transparantie noodzakelijk te zijn. Buma/Stemra verdeelt de geïncasseerde gelden namelijk mede op basis van iTunes, Spotify en YouTube datalijsten. Omdat het referentierepertoire in combinatie met steekproeven op deze lijsten gebaseerd wordt, bepalen deze drie bronnen voor een groot deel waar de geïncasseerde gelden heen gaan. Feitelijk is deze gang van zaken echter onjuist. Het gebruik van muziek in een kring beperkt tot familie en/of vrienden, waarvan vaak sprake zal zijn bij het gebruik van muziek via deze methoden, leidt namelijk niet tot inbreuk op het auteursrecht in de zin van de auteurswet. Hierdoor verwerven de auteursrechthebbenden ook niet altijd een vergoedingsrecht. Dit leidt ertoe dat de datalijsten via iTunes, Spotify en YouTube geen juiste indicator is voor het muziekgebruik dat wel binnen het verbodsrecht valt.

Zo zullen bijvoorbeeld studenten tijdens het leren rustgevende klassieke muziek kunnen streamen. In de praktijk zal een ondernemer echter weinig dan wel geen klassieke muziek openbaar maken. Daardoor bestaat een discrepantie tussen de datalijsten en muziek waarvoor de toestemming van de auteursrechthebbenden benodigd is. Dit leidt ertoe dat de verkeerde auteursrechthebbenden uitkeringen van Buma/Stemra ontvangen.

6.5 Aanbevelingen

Omdat zowel rechters als de ACM zich in het verleden zeer terughoudend hebben opgesteld omtrent de toewijzing van vorderingen met betrekking tot de hoogte van de tarieven van Buma/Stemra, is het af te raden om argumenten te gebruiken die direct te maken hebben met de tarieven van Buma/Stemra.

Met betrekking tot de intransparantie van Buma/Stemra is het niet aan te bevelen om een vordering in te stellen dat ten doel heeft om Buma/Stemra transparanter te maken. Het gebrek aan transparantie en de bijkomende gevolgen in combinatie met het niet meewegen van de belangen van de muziekgebruiker bij bestuurlijke beslissingen, kunnen er echter wel toe leiden dat het handelen van Buma/Stemra jegens de muziekgebruiker als onrechtmatig beschouwd kan worden. Derhalve is een vordering uit onrechtmatige daad aan te bevelen.

Ten tweede, indien men een technisch onderzoek naar de implementaties van technologische hulpmiddelen op microniveau laat uitvoeren is een vordering op basis van misbruik van een economische machtspositie in de vorm van koppelverkoop een reële optie. Vast staat immers dat er goedkope accurate methoden bestaan om het muziekgebruik in kaart te brengen. Wat nog niet vast staat is, of deze methoden ook dusdanig geautomatiseerd kunnen worden, zodat het geen disproportionele kosten met zich meebrengt.

Indien de rechter oordeelt dat Buma/Stemra zijn machtspositie hiermee inderdaad misbruikt, zal Buma/Stemra de verlening van een minder omvattende licentie moeten toestaan. Dit heeft tot gevolg dat de prijs van de af te sluiten licenties omlaag zullen gaan.

Tot slot is een vordering via goederenrechtelijke weg aan te bevelen. Doordat mogelijk sprake is van een ongeldige levering zal Buma/Stemra geen rechthebbende op de auteursrechten zijn. Daardoor behoort ook een vordering op grond van onverschuldigde betaling tot de mogelijkheden. De muziekgebruiker heeft immers een betaling zonder rechtsgrond aan Buma/Stemra verricht. Hiervoor zal aangetoond dienen te worden dat er op grond van het fiduciaverbod geen geldige overdracht heeft plaats gevonden, waardoor Buma/Stemra nooit rechthebbende is geworden van de auteursrechten. Dit heeft tot gevolg dat Buma/Stemra geen toestemming heeft mogen verlenen voor het gebruik van het werk.

Begrippenlijst

Blanco-licentie	Een licentievorm waarbij het niet uitmaakt hoeveel of welke muziek wordt gebruikt.
DJ Monitor	Een technisch hulpmiddel om muziekgebruik goed in kaart te brengen.
Eigen-recht organisatie	Een auteursrechtenorganisatie die als enige bevoegd is om een bepaald recht te innen.
Exploitatierechten	Het recht om als enige het werk te gebruiken of om toestemming aan andere hiertoe te verlenen.
Fingerprinting	een dienst op basis waarvan tot op de seconde precies kan worden gecontroleerd waar en wanneer welke werken zijn gebruikt.
Gage	Het dienstloon van een uitvoerend artiest.
Gebruik	Openbaar maken of verveelvoudigen van muziek.
Grootrecht	de uitvoering van muziekdramatische werken e.d. die gepaard gaat met een opvoering daarvan.
Kleinrecht	Alle muziekwerken die niet onder het grootrecht vallen.
Leenrecht	Een stichting bevoegd tot het innen en verdelen van vergoedingen bij openbare en christelijke bibliotheken, spelotheken en kunstuitleeninstellingen.
Licentie	De, tegen betaling gegeven, toestemming van een auteursrechthebbende om de muziek te gebruiken.
Maker	Degene die een werk heeft gemaakt en oorspronkelijk het auteursrecht heeft verworven.
Openbaarmaking	Het gebruik van muziek ex. art. 12 Aw bijv. het ten gehore brengen van muziek.

Overdracht	Het overdragen van het bezit van een goed aan een ander opdat hij alle rechten heeft die, de vervreemder eerst had.
Persoonlijkheidsrecht	Aanspraken die de maker heeft ten aanzien van de integriteit van zijn werk, en van zichzelf als maker van dat werk.
Publiek	Een kring die groter is dan familie en vrienden of een daarmee gelijk te stellen kring.
Recette	Het totaal aan inkomsten uit entreegelden, subsidies, donaties, sponsorgelden en andere inkomsten m.b.t. het evenement.
Reprorecht	Een stichting belast met de inning voor het kopiëren uit boeken, tijdschriften, kranten en andere publicaties.
Royalties	Een aandeel in de opbrengst.
Technisch hulpmiddel	Middelen die de monitoring van muziekgebruik in kaart brengen.
Thuiskopie	Een stichting belast met de inning van de vergoeding voor het privégebruik van auteursrechtelijk beschermd werk voor eigen gebruik.
Transactiekosten	De gezamenlijke kosten van contracteren van gebruikers en auteursrechthebbende evenals de handhaving van het recht.
Uitkoopson	De kosten van de opdrachtgever om een uitvoerend artiest te boeken.
Verveelvoudigen	Het gebruik van muziek ex. art. 13 Aw bijv. het vastleggen van een opvoering op CD.
Videma	Een stichting gericht op het bewaken en beschikbaar maken van vertoningsrechten op tv-beelden voor de zakelijke markt.
Werk	Een creatie dat auteursrechtelijk is beschermd. Zoals bedoeld in art. 10 Aw.

Evaluatie

De inhoud van dit rapport beperkt zich tot de argumenten die Deterink kan ontlelen aan wet- en regelgeving ter advisering van hun cliënten, over de wijze waarop Buma/Stemra gelden bij de muziekgebruiker int.

Omdat dit onderzoek zich dus uitsluitend op Buma/Stemra richt, worden onderwerpen die sterk verband houden met het auteursrecht niet besproken. Zo wordt niet ingegaan op de wijze waarop andere CBO's gelden bij gebruikers innen, en de mogelijke gevolgen daarvan.

Voorts wordt niet ingegaan op de mogelijke argumenten die de auteursrechthebbenden aan de werkwijze van Buma/Stemra kunnen ontlelen, omdat de cliënten van Deterink uitsluitend uit muziekgebruikers bestaan. Om die reden wordt de vraag of auteursrechthebbenden beter af zouden zijn zonder Buma/Stemra, onbeantwoord gelaten.

Omdat er zowel juridisch- als praktijkgericht onderzoek is verricht, dient dit rapport op de eerste plaats als informatiebron voor Deterink. Voorts kunnen andere muziek-gebruikers en geïnteresseerden informatie uit dit rapport putten.

Niet alle gevonden resultaten hebben tot een goed argument tegen Buma/Stemra kunnen leiden. Zo is bijvoorbeeld de ondoorzichtigheid van de werkwijze van Buma/ Stemra niet direct een bruikbaar argument voor de muziekgebruiker. Desalniettemin zijn veel gevonden resultaten symptomatisch voor de manier van doen van het "instituut" Buma/Stemra.

Voorts is in de bijlagen een volledig uitgewerkt tariefschema uitgewerkt zoals deze nu door Buma/Stemra gehanteerd wordt. Men kan hier niet direct argumenten aan ontlelen, maar hierdoor wordt wel een overzichtelijk schema van alle tarieven gecreëerd. Hetgeen tot op heden ontbrak.

Verantwoording

Het verrichten van een praktijk gericht juridisch onderzoek kan op meerdere adequate manieren tot uiting komen. Derhalve dienen er constant keuzes te worden gemaakt. In dit onderzoek is geprobeerd om de hoogste mate van validiteit, betrouwbaarheid, effectiviteit en efficiëntie te waarborgen. Keuzes in onderzoeksstrategieën, bronnen en onderzoeksmethoden worden daarom in dit hoofdstuk verantwoord.

Dit onderzoek is op te delen in twee aspecten:

- 1 Onderzoek van het recht
- 2 Onderzoek van de praktijk

Er is voor gekozen om deze twee aspecten niet in aparte hoofdstukken te behandelen maar om de hoofdstukverdeling per onderwerp te behandelen. Hierdoor kunnen deze aspecten in verschillende hoofdstukken terug komen.

Rechtsbronnen- en literatuuronderzoek

Een praktijkgericht juridisch onderzoek kenmerkt zich door een onderzoek naar het recht en een onderzoek naar de praktijk. Het spreekt voor zich dat, voor een onderzoek naar het recht, geen betere bronnen bestaan dan huidige wet- en regelgeving. Rechtsbronnen bevatten normen die hun gezag ontleen aan de autoriteit die de norm heeft gesteld. Er valt niet te twisten over de validiteit en betrouwbaarheid van rechtsbronnen. Men dient zich te houden aan de wet, zo simpel is het. De vraag naar de efficiëntie is een betere vraag, aangezien het uitzoeken van alle wet- en regelgeving door middel van een inhoudsanalyse een tijdrovende klus kan zijn. Men kan echter geen betrouwbaar onderzoek verrichten indien niet het gehele juridische kader in beeld is gebracht. Om die reden was het dus de moeite waard om deze methodiek in het onderzoek te verwerken. Uiteraard is het onmogelijk, en inefficiënt, om alle bestaande wetten te onderzoeken. Daarom is in databanken gekeken, en zijn experts geraadpleegd om een blik te werpen naar het juridisch kader.

Bij de vorming van dit juridisch kader is niet slechts naar de Nederlandse wetgeving gekeken maar zijn ook anderen rechtsbronnen betrokken. De Bernerconventie is meegenomen omdat de Nederlandse wetgeving het karakter heeft van implementatiewetgeving.

De inhoudsanalyse voor literatuur als bron wijkt lichtelijk af van het bovenstaande. Ondanks dat wetenschappelijke literatuur doorgaans kan worden beschouwd als een betrouwbare en controleerbare bron van kennis is en blijft het de opinie van een individu. Het gevaar bestond dus dat teveel op één bron gebaseerd werd en deze daardoor slaafs gevolgd werd. Dit terwijl in andere literatuur mogelijk ook andere interpretaties of argumenten te vinden zijn. Om die reden zijn argumenten in dit onderzoek nooit slechts op één auteur, of artikel gebaseerd. Literatuur heeft een of een ondersteunende functie of meerdere auteurs hebben hetzelfde argument aangedragen.

Een ander voordeel van rechtsbronnen en literatuur is dat er geen sprake is van uitgelokt gedrag. Dit voordeel kennen de bronnen, documenten en andere media ook. Bij het gebruik van deze bronnen hoeft men niet bang te zijn dat de informatie wordt beïnvloed door sociaal wenselijke antwoorden of andere strategisch gegeven antwoorden. Daarnaast zijn deze bronnen slijtvast, anders gezegd, ze kunnen dus eindeloos worden geraadpleegd. Telkens kan een ander deel van de informatie worden gebruikt.

Personen of groepen van personen & Interview

Het grote voordeel van personen of groepen van personen als bron is dat een grote diversiteit aan informatie kan worden verschaft. Daarnaast komt deze informatie, zeker in vergelijking met de andere bronnen, op een snelle wijze tot stand. Dat met bepaalde vragen gericht op informatie kan worden gestuurd is ook een groot voordeel. Qua verantwoording van de efficiëntie en effectiviteit zal dit dus geen problemen opleveren. Wat hier wel een rol speelt is de betrouwbaarheid. In tegenstelling tot geschreven bronnen, kan bij personen wel sprake zijn van uitgelokt gedrag en sociaal wenselijke antwoorden. Bovendien hebben bijvoorbeeld werknemers van Buma/Stemra niet altijd graag willen vertellen over de werkwijze waarop Buma/Stemra gelden bij muziekgebruikers int. Om die reden is deze vorm van onderzoek met voorzichtigheid betracht. Daarom zijn personen of groepen van personen nooit als enige bron worden gebruikt. Indien personen zijn gebruikt, is altijd sprake van triangulatie geweest.

Fysieke objecten & observatie

Omdat fysieke objecten een directe bijdrage aan de werkelijkheid leveren is dit een betrouwbare en valide bron. Directe metingen bieden daarnaast een hoge mate van objectiviteit.

Er bestaat echter wel een kans dat de onderzoeker als indringer wordt beschouwd, waardoor men zich anders gaat gedragen dan dat zij zonder de aanwezigheid van de onderzoeker gedaan zouden hebben. Om dit risico te ondervangen is er in het observatie onderzoek naar de werkzaamheden van de SCAN relatiemanager voor gekozen om de onderzoeker niet als zodanig bekend te maken.

Literatuur- en andere bronnenlijst

Artikelen

Baarsma 2014

B. Baarsma, 'waarom maakt geld wel gelukkig'? universiteit van Nederland d.d. 04/2014

Hugenholtz 2003

P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?' AMI 2003, P. 203

Jehoram 1991

H. C. Jehoram, 'Auteursrechtenbureaus: enkele grondbeginselen', Informatierecht/AMI 1991.

Kasdorp en Kloosterhuis 2000

E.A. Kasdorp en E.J. Kloosterhuis, 'Enkele aspecten van het toezicht op concentraties nader bezien. Markt & mededinging, aflevering 5 2000

Koelman 2004

K.J. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging', AMI 2004, pag. 45-50

Van de Ree 2014

H. van de Ree, 'reactie Buma/Stemra consultatie ambtelijk voorstel art. 45d Aw aan het ministerie van Veiligheid en Justitie'. d.d. 9 april 2014

Rochelandet 2002

F. Rochelandet, 'Are Copyright Collecting Societies Efficient? An Evaluation of Collective Administration of Copyright in Europe' 2002.

de Wit 1985

S. de Wit 'Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)' 1985, nr. 50.

Boeken

Ballin 1970

E.M.H. Ballin, *Auteursrechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer 1970

Besen e.a. 1992

S.M. Besen e.a., *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, Virginia: Virginia Law Review 1992

Depoorter

B.W.F. Depoorter, *Regulation of natural monopoly*, Cheltenham: Edward Elgar 2000,

Fox

J.G. Fox, *background music and industrial efficiency- a review*, Birmingham: applied ergonomics 1971

Gerbrandy

S. Gerbrandy, *kort commentaar op de auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988

Holzhauer & Gellaerts 2012

R.W. Holzhauer & S.L. Gellaerts, *Van idee naar IE*, Deventer: Kluwer 2012

Koedooder & Molenaar 2011

M. Koedooder & D. Molenaar, *Artiest & Recht 2011/2012*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Lingen 2007

N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen: Wolters-Noordhof 2007.

Merges

R.P. Merges, 'Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations', *California Law Review* 1996.

Slot & Swaak 2012

P.J. Slot & Ch. R.a. Swaak, *Inleiding mededingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Smith

A. Smith *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Pennsylvania, Electronic classics series publication 2010

Spoor e.a. 2011

J.H. Spoor e.a., *Auteursrecht, Auteursrecht, Naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2011

Elektronische bronnen

www.3voor12.vpro.nl
www.ad.nl
www.cisac.org
www.cvta.nl
www.bumastemra.nl
www.blisshq.com
www.devos.nl
www.djmonitor.com
www.mbs.edu
www.omroepbrabant.nl
www.nos.nl
www.patent.gov.uk
www.rijksoverheid.nl
www.spitsnieuws.nl
www.teezir.com
www.uitzendinggemist.nl
www.visionair.nl
www.volkskrant.nl
www.vvem.nl
www.youtube.com

Jurisprudentie

GEAEG

GEAEG 17 september 2007, zaak T-201/04 (microsoft/commissie)

HVJEG

HvJEG 13 juli 1989, Zaak 395/87 (Tournier).

Hoge Raad

HR 30 mei 2008, LJN BC2153 (Endstra/ Nieuw Amsterdam inzake de Endstra Tapes).
HR 28 juni 1946 , NJ 1946, 712 Van Gelder/van Rijn.
HR 25 maart 1949, NJ 1950, 643 (La belle et la bête).
HR 10 januari 2003, AMI 2003, nr. 6 p. 49 (Rainbow/Peer).
HR 14 juni 1929, NJ 1929, (Buma/De Boer).
HR 4 juni 1920, NJ 1920, 720.
HR 1 juni 1920, NJ 1920, 718.
HR 18 juni 1920, NJ 1920, 797 (Buitensociëteit)
HR 8 maart 1957, NJ 1957, 271 (Buma/de Vries).
HR 24 mei 1968, NJ 1968, 252 (Buma /Brinkman).

Gerechtshof

Hof Amsterdam 2 juni 1994, AMI 1995, p. 69 (zaadnoordijk/Stemra).
Hof 's-Hertogenbosch 10 juli 1985 NJ, 1985, 813.
Hof 's- Gravenhagen 3 april 2003 , NJ 2003, 560 (Buma/Bagci)
Hof 's-Gravenhage 16 oktober 1969, NJ 1970, 243.
Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2000, AMI 2001, nr. 2, p. 51.
Hof Arnhem 29 maart 1961, NJ 1961, 339.

Rechtbank

Rb. Amsterdam 2 april 1986, NJ 1987, 548 (Souer/Roba).
Rb. Leeuwarden 14 april 2000, AMI 2000, p. 143, IER 200, nr. 46, p. 223.

Parlementaire stukken

Kamerstukken Tweede Kamer

Kamerstukken II 1996/97, 24 707, nr. 6.

Kamerstukken II 2001-2002, 27 775, nr. 8.

Kamerstukken II 2001-2002, 27 775, nr. 5.

Rapporten en adviezen

CVTA 2013

Onderzoek College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten Rapport van bevindingen II Buma/Stemra, 15 april 2013.

KPMG 2013

Rapport KPMG inzake het organisatieonderzoek bij Buma/Stemra, 25 januari 2013.

NMA 2007

Rapport februari 2007, De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties.

PWC 2012

Rapport PWC Claim Rietveldt-Buma/Stemra Analyse en achtergronden 7 mei 2012.

Wet- en regelgeving

Internationale wetgeving

Richtlijn 2001/29/EG van het Europees parlement en de raad van 22 mei 2001: betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

Nr. 49 van de Resolutie van 15.1.2004 (noot 1).

Bernerconventie.

Uhreberrechtswahrnehmungsgesetz.

Consent decrees.

Wetten, besluiten en regelingen

Auteurswet

Burgerlijk Wetboek boek 3 en 6

MvT Wijziging van de Auteurswet 1912 inzake het reprografisch verveelvoudigen.

Ministeriële beschikking van 24 maart 1933, Stcrt, 1933 nr. 60.

Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten

MvT Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten art. 2 structuur van het toezicht.

Wetsvoorstellen

MvT bij wetsvoorstel 19.998, pag. 44 resp. Art. 79 Overgangswet Nieuw BW.

Wetsvoorstel Auteurscontractenrecht 33308