

# Groot recht, Klein onrecht?

Marcel de Zwaan\*

Het onderscheid tussen groot en klein recht is onduidelijk en niet auteursrechtelijk van aard.<sup>1</sup> Tariefverschillen bij openbaarmaking van hetzelfde werk onder de ene of de andere noemer zijn in de praktijk gangbaar maar niet verdedigbaar. De willekeurige grondslag en de vage en variabele definities dragen bij aan het onbegrip van gebruikers die niet kunnen volgen welke rechten zij waar, tegen welk tarief, kunnen of moeten verwerven. Ophelderen en opstrakken! Hoewel; er zijn nog meer problemen. De oplossingen zijn voorstelbaar maar allerminst eenvoudig.

## Inleiding

In de tachtiger jaren, toen NPO Radio 4 nog Hilversum 4 heette, vertelde de toenmalige 'chef ernstige muziek' mij dat men jaarlijks 300.000 gulden betaalde aan groot rechtvergoedingen. Op mijn verbazing (net van de universiteit) reageerde hij niet begrijpend. In mijn uitleg dat er op de radio nooit sprake kon zijn van een opvoering, maar uitsluitend van een uitvoering van het muziekdramatische werk zag hij geen grond om de betalingen te stoppen. Tot niet zo lang geleden was mijn verklaring voor dit doodgemoedereerde blijven spenderen van publiek geld, dat je kennelijk alleen bij betaling uit eigen zak zuinig bent. Later bedacht ik dat het comfort en de vanzelfsprekendheid van het meegaan in een gevestigde praktijk en het in stand houden van de relatie met de muziekuitgevers die het groot recht licentiëren, belangrijker en aantrekkelijker is dan het breken met die praktijk door te verwijzen naar de theorie. Geen moment kwam bij mij de gedachte op dat het onderscheid tussen groot en klein recht misschien toch anders lag dan ik dacht en radiouitzendingen wel degelijk tot het terrein van het groot recht zouden kunnen behoren.

Even weinig last van twijfel over het onderscheid tussen klein en groot recht had ik in dezelfde periode (ik werkte net bij het Holland Festival) toen ik met de accountmanager van Buma Stemra door het programma liep om te bespreken voor welke onderdelen aan Buma een klein rechtvergoeding zou moeten worden afgedragen en of dit in de betreffende gevallen 3, 5 of 7% van de netto-recette zou moeten zijn.<sup>2</sup> Aangekomen bij de concertante uitvoering van de

opera *La vera storia* van Luciano Berio was duidelijk dat dit een uitvoering zou zijn die onder het klein recht zou vallen, niettegenstaande de te verwachten theatrale aanwezigheid van Milva, de zeer Italiaanse, flamboyante diva, bijgenaamd *La Rossa* en *la Pantera di Goro*.

Twijfel over de inhoud en houdbaarheid van de begrippen groot en klein recht is bij mij niet door afbakeningsvragen opgekomen (waarover straks meer), maar pas ontstaan door het verschil tussen de gehanteerde tarieven. Hoe kan het nou dat bij het laten klinken in de concertzaal van werken van Erik Satie of Dimitri Shostakovich maximaal 7% van de recette moet worden afgedragen, terwijl voor dezelfde muziek als begeleiding of als onderdeel van een choreografie soms wel 13% wordt gerekend, en de gebruiker (het theater, het dansfestival, de producent) daarenboven ook de overige rechthebbenden, in de eerste plaats de choreograaf, zal moeten compenseren met een percentage van de recette of de afkoopsom.

Het betalen van substantiële bedragen ten titel van groot recht, terwijl hiervan geen sprake lijkt te zijn (want radio). Het ten titel van groot recht verschuldigd zijn van een vergoeding die bijna het dubbele bedraagt van het klein recht, terwijl het gaat om de uitvoering van een muziekdramatisch werk in de zaal, en niet om de opvoering (want concertant). Dit zijn voorbeelden die vragen oproepen over de aard en houdbaarheid van de begrippen groot en klein recht en over de kennis en het gedrag van de marktpartijen. Hoe zit dit? Wat is hier aan de hand?

\* Mr. M.R. de Zwaan is advocaat te Amsterdam (Bremer & De Zwaan) en lid van het College van Toezicht Auteursrecht. Hij is redacteur van dit blad. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

<sup>1</sup> De termen groot- en klein recht worden in de literatuur wel en niet aan elkaar geschreven. Ik schrijf (tenzij in afwijkende citaten) de termen niet aan elkaar.

<sup>2</sup> conform de systematiek van Buma was en is een tariefschijf van toepassing met 3% bij minder dan 1/3 behorende tot het Buma repertoire, tot 2/3 is het 5% en wanneer meer dan 2/3 van het uitgevoerde werk Buma repertoire betref wordt het 7%. [https://www.bumastemra.nl/wp-content/uploads/2021/12/BUM.414.0122\\_31-Tarief-Algemeen-2022.pdf](https://www.bumastemra.nl/wp-content/uploads/2021/12/BUM.414.0122_31-Tarief-Algemeen-2022.pdf)

De beantwoording van deze vragen, die raken aan tal van thema's, zowel op het gebied van het auteursrecht als de mededinging, gaat het bestek van deze bijdrage te boven. Ik beperk mijn ambitie en de verwachting van de lezer tot een korte verkenning van de volgende onderwerpen: (i) oorsprong en definitie, (ii) de groot recht-licentiepraktijk, (iii) oplossingen?

## Oorsprong en definitie

Groot en klein recht, wat wordt hieronder verstaan en waar komt het vandaan? De betekenis van en het onderscheid tussen groot en klein recht ontleent zijn bestaansrecht goeddeels aan de begrenzing van het wettelijke bemiddelingsmonopolie inzake het muziekauteursrecht. In Spoor, Verkade en Visser wordt het onderwerp vrij summier besproken: Het groot recht omvat uitsluitend de uitvoering van muziekdramatische werken die gepaard gaat met de opvoering ervan. Het klein recht al het in het openbaar ten gehore brengen van muziek.<sup>3</sup> Deze uitleg stemt nagenoeg overeen met de uitzondering die ingevolge artikel 30a lid 3 Auteurswet geldt voor het bemiddelingsmonopolie van Buma (de uitvoering zonder te worden vertoond).<sup>4</sup> De in de wet verwoorde uitzondering is iets ruimer omdat hij naast de gecombineerde op- en uitvoering van dramatisch-muzikale werken ook de gecombineerde op- en uitvoering van choreografische werken en pantomimes omvat.

De verklaring die Spoor, Verkade en Visser (en anderen) geven voor deze uitzondering luidt; 'Deze uitzondering is vermoedelijk een afspiegeling van een in andere landen historisch gegroeide praktijk, waarbij Buma's zusterorganisaties aldaar zich niet bezighielden met opvoeringen van opera's, musicals, balletten etc., omdat die van oudsher tot het werkterrein van aparte organisaties (bijv. in Frankrijk) of muziekuitgevers (onder andere in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk) behoorden.'<sup>5</sup> Wat zodoende als eerste opvalt, is dat groot en klein recht weliswaar betrekking hebben op exclusieve rechten, het op- en het uitvoeringsrecht, maar dat het onderscheid op- en uitvoering gelijktijdig, of enkel uitvoering, geen auteursrechtelijke, maar een economische achtergrond heeft. Een tweede opmerkelijk punt is dat als de begrippen in de juridische literatuur en in praktijkgerichte publicaties worden beschreven, dit gebeurt met wisselende, losjes geformuleerde omschrijvingen. Wat ontbreekt, is een eenduidige, alom gebezigde

definitie, een uitgekristalliseerd begrip. Dit zal allereerst het gevolg zijn van het voorgaande punt; de begrippen hebben geen auteursrechtelijke wortels en bijgevolg missen in de omschrijving ook de theoretisch beproefde draden waarmee goed beredeneerbare begrippen zouden kunnen zijn gesponnen. De tweede reden voor het uitblijven van een eenduidig begrip, althans van een eenduidige afbakening tussen het groot- en klein recht is vermoedelijk de beperkte economische waarde van het groot recht in verhouding tot de exploitatie van de muziekuitvoeringsrechten. Zonder substantiële belangen wordt er weinig rechtspraak veroorzaakt en is er weinig aandacht in de handboeken.

Van Lingen legt bijvoorbeeld uit: 'Het muziekuitvoeringsrecht wordt ook wel "kleinrecht" genoemd. Daaronder rekent men, althans in Nederland, tevens het enkele ten gehore brengen van de *muziek* (cursief VL) van opera's, operettes, musicals, balletten en dergelijk. *Integrale* opvoering (cursief MdZ) van deze werken (dus met 'toneel' etc.) valt echter in de sector grootrecht.'<sup>6</sup> De verwoording door Van Lingen is niet slechts een voorbeeld van het losjes formuleren ('dus met toneel etc.') dat in veel publicaties is terug te vinden, maar ook een voorbeeld van een vaker voorkomende afwijking van het gebruik van het begrippenpaar op- en uitvoeren. In plaats van de gelijktijdige op- en uitvoering van een werk is het bij Van Lingen de *integrale opvoering* die de openbaarmaking als groot recht kwalificeert. In het geheel aan het groot en klein recht gewijde boek van Bèr Deuss lezen wij iets vergelijkbaars: 'Heel precies spreekt men bij klein recht van uitvoeren, bij groot recht van opvoeren.' Vervolgens betreft Deuss bij het onderscheid ook de werkcategorieën, maar vervangt hij bij de aanduiding van het groot recht het opvoeren door 'openbaar maken' en schrijft: 'We gebruiken uitvoering voor het openbaar maken van werken van muziek met of zonder woorden (onder "klein recht"), opvoering voor het openbaar maken van dramatisch-muzikale en overige werken onder "groot recht".'<sup>7</sup> Wanneer wij ervan uitgaan dat Deuss met groot recht het opvoeringsrecht bedoelt, zou het bij het spreken van het opvoeren van 'overige werken' logisch zijn daar ook de opvoeringsrechten van toneelwerken toe te rekenen.

Op historische gronden blijkt daar eigenlijk ook veel voor te zeggen. Door Deuss worden de historische, buitenlandse wortels van het groot recht tot in de renaissance bloot-

3 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, 4de druk 2019, p. 620.

4 Art. 30a lid 3: 'Met de uitvoering of de uitzending in een radio- of televisieprogramma van muziekwerken wordt gelijkgesteld de uitvoering of de uitzending in een radio- of televisieprogramma van dramatisch-muzikale werken, choreografische werken en pantomimes en hunne verveelvoudigingen, indien deze ten gehore worden gebracht zonder te worden vertoond.'

5 Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, t.a.p.

6 N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, 2002, p. 175

7 L.J. Deuss, *Groot en klein recht*, 2007, p. 10: 'In de vroegste periode waarin de gunst van de koning als bestaansbasis plaats

ging maken voor de voor de gunst van het publiek, vinden wij ook de genesis van het groot recht, respectievelijk van de buitenlandse organisaties die zich bezighielden met de opvoeringsrechten. Het betreft de periode 1670-1680 toen in Frankrijk koninklijke privileges werden verleend aan bepaalde staatstheaters aan wie een exclusief opvoeringsrecht werd verleend, waarbij tegenover het verleende voorrecht in reglementen verplichtingen ten gunste van de auteurs van de opgevoerde werken werden opgelegd, onder meer bestaande uit het mededelen in de recette.'

gelegd. Daarbij komt aan het licht dat deze wortels mede en niet in de laatste plaats in het theater (toneel) zijn te vinden; van de middeleeuwse kar als vervoermiddel van decor en podium via de hofkunst belandt de podiumkunst in het theater.<sup>8</sup> Het tot het groot recht rekenen van de opvoeringsrechten van toneelwerken zou op zichzelf keurig passen in het motief dat ten grondslag ligt aan de uitzondering op de bemiddeling in het muzikaleuteursrecht, te weten de historisch gegroeide praktijk; de in 1777 in Parijs opgerichte SACD houdt zich nog altijd bezig, ook in Nederland, met de verlening van onder meer theateropvoeringsrechten.

Het zonder beperking tot een werkcategorie kwalificeren van klein recht enkel als uitvoeringsrecht (het ten gehore brengen) en het groot recht als opvoeringsrecht, waaronder begrepen een integrale opvoering wanneer sprake is van de op- en uitvoering van een muzikdramatisch werk, choreografie en pantomime lijkt aantrekkelijk door zijn eenvoud en aansluiting op de auteursrechtelijk te onderscheiden openbaarhandelingshandelingen. Maar het belang van deze stroomlijning is beperkt, omdat er geen einde mee wordt gemaakt aan de veelvoudige en willekeurige invulling van de begrippen door de praktijk van rechtenorganisaties en uitgevers. Hun invulling van de begrippen wordt bepaald door het repertoire dat zij beheren en de ad-hoc oplossingen die noodzakelijk zijn wanneer het gebruik van het werk zowel kan bestaan uit de opvoering als uit de uitvoering ervan.<sup>9</sup> Een blik over onze oostgrens bevestigt dit sombere beeld. De Duitsers maken een onderscheid naar 'musikalische Ausführung' en 'bühnenmässige Ausführung' en kennen ook de begrippen groot en klein recht bij de afbakening van de bemiddeling van het muzikaleuteursrecht, maar van een eenduidige definitie is ook bij hen geen sprake. Schrickler oordeelt zelfs vernietigend: 'Wegen ihrer unterschiedlichen Verwendung sind die dem Sprachgebrauch der beteiligten Verkehrskreise entstammenden Begriffe "Grosse" und "kleine" Rechte als Rechtsbegriff unbrauchbar.'<sup>10</sup>

Zo is het en met het constateren van de oorsprong en van de onbruikbaarheid van de begrippen groot en klein recht zijn wij ook geen stap dichterbij een verklaring waarom bij een concertante uitvoering maximaal 7% van de netto-

recette wordt gerekend door Buma, terwijl bij de integrale opvoering (de 'op- en uitvoering') van hetzelfde muziekdramatische werk door de muziekuitgever 13% wordt gerekend.

## De groot recht-licentiepraktijk

De wisselende afbakening van het groot en klein recht langs willekeurige en ad hoc bepaalde lijnen leidt tot merkwaardige praktijken, beschreven door onder meer Deuss en de Studiecommissie Groot recht-Klein recht; muziekuitgevers begeben zich met groot recht-licenties voor de radio-uitzending van muzikdramatische werken op het volgens de wet aan Buma voorbehouden werkterrein, omdat de betreffende rechten zich in het buitenland niet bevinden bij de collectieve beheersorganisatie waarmee Buma haar wederkerigheidsovereenkomsten heeft.<sup>11</sup> Helder, maar wat vinden wij hiervan? Tot die merkwaardige praktijken vanwege een onvolkomen afbakening behoort ook het veelvuldig als groot recht licentiëren van de in de zaal concertant uitgevoerde opera. Wat moeten wij aan met een definitie van het groot recht als 'integrale opvoering', of als 'gelijktijdige op- en uitvoering', wanneer noch op de radio, noch bij de concertante uitvoering sprake is van 'opvoering'? In het Duitse recht vinden wij bepaald geen steun. Schrickler beschrijft gedetailleerd wat er in allerlei uitwerkingen en nuances naar Duits recht moet worden verstaan onder de opvoering van het werk:<sup>12</sup> 'Eine bühnemannige Aufführung liegt jedenfalls in allen Fällen vor, in denen ein gedanklicher Inhalt durch ein für das Auge, oder für Auge und Ohr bestimmtes bewegtes Spiel im Raum dargeboten wird.'<sup>13</sup> De concertante uitvoering van een opera is volgens Schrickler e.a. geen opvoering: 'Ohne Bewegtes Spiel fehlt es an einer bühnemannigen Aufführung, zB der [...] konzertmässigen Wiedergabe eines Operns.'<sup>14</sup> Ook in de bewoording van de Auteurswet valt geen steun te vinden voor de kwalificatie van een radio-uitzending of concertante operauitvoering als klein recht. Het lijkt duidelijk dat artikel 30a Aw dat de concertante uitvoering van een opera onder het bemiddelingsmonopolie van Buma moet worden begrepen: 'het ten gehore brengen van de opera zonder te worden vertoond'.<sup>15</sup> Deuss meldt echter dat de Nederlandse praktijk desalniettemin aarzelt en dat de concertante opera vaak, maar niet altijd

8 L.J. Deuss, t.a.p. p. 26, 27; privilege van 1680. Het recette aandeel zou sinds 1697 1/9 deel bedragen voor de auteur

9 Illustratief is de beschrijving van de chaotische en van geval-tot-geval-praktijk en het ontbreken van een internationaal eenstemmig begrip van de afbakening door de Studie Commissie Groot recht Klein recht van de VvA, 1993, p. 6, 7 zie ook: <https://www.bumastemra.nl/faq/groot-recht-klein-recht/>.

10 G. Schrickler, *Urheberrecht Kommentar*, Beck 2020, p. 454. Zie bijv. het *Gema Jahrbuch 2021-2022*, p. 237-239 voor de afbakening die Gema met de Duitse omroep overeenkomt in haar zogenaamde Abgrenzungsvereinbarung: <https://www.gema.de/die-gema/publikationen/jahrbuch/>; men hanteert getalsmatige criteria ('tot 25%') of nog vreemder; bij uitzending via de radio is de muziek als onderdeel van een

choreografisch werk klein recht, tenzij 'das szenische Geschehen des ganzen Werkes in seinen wesentlichen Zügen dargeboten wird'; op de radio?

11 Rapport t.a.p. p. 8; niet alleen merkwaardig, maar ook strafbaar ingevolge art. 35a Aw. Vermoedelijk vinden wij hier overigens ook de verklaring voor de in de inleiding beschreven betaling van tonnen groot recht door de toenmalige baas van (destijds) Hilversum 4.

12 Schrickler t.a.p., p. 451-453.

13 Schrickler t.a.p., p. 451.

14 Schrickler t.a.p., p. 452.

15 Zo ook uitdrukkelijk Gerbrandy, *Kort Commentaar*, Gouda Quint 198, p. 348,349.

wordt behandeld als groot recht.<sup>16</sup> Dat is vanuit een systematisch perspectief gezien heel erg gek en het zou mij niet verbazen wanneer de praktijk nog gekker is en er zowel groot als klein recht wordt betaald.<sup>17</sup>

Maar behalve dat op de radio en bij een concertante uitvoering geen sprake is van opvoering, is er nog iets heel gek aan de opvoering, respectievelijk aan het groot recht waarmee toestemming voor de gelijktijdige op- en uitvoering wordt gegeven. De aarzelingen waar Deuss op doelt, zullen vermoedelijk veelal bestaan uit de aanwezigheid van 'dramatische elementen' als onderdeel van de concertante uitvoering; de musici zitten misschien niet in de orkestbak, maar op het podium en de zangers staan niet stokstijf, maar leggen iets van voordracht en spel in hun optreden en dragen wellicht een onderdeel van een kostuum of rekwisiet. Dergelijke dramatische elementen die uitsluitend zichtbaar zijn bij een opvoering, zijn geen bestanddeel van de partituur of het libretto. Het zijn auteurs- en/of nabuurrechtelijke creaties en/of prestaties van een andere aard met andere rechthebbenden. In het gegeven dat het onderscheid tussen groot en klein recht moet worden gevonden in de dramatisering, in het visualiseren met behulp van creaties en prestaties, zoals de regie, het spel, het decor en kostuums, schuilt zodoende een auteursrechtelijke ongerijmdheid. Het groot recht betreft immers de gelijktijdige op- en uitvoering van het werk, maar de groot recht-licentie betreft uitsluitend de muziek (met of zonder tekst). Wat is de logica van een groot recht-licentie die zich van de klein recht-licentie onderscheidt door het opvoeringsaspect? Het muziekdramatische werk (compositie met tekst) wordt bij uit- en bij op- en uitvoering op identieke wijze uitsluitend, uitgevoerd. Er ontstaat pas een auteursrechtelijk relevant onderscheid tussen op- en uitvoering wanneer men dat muziekdramatische werk definieert en licentiëert als de gereede productie, dus met de visuele bestanddelen zoals decor, kostuums, regie. Dat is echter in de praktijk niet het geval. Het auteursrechtelijk meerdere dat bij een opvoering openbaar wordt gemaakt, betreft bestanddelen die niet in de groot recht-licentie zijn begrepen. Vanwege deze ongerijmdheid is een extensieve interpretatie van het 'ten gehore brengen zonder te worden vertoond', zodat ook de radio-uitzending en de concertante uitvoering van een muziekdramatisch werk eronder zouden kunnen worden begrepen, vreemd.

## Groot recht, groot probleem

De in de inleiding gesignaleerde eigenaardigheden en de hieraan ten grondslag liggende feitelijkheden, zijn in de literatuur gesignaleerd zonder dat hier consequenties aan werden verbonden.

Dit zou wel moeten gebeuren. De niet scherp omlinjende begrippen en het willekeurig maken van onderscheid op basis van historische situaties en/of willekeurige concurrentieverhoudingen, respectievelijk afspraken, heeft voor met name gebruikers een ondoorzichtige markt tot gevolg. Zowel het loket, als de prijs zijn onduidelijk en onbegrijpelijk. De problematische ondoorzichtigheid beperkt zich bovendien niet tot de prijs- en 'loketproblematiek'. Er is namelijk nog een andere as op de grafiek van ondoorzichtigheid, die kruist met de duistere afbakening tussen groot- en klein recht. Het betreft de moeilijkheid dat bij het gemeenschappelijke uitbaten van rechten (collectief en/of door uitgeverijen en agenten) het autoriseren van synchronisatie (muziek bij 'beeld') en van integratie (van muziek in 'beeld'), individuele, persoonlijkheidsrechtelijk geladen verbodsrechten, het mandaat van de lokethouder overstijgen. Het 'loket' in kwestie waar men dan moet zijn, is namelijk de individuele maker en/of uitvoerende die toestemming zal moeten verlenen voor het beoogde gebruik. De gebruiker die zich met een voorgenomen bewerking bij de uitgever of rechtenorganisatie meldt, zal zich dan al snel de bal in een (doorgaans erg trage) flipperkast voelen. Hij stuitert heen en weer tussen de loketten zonder (tijdig) de zekerheid te krijgen dat hij aan het juiste adres is. In de podiumkunsten (theater, dans, muziektheater) is dit geen uitzondering, maar eerder regel; een systeemprobleem. Geen maker ('regisseur-bewerker') is namelijk geïnteresseerd in een tekstgetrouwe op- en uitvoering, tenzij hij/zij hoopt voorzitter van de raad van toezicht van Madame Tussauds te worden. Wanneer wij ons beperken tot de kruising met de as van vaagheid van het onderscheid groot en klein recht, manifesteert zich deze problematiek vooral in twee disciplines. Allereerst bij het gebruik van bestaande muziek bij een nieuwe choreografie: Niet zelden besluit de choreograaf – in een heel laat stadium – welke (fragmenten van de) muziek hij wil gebruiken. Een veel voorkomende nachtmerrie is dan ook nog eens de keuze van de choreograaf voor muziek van diverse componisten. De producent droomt in zo'n geval zwetend van het zwarte gat waarin alle besef van tijd verloren gaat wanneer om toestemming moet worden gevraagd aan diverse uitgeverloketten, verwezen wordt naar Buma en teruggekoppeld wordt naar de oorspronkelijk rechthebbenden, terwijl de premièredatum juist versneld nadert. Minder veelvuldig, maar ook onoverkomelijk prominent is het gebruik, of zelfs integreren, van bestaande muziek in de handeling van de voorstelling. Tenzij een wettelijke beperking als citaat of parodie van toepassing is (ook al een onzekere aangelegenheid), zal toestemming vereist zijn voor de bewerking, maar moet de gebruiker nu naar het loket van het groot of het klein recht om voor dit al dan niet van formaat (van klein naar groot) te verschieten product de rechten te rege-

16 Deuss t.a.p., p. 83. Deze waarneming treffen wij ook aan bij de Studiecommissie van de Vva, t.a.p., p. 7.

17 In de modelovereenkomst landelijke commerciële radio ziet men bijvoorbeeld als definitie Muziekwerken: (i) muziekwerken met of zonder woorden; (ii) dramatisch-muzikale, choreografi-

sche werken en pantomimes. Buma en Stemra beschikken niet over de vertoningsrechten van de onder (ii) genoemde categorieën werken en verstrekken ter zake geen licenties; [www.bumastemra.nl/muziekgebruikers/](http://www.bumastemra.nl/muziekgebruikers/) documentenmuziekgebruikers.

len en wie vrijwaart hem voor de gevaren van onverhoeds opduikende derden-rechthebbenden in deze mist?<sup>18</sup>

In het bestek van deze bijdrage spits ik de aandacht toe op de vraag naar het tariefverschil. Het meest eenvoudige en sprekende voorbeeld van het niet te volgen verschil tussen groot en klein recht is het aanzienlijke tariefverschil dat onder groot en klein recht wordt gehanteerd voor dezelfde openbaarmaking. Buma rekent al tientallen jaren 3 tot 7% van de netto-recette, afhankelijk van het aandeel Buma-repertoire in het programma. Bij groot recht is daarentegen een bandbreedte van 8 tot 13% heel gangbaar.<sup>19</sup> De belangrijkste vertegenwoordiger van het groot recht, Albersen, stelt bijvoorbeeld 'al tientallen jaren hetzelfde tarief te hanteren', te weten 12% van de bruto recette bij een avond met uitsluitend muziek uit hun repertoire.<sup>20</sup> Dit relatief hoge percentage voor groot recht heeft zeer historische wortels; onder verwijzing naar de voorbeelden die Deuss noemt, signaleer ik dat al in 1697 11% van de bruto recette werd gerekend.<sup>21</sup>

Hoe zou men dit hoogteverschil moeten verklaren? Vanuit een auteursrechtelijk perspectief is dat niet eenvoudig. Men kan voorop stellen dat de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding ex artikel 25c lid 1 Aw niet met een meetlat, peilstok of eenvoudige formule objectief, noch nauwkeurig kan worden vastgesteld. Maar de vraag is in essentie niet of 3, 5, 7, of 13% een billijke vergoeding is. De vraag is of er een rechtvaardiging bestaat voor dit tariefverschil bij groot en klein recht, gelet op het feit dat het gaat

om de in beginsel dezelfde vorm van openbaarmaking (het laten klinken van het muziekdramatische werk) en om dezelfde rechthebbende(n); de makers van het muziekdramatische werk, dat wil zeggen van de muziek en de tekst. Zowel bij de uitvoering als bij de gecombineerde open uitvoering is immers slechts sprake van een en dezelfde bevoegdheid; de 'immateriële openbaarmaking'; of de opera nu alleen te horen is of ook te zien; we horen telkens dezelfde muziek en tekst; de toeschouwer die in het Muziektheater zijn ogen sluit hoort dezelfde opera als zijn buurvrouw die daarnaast de visuele aspecten van de opvoering aanschouwt.<sup>22</sup> Deze visuele aspecten, dat wil zeggen de creaties (ontwerpen van decor, kostuums en licht, choreografie, pantomime) en prestaties (het spel en de regie) zijn geen bestanddeel van het tarief voor groot recht, althans de rechten van deze makers worden door de verleners van het groot recht niet gezamenlijk vertegenwoordigd. De licentienemer zal naast het groot recht voor de muziek met of zonder tekst, separaat moeten contracteren voor de choreografie, de kostuums enz. Voor gebruikers (producent podiumkunsten en presenterende theaters) is de ondoorgrondelijkheid van het onderscheid tussen klein- en groot recht en van de navenante tariefverschillen niet te begrijpen. De gebruiker weet niet waar hij aan toe is en snapt niet waarom hij groot recht betaalt voor enkel toestemming voor de uitvoering van de muziek, om vervolgens voor de opvoering van de choreografie, de kostuum-, licht- en decorontwerper ook nog eens rechten te moeten afdragen of afkopen.<sup>23</sup>

18 In de procedure n.a.v. twee concurrerende musicals met muziek van ABBA (vzr. Arnhem 18 december 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AF3265, wordt dit geïllustreerd met het strijdpunt of de rechten nu konden worden verleend aan eiser door de muziekuitgever of aan gedaagde door Buma. De rechter komt op grond van het rapport van de Studiecommissie tot de conclusie dat sprake moet zijn van groot recht. Hij constateert dat een verbod evenwel beperkt moet blijven tot de op- en uitvoering van de 'liederen' die door de uitgever (Universal) zijn gelicentieerd. 'Een verdergaand verbod, met name tot op- en uitvoering van de gehele musical, kan niet op schending van het auteursrecht van Universal worden gebaseerd.' Ook in de daaropvolgende bodemprocedure heeft de van klein naar groot recht gegroeide aanspraak volgens de rechtbank uitsluitend betrekking op de muziek en de songteksten (Rb. Amsterdam 6 juli 2005, AMI 2006-1, p. 31-37, m.nt. Visser).

19 Zie bijv. M.T.M. Koedooder, N.H.G. Beltman & D., Molenaar, *Nieuwe Praktijkgids Artiest & Recht* 2011, 5.15 (GROOT RECHT): 'Een producent van een productie met muziek is aan Buma doorgaans circa 3% kwijt, te berekenen over de netto recette. Maar voor groot recht moet de producent meestal veel dieper in de buidel tasten. Een netto recette van 12% is dan niet ongebruikelijk.' Zie ook: G. Kor & W. Koster, *Media- en entertainmentrecht* 2017 (7.6): 'Recht, podia en producties, die ook 12% als groot recht percentage noemen, maar menen dat daarmee gemoeid zijn 'alle afspraken tussen de producent en de betrokken rechthebbenden: componisten, tekstschrijvers, regisseurs, set designers, enzovoort. In theorie is dit denkbaar bij Sabam dat een 'basistarief' van 13, 2% hanteert' (zie ook noot 21).

20 In dit geval is de bron niet een publicatie, maar de mail van Albersen aan een cliënt. Omdat de mededeling zonder voorbehoud was en past binnen de geschetste bandbreedte, bestaat er op voorhand geen reden om aan de inhoud ervan te twifelen.

21 Deuss t.a.p. p. 26-29.

22 Dat er bij het luisteren met gesloten ogen ook een innerlijke voorstelling, een visualisering in het hoofd van de luisteraar ontstaat, betekent niet dat sprake is van een opvoering van de muziek; de luisteraar is de maker van deze beelden; het is een combinatie van uitvoering van muziek en opvoering van de visuele elementen (decor, kostuums, etc.) die deze luisteraar niet volledig waarneemt.

23 Er zijn uitzonderingen, maar zelfs dan is een toevalstreffer (bij samenstelling makers voor een productie) vereist; Sabam zegt over zichzelf: 'Sabam is een van de weinige auteursverenigingen die kunstenaars uit verschillende sectoren vertegenwoordigt.'

Zij verdedigt de belangen van componisten, tekstschrijvers, uitgevers, dramaturgen, choreografen, regisseurs, scenaristen, makers van radiowerken, vertalers, dichters, romanciers, stripauteurs, illustratoren, beeldhouwers, kunstschilders, videokunstenaars, tekenaars, fotografen en grafici." <https://www.sabam.be/nl/faq/welke-auteursrechten-vertegenwoordigt-sabam>. Ondanks deze vele disciplines illustreerde een kleine steekproef Sabam hanteert als 'basistarief' bij theater en dans 13,2% recette (minus BTW en reserveringskosten) wanneer alle uit-/opgevoerde werk Sabam repertoire betreft, <https://www.unisono.be/nl>. Een kleine steekproef met titels van Vlaamse dansproducties leerde dat dit zelden tot nooit het geval zal zijn.

Samenvattend. De begrippen groot en klein recht zijn niet gebaseerd op auteursrechtelijke gronden en het onderscheid in betekenis en tarief evenmin. Daarom kan het gebeuren dat ogenschijnlijk evidente vormen van klein recht als groot recht worden gelicentieerd en tegen de doorgaans veel hogere groot recht-vergoeding worden afgerekend. De gebruiker weet door de ondoorzichtigheid en onberedeneerbaarheid van het onderscheid niet bij wel loket hij moet zijn en wordt geconfronteerd met het hoge(re)tarief zonder daar alle rechten mee te verwerven die vereist zijn voor een gelijktijdige op- en uitvoering omdat juist de toestemming voor de openbaarmaking van de 'dramatisch-visueel' beschermde bestanddelen ontbreken in de groot recht-licentie.

De bestaande licentiepraktijk wordt zodoende als het ware op twee punten overvraagd door de eisen die de podiumkunstpraktijk stelt: De vertegenwoordigers van de rechthebbers kunnen slechts bepaalde opvoeringsrechten verlenen en beschikken bovendien niet zelfstandig over het toestemmingsrecht van de oorspronkelijke maker voor alledaagse bewerking zoals het selectieve en vrije gebruik van een bestaande theatertekst als ware het een 'half-fabricaat' en het verwerken van bestaande muziek in een nieuwe theater, dans, of muziekdramatische voorstelling.

### Doorrommelen of oplossen?

De theoretische oplossing voor deze problemen is niet eenvoudig. Zowel de gespleten geest van het auteursrecht als stimulerende beloning en als blokkade van creativiteit, als de realiteit van (ook internationaal) gevestigde belangen en bestaande structuren die mede ten grondslag liggen aan de huidige situatie, zijn fikse hobbels. Er bestaat helaas geen tariefknop voor groot recht die een paar graden lager kan worden gedraaid. En binnen de EU vindt men vermoedelijk alleen in het Land van Ooit (geen lidstaat) een fair use exceptie of andersoortige vrijheid om een eenmaal openbaar gemaakt werk (uiteraard vergoedingsplichtig ...) te bewerken op een manier zoals dit – ook buiten de voorhoede – in de podiumkunsten volstrekt gebruikelijk is. Bezien vanuit de creatieve uitingsvrijheid is het auteursrecht nu eenmaal een veel te nauw jasje dat nooit op maat gemaakt zal kunnen worden.

Misschien zouden de problemen, ook zonder een fundamentele aanpassing van het auteursrecht, op operationeel niveau enigszins kunnen worden teruggedrongen door minder vergaande ingrepen in de regelgeving en door praktische (deel)oplossingen? In de eerste plaats zou daartoe de schijnorde van de huidige theorie en praktijk moeten worden opgeheven door de begrippen groot en klein recht niet meer te gebruiken en ook op te houden met het beargumenteren van dat onderscheid met auteursrechtelijke argumenten die er niet toe doen (muziek wordt nooit zichtbaar, muziekuitgevers verlenen geen andere rechten dan tekst en muziek). Voor het terugdringen van ondoorzichtigheid, traagheid, tariefverschillen, onverhoopte dubbele betalingen en ander lokettenleed, zou vermoedelijk ook de inzet van alle ter beschikking staande technische mogelijkheden kunnen helpen. In plaats van te schermen met de groot-klein formule bij de vraag waar men moet zijn en wat het gaat kosten, zou men in een goed ontwikkelde centrale database kunnen laten zien welke rechten waar kunnen worden verkregen tegen welke vergoeding. Het zichtbaar maken van de praktische afbakening van het bemiddelingsmonopolie en van de neerslag van de marktverdeling leidt tot een beter werkbaar en beter toetsbare markt.

Een ingrijpender stap zou zijn om de uitgangspunten van het bemiddelingsmonopolie te heroverwegen (zijn de historische beweegredenen voor artikel 30a lid 3 Aw nog richtinggevend) of om de bestaande afbakening op te helderen door invoering van door een ieder vaststelbare criteria. Men zou ook kunnen nadenken over de bundeling van alle opvoeringsrechten door een concentratie van rechtswege van deze rechten bij de producent van de betreffende opera-, musical-, dans-, mime- of (muziek)theatervoorstelling in ruil voor de aanspraak op een billijke vergoeding. De ervaringen met deze figuur in het filmauteursrecht leert echter dat dit weer andere moeilijkheden met zich meebrengt, terwijl deze 'oplossing' ook wel een heel ingrijpende breuk zou betekenen met de bestaande praktijk.<sup>24</sup>

24 Zie Deuss t.a.p., p. 85, 86 en zijn verwijzingen aldaar.