



Besluit

Besluit op handhavingsverzoek PACE

Ons kenmerk : ACM/UIT/571632
Zaaknummer : ACM/21/167630
Datum : 7 februari 2022

1. Inleiding

1. Op 3 maart 2020 heeft PACE Rights Management LLP (hierna: PACE) een klacht ingediend bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) over mogelijke overtredingen van de Mededingingswet (hierna: Mw) en/of het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) door vereniging Buma (hierna: Buma/Stemra).¹
2. PACE beklagt zich - kort samengevat - erover dat Buma/Stemra bij haar aangesloten muzikanten zou ontmoedigen om hun auteursrechten ergens anders onder te brengen of zelf te beheren. Dit wordt ook wel flexibel rechtenbeheer genoemd. Buma/Stemra zou dit doen door (i) haar beleid op het gebied van opzeggen of terugtrekken van bepaalde rechten, (ii) het negeren van notificaties tot terugtrekking en (iii) de tariefstructuur voor live events. Buma/Stemra zou met haar gedragingen haar monopoliepositie op het gebied van het beheer en de exploitatie van auteursrechten willen beschermen, aldus PACE.
3. Buma/Stemra ontkent de vermeende overtredingen, na kennisneming van de niet-vertrouwelijke versie van het verzoek tot handhaving.
4. In dit besluit geeft de ACM op basis van haar initieel inventariserend onderzoek haar beoordeling en concludeert zij dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat Buma/Stemra misbruik maakt van haar economische machtspositie. Gelet hierop besluit de ACM geen nader onderzoek in te stellen en wijst het verzoek tot handhaving af.

2. Betrokken ondernemingen

PACE

5. PACE is een naar Brits recht in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming die optreedt als bemiddelaar van artiesten, waaronder ook Nederlandse artiesten. PACE beheert zelf geen auteursrechten. PACE richt zich op live events (bijvoorbeeld optredens bij concerten en op festivals).²
6. Meer in het bijzonder houdt PACE zich bezig met het assisteren van muzikanten. PACE helpt muzikanten controle te krijgen over hun (auteurs)rechten door hen in staat te stellen hun rechten individueel te beheren en ze rechtstreeks aan muziekgebruikers te licentiëren. PACE helpt zowel muzikanten als muziekgebruikers om een op maat gemaakte licentieoplossing te creëren via directe licenties en licenties via collectieve beheersorganisaties.³

Buma/Stemra

7. Buma/Stemra bestaat in feite uit twee rechtspersonen, te weten Vereniging Buma en Stichting Stemra. De Vereniging Buma richt zich op het recht om een muziekwerk openbaar te maken. De Stichting Stemra richt zich op het recht een muziekwerk te verveelvoudigen. Deze twee rechtspersonen vormen een economische eenheid.⁴

¹ ACM/SIG_IN/005548.

² <https://www.pacerightsmanagement.com/terms-and-conditions-of-use>.

³ <https://www.pacerightsmanagement.com/about>.

⁴ Zie ACM/UIT/174914, Toezeggingsbesluit ACM (2014).

8. De activiteiten van BUMA/STEMRA omvatten zowel het beheer als de exploitatie van auteursrechten.⁵
9. Wat betreft het beheer treedt BUMA/STEMRA voor de muzikant op als beheerder van zijn of haar auteursrecht door dit in zijn of haar plaats te exploiteren. BUMA/STEMRA is een collectieve beheersorganisatie (hierna ook: CBO) van auteursrechten op muziekwerken. Met collectieve beheersorganisaties in andere landen sluit BUMA/STEMRA bilateraal overeenkomsten inzake wederzijdse vertegenwoordiging.⁶
10. Wat betreft de exploitatie van auteursrechten treedt BUMA/STEMRA richting muziekgebruikers op als exploitant die ervoor zorgt dat zij, tegen betaling, de muziekwerken kunnen verveelvoudigen of ten gehore brengen. Concreet gaat het hierbij om het verlenen/weigeren van toestemming voor openbaarmaking/verveelvoudiging (door het sluiten van overeenkomsten met muziekgebruikers), het monitoren van het gebruik en handhavend optreden tegen eventuele inbreuken, het innen van vergoedingen (royalty's) voor gebruik en het verdelen van de geïnde gelden onder de aangesloten auteurs (repartitie).⁷

3. Inhoud van het handhavingsverzoek

11. De ACM gaat hierna achtereenvolgens in op:
 - de inhoud van het handhavingsverzoek;
 - de procedure;
 - de bevindingen en prioritering;
 - het besluit.

Klacht vermeende overtreding artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU

12. PACE verzoekt de ACM te beoordelen of er sprake is van handelen in strijd met artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU door BUMA/STEMRA. Volgens PACE heeft BUMA/STEMRA een economische machtspositie op het gebied van het beheer en de exploitatie van muzikantenauteursrechten en maakt zij hiervan misbruik.
13. Het misbruik, waarbij BUMA/STEMRA bij haar aangesloten muzikanten zou ontmoedigen om hun rechten ergens anders onder te brengen of zelf te beheren, ziet op (i) het beleid van BUMA/STEMRA op het gebied van opzeggen of terugtrekken van bepaalde rechten, (ii) het negeren door BUMA/STEMRA van notificaties tot terugtrekking, en (iii) de tariefstructuur die BUMA/STEMRA hanteert voor live events.
14. Meer specifiek bestaat het misbruik volgens PACE uit de volgende gedragingen:
 - a. Het hanteren van een drie maanden verwerkingstermijn,
 - b. Het verwerken van notificaties slechts één maal per jaar (31 december),
 - c. De mogelijkheid om alleen categorieën van rechten te kunnen terugtrekken,
 - d. Notificaties van muzikanten te beschouwen als aanvragen en daarover beslissen,
 - e. Het dreigen met stopzetten van een uitbetaling vanuit de "black box" bij terugtrekking,
 - f. Het hanteren van een methodologie bij de tariefstelling die leidt tot een overwaardering van de rechten.

⁵ <https://www.bumastemra.nl/wp-content/uploads/2015/04/Wie-wat-hoe-waarom-Buma-Stemra.pdf>.

⁶ <https://www.bumastemra.nl/wp-content/uploads/2015/04/Wie-wat-hoe-waarom-Buma-Stemra.pdf>.

⁷ <https://www.bumastemra.nl/wp-content/uploads/2015/04/Wie-wat-hoe-waarom-Buma-Stemra.pdf>.

4. Procedure

15. Naar aanleiding van de klacht van PACE is de ACM een initieel inventariserend onderzoek gestart.⁸ Tijdens dit onderzoek heeft PACE haar klacht mondeling aan de ACM toegelicht en heeft zij nadere documenten aan de ACM verstrekt.⁹
16. De ACM heeft daarnaast in het kader van haar initieel inventariserend onderzoek informatie ingewonnen bij VillaMusicRights, Tribe of Noise, de heer Bjorn Schipper (advocaat), de heer Rob van Dongen (eveneens advocaat), Retail Entertainment en Spotify.¹⁰ De ACM heeft tevens openbare bronnen geraadpleegd, waaronder de website van Buma/Stemra.¹¹
17. Buma/Stemra is op 22 december 2021 in de gelegenheid gesteld om te reageren op de niet-vertrouwelijke versie van dit handhavingsverzoek.¹² Buma/Stemra heeft op 4 januari 2022 aangegeven zich niet te herkennen in de door PACE gestelde beschuldigingen. Zij ontkent derhalve de vermeende overtredingen.¹³ De reactie van Buma/Stemra is meegenomen in de beoordeling.
18. PACE is op 6 januari 2022 in de gelegenheid gesteld te reageren op de zienswijze van Buma/Stemra.¹⁴ Op 11 januari 2022 heeft PACE een reactie gegeven op voormelde zienswijze.¹⁵ De reactie van PACE is meegenomen in de beoordeling.
19. De ACM heeft op 17 januari 2022 aan Buma/Stemra enkele aanvullende vragen gesteld en haar de gelegenheid gegeven te reageren op de reactie van PACE op de door haar ingediende zienswijze.¹⁶ Op 24 januari 2022 heeft Buma/Stemra hierop gereageerd.¹⁷ Ook deze reactie is meegenomen in de beoordeling.
20. De ACM heeft gedurende haar initieel inventariserend onderzoek meerdere malen telefonisch en schriftelijk contact gehad met PACE over haar handhavingsverzoek.

5. Toetsingskader

21. Wanneer de ACM een verzoek tot handhaving ontvangt, gaat zij allereerst na of het verzoek inderdaad moet worden aangemerkt als een aanvraag tot handhavend optreden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Hiervoor is onder meer bepalend of de indiener van het verzoek belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 Awb. De ACM meent dat PACE belanghebbende is, omdat PACE een objectief, persoonlijk, eigen, rechtstreeks en actueel belang heeft.
22. De ACM ontvangt meer verzoeken om handhaving en signalen over mogelijke overtredingen dan zij gelet op haar onderzoekscapaciteit in onderzoek kan nemen. De bevoegdheid tot handhaven is een discretionaire bevoegdheid van de ACM. Deze wordt begrensd door de beginselplicht tot

⁸ ACM/SIG_IN/005548.

⁹ ACM/IN/538332, ACM/IN/538361, ACM/IN/608633, ACM/IN/608638, ACM/UIT/541568 en ACM/UIT/541569, ACM/IN/538516, ACM/INT/424560, ACM/IN608625 en ACM/INT/424564.

¹⁰ ACM/UIT/541571, ACM/UIT/541570, ACM/UIT/543149, ACM/UIT/569420, ACM/UIT/569407 en ACM/UIT/551289.

¹¹ ACM/INTNZP/009889.

¹² ACM/UIT/567841.

¹³ ACM/IN/668538.

¹⁴ ACM/UIT/569165.

¹⁵ ACM/IN/670217.

¹⁶ ACM/UIT/569737.

¹⁷ ACM/IN/672945.

handhaving.¹⁸ De beginselplicht strekt zich uit tot de vraag wanneer de ACM gehouden is tot handhaving en niet tot de instrumentkeuze (al dient in geval van een vastgestelde overtreding het gekozen instrument effectief en evenredig te zijn).

23. Vanwege de noodzaak om haar onderzoekscapaciteit doelmatig in te zetten, moet de ACM prioriteiten stellen. Dit doet de ACM op basis van haar prioriteringsbeleid (hierna: het prioriteringsbeleid).¹⁹
24. De ACM gebruikt de volgende criteria op basis waarvan zij verzoeken om handhaving beoordeelt:
 - de schadelijkheid van het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart;
 - het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM;
 - in hoeverre de ACM in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden.
25. Het prioriteringsbeleid van de ACM is geen optelsom.²⁰ De ACM kan reeds op basis van een lage(re) score bij één criterium concluderen dat een volledig handhavingsverzoek (op dit moment) niet aangewezen is. Om dit te kunnen beoordelen voert de ACM een initieel inventariserend onderzoek uit.

6. Prioritering

26. In dit hoofdstuk licht de ACM haar beoordeling van het handhavingsverzoek toe. Daartoe schetst de ACM eerst in paragraaf 6.1 de context waarbinnen het vermoede gedrag plaatsvindt. Vervolgens beschrijft de ACM in paragraaf 6.2 haar bevindingen op basis van haar initieel inventariserend onderzoek. Daarbij komt de ACM tot de conclusie dat hoewel Buma/Stemra vermoedelijk beschikt over een economische machtspositie, er onvoldoende aanwijzingen zijn dat zij daar misbruik van maakt. Gelet hierop concludeert de ACM in paragraaf 6.3 dat er geen plicht tot handhaving rust op de ACM en besluit zij om voorrang te geven aan andere onderzoeken.

6.1. Context

27. In deze paragraaf zet de ACM de context waarbinnen het vermoede gedrag van Buma/Stemra plaatsvindt uiteen. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op het auteursrecht, de verschillende vormen van exploitatie en het flexibel rechtenbeheer.
28. Het muziekauteursrecht is vastgelegd in de Auteurswet. Muziekauteursrechten zijn rechten van componisten, tekstdichters en muziekuitgevers.
29. Het auteursrecht heeft het karakter van een verbodsrecht: zonder toestemming van de auteur is er geen gebruik. Aan de toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging van zijn of haar werk kan de auteur voorwaarden stellen, zoals het eisen van een vergoeding, en kan daarmee zijn of haar rechten te gelde maken (exploiteren). Er zijn houders van rechten (rechthebbenden) en gebruikers van die rechten.

¹⁸ Zie bijv. CBb, 20 augustus 2010, ECLI:NLCBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.5.1. e.v.

¹⁹ Zie: "Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt", ACM/DJZ/2016/200888, Staatscourant 2016, nr. 14564, 18 maart 2016 (hierna: het prioriteringsbeleid).

²⁰ Zoals aangegeven in het prioriteringsbeleid.

30. Er zijn verschillende exploitatievormen: offline (bijvoorbeeld radio, televisie, horeca, winkels en liveoptredens) en online (bijvoorbeeld downloaden en streamen). Tegenwoordig zijn er ook combinatievormen, bijvoorbeeld als een live optreden tegelijkertijd via een live streaming aan een breder publiek ter beschikking wordt gesteld.
31. De muzikauteur ofwel de rechthebbende kan het beheer/de exploitatie zelf uitvoeren en/of kiezen voor (collectief) beheer/exploitatie door een derde. Collectief beheer wordt over het algemeen uitgevoerd door collectieve beheersorganisaties, die van oudsher op nationaal niveau zijn opgezet door rechthebbenden om collectief hun rechten te beheren.
32. Op grond van artikel 30a, eerste lid, van de Auteurswet is voor het als bedrijf verlenen van bemiddeling inzake muzikauteursrecht toestemming vereist van de minister van Justitie & Veiligheid. Het gaat daarbij om bemiddeling (tussen rechthebbende en gebruiker) bij de uitvoering in het openbaar (live events) of de uitzending in een radio- of televisieprogramma. Tot op heden is alleen aan Buma/Stemra een dergelijke vergunning verstrekt. De vergunning is beperkt tot offline openbaarmakingen, zoals uitvoering in het openbaar (live events) en uitzending van radio- en tv-programma's. Een muzikauteur mag nog steeds wel zelf zijn of haar auteursrechten op een muziekwerk exploiteren, maar mag dit offline dus alleen voor zijn of haar eigen auteursrechten doen en geen exploitatiediensten aan derden aanbieden. Online mag dit laatste wel en op dit gebied kunnen in Nederland dus ook andere ondernemingen dan Buma/Stemra actief zijn.
33. Zoals hiervoor vermeld, kunnen muzikauteurs ervoor kiezen om hun rechten zelf te exploiteren of deze (voor online) ergens anders onder te brengen dan bij een CBO. Dit wordt flexibel rechtenbeheer genoemd. Indien een muzikauteur zijn of haar rechten ergens anders wil onderbrengen dan bij een CBO of deze zelf wil beheren, dan informeert de auteur de CBO waarbij hij/zij is aangesloten (notificatie). Deze CBO verwerkt deze terugtrekking in haar systemen en informeert haar collega-CBO's in de relevante landen over de terugtrekking, zodat die CBO's dat ook kunnen verwerken in hun systemen. Een CBO kan dus notificaties ontvangen van haar eigen leden alsmede van collega-CBO's in het buitenland.
34. In een Europese richtlijn uit 2014 zijn de regels omtrent rechtenbeheer vastgelegd.²¹ Met de richtlijn wordt beoogd het flexibel rechtenbeheer te bevorderen. Voormelde richtlijn is in 2016 in Nederland geïmplementeerd in de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (hierna ook: Wet toezicht).²² In artikel 2a van deze wet zijn de rechten van rechthebbenden uit artikel 5 van deze richtlijn geïmplementeerd.

6.2. Bevindingen

35. In deze paragraaf beschrijft de ACM haar bevindingen op basis van haar initieel inventariserend onderzoek. Allereerst schetst de ACM het juridisch kader voor het vaststellen van een overtreding van artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU. Vervolgens gaat de ACM in op de door PACE aangedragen gedragingen van Buma/Stemra. Voor elke (vermeende) gedraging van Buma/Stemra onderzoekt de ACM in hoeverre er aanwijzingen zijn voor misbruik.
36. Om een overtreding van artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU vast te stellen, is allereerst vereist dat de betrokken onderneming een economische machtspositie heeft. Hiervan is sprake als een

²¹ RICHTLIJN 2014/26/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 februari 2014 betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt.

²² Staatsblad 2016, nr. 435.

onderneming zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk de consument. Om een economische machtspositie te kunnen vaststellen, dient eerst de relevante markt te worden afgebakend.

37. In het verleden heeft de Europese Commissie een aparte markt afgebakend voor de levering van auteursrechtenbeheersdiensten aan muzikauteurs.²³ Verder heeft de Europese Commissie in verschillende beschikkingen een aparte markt voor de exploitatie van auteursrechten op muziekwerken vastgesteld.²⁴
38. De ACM heeft in haar toezeggingsbesluit uit 2014 geconcludeerd dat Buma/Stemra in Nederland een economische machtspositie heeft op het gebied van de exploitatie van muzikauteursrechten, zowel offline als online. Als redenen worden genoemd: (i) de vergunning voor offline exploitatie, (ii) het muziekrepertoire van Buma/Stemra, en (iii) de hoge toetredingsdrempels voor offline (vergunningvoorschrift + schaalgrootte). De zeer sterke positie van Buma/Stemra op het gebied van offline exploitatie heeft tot gevolg dat zij ook op het gebied van online exploitatie een zeer sterke positie inneemt. Muzikauteurs zijn dus veelal afhankelijk van Buma/Stemra.²⁵ In de gesprekken die gehouden zijn in het kader van dit initiële inventariserende onderzoek wordt bevestigd dat hier geen verandering in is ontstaan. Buma/Stemra heeft dus vermoedelijk nog steeds een economische machtspositie op het gebied van de exploitatie van muzikauteursrechten, zowel offline als online.
39. Naast het vereiste van een economische machtspositie is verder vereist dat het gedrag van deze onderneming kan worden gekwalificeerd als misbruik.²⁶ Om vast te kunnen stellen of sprake is van misbruik, moet duidelijk zijn dat de verweten gedragingen zich inderdaad voordoen, wat zij precies inhouden en wat de impact van die gedragingen is op de mededinging. Tot slot is vereist dat voor het vermeende misbruik geen objectieve rechtvaardiging bestaat.
40. De ACM heeft daarom onderzocht in hoeverre het gedrag van Buma/Stemra kan kwalificeren als misbruik van haar (mogelijke) machtspositie. PACE geeft in het algemeen aan voor de door haar gestelde gedragingen van Buma/Stemra alternatieven te zien. Deze zouden beter zijn in termen van efficiëntie, effectiviteit en innovatie. Dit betekent echter niet automatisch dat er sprake is van misbruik. Ook een onderneming met een economische machtspositie heeft – tot op zekere hoogte – de vrijheid om haar bedrijfsproces in te richten.
41. Daarom heeft de ACM voor elke door PACE aangedragen gedraging van Buma/Stemra als vermeld in randnummer 14 onderzocht of die gedraging kan worden gekwalificeerd als misbruik en daarbij ook de relevante economische context betrokken. De ACM komt daarbij tot de conclusie dat zij hier onvoldoende aanwijzingen voor heeft. De ACM licht dit hieronder per gedraging nader toe.
 - (a) *Het hanteren van een drie maanden verwerkingstermijn, en*
 - (b) *Het verwerken van notificaties slechts één maal per jaar (31 december)*
42. PACE stelt dat Buma/Stemra door het hanteren van de gedragingen sub (a) en sub (b) een drempel opwerpt voor muzikauteurs, waardoor laatstgenoemden beperkt worden in het flexibel rechtenbeheer. Met deze termijnen vertraagt Buma/Stemra opzettelijk het verwerken van aanvragen,

²³ Zie o.a. de beschikking van de Europese Commissie d.d. 16 juli 2003 in zaak 33.593 I CISAC, punt 51.

²⁴ Zie o.a. de beschikking van de Europese Commissie van 22 mei 2007, COMP/ M.4404 - *Universal/BMG Music Publishing*, punt 14 en beschikking van de Europese Commissie van 19 april 2012, COMP/M.6459 - *Sony/Mubadala Development /EMI Music Publishing*, punt 20.

²⁵ ACM/UIT/174914, Toezeggingsbesluit ACM (2014), mrs. 28 t/m 30.

²⁶ De ACM baseert zich bij haar bevindingen mede op de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb 2009/C 45/02, en de hierin vermelde en latere, hierop voortbouwende, jurisprudentie.

aldus PACE. Als gevolg hiervan zouden muzikauteurs afzien gebruik te maken van de opt-out regeling c.q. flexibel rechtenbeheer.²⁷

43. In haar zienswijze erkent BUMA/Stemra de gedragingen sub (a) en sub (b). Echter, BUMA/Stemra betwist de stelling van PACE dat BUMA/Stemra door dit gedrag bewust muzikauteurs zou ontmoedigen om hun auteursrechten ergens anders onder te brengen. Zij licht dit als volgt toe.
44. Ten eerste licht BUMA/Stemra in haar zienswijze de door haar gehanteerde termijnen toe. Zij geeft aan dat een afweging van de belangen van direct betrokkenen ten grondslag heeft gelegen aan het invoeren c.q. hanteren van voormelde termijnen:
"Niet alleen leidt een ruimere mogelijkheid tot opzeggen tot hogere beheerskosten vanwege de extra administratie die dit met zich meebrengt, het zorgt er ook voor dat muzikauteurs meer onder druk kunnen worden gezet door grote muziekgebruikers om hun rechten tijdelijk terug te trekken uit collectief beheer en rechtstreeks een licentie te verlenen. Eén van de doelen van collectief beheer is nu juist om muzikauteurs een sterkere positie te geven ten opzichte van grote muziekgebruikers. [...] BUMA heeft de belangen van de verschillende betrokkenen afgewogen en de mogelijkheid geïntroduceerd op te zeggen tegen 31 december van enig jaar, met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden."
45. Ten tweede merkt BUMA/Stemra op dat de door haar gehanteerde termijnen in overeenstemming zijn met de Richtlijn uit 2014 en het toezeggingsbesluit uit 2014.²⁸
46. BUMA/Stemra betwist derhalve de stelling van PACE dat zij daardoor bewust muzikauteurs zou ontmoedigen om hun auteursrechten ergens anders onder te brengen.²⁹
47. Uit het initieel inventariserend onderzoek van de ACM blijkt ten eerste dat deze door BUMA/Stemra gehanteerde termijnen in lijn zijn met de toezeggingen aan ACM uit 2014.³⁰ In het toezeggingsbesluit is dit als volgt bepaald:
*"BUMA/Stemra hanteert een opzegtermijn die gelijk is voor alle rechthebbenden. Opzegging is mogelijk tegen 31 december van enig jaar, met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste drie maanden. De opzegging dient derhalve te geschieden op uiterlijk 1 oktober van enig jaar. De opzegtermijn geldt ook voor de terugtrekking en het opnieuw aansluiten van rechten."*³¹
48. Ten tweede heeft de ACM in haar initieel inventariserend onderzoek geen aanwijzingen gevonden dat de marktomstandigheden (behoudens de gevolgen van Covid-19) wezenlijk zijn veranderd in vergelijking met 2014.
49. Ten derde hebben de gesprekken met marktpartijen onvoldoende aanwijzingen opgeleverd dat de door BUMA/Stemra gehanteerde termijnen tot gevolg hebben dat bij BUMA/Stemra aangesloten rechthebbenden geen gebruik maken van de opt-out regeling.
50. Uit het initieel inventariserend onderzoek is derhalve niet gebleken dat de gedragingen sub (a) en sub (b) tot gevolg hebben dat aangesloten auteurs geen gebruik maken van de opt-out regeling.

²⁷ ACM/UIT/568302, Gespreksverslag PACE d.d. 10 juni 2020, p. 3 en ACM/UIT/568303 Gespreksverslag PACE d.d. 2 juli 2020, pag. 1.

²⁸ ACM/UIT/174913.

²⁹ Zie ook ACM/IN/672945, Antwoorden BUMA/Stemra op aanvullende vragen d.d. 24 januari 2022, pag. 3-4.

³⁰ Zie artikel 5, lid 4, van voormelde EU Richtlijn. Zie ACM/UIT/174913, Toezeggingsbesluit ACM d.d. 3 juni 2014, pag. 10. Zie artikel 2a, lid 4, Wet toezicht.

³¹ ACM/UIT/174913, Toezeggingsbesluit ACM d.d. 3 juni 2014, pag. 10.

(c) *De mogelijkheid om alleen categorieën van rechten te kunnen terugtrekken*

51. PACE stelt dat het voor een auteur niet mogelijk is om bij Buma/Stemra individuele werken terug te trekken uit het collectieve beheer. Deze handelwijze van Buma/Stemra is volgens PACE in strijd met artikel 5, lid 4, van de Europese richtlijn.³² Daarnaast zou deze handelwijze van Buma/Stemra rechthebbenden ontmoedigen om bepaalde rechten terug te trekken, aldus PACE.
52. Buma/Stemra erkent in haar zienswijze dat terugtrekken van individuele werken uit het collectief beheer door Buma/Stemra niet mogelijk is. Zij merkt op dat ditzelfde geldt voor vele andere CBO's.
53. Vervolgens licht Buma/Stemra deze handelwijze in haar zienswijze nader toe. Zo zou het bieden van een mogelijkheid om individuele werken terug te kunnen trekken uit het collectief rechtenbeheer onder meer grote negatieve gevolgen hebben voor de efficiëntie (en dus kosten) van collectief beheer, de rechtszekerheid van muzikanten en -gebruikers, en de doelstelling van collectief beheer om werken ongeacht hun succes en populariteit effectief te kunnen vertegenwoordigen: *“Als alleen populaire individuele werken – onder druk van grote muziekgebruikers – worden onttrokken aan de reikwijdte van het collectief beheer gaan de beheerskosten van minder bekende werken aanzienlijk omhoog en dat schaadt op termijn de culturele diversiteit. Ook voor muziekgebruikers bestaan, los nog van het verlies aan culturele diversiteit, serieuze nadelen in dat model: een per werk versnipperde markt is erg onoverzichtelijk en maakt het proces om een licentie te verkrijgen bij de juiste partij omslachtig en duur.”*³³
54. Voorts wijst Buma/Stemra erop dat in de Europese richtlijn niet de mogelijkheid is opgenomen om individuele werken terug te trekken. Dit is door de ACM in haar toezeggingsbesluit en later ook door de rechter erkend.³⁴
55. Uit het initieel inventariserend onderzoek van de ACM blijkt dat voormelde gedraging in overeenstemming is met de Europese richtlijn uit 2014.³⁵ De ACM verwijst hierbij eveneens naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. In overweging 6.4.1 heeft de rechter dit als volgt verwoord: *“ACM heeft naar het oordeel van de rechtbank terecht gesteld dat er geen Europese jurisprudentie is die voorschrijft dat CBO's ook het uitzonderen van individuele werken mogelijk moeten maken. Ook de Richtlijn 2014/26/EG verplicht niet tot het uitzonderen van individuele werken.”*³⁶
56. Uit de gesprekken met marktpartijen blijkt eveneens dat geen van hen heeft aangegeven de handelwijze van Buma/Stemra op dit punt incorrect te vinden. Wel wordt opgemerkt dat de infrastructuur van Buma/Stemra en muzikuitgevers verouderd is en zij daardoor een achterstand hebben in technologie.
57. Uit het initieel inventariserend onderzoek is derhalve niet gebleken dat bij Buma/Stemra aangesloten auteurs geen gebruik maken van de opt-out regeling, omdat het niet mogelijk is om individuele rechten terug te trekken.

³² ACM/UIT/568302, Gespreksverslag PACE d.d. 10 juni 2020, p. 3 en ACM/UIT/568303 Gespreksverslag PACE d.d. 2 juli 2020, pag. 1 en 2. ACM/IN/670217, Reactie PACE op zienswijze Buma/Stemra d.d. 11 januari 2022, pag. 10.

³³ ACM/IN/668538, Zienswijze Buma/Stemra d.d. 4 januari 2022, pag. 4.

³⁴ Rechtbank Rotterdam 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6080, r.o. 5.2.1.

³⁵ Zie artikel 5 van voormelde EU Richtlijn.

³⁶ Rechtbank Rotterdam 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6080, r.o. 6.4.1.

(d) *Notificaties van muzikauteurs te beschouwen als aanvragen en daarover beslissen*

58. PACE stelt dat notificaties van wijziging in het rechtenbeheer door BUMA/Stemra worden aangemerkt als een aanvraag, in die zin dat BUMA/Stemra daarover mag oordelen.³⁷ PACE benadrukt dat de notificatie een recht van de auteur is zonder dat BUMA/Stemra daarover een beslissing mag nemen. Ter onderbouwing heeft PACE twee e-mails overgelegd waaruit zou blijken dat BUMA/Stemra notificaties van wijziging in rechtenbeheer als een aanvraag beschouwt waarover zij mag oordelen.³⁸
59. BUMA/Stemra geeft in haar zienswijze aan dat zij van mening is dat de stelling van PACE onjuist is. BUMA/Stemra stelt dat zij alle notificaties verwerkt die binnenkomen, zowel van aangesloten muzikauteurs als van andere, buitenlandse CBO's. Zij merkt daarbij op dat zij bij het verwerken van de notificaties wel controleert of deze aan de eisen voldoen.³⁹ BUMA/Stemra heeft dit in haar antwoorden op vragen van de ACM als volgt nader toegelicht:
*“Dat BUMA de term “verzoek” gebruikt betekent natuurlijk niet dat BUMA meent notificaties van muzikauteurs willekeurig naast zich neer te kunnen leggen. BUMA gebruikt de term “verzoek” omdat BUMA werkzaamheden moet verrichten om de terugtrekking (in gang gezet door de notificatie) te verwerken. De rechten moeten bijvoorbeeld per akte terug worden overgedragen aan de rechthebbenden. En BUMA moet zorgen dat zij niet langer als beheerder staat vermeld in de internationale database voor beschermde werken (Interested Parties Information System). De rechthebbende “verzoekt” BUMA dus om het terugtrekproces in gang te zetten. Zoals BUMA in haar eerdere reactie al heeft benoemd, honoreert BUMA in principe alle opt-out verzoeken. Indien bij het opt-out verzoek relevante informatie ontbreekt, dan zal BUMA deze informatie moeten opvragen om aan het verzoek te kunnen voldoen.”*⁴⁰
60. Uit het initieel inventariserend onderzoek van de ACM blijkt allereerst dat een muzikauteur zijn of haar auteursrechten zelf kan beheren en ingeval van online exploitatie deze bij een derde kan onderbrengen. Een muzikauteur moet daartoe de CBO informeren. Dit betreft derhalve een notificatie en geen aanvraag.
61. Daarnaast blijkt uit de door PACE overgelegde e-mails niet onomstotelijk dat BUMA/Stemra notificaties van wijziging in rechtenbeheer als een aanvraag beschouwt waarover zij mag oordelen. Verder hebben marktpartijen aangegeven niet bekend te zijn met deze vermeende gedraging.
62. Het initieel inventariserend onderzoek heeft derhalve geen aanwijzingen opgeleverd dat BUMA/Stemra notificaties beschouwt als aanvragen en daarover als zodanig beslist.

(e) *Het dreigen met stopzetten van een uitbetaling vanuit de “black box” bij terugtrekking*

63. PACE stelt dat vanwege de gebrekkige administratie van BUMA/Stemra en onvoldoende beschikbare data over welke rechten worden gebruikt, het niet altijd duidelijk is aan welke muzikauteurs vergoedingen uit de “black box” moeten worden uitbetaald. De “black box” is een vergaarbak waarin door BUMA/Stemra ontvangen gelden zijn opgenomen die niet meer te herleiden zijn naar individuele rechthebbenden. Er blijft volgens PACE daardoor altijd een zeker bedrag over in deze “black box”. PACE stelt dat BUMA/Stemra heeft bedacht dat alle aangesloten muzikauteurs 3% krijgen uitbetaald uit de “black box” als het gaat om de categorie live events. Onduidelijk is echter hoe BUMA/Stemra deze 3% heeft berekend en waar het op gebaseerd is, aldus PACE. Verder stelt PACE dat op het

³⁷ ACM/UIT/568302, Gespreksverslag PACE d.d. 10 juni 2020, p. 2

³⁸ ACM/IN/538361, bijlage 4 en 5.

³⁹ ACM/IN/668538, Zienswijze BUMA/Stemra d.d. 4 januari 2022, pag. 5.

⁴⁰ ACM/IN/672945, Antwoorden BUMA/Stemra op aanvullende vragen d.d. 24 januari 2022, pag. 5.

moment dat een muzikanteur besluit tot het afsluiten van de directe licentie, de muzikanteur ook het recht op uitbetaling van die 3% uit de "black box" verliest.⁴¹

64. Buma/Stemra stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat deze stelling van PACE onjuist is. Zij geeft aan dat het repartitieproces plaatsvindt op basis van een gepubliceerd reglement, het Repartitiereglement. Dit reglement is te vinden op de website van Buma/Stemra. Het reglement is volledig transparant en is ook bekrachtigd door haar leden.⁴²
65. Vervolgens merkt Buma/Stemra op:
*"Het repartitieproces is ook geen gevolg van gebrekkige administratie aan de zijde van Buma. Buma licenseert ruim 80.000 live optredens per jaar. Het is praktisch gezien en kostentechnisch niet haalbaar om voor al die 80.000 optredens de volledige garing van gespeelde werken te achterhalen. Voor het deel van de licenties waar geen repertoire voor beschikbaar is, wordt het geld volgens het Repartitiereglement verdeeld op basis van referentierepertoire. Daarbij wordt een klein percentage van de inkomsten achtergehouden om te zorgen dat late aanmeldingen van muziekwerken en/of van gespeeld repertoire op een specifiek optreden, alsnog kunnen worden uitgekeerd. Na een termijn van (uiterlijk) drie jaar worden de dan nog resterende gelden alsnog uitgekeerd aan de relevante rechthebbenden van de via het referentierepertoire bekende werken. Een muzikanteur die geregistreerd staat in het referentierepertoire zal na drie jaar zijn deel van de resterende gelden uitgekeerd krijgen, ook als de muzikanteur in de tussentijd zijn rechten heeft teruggetrokken."*⁴³
66. De gesprekken met marktpartijen hebben geen aanwijzingen opgeleverd voor deze gedraging.
67. Uit het initieel inventariserend onderzoek is derhalve niet gebleken Buma/Stemra zou dreigen met het stopzetten van uitbetaling uit de "black box" ingeval een auteur zijn of haar rechten terugtrekt.
 - (f) *Het hanteren van een methodologie bij de tariefstelling die leidt tot een overwaardering van de rechten*
68. PACE stelt dat Buma/Stemra opzettelijk de door haar beheerde rechten overwaardeert. Ter onderbouwing heeft PACE een e-mail van 31 december 2020 overgelegd waarin zij haar stelling nader onderbouwt.⁴⁴ Meer in het bijzonder klaagt PACE over een viertal methoden die Buma/Stemra toepast in haar tariefstructuur voor (live) evenementen en die leiden tot overwaardering van de door haar beheerde rechten. Ten eerste maakt Buma/Stemra gebruik van tranches in de berekening van hetgeen een muziekgebruiker verschuldigd is voor het gebruikte werk waarvan Buma/Stemra de rechten beheert. Ten tweede past Buma/Stemra een degressief stelsel toe aan deze tranches naarmate er meer omzet wordt gegenereerd wat leidt tot onderwaardering van populaire rechten. Ten derde past Buma/Stemra een "pro rata temporis" (naar evenredigheid in tijd) methode toe wat leidt tot onderwaardering van meer populaire rechten die anders meer omzet zouden kunnen genereren. Ten slotte is Buma/Stemra niet transparant naar rechthebbenden over hoe het aandeel dat zij uitbetaald krijgen precies is berekend om haar eigen inefficiëntie en incorrecte waardering van rechten te verhullen.
69. Buma/Stemra ontkent dat sprake zou zijn van een overwaardering van rechten. Buma/Stemra heeft toegelicht dat er geen sprake is van een overwaardering van rechten. Verder wijst Buma/Stemra erop dat PACE bedragen en documenten door elkaar haalt. Meer in het bijzonder haalt PACE het

⁴¹ ACM/UIT/541568, Gespreksverslag PACE d.d. 2 juli 2020, pag. 2.

⁴² ACM/IN/668538, Zienswijze Buma/Stemra d.d. 4 januari 2022, pag. 5-6.

⁴³ ACM/IN/668538, Zienswijze Buma/Stemra d.d. 4 januari 2022, pag. 6.

⁴⁴ ACM/IN/608638.

Algemeen Tarief Muziekgebruik (tarief dat de muziekgebruiker moet betalen voor het gebruik van de rechten) en het Repartitiereglement (uitkeringen die Buma doet aan muzikauteurs) door elkaar. Mede als gevolg van deze verwarring in documenten heeft PACE geen goede voorstelling van zaken, aldus Buma/Stemra.⁴⁵

70. Uit het initieel inventariserend onderzoek van de ACM blijkt niet dat de methoden die Buma/Stemra toepast ook daadwerkelijk leiden tot benadeling van zowel muziekgebruikers als rechthebbenden. Tevens heeft de ACM, naast de klacht van PACE, geen klachten of signalen van muziekgebruikers of rechthebbenden ontvangen over de tariefstructuur van Buma/Stemra.
71. Uit het initieel inventariserend onderzoek is derhalve niet gebleken dat de gedraging tot gevolg heeft dat muziekgebruikers ofwel rechthebbenden nadeel zouden ondervinden van de tariefstructuur van Buma/Stemra.

6.3. Conclusie

72. De ACM komt tot de conclusie dat haar initieel inventariserend onderzoek onvoldoende aanwijzingen heeft opgeleverd voor de door PACE gestelde gedragingen van Buma/Stemra en dat hieruit evenmin blijkt dat, voor zover de gestelde gedragingen zich zouden voordoen, het gedrag van Buma/Stemra tot gevolg heeft dat muzikauteurs geen of beperkt gebruik maken van flexibel rechtenbeheer. Dat er nauwelijks sprake is van concurrentie op het gebied van online exploitatie van muziekrechten lijkt niet het gevolg te zijn van misbruikelijk gedrag van Buma/Stemra. Een overtreding van artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU door Buma/Stemra is derhalve niet evident.
73. Aldus is de ACM van oordeel dat de mate van onderzoek die zij in onderhavige zaak dient te verrichten en de gevolgen die dat met zich mee brengt voor andere zaken van de ACM, niet in verhouding staan tot de mogelijke gevolgen van een eventuele overtreding in onderhavige zaak en het rechtstreeks belang van PACE zoals bedoeld in artikel 1:2 Awb. Het belang van verder onderzoek weegt dus minder zwaar dan het belang van (het continueren van het) onderzoek in andere zaken. De ACM geeft daarom voorrang aan andere (lopende) onderzoeken boven het verzoek van PACE.

⁴⁵ ACM/IN/668538, Zienswijze Buma/Stemra d.d. 4 januari 2022, pag. 6 en ACM/IN/672945, Antwoorden Buma/Stemra op aanvullende vragen d.d. 24 januari 2022, pag. 5-8.

7. Besluit

74. De ACM wijst het verzoek tot handhavend optreden van PACE als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw af en stelt geen nader onderzoek in.

Datum: 7 februari 2022

Autoriteit Consument en Markt

mr. drs. K.A. Schuiling
Teammanager Directie Mededinging

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Stuur uw bezwaarschrift **binnen zes weken** na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.*