

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit naar aanleiding van een aanvraag tot beschikking als bedoeld in artikel 56, lid 1 van de Mededingingswet.

Nummer 7213/27

Betreft zaak: Platform Makers vs NPO e.a.

Inleiding

Op 16 juni 2011 ontving de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) via een klacht van de Stichting Platform Makers¹(hierna: klager) over gedragingen van de Stichting Nederlandse Publieke Omroepen (hierna: NPO), de publieke omroepverenigingen² en publieke taakomroepen³ (hierna tezamen: Publieke Omroepen). Deze klacht is ingediend door middel van het formulier besluitaanvraag. Op 27 juni 2011 heeft de NMa, na een telefonisch onderhoud, klager verzocht de besluitaanvraag aan te vullen. Op 29 augustus 2011 en 19 september 2011 heeft de NMa aanvullingen op de besluitaanvraag ontvangen. Op 16 november 2011 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen klager en de NMa. Tijdens dit gesprek heeft klager, mede op verzoek van de NMa, aangegeven dat zij de NMa zou kunnen voorzien van een nadere onderbouwing op een deel van de klacht. Op 28 februari 2012 heeft de NMa deze aanvullingen op de besluitaanvraag ontvangen.

Inhoud klacht

Volgens de klacht maken NPO en de Publieke Omroepen misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw) door muzikauteurs aan wie zij opdracht verlenen, te verplichten hun werk onder te brengen bij muziekuitgeverij Crossmex B.V. (hierna: Crossmex) en dit onder onbillijke voorwaarden. Daarnaast heeft klager het vermoeden dat de Publieke Omroepen en de NPO (deze laatste al dan niet in een faciliterende en ondersteunende rol) in strijd handelen met artikel 6 Mw door onderling af te spreken dat muzikauteurs aan wie zij opdracht verlenen, hun werk moeten onderbrengen bij Crossmex zulks onder onbillijke voorwaarden.

¹ Platform Makers is een samenwerkingsverband van belangen- en beroepsorganisaties van auteurs en uitvoerend kunstenaars. Het platform heeft als doel het versterken van het auteursrecht en het verbeteren van de onderhandelingspositie van makers ten opzichte van producenten en opdrachtgevers.

² In de klacht noemt klager de volgende publieke omroepverenigingen: AVRO, BNN, KRO, EO, VARA, NCRV, TROS en VPRO.

³ In de klacht noemt klager NOS en NTR.

Volgens klager is er door de gestelde gedraging voor muzikauteurs die muziekwerk in opdracht van de NPO of de Publieke Omroepen maken sprake van een verplichte winkelnering bij Crossmex. De verplichte winkelnering geldt volgens de klacht in ieder geval voor (auteursrechtelijk beschermd) muziekwerk in de vorm van liedjes en liedteksten⁴ en multimediale muziek (jingles, tunes, achtergrondmuziek en dergelijke), hierna kortweg muziekwerk of muziekwerken genoemd.

Het gevolg van de verplichte winkelnering is volgens de klacht dat muzikauteurs (delen van) hun auteursrechten moeten onderbrengen bij Crossmex, waarmee hun vergoeding voor de uitzending en/of verveelvoudiging van de betreffende muziekwerken vermindert.⁵ Dit terwijl Crossmex volgens de klacht geen enkele tegenprestatie daartegenover stelt. Naar het oordeel klager leidt deze verplichte winkelnering tot uitbuiting van muzikauteurs en is deze verplichte winkelnering niet op objectieve gronden te rechtvaardigen.

Daarnaast geeft de klacht aan dat NPO en de Publieke Omroepen de muzikauteurs vaak verplichten nog meer vergoeding af te dragen aan Crossmex dan op basis van de verdeling die door muziekuitgevers en muzikauteurs binnen Buma/Stemra statutair is vastgesteld. Klager geeft aan dat in het contract tussen muzikauteurs en Crossmex als uitgangspunt geldt dat muzikauteurs bovenop het 'uitgavendeel'⁶ een aanvullend percentage (oplopend tot 80%) van hun overgebleven auteursrechtelijke aanspraken als 'kickback' aan Crossmex moeten afdragen. Volgens klager is deze *kickback fee* hoogst ongebruikelijk.

Volgens informatie van klager zou Crossmex 90% van de vergoedingen die zij ontvangt uit bovengenoemde bepalingen afdragen aan NPO en in voorkomende gevallen aan de Publieke Omroepen. Naar het oordeel van klager functioneert Crossmex hiermee als een 'collectief inningsbureau' van NPO en de Publieke Omroepen.

Tot slot geeft klager aan dat muzikauteurs (delen van) de naburige rechten aan Crossmex dienen over te dragen, wat volgens klager een zeer ongebruikelijke bepaling is in contracten met muziekuitgevers, omdat muziekuitgevers alleen auteursrechten exploiteren.

⁴ Bijvoorbeeld liedjes en liedteksten geschreven voor Sesamstraat en het Klokhuis.

⁵ Klager verwijst hierbij naar de Buma/Stemra-verdeling voor uitzending en/of verveelvoudiging van muziekwerk. Volgens deze verdeling geldt dat maximaal eenderde van de rechten toekomt aan de uitgever en de rest aan de auteur. In de klacht is aangegeven dat de muziekuitgever volgens deze statutaire verdeling, indien van een uitgavenovereenkomst met een uitgever sprake is, standaard maximaal eenderde van de voor een werk beschikbare gelden ontvangt (in het geval van instrumentale muziek is dat maximaal 50%).

⁶ Hierbij wordt bedoeld op het in voetnoot 5 genoemde deel dat de muziekuitgever, in dit geval Crossmex, ontvangt op basis van Buma/Stemra-verdeling.

Belangenafweging NMa bij prioritering onderzoek

De NMa stelt klachten op prijs, aangezien klachten van groot belang zijn voor de effectiviteit van de NMa. Bij de NMa komen echter meer signalen en klachten over gedragingen van ondernemingen binnen dan zij aan onderzoek kan onderwerpen gezien de haar beschikbare tijd en middelen. De NMa is daarom genoodzaakt om bij de behandeling van klachten een prioriteringsbeleid te hanteren. Dit houdt in dat de NMa aan de hand van een weging van het algemeen belang, het individuele belang van aanvrager en eventueel betrokken maatschappelijke belangen bepaalt of zij naar aanleiding van een klacht nader onderzoek verricht. Het aldus bepaalde belang van nader onderzoek naar aanleiding van een klacht wordt daarbij integraal afgewogen tegen het belang van onderzoek in andere zaken.

Gelet op de opdracht die de wetgever aan de NMa heeft gegeven, hecht de NMa bij deze belangenafweging veel gewicht aan het algemeen belang. Het algemeen belang dat betrokken is bij onderzoek van de NMa, bepaalt de NMa aan de hand van een aantal prioriteringscriteria. Deze prioriteringscriteria, zoals vastgesteld in de NMa-Agenda 2004, zijn: het economische belang, het belang voor de consument, de ernst van de vermoedelijke overtreding en de doeltreffendheid en doelmatigheid van het optreden van de NMa.

Beoordeling klacht

In het kader van bovengenoemde belangenafweging heeft de NMa onderzocht of nader onderzoek dient te worden verricht naar aanleiding van de klacht van Platform Makers. Om de klacht te kunnen beoordelen en de belangenafweging te kunnen maken, heeft de NMa een vooronderzoek uitgevoerd. Zoals reeds aangegeven in de inleiding zijn vragen gesteld aan en heeft de NMa gesproken met klager. Tevens is door middel van gesprekken informatie ingewonnen bij Crossmex, de NPO en een derde muzikuitgever. Daarnaast is deskresearch verricht.

In het navolgende wordt uiteengezet hoe de NMa deze klacht beoordeelt en de verschillende belangen heeft gewogen bij haar beoordeling om al dan niet nader onderzoek te verrichten. Eerst zal worden ingegaan op de doeltreffendheid en doelmatigheid van optreden door de NMa naar aanleiding van de klacht. Voorts zal worden ingegaan op het consumentenbelang dat met het optreden van de NMa in het kader van deze klacht is gediend.

Doeltreffendheid en doelmatigheid

De betrokken gedraging ziet op voorwaarden die NPO en de Publieke Omroepen stellen aan muzikauteurs aan wie zij opdracht verlenen voor het maken van een muziekwerk. Het is van belang op te merken dat NPO en de Publieke Omroepen in dit geval optreden als inkopende partij en de muzikauteur als verkopende partij. De klacht moet dan ook worden beoordeeld als een gestelde situatie waarin de NPO en de Publieke Omroep misbruik maken van hun

economische machtspositie op een mogelijke *inkoop*markt voor muziekwerk, dan wel als een situatie waarin de Publieke Omroepen, al dan niet met een faciliterende rol voor de NPO, onderling afspraken hebben gemaakt om dezelfde voorwaarden te hanteren bij de *inkoop* van (in opdracht gemaakt) muziekwerk.

Dit betekent dat bij de beoordeling van de gestelde overtreding het beoordelingskader geldt dat is verwoord in het Visiedocument Inkoopmacht uit 2004⁷ (hierna: Visiedocument Inkoopmacht). Dit beoordelingskader is van toepassing ongeacht de juridische kwalificatie van de gedragingen. Of nu sprake is van toepasselijkheid van artikel 6 dan wel artikel 24 Mw, de gevolgen van het benutten van een (gezamenlijke) inkooppositie vergen eenzelfde materiële beoordeling.

De visie van de NMa komt er kort gezegd op neer dat bij de beoordeling van inkoopmacht de gevolgen voor de consument of eindgebruiker centraal staan. Onder bepaalde omstandigheden kan inkoopmacht tot negatieve gevolgen leiden voor de consument, maar er zijn ook situaties denkbaar waarin inkoopmacht juist tot voordelen voor de consument leidt.⁸ De gedachte hierachter is dat, indien de inkoper stevig moet concurreren (op de eigen 'verkoopmarkt'), het aannemelijk is dat hij zal proberen om de voordelen die hij verkrijgt door zijn machtige inkooppositie ten goede te laten komen aan de consument.⁹

Het voorgaande betekent dat niet alleen onderzoek moet worden gedaan naar de relevante markt(en) waarop NPO en de Publieke Omroepen actief zijn bij de inkoop van muziekwerk, naar hun posities op deze markt(en), naar de veronderstelde onderlinge afspraken tussen de Publieke Omroepen (al dan niet via NPO) over de te hanteren inkoopvoorwaarden en naar de exacte feiten omtrent de (onderhandelingen over de) gestelde gedraging (zoals onder meer de contractuele relaties tussen NPO/Publieke Omroepen, Crossmex en de muzikanteur en de daarin gestelde voorwaarden), maar ook naar de mededingingssituatie op de verkoopmarkten (*downstream*) waarop NPO en de Publieke Omroepen actief zijn en naar de effecten van de gestelde gedragingen voor de consument. Een dergelijk onderzoek vergt een aanzienlijke inzet van middelen.

De klacht en een eerste analyse van de NMa geven onvoldoende concrete aanwijzingen dat de gestelde gedragingen van NPO en de Publieke Omroepen tot gevolg kunnen hebben dat de mededinging daadwerkelijk wordt beperkt en dat deze gedragingen mogelijk nadelige gevolgen hebben voor de consument.

⁷ NMa, Visiedocument Inkoopmacht, Den Haag, december 2004, zie www.nmanet.nl.

⁸ Visiedocument Inkoopmacht, reeds aangehaald, punt 1-2, 56.

⁹ Visiedocument Inkoopmacht, reeds aangehaald, pagina 45. Zie ook zaak 6891/*Van Drie – Alpuro*, 4 mei 2010, punt 28.

Zo is het op voorhand niet duidelijk wat de relevante productmarkt is waarop NPO en de Publieke Omroepen actief zijn voor de inkoop van muziekwerk, en of deze productmarkt beperkt is tot Nederland. Ook commerciële omroepbedrijven (waaronder RTL en SBS en radiozenders QMusic en Radio 538), regionale omroepen, onafhankelijke producenten van radio- en televisieprogramma's en mogelijk nog andere type spelers zoals *game* makers en reclamebureaus zijn actief op het gebied van de inkoop van muziekwerken. Juist de situatie dat muzikanten over alternatieve afzetkanalen lijken te beschikken maakt het niet aannemelijk dat NPO en de Publieke Omroepen over een economische machtspositie aan de inkoopzijde van de markt beschikken.¹⁰

Ook wat betreft het gestelde vermoeden dat de Publieke Omroepen en de NPO (deze laatste al dan niet in een faciliterende en ondersteunende rol), onderlinge afspraken zouden hebben gemaakt, zijn de aanwijzingen voor een mogelijke overtreding van artikel 6 Mw zeer beperkt. Uit de nu beschikbare informatie blijkt dat niet alle Publieke Omroepen werken met muziekuitgeverij Crossmex.¹¹ Dit wijst er dan ook niet op dat de Publieke Omroepen en de NPO op dit punt een afgestemd beleid voeren. Dat de niet bij Crossmex aangesloten Publieke Omroepen mogelijk vergelijkbare voorwaarden hanteren bij de inkoop van muziekwerk, kan een aanwijzing zijn voor afstemming maar kan zeer wel een andere reden hebben. Uit het vooronderzoek blijkt dat de inschakeling van een muziekuitgever (en/of de verplichting van een *kickback fee*) een werkwijze is die breder en al langer wordt toegepast in de sector, bijvoorbeeld ook door de commerciële omroepen.¹²

Het verschil tussen misbruik in de vorm van uitbuiting of uitsluiting door een (gezamenlijke) inkooppositie en normale scherpe concurrentie is ook niet altijd helder.¹³ Uit de nu beschikbare informatie volgt dat de verplichte winkelnering en de verplichte afdracht van een *kickback fee* in de praktijk niet altijd en in zijn volledig gestelde omvang door NPO en de Publieke Omroepen worden toegepast. Dit wijst erop dat onderhandelingen tussen omroep en muzikant niet zijn uitgesloten. Zo geeft klager zelf aan dat muzikanten met een bijzondere positie zich in de praktijk kunnen onttrekken aan de verplichting zich aan te sluiten bij Crossmex¹⁴, dat muzikanten niet in alle gevallen verplicht worden om een *kickback fee* aan Crossmex af te

¹⁰ Visiedocument Inkoopmacht, reeds aangehaald, o.a. punt 73 en pagina 43.

¹¹ Volgens de website van Crossmex (www.crossmex.nl) exploiteert Crossmex de muziekrechten voor diverse zendgemachtigden, waaronder de Nederlandse Publieke Omroep (NPO), de NTR, de KRO, de TROS, VPRO, Evangelische Omroep, Powned en Omroep Max. Daar buiten vallen de VARA, AVRO, NOS, NCRV, BNN, WNL. Crossmex heeft in gesprek met de NMa ook bevestigd dat zij niet voor alle publieke omroepen als muziekuitgever werkt

¹² Zie ook het antwoord van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap op vragen gesteld door leden van de Tweede Kamer (lid Harbers). TK, Vergaderjaar 2010-2011, nr. 284.

¹³ Visiedocument Inkoopmacht, reeds aangehaald, punt 83.

¹⁴ Besluitaanvraag van 16 juni 2011, punt 13.

dragen¹⁵, en dat het – in het geval van NPO¹⁶ – gevoerde beleid ten aanzien van een *kickback fee* slechts van toepassing is op opdrachten met een bepaalde minimumomvang.

Voorts is een veronderstelde uitbuiting van in dit geval muzikanten, die bestaat uit het afdwingen van gunstiger voorwaarden voor de inkopende partij, niet per definitie misbruik van een inkoopmachtpositie.¹⁷ Zoals reeds aangegeven dient hiervoor ook gekeken te worden naar de positie van de betrokken ondernemingen op de *downstream* markt(en) en is de mededingingsrechtelijke toets of er voor de consument een voordeel resulteert.¹⁸ Hoewel een gedegen analyse van de *downstream* markt vereist zal zijn, is wel reeds vast te stellen dat naast de NPO en Publieke Omroepen diverse andere, sterke spelers actief zijn op de verschillende (mogelijke) *downstream* markten waarop zij acteren (denk bijvoorbeeld aan SBS en RTL op gebied van televisie en SkyRadio en Radio 538 in het geval van radio).¹⁹ In dat opzicht is het aannemelijk dat de NPO en de Publieke Omroepen, onder concurrentiedruk van deze andere spelers, de eventueel (via Crossmex) behaalde inkoopvoordelen via een kwalitatief goed/beter programma-aanbod doorgeven aan de consument.²⁰ Dit is te meer aannemelijk gezien de specifieke taakopdracht die de NPO en de Publieke Omroepen hebben.²¹ Hieruit volgt dat het dan ook minder evident is dat, na aanvullend onderzoek, het gedrag van NPO/PO als misbruikelijk (in zin van uitbuiting) kan worden aangemerkt.

Consumentenbelang

Zoals hiervoor reeds uiteen is ingezet geven de klacht en het vooronderzoek van de NMa onvoldoende concrete aanwijzingen dat de gestelde gedragingen van NPO en de Publieke Omroepen tot mogelijk nadelige gevolgen kunnen leiden voor de consument. Zo is het op basis van dit eerste onderzoek aannemelijk dat NPO en de publieke omroepen de eventuele inkoopvoordelen die zij weten te behalen in hun onderhandeling met muzikanten, zullen

¹⁵ Besluitaanvraag van 16 juni 2011, punt 19.

¹⁶ Bijlage 3, bij besluitaanvraag van 16 juni 2012.

¹⁷ Visiedocument Inkoopmacht, reeds aangehaald, punt 87.

¹⁸ Visiedocument Inkoopmacht, reeds aangehaald, punt 84.

¹⁹ Zo zijn bijvoorbeeld de marktaandelen voor televisie – gemeten in kijkcijfers over de gehele dag – over 2011 als volgt: publieke omroepen 32% (zenders Nederland 1, 2 en 3), RTL 26% (zenders RTL4, 5, 7 en 8) en SBS 16% (zenders SBS6, Net5 en Veronica). Zie Stichting KijkOnderzoek, Jaarrapport 2011, www.kijkonderzoek.nl. Voor wat betreft radio zijn de marktaandelen van de top 5 zenders – gemeten in luistercijfers – over januari/februari 2012: Radio 538 12%, ORN (combinatie regionale zenders) 11,9%, Radio 3FM 10%, Radio 2 9,9%, Sky Radio 8,3%. Zie www.rab.fm.

²⁰ Hoe hoger de kijkcijfers, des te hoger de reclame-inkomsten. Een deel van de publieke financiering van Stichting NPO wordt gedragen door de Ster-inkomsten die worden afgedragen aan het ministerie van OCW. Zie www.mediamonitor.nl

²¹ De NPO is het samenwerkings- en coördinatieorgaan voor de uitvoering van de publieke mediaopdracht op landelijk niveau zoals bedoeld in artikel 2.1 van de Mediawet 2008. De NPO en de publieke omroepen voeren gezamenlijk de landelijke publieke mediadienst uit zoals bedoeld in hoofdstuk 2 van de Mediawet 2008.

doorgeven aan de consument. Optreden door de NMa zal zich dan ook niet direct uitbetalen in de vorm van lagere prijzen, betere kwaliteit of verruiming van keuzemogelijkheden voor de consument.

Conclusie

In het licht van de hierboven genoemde belangenafweging bij de prioritering van onderzoeken geeft de NMa momenteel voorrang aan andere onderzoeken. De reden hiervan is dat de kans dat op basis van het te verrichten onderzoek, dat een aanzienlijke inzet van middelen vergt, een overtreding kan worden vastgesteld, gering moet worden geacht. De doeltreffendheid en doelmatigheid van NMa optreden tegen de gestelde overtreding is dan ook gering. Daarnaast is het aannemelijk dat eventuele inkoopvoordelen worden doorgegeven aan de consument waardoor het consumentenbelang hier niet in het geding is. Tot slot is de NMa van mening dat aan het individuele belang van klager bij onderzoek van de NMa onvoldoende gewicht toekomt om tot onderzoek over te gaan, gelet op de geringe kansrijkheid op het vaststellen van een overtreding van de Mededingingswet.

Toetsing van de klacht aan de overige prioriteringscriteria geeft de NMa, alles afwegende, geen of onvoldoende aanleiding om de klacht toch in behandeling te nemen.

Gezien het bovenstaande weegt het belang van onderzoek naar aanleiding van deze klacht minder zwaar dan het belang van onderzoek in andere zaken. De NMa zal dan ook geen onderzoek doen naar aanleiding van deze klacht. Dit sluit overigens niet uit dat de afweging in de toekomst anders zou kunnen uitvallen.

Datum: 27 april 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
voor deze:

w.g. Dennis Hesseling
Directie Mededinging
Clustermanager Netwerksectoren & Media

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag