



Fresh FM – Postbus 92 – 2260 AB Leidschendam
Telefoon 079 -343 44 91 – Telefax 079 - 343 44 92
Internet: www.fresh.fm - E-mail: info@fresh.fm
KvK 41174371 - Rabobank NL02 RABO 0114 6760 38

Aan de Autoriteit Consument & Markt (ACM)
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

En:

College van Toezicht Auteursrechten
Krom Boomssloot 22, II
1011 GW Amsterdam

En:

Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk
Postbus 90600
2509 LP Den Haag

PER AANGETEKENDE POST

Den Haag, 20 juli 2023

Betreft: Handhavingsverzoek namens de Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland (SCOEZH), Stichting SB Radio, Stichting WPR en ANONIEM, voormalig eigenaar van radiozender Fresh FM, tegen Buma en SENA

Geachte heer/mevrouw,

Wij, de Stichting SCOEZH, Stichting SB Radio, Stichting WPR en ANONIEM, dienen gezamenlijk een handhavingsverzoek in tegen Buma en SENA wegens vermeende overtreding van de Mededingingswet. Wij verzoeken de ACM om een onderzoek in te stellen naar de samenwerking tussen deze twee organisaties en de mogelijke nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie, waaronder onze inmiddels opgeheven radiozenders en de voormalige zender Fresh FM, waarvan ANONIEM eigenaar was.

Samenvatting

Dit handhavingsverzoek is ingediend namens de Stichting SCOEZH, Stichting SB Radio, Stichting WPR en ANONIEM, voormalig eigenaar van radiozender Fresh FM, tegen Buma en SENA wegens vermeende overtreding van de Mededingingswet. De samenwerking tussen Buma en SENA, beide collectieve beheersorganisaties met een monopoliepositie in hun respectievelijke markten, kan in strijd zijn met artikel 6 en artikel 24 van de Mededingingswet, die overeenkomsten die de mededinging beperken en misbruik van economische machtsposities verbieden. Het handhavingsverzoek richt zich op de

mogelijke nadelige gevolgen van deze samenwerking voor kleinere partijen in de muziekindustrie, waaronder de inmiddels opgeheven radiozenders en de voormalige zender Fresh FM. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de hoogte van de tarieven die Buma en SENA hanteren en de leveringsweigering van deze organisaties, die de toegang tot auteursrechtelijk beschermde muziek voor kleinere partijen beperken.

Inleiding

I. Achtergrond en feiten

Buma en SENA zijn collectieve beheersorganisaties in Nederland, die elk een specifieke rol vervullen met betrekking tot auteursrechten en naburige rechten voor muziekgebruik.

Buma (Buma/Stemra) is verantwoordelijk voor het innen en verdelen van auteursrechten voor componisten, tekstschrijvers en muziekuitgevers. Buma zorgt ervoor dat deze rechthebbenden een vergoeding ontvangen wanneer hun muziekwerken openbaar worden gemaakt, bijvoorbeeld door radio-uitzendingen, live-optredens, of achtergrondmuziek in openbare gelegenheden zoals restaurants en winkels.

SENA, aan de andere kant, is verantwoordelijk voor het innen en verdelen van naburige rechten voor uitvoerende artiesten (zoals zangers, muzikanten) en producenten van muziekopnamen. SENA zorgt ervoor dat deze rechthebbenden een vergoeding krijgen wanneer hun opgenomen muziek openbaar wordt gemaakt, bijvoorbeeld door radio-uitzendingen of het gebruik van muziek in openbare gelegenheden.

Hoewel Buma en SENA elk een afzonderlijke rol vervullen in de bescherming van verschillende rechten, werken zij samen bij het voeren van juridische procedures tegen partijen die zich bezighouden met de openbaarmaking van muziek en het gebruik van beschermde muziekwerken met of zonder de vereiste licenties en toestemmingen. Deze samenwerking kan leiden tot gezamenlijke uitoefening van marktmacht en mogelijk nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie, zoals de radiozenders die het handhavingsverzoek indienen.

Beide organisaties hebben een monopoliepositie in hun respectievelijke markten en werken samen bij het voeren van juridische procedures tegen partijen die zich bezighouden met openbaarmaking van muziek, waaronder ondernemingen die gebruik maken van auteursrechten zoals restaurants, cafés, tandartsen, organisatoren van evenementen en radiozenders. De samenwerking tussen Buma en SENA kan in strijd zijn met artikel 6 en artikel 24 van de Mededingingswet, die respectievelijk overeenkomsten die de mededinging beperken en misbruik van economische machtsposities verbieden.

Wij zijn van mening dat onze radiozenders, waaronder de voormalige zender Fresh FM, oneerlijk werden behandeld door Buma en SENA. Wij stellen dat onze belangen, evenals die van vele andere kleine partijen die beschermde muziekwerken gebruiken, werden geschaad door de samenwerking tussen deze twee monopolisten met onbeperkte budgetten en invloed op de rechtsgang.

2. Juridisch kader

De samenwerking tussen Buma en SENA kan in strijd zijn met de Mededingingswet. Artikel 6 van de Mededingingswet verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging beperken. In het bijzonder kan de samenwerking tussen Buma en SENA leiden tot een gezamenlijke uitoefening van marktmacht die nadelig is voor kleinere partijen die muziek gebruiken, zoals onze radiozenders. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer Buma en SENA gezamenlijk juridische procedures voeren en daardoor een sterke positie innemen tegenover kleinere partijen.

Daarnaast zou de samenwerking tussen Buma en SENA in strijd kunnen zijn met artikel 24 van de Mededingingswet, dat misbruik van een economische machtspositie verbiedt. Gezien de monopolieposities van beide organisaties is het mogelijk dat zij hun marktmacht gebruiken om kleinere partijen zoals onze radiozenders in een nadelige positie te brengen bij juridische procedures. Dit kan zich uiten in het veroorzaken van onevenredig hoge juridische kosten, het belemmeren van de toegang tot rechtspraak voor kleinere partijen of het stellen van onredelijke eisen, zoals in het geval van Fresh FM bijvoorbeeld het 'beroepsverbod' voor ANONIEM."

Buma en SENA als gebruiker van het juridische systeem

3. Buma en SENA als een van de grootste gebruikers van het juridische systeem en de bijbehorende kosten

Buma is een van de grootste gebruikers van het juridische systeem in Nederland. Ze voeren een groot aantal juridische procedures tegen partijen die muziek gebruiken, waaronder veel kleine ondernemingen. Het gedrag van Buma kan in strijd zijn met artikel 24 van de Mededingingswet, dat misbruik van een economische machtspositie verbiedt. De mogelijke misbruik van hun machtspositie kan leiden tot oneerlijke concurrentie en een ongelijk speelveld in de muziekindustrie, wat nadelig is voor kleinere partijen zoals onze radiozenders.

Uit onderzoek van De Rechtspraak blijkt dat Buma een van de grootste gebruikers is van het juridische systeem in Nederland. In de periode 2001-2020 heeft Buma alleen al bijna 1.700 rechtszaken gevoerd¹, waarmee zij op de zevende plaats staat in Nederland. Deze intensieve betrokkenheid bij juridische procedures brengt

¹ Zie: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/research-memoranda-nr-2-2022.pdf>

aanzienlijke kosten met zich mee voor verschillende partijen, waaronder de Staat, auteurs en muziekgebruikers.

Kosten voor de Staat: Het grote aantal rechtszaken waarbij Buma betrokken is, legt een aanzienlijke druk op het juridische systeem en de rechterlijke macht. Dit resulteert in hoge kosten voor de Staat, die uiteindelijk door de belastingbetaler worden gedragen. Deze middelen zouden anders kunnen worden ingezet voor andere maatschappelijke doeleinden.

Kosten voor auteurs: De auteurs die Buma vertegenwoordigt, dragen indirect bij aan de financiering van deze rechtszaken door middel van de vergoedingen die zij betalen aan Buma. Dit betekent dat een aanzienlijk deel van de inkomsten van auteurs wordt besteed aan juridische procedures in plaats van aan de ondersteuning van hun creatieve werk en carrièreontwikkeling.

Kosten voor muziekgebruikers: De muziekgebruikers die licenties afnemen bij Buma, dragen eveneens bij aan de kosten van deze rechtszaken. Hogere licentiekosten als gevolg van juridische procedures kunnen resulteren in hogere kosten voor muziekgebruikers, zoals kleinere radiozenders en andere onafhankelijke partijen. Dit kan op zijn beurt weer leiden tot negatieve gevolgen voor de markt, zoals het verdwijnen van kleinere radiozenders en het verschromen van het muzikaanbod.

Het is van groot belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten deze aanzienlijke kosten in overweging nemen bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet. Het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers vereisen een grondige evaluatie van de juridische strategieën van Buma en SENA en de impact hiervan op de betrokken partijen.

4. De verhouding tussen het aantal rechtszaken van Buma en de financiële belangen in vergelijking met andere bedrijven in de top 10

Bij het vergelijken van Buma met andere bedrijven in de top 10 van grootste gebruikers van het juridische systeem in Nederland, valt op dat de financiële belangen van Buma mogelijk niet in verhouding staan tot het aantal rechtszaken dat zij voert. Terwijl veel van de andere bedrijven in de top 10 banken, verzekeraars of grote gemeenten zijn met aanzienlijke financiële belangen en verantwoordelijkheden, is Buma een auteursrechtenorganisatie waarbij de financiële belangen relatief kleiner zijn.

Deze discrepantie roept vragen op over de noodzaak en proportionaliteit van het grote aantal rechtszaken dat Buma en SENA aanspannen, en in hoeverre deze rechtszaken daadwerkelijk bijdragen aan het waarborgen van de belangen van de auteurs die zij vertegenwoordigt. Het kan ook leiden tot zorgen over de mogelijke negatieve impact van deze juridische strategie op de mededinging en de belangen van andere marktdeelnemers, zoals kleinere radiozenders en muziekgebruikers.

Het is belangrijk dat de ACM en andere relevante autoriteiten deze verhouding tussen het aantal rechtszaken van Buma en SENA en de financiële belangen in ogenschouw nemen bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet. Een grondige evaluatie van de juridische strategieën van Buma en de impact hiervan op de betrokken partijen is essentieel om te zorgen voor eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers.

NB Wellicht hebben de onderzoekers alleen Buma genoemd waar feitelijk Buma en SENA gezamenlijk op hebben getreden.

5. De impact van Buma op het juridische systeem en de toegang tot rechtspraak voor anderen

De frequente juridische procedures die Buma en SENA voeren, hebben niet alleen invloed op de partijen waartegen zij procederen, maar ook op het juridische systeem als geheel. Het hoge aantal zaken dat Buma aanspant, kan leiden tot overbelasting van de rechtbanken, wat de toegang tot rechtspraak voor anderen kan belemmeren. Dit gedrag van Buma en SENA kan in strijd zijn met artikel 24 van de Mededingingswet, dat misbruik van een economische machtspositie verbiedt. Door hun machtspositie mogelijk te misbruiken en het juridische systeem te overbelasten, kan Buma een oneerlijk concurrentievoordeel behalen en de toegang tot rechtspraak voor kleinere partijen, zoals onze radiozenders, belemmeren.

Door de aanzienlijke juridische activiteiten van Buma worden middelen, tijd en aandacht van de rechterlijke macht in beslag genomen, die anders besteed zouden kunnen worden aan andere zaken en partijen die toegang tot de rechtspraak zoeken. Dit kan resulteren in langere wachttijden en verminderde toegankelijkheid van het juridische systeem voor anderen, wat in strijd is met het fundamentele recht op toegang tot de rechtspraak.

Het is van groot belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten de impact van Buma en SENA's juridische activiteiten op het juridische systeem en de toegang tot de rechtspraak voor anderen in overweging nemen bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet. Het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers vereisen een zorgvuldige afweging van de juridische strategieën van Buma en de impact hiervan op het juridische systeem en de toegang tot de rechtspraak voor anderen.

6. De indicator van het hoge aantal rechtszaken en de perceptie van onredelijkheid in de samenleving

Het hoge aantal rechtszaken dat Buma aanspant, kan tevens worden gezien als een indicator van de gedachte die heerst in de samenleving ten aanzien van de kosten en

voorwaarden die Buma en SENA hanteren. Kennelijk vinden veel muziekgebruikers de voorwaarden van Buma en SENA onredelijk en de tarieven onredelijk hoog, aangezien Buma de zevende partij is in Nederland waartegen Nederlanders bereid zijn voor de rechter te staan.

Deze perceptie van onredelijkheid en onrechtvaardigheid in de samenleving is een belangrijk aspect dat de ACM en andere relevante autoriteiten in overweging moeten nemen bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet. Het is essentieel om te onderzoeken of de tarieven en voorwaarden van Buma inderdaad onredelijk zijn en of dit bijdraagt aan de verstoring van de mededinging en het benadelen van andere marktdeelnemers.

Het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers vereisen een zorgvuldige afweging van de juridische strategieën van Buma, de impact hiervan op het juridische systeem, en de perceptie van onredelijkheid in de samenleving.

Het is van groot belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten deze aspecten meenemen in hun beoordeling en handhaving van de Mededingingswet.

7. Schadelijke gevolgen voor kleinere partijen

De samenwerking tussen Buma en SENA kan leiden tot onredelijke juridische kosten voor kleine muziekgebruikers, zoals onze radiozenders. Deze partijen hebben vaak beperkte financiële middelen en kunnen het zich niet veroorloven om langdurige en kostbare juridische procedures te voeren tegen organisaties met onbeperkte budgetten.

Bovendien kan de gezamenlijke uitoefening van marktmacht door Buma en SENA leiden tot oneerlijke concurrentie in de muziekindustrie. Kleinere partijen zoals onze radiozenders kunnen worden ontmoedigd om muziek uit te zenden, uit angst voor juridische conflicten met deze monopolisten. Dit kan op zijn beurt leiden tot een afname van de diversiteit en innovatie in de muziekindustrie.

Oneigenlijk gebruik van IE-proceskosten

8. Oneigenlijk gebruik van IE-proceskosten als incassomiddel in gewone incassozaken

IE-proceskosten zijn de kosten die gepaard gaan met juridische procedures op het gebied van Intellectuele Eigendom (IE). Intellectuele Eigendom verwijst naar de juridische bescherming van creaties van de geest, zoals uitvindingen, literaire en artistieke werken, merken, ontwerpen en symbolen. In Nederland worden IE-rechten beschermd door verschillende wetten, zoals het auteursrecht, merkenrecht, octrooirecht en modellenrecht.

In IE-geschillen kunnen partijen naar de rechter stappen om hun IE-rechten te handhaven of te verdedigen. Hierbij kunnen verschillende soorten procedures aan de orde zijn, zoals een kort geding, een bodemprocedure of een procedure bij het Benelux Merkenbureau of het Europees Octrooibureau. Bij dergelijke procedures kunnen partijen aanzienlijke kosten maken, waaronder proceskosten.

Een bijkomend probleem met betrekking tot de procedures zijn deze IE-proceskosten. Het oneigenlijk gebruik ervan als incassomiddel door Buma en SENA in gevallen die in feite gewone incassozaken zijn. In de meeste gevallen betreft het situaties waarbij uit hoofde van een overeenkomst muziek openbaar wordt gemaakt. Het vorderen van hoge IE-proceskosten kan worden ingezet als een strategie om kleinere partijen, zoals onze radiozenders, onder druk te zetten om te voldoen aan de eisen van Buma en SENA, zonder dat er een daadwerkelijke juridische basis is voor de inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.

Dit oneigenlijk gebruik van IE-proceskosten als incassomiddel is in strijd met de algemene beginselen van redelijkheid en billijkheid die in het Nederlandse recht zijn verankerd, met name in artikel 6:2 en 6:248 van het Burgerlijk Wetboek.

In het geval van Buma en SENA kan het oneigenlijk gebruik van IE-proceskosten als incassomiddel in gewone incassozaken in strijd zijn met deze beginselen, omdat het kan leiden tot disproportionele financiële lasten voor kleinere partijen zonder een redelijke grondslag voor het vorderen van dergelijke kosten.

9. Korte gedingen en de beperkte tijd tijdens de procedures

Een aanvullend punt van zorg is dat Buma en SENA in veel gevallen korte gedingen voeren tegen deze kleinere partijen. Gezien de beperkte tijd die tijdens een dergelijke procedure beschikbaar is, en het feit dat Buma en SENA onafhankelijk van elkaar in zo'n procedure optreden, gaat dit ten koste van de spreektijd voor kleinere partijen. Hierdoor valt het voordeel al snel uit ten gunste van deze monopolisten.

Deze situatie benadeelt kleinere partijen, omdat zij minder tijd hebben om hun argumenten en verdediging naar voren te brengen. Bovendien profiteren Buma en SENA van hun gecombineerde tijd en middelen om hun standpunten sterker te onderbouwen, terwijl kleinere partijen met beperkte middelen en tijd worden geconfronteerd.

Dit kan leiden tot oneerlijke concurrentie en een ongelijk speelveld in de muziekindustrie, omdat kleinere partijen minder kans hebben om hun zaak met succes te bepleiten en zich te verdedigen tegen de claims van deze monopolisten.

10. Achtergestelde positie van kleinere partijen in de rechtspraak en vergelijking met de toeslagenaffaire

Een ander belangrijk aspect dat in dit handhavingsverzoek aan de orde moet worden gesteld, is de achtergestelde positie die kleinere partijen, zoals onze radiozenders, in de rechtspraak ervaren. Het is gebleken dat rechters in sommige gevallen geneigd zijn eerder de zijde van monopolisten als Buma en SENA te kiezen, zonder voldoende aandacht te besteden aan de argumenten en belangen van kleinere partijen. Dit kan leiden tot een oneerlijke behandeling van deze kleinere partijen en een ongelijk speelveld in de muziekindustrie.

Deze bevooroordeelde houding in de rechtspraak kan voortkomen uit de monopolieposities en de invloed die Buma en SENA in de muziekindustrie uitoefenen. Bovendien kunnen de omvangrijke financiële middelen en juridische expertise van deze organisaties hen in staat stellen om overtuigendere argumenten te presenteren en een sterkere invloed op de rechtspraak uit te oefenen.

Een voorbeeld dat illustreert hoe overheden en monopolisten voordeel kunnen genieten in de rechtspraak is de Nederlandse toeslagenaffaire. Uit de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag (POK) en het rapport 'Ongekend Onrecht' blijkt dat de Belastingdienst in veel gevallen een oneerlijk voordeel kreeg in rechtszaken tegen burgers die werden beschuldigd van fraude met kinderopvangtoeslagen. Dit heeft geleid tot onrechtvaardige behandeling en enorme financiële en persoonlijke gevolgen voor de gedupeerden.

Deze situatie is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het recht op een eerlijk proces, zoals vastgelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In het belang van de rechtsstaat en een eerlijke mededinging in de muziekindustrie is het van cruciaal belang dat alle partijen, ongeacht hun omvang en middelen, op gelijke voet worden behandeld in juridische procedures.

11. IE Kosten en procedures als pressiemiddel onder andere gebruikers

Bovendien worden deze situaties niet alleen ingezet als een pressiemiddel tegen onze radiozenders, maar ook tegen andere muziekgebruikers. Medewerkers van Buma en SENA oefenen regelmatig druk uit op andere radiozenders door te verwijzen naar het geval van Fresh FM. Zij uiten waarschuwingen zoals: "Ik zou maar betalen, want je weet wat er met Fresh FM is gebeurd." Dit creëert een intimiderende sfeer en zet muziekgebruikers onder druk om te betalen zonder verdere weerstand. Wij hebben contact gehad met meerdere zenders, waaronder ANONIEM², waarvan de medewerkers mogelijk anoniem bereid zijn om in een eventueel onderzoek te bevestigen dat zij dergelijke druk van Buma en SENA hebben ervaren.

² Naam zender zal separaat worden aangeleverd

Deze praktijken ondermijnen de eerlijke mededinging in de muziekindustrie en kunnen leiden tot een afname van diversiteit en innovatie. Het is cruciaal dat de ACM deze praktijken onderzoekt en passende maatregelen neemt om de belangen van muziekgebruikers, zoals onze radiozenders, te beschermen en een eerlijk speelveld in de muziekindustrie te waarborgen.

12. Grootte van het maatschappelijk probleem

Het is van belang om te benadrukken dat het probleem van oneerlijke concurrentie en de nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie als gevolg van de samenwerking tussen Buma en SENA een groot maatschappelijk probleem is. Uit een onderzoek op rechtspraak.nl blijkt dat er ten minste 25 uitspraken (bijl 1) zijn waarin Buma en SENA gezamenlijk optreden tegen kleinere partijen. Dit toont aan dat de kwestie verder reikt dan alleen het geval van Fresh FM en dat er sprake is van een patroon van oneerlijke praktijken door Buma en SENA in de sector.

Deze bevindingen rechtvaardigen een grondig onderzoek door de ACM naar de samenwerking tussen Buma en SENA en de mogelijke schadelijke gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie. Het is in het belang van een eerlijke mededinging en het waarborgen van de rechten van kleinere partijen dat dergelijke oneerlijke praktijken worden aangepakt en voorkomen.

Gevolgen afwijzing handhavingsverzoek voor de regionale radiomarkt

13. Gevolgen van het afwijzen van het handhavingsverzoek van Fresh FM voor de radiomarkt, werkgelegenheid, luisteraars en artiesten

Zoals U bekend zal zijn heeft de NMa op 10 mei 2007 onder kenmerk 3295/78.BT778 een handhavingsverzoek van Fresh FM afgewezen³. Dit besluit is later in bezwaar en beroep bekrachtigd.

Bijna 20 jaar na dato kan de balans worden opgemaakt wat de effecten zijn geweest op de markt. In 2003 werden in totaal 26 FM en 12 AM frequenties verdeeld via een vergelijkende toets. Van de bedrijven die deze FM Frequenties verworven bestaan slechts twee nog in de oorspronkelijke vorm.⁴

Het diverse landschap dat in 2003 ontstond, bestaat niet meer. Nagenoeg slechts twee zenders, Amor FM en Ujala bestaan nog in de huidige vorm. Daarbij dient opgemerkt te worden dat -ondanks rechtszaken van Buma en SENA- deze zenders (nagenoeg) geen auteursrechten betalen omdat zij Hindoestaanse muziek uitzenden wat geen onderdeel is van het Buma en SENA repertoire en Buma en SENA ook geen gelden uitkeren aan deze auteurs.

³ Besluit NMa https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/1973_3295BEMP.pdf

⁴ Lijst van vergunningen verdeling 2003: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-24095-138-b1.pdf>

Indien in het kader van een onderzoek de voormalig eigenaren van deze zenders zullen worden benaderd, zullen deze allen verklaren dat de (te hoge) kosten van Buma en SENA een belangrijke reden zijn geweest hun bedrijf te beëindigen.

Meerdere radiozenders zoals voorheen Radio 8FM (Nu Radio 10 Brabant)⁵ en Fresh FM (Nu Q Music Nonstop)⁶ zenden nu slechts een landelijk programma uit wat via een u-bocht constructie is opgezet. De overige kleinere radiozenders zijn nagenoeg allemaal opgegaan in RadioNL een landelijk netwerk van lokale en regionale vergunningen.

De gevolgen van het afwijzen van het handhavingsverzoek van Fresh FM en het gebrek aan ingrijpen door de ACM hebben geleid tot een concentratie van marktmacht bij enkele grote spelers, terwijl kleinere, onafhankelijke radiozenders het moeilijk hebben gehad om te overleven. De hoge kosten van Buma en SENA zijn voor veel voormalige eigenaren een belangrijke reden geweest om hun bedrijf te beëindigen.

De afname van diversiteit in het radiolandschap heeft geleid tot minder werkgelegenheid in de sector, met name voor degenen die betrokken waren bij de productie en uitzending van unieke, gespecialiseerde radiocontent. Deze verschraving van het aanbod heeft ook gevolgen gehad voor luisteraars, die minder keuze hebben en minder blootstelling krijgen aan een breed scala aan muziekgenres en culturele inhoud.

Artiesten hebben eveneens te lijden onder deze ontwikkeling, aangezien het afgenomen aantal onafhankelijke radiozenders hen minder mogelijkheden biedt om hun muziek te laten horen en hun publiek te bereiken. Dit kan met name nadelig zijn voor opkomende artiesten en diegenen die buiten de mainstream vallen, aangezien zij minder kansen hebben om ontdekt te worden en een succesvolle carrière op te bouwen.

14. Negatieve gevolgen van het verdwijnen van kleinere zenders voor artiesten, MKB en de Nederlandse economie

Het verdwijnen van kleinere radiozenders, zoals Fresh FM en bijvoorbeeld ID&T Radio, heeft niet alleen geleid tot verschraving van het muziekaanbod, maar heeft ook negatieve gevolgen gehad voor artiesten, het MKB en de Nederlandse economie als geheel. Ten eerste hebben deze kleinere zenders in het verleden gefungeerd als springplank voor diverse artiesten, zoals DJ Jean⁷, Tiësto, Armin van Buuren⁸ en vele

⁵ 8 FM Verdwijnt: <https://www.bd.nl/den-bosch-vught/radio-8fm-verdwijnt-uit-groot-deel-van-brabant-en-verandert-in-radio-10~ad9ee95d/>

⁶ Q Music Nonstop: <https://www.radiofreak.nl/rechter-oude-fresh-fm-kavel-terecht-naar-radio-limburg/>

⁷ DJ Jean Fresh FM: <https://www.partyscene.nl/interviews/161595/dj-jean-die-stap-naar-fresh-fm-ik-al-veel-eerder-moeten-maken>

⁸ Armin van Buuren op Fresh FM: <https://www.radiofreak.nl/armin-van-buuren-wekelijks-met-a-state-of-trance-op-fresh-fm/>

anderen. Door het verdwijnen van dergelijke zenders hebben opkomende artiesten minder mogelijkheden om hun muziek te laten horen en een succesvolle carrière op te bouwen.

Ten tweede ondervindt het MKB negatieve gevolgen door het verdwijnen van kleinere radiozenders, aangezien zij minder mogelijkheden hebben om te adverteren en alleen bij landelijke radiozenders terecht kunnen. Dit beperkt hun bereik en kan leiden tot hogere advertentiekosten, wat uiteindelijk hun groei en concurrentievermogen kan beïnvloeden.

Tot slot heeft het verdwijnen van kleinere radiozenders bijgedragen aan de versterking van de machtspositie van grote internationale partijen, zoals Spotify.

Hierdoor verdwijnen werkgelegenheid en inkomsten naar het buitenland, wat negatieve gevolgen heeft voor de Nederlandse economie. Het is van groot belang dat de ACM de rol van Buma en SENA in deze ontwikkelingen onderzoekt en passende handhavingsmaatregelen neemt om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen te beschermen.

15. Petitie van Buma-leden ter ondersteuning van Fresh FM

In een petitie, ondertekend door 29 leden van Buma (Bijl 2), werd aandacht gevraagd voor de problematiek rond Fresh FM en Buma. De ondertekenaars, die allen actieve Buma en SENA-leden zijn, benadrukten het belang van Fresh FM voor de Nederlandse dancemuziek en het bieden van een platform voor nieuw DJ- en producertalent. Hoewel de ondertekenaars erkenden dat Fresh FM in het verleden mogelijk niet correct met Buma heeft afgerekend, uitten zij hun vertrouwen in het nieuwe management om tot een reële afhandeling van het verleden en duidelijke afspraken voor de toekomst te komen.

Ondanks de steun van deze Buma-leden heeft Buma de petitie afgewezen. Dit roept vragen op over de motieven van Buma en de mate waarin zij rekening houden met de belangen van hun leden en het bredere muziklandschap. Het feit dat Buma meerdere voorstellen van Fresh FM heeft afgewezen, waaronder voorstellen om aan de lopende verplichtingen te voldoen, is zorgwekkend en onderstreept het belang van het voortbestaan van deze zenders voor de muziekindustrie.

De afwijzing van de petitie door Buma heeft niet alleen gevolgen voor Fresh FM, maar ook voor de betrokken Buma-leden, die zowel hun platform als eventuele Buma-afdrachten mislopen. Bovendien zond de zender op dat moment rechtenvrije muziek uit, wat geen meerwaarde biedt voor de leden van Buma. De petitie toont duidelijk aan dat er binnen de muziekindustrie een grote behoefte bestaat aan het behoud van zenders zoals Fresh FM, die een cruciale rol spelen in de promotie van nieuw talent en het stimuleren van innovatie en diversiteit in de sector.

Onder de ondertekenaars van de petitie bevinden zich enkele van de meest bekende en invloedrijke namen in de Nederlandse muziekwereld. Enkele van de grootste namen die de petitie hebben getekend, zijn onder meer:

- Fajah Lourens, bekend van hits als "Squats" en "Heaven";
- Jurgen Rijkers, een gerespecteerde DJ en producer;
- Johan Gielen, beroemd om zijn trance- en dance-hits zoals "Twisted" en "Revelations";
- Ferry Corsten, een wereldberoemde DJ en producer met hits als "Punk", "Rock Your Body Rock" en "Radio Crash";
- Lucien Foort, een gerenommeerd DJ en producer met nummers als "Quadrophonia" en "Revolver";
- DJ Jean (Jan Engelaar), bekend om zijn hit "The Launch" en zijn invloedrijke rol in de Nederlandse dance-scene;
- Wessel van Diepen, een invloedrijke radio-DJ en medeoprichter van de dancegroep Vengaboys, met hits als "Boom, Boom, Boom, Boom!" en "We Like to Party!"

Deze artiesten vertegenwoordigen een breed scala aan genres en hebben bijgedragen aan de groei en ontwikkeling van de Nederlandse muziekindustrie. Het feit dat zij zich verenigd hebben om hun steun te betuigen aan Fresh FM en de petitie te ondertekenen, benadrukt het belang van het station en het platform dat het bood voor opkomend talent en de promotie van nieuwe muziek.

Om deze redenen verzoeken wij de ACM om de belangen van alle betrokken partijen, waaronder de ondertekenaars van de petitie, in overweging te nemen bij het beoordelen van het handhavingsverzoek en het nemen van passende handhavingsmaatregelen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

Specifieke gevolgen Fresh FM

16. Toegankelijke geschillenbeslechting, kritiek op de afwijzing van het handhavingsverzoek en overwinningen van Fresh FM

Ondanks de dominante positie van Buma en SENA in de muziekindustrie, heeft Fresh FM in het verleden enkele overwinningen behaald in juridische procedures tegen deze organisaties. Dit toont aan dat, indien er toegankelijke geschillenbeslechting wordt geboden, kleinere partijen succesvol kunnen opkomen voor hun rechten en belangen. Enkele voorbeelden van dergelijke overwinningen zijn:

- Een vordering voor webcasting door Buma werd door de rechtbank Amsterdam afgewezen. Dit betekent dat Buma er niet in is geslaagd om aanvullende betalingen van Fresh FM af te dwingen voor webcasting, aangezien

de rechtbank oordeelde dat er geen wettelijke basis was voor deze vordering.⁹

- Een door Buma geëiste vergoeding voor feesten werd afgewezen. Dit resultaat toont aan dat kleinere partijen succesvol kunnen opkomen voor hun belangen en kunnen bijdragen aan het vaststellen van redelijkere en evenredigere vergoedingen.¹⁰
- Een eis van SENA om een verklaring van een Registeraccountant (RA) te overleggen werd afgewezen¹¹. Deze uitspraak illustreert dat kleinere partijen niet altijd aan onredelijke eisen van monopolisten hoeven te voldoen en dat zij in sommige gevallen succesvol kunnen opkomen voor hun rechten.
- SENA werd verplicht rekening te houden met het percentage 'niet Rome muziek' dat Fresh FM uitzond. Dit betekent dat SENA de specifieke kenmerken van het muziekaanbod van Fresh FM moest erkennen en hiermee rekening moest houden bij het bepalen van de verschuldigde vergoedingen.¹²
- De rechtbank stelde vast dat er geen betalingsonwil was van de zijde van SCOEZH¹³.
- De vorderingen van SENA ten aanzien van de programma producent ANONIEM werden afgewezen.¹⁴
- Alhoewel het handavingsverzoek van Fresh FM door de NMa is afgewezen, is daar in de vakliteratuur kritiek op geuit: 'Dat de afnemers de dupe worden van deze benadering is evident.'¹⁵

Deze voorbeelden benadrukken het belang van toegankelijke geschillenbeslechting voor kleinere partijen in de muziekindustrie. Het stelt hen in staat om hun rechten en belangen te verdedigen tegen dominante organisaties zoals Buma en SENA, en draagt bij aan een eerlijkere en transparantere mededinging in de sector. Het is cruciaal dat de ACM en andere relevante autoriteiten blijven toezien op de beschikbaarheid en effectiviteit van geschillenbeslechtingsmechanismen, en waar nodig passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat alle marktdeelnemers op gelijke voet worden behandeld en hun belangen worden beschermd.

⁹ Zie ro 3.26: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0292>

¹⁰ Zie ro 3.38: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0292>

¹¹ <https://www.navigator.nl/document/id6e9ae0f18c9c4f05a48caa44d318bcab/ecli-nl-rbdha-2013-19244-ecli-nl-rbdha-2014-10162-ecli-nl-rbdha-2013-19629-rb-den-haag-24-07-2013-nr-c-09-217390-ha-za-04-864>

¹² Zie ro 5.14 en verder: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2013:19629>

¹³ Zie ro 5.23: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2013:19629>

¹⁴ Zie ro 5.24 en verder: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2013:19629>

¹⁵

https://www.openaccessadvocate.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2008/3/MenM_2008_012_003_005.pdf

17. Valse facturen verstuurd door Buma en SENA aan SCO EZH

In het geval van onze vergunninghouder SCO EZH is er sprake geweest van een situatie waarin zowel Buma als SENA valse facturen hebben verstuurd aan de vergunninghouder SCO EZH voor webcasting. Het is belangrijk op te merken dat SCO EZH nooit webcasting heeft uitgevoerd en evenmin een overeenkomst met Buma en SENA is aangegaan voor webcasting. Desondanks hebben Buma en SENA facturen verstuurd voor deze diensten (Bijl 3).

In een eerdere bodemprocedure in 2010 zijn de vorderingen van Buma met betrekking tot webcasting reeds afgewezen¹⁶, wat duidt op het ongegronde karakter van deze vorderingen. De valse facturen hebben echter wel bijgedragen aan de financiële problemen van SCO EZH, wat uiteindelijk heeft geleid tot het faillissement van de vergunninghouder.

Het versturen van valse facturen is een ernstige overtreding die niet alleen in strijd is met de algemene beginselen van redelijkheid en billijkheid, zoals vastgelegd in artikel 6:2 en 6:248 van het Burgerlijk Wetboek, maar ook met de strafrechtelijke bepalingen inzake valsheid in geschrifte (artikel 225 van het Wetboek van Strafrecht).

18. Leveringsweigering in de zaak Fresh FM: Mededingingswet en misbruik van een economische machtspositie

In de zaak van Fresh FM was er sprake van leveringsweigering door Buma en SENA, die verschillende punten omvatte. Deze kwestie is van groot belang voor de mededinging in de muziekindustrie, omdat het gedrag van Buma en SENA een mogelijke schending van de Mededingingswet en misbruik van hun economische machtspositie inhoudt. Het is van cruciaal belang om te voorkomen dat Buma en SENA op deze wijze blijven optreden tegen marktpartijen, aangezien dit kan leiden tot oneerlijke concurrentie, belemmering van innovatie en nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie.

De samenwerking tussen Buma en SENA kan in strijd zijn met artikel 6 van de Mededingingswet, dat overeenkomsten tussen ondernemingen verbiedt die de mededinging beperken. Daarnaast kan hun gedrag, zoals hieronder uiteengezet, in strijd zijn met artikel 24 van de Mededingingswet, dat misbruik van een economische machtspositie verbiedt.

De punten van leveringsweigering omvatten onder meer:

¹⁶ Zie: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0292>

- Nadat Buma en SENA een kort geding voerden waarin een inbreukverbod werd toegewezen, stelden zij als voorwaarde voor voortzetting van de licentie na een overname door derden dat ANONIEM niet meer betrokken mocht zijn bij de radiozender, ook niet als adviseur. Deze eis kan worden gezien als een poging om kleinere partijen, zoals Fresh FM, uit de markt te drukken, wat in strijd kan zijn met artikel 24 van de Mededingingswet. (Bijl 4)
- Na het toewijzen van het inbreukverbod stuurde SENA de dag erna een aanvullende factuur van 15.000 euro voor muziekgebruik, waar geen enkele contractuele basis voor bestond, en eiste betaling hiervan. Dit kan worden gezien als een poging om extra financiële druk uit te oefenen op Fresh FM, wat mogelijk in strijd is met artikel 24 van de Mededingingswet, omdat het misbruik maakt van hun economische machtspositie om kleinere partijen te benadelen. (Bijl 5)
- Buma en SENA weigerden een betaling van 100.000 euro te accepteren met als voorwaarde toestemming voor het uitzenden van muziek. Een Registeraccountant (RA) heeft in opdracht van Fresh FM becijferd dat dit bedrag voldoende was om alle kosten te voldoen, echter zonder de aanvullende factuur van 15.000 euro van SENA en de niet gebezigde webcasting. Deze weigering kan worden gezien als een poging om onredelijke financiële eisen te stellen aan Fresh FM en kan mogelijk in strijd zijn met artikel 24 van de Mededingingswet, omdat het misbruik maakt van hun economische machtspositie om kleinere partijen te benadelen. (Bijl 6)
- Na de overdracht van de zendvergunning van Fresh FM/SCOEZH aan Stichting SB Radio, hebben Buma en SENA de licenties van RadioMonster BV/SB Radio ingetrokken. Hierdoor kon SB Radio geen muziek meer uitzenden. De voorwaarde voor het verlenen van een licentie was dat ANONIEM geen betrokkenheid meer zou hebben bij de zender, een voorwaarde die door het Hof Amsterdam reeds als onrechtmatig was beoordeeld¹⁷. Het intrekken van licenties onder dergelijke omstandigheden kan worden gezien als misbruik van economische machtspositie, in strijd met artikel 24 van de Mededingingswet. (Bijl 7)
- Ook hebben Buma en SENA als onderdeel van schikkingen een 'beroepsverbod' geëist van ANONIEM als onderdeel van het kwijtschelden van de onrechtmatig verzonden facturen. (Bijl 8)
- Tijdens onderhandelingen is ook door Buma en SENA geëist dat de klacht die Fresh FM had ingediend bij de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk werd ingetrokken, als voorwaarde voor het treffen van een schikking. (Bijl 9)
- Nadat door een andere vennootschap een licentie voor Buma en SENA repertoire was afgesloten, wed de Stichting Webcasting Nederland door Buma en SENA onder druk gezet om de licenties in te trekken, wat SWN ook daadwerkelijk heeft gedaan. (Bijl 10)

¹⁷ Zie: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0292>

- Buma en SENA hebben intensief contact gehad met het Agentschap Telecom om de vergunning van Fresh FM in te trekken. (Bijl 11)
- Daarnaast stemmen Buma en SENA hun juridische acties af met Broadcast Partners / On Tower Netherlands. Deze laatste heeft - in overleg met Buma - 37 onrechtmatige beslagen gelegd¹⁸, waardoor de inkomsten van de radiozender wegvielen. (Bijl 12)

Door het handelen van Buma en SENA zien kleine marktpartijen zich dus geconfronteerd met niet twee, maar drie monopolisten en de overheid. Inzake ANONIEM hebben Buma, SENA en Broadcast Partners vergelijkbaar overleg gevoerd. Dit soort samenwerking en afstemming tussen monopolisten en overheidsinstanties kan leiden tot oneerlijke concurrentie en marktverstoring.

Het vorderen van faillissement op basis van onrechtmatige facturen en IE-proceskosten veroordelingen kan worden gezien als misbruik van recht en een poging om concurrenten uit de markt te drukken, wat eveneens in strijd kan zijn met artikel 24 van de Mededingingswet. Zeker nu de bodemprocedures die daarop zien door het faillissement kunnen worden geëindigd.

17. Verwijzing naar afwijzing van handhavingsverzoek als intimidatiepraktijk

In de vele rechtszaken die Buma en SENA hebben gevoerd tegen Fresh FM, hebben zij stevast verwezen naar de afwijzing van het handhavingsverzoek van Fresh FM door de NMa. Deze verwijzing wordt gebruikt als een argument om hun positie in de juridische procedures te versterken en om Fresh FM en andere partijen te intimideren. (Bijl 13)

Deze intimidatiepraktijken van Buma en SENA kunnen een ontmoedigend effect hebben op andere partijen die overwegen een handhavingsverzoek in te dienen. Door eerdere beslissingen van de NMa te presenteren als bewijs van hun rechtmatige handelen, creëren Buma en SENA een intimiderende sfeer voor andere partijen die mogelijk met vergelijkbare problemen kampen. Dit kan hen ontmoedigen om een handhavingsverzoek in te dienen, uit angst voor negatieve gevolgen zoals juridische procedures of represailles van Buma en SENA.

Dergelijke praktijken kunnen het vertrouwen in het handhavingsmechanisme ondermijnen en een ongelijk speelveld in de muziekindustrie creëren. Het gebruik van eerdere uitspraken van de NMa als pressiemiddel kan kleinere partijen afschrikken om hun recht op eerlijke mededinging en toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken na te streven. Bovendien kan het leiden tot een gebrek aan transparantie en verantwoording in de handelswijze van Buma en SENA, wat op zijn

¹⁸ Zie: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2020>

beurt verdere nadelige gevolgen kan hebben voor de mededinging en de belangen van kleinere partijen in de muziekindustrie.

Het is van cruciaal belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten rekening houden met deze afschrikkingstactieken bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet. Het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers vereisen dat partijen zich vrij en zonder zorg kunnen uitspreken en verzetten tegen mogelijk misbruik van machtsposities door monopolisten zoals Buma en SENA. Het is belangrijk dat de ACM en andere relevante autoriteiten passende maatregelen treffen om deze zorgen weg te nemen en een omgeving te creëren waarin partijen hun ervaringen openlijk kunnen delen en samenwerken om de mededinging in de muziekindustrie te bevorderen.

18. Nadelige gevolgen voor rechthebbenden en luisteraars door de handelswijze van Buma en SENA

De handelswijze van Buma en SENA in de zaak Fresh FM en vergelijkbare situaties kan aanzienlijke negatieve gevolgen hebben voor zowel rechthebbenden als luisteraars. Hieronder worden enkele redenen uiteengezet waarom rechthebbenden en luisteraars worden benadeeld door deze handelswijze:

Verminderde inkomsten voor rechthebbenden: Zoals eerder vermeld, besteden Buma en SENA aanzienlijke bedragen aan juridische kosten in hun pogingen om inkomsten te genereren. Dit kan leiden tot minder beschikbare middelen voor de rechthebbenden, omdat de inkomsten die aan hen zouden moeten worden uitgekeerd, in plaats daarvan worden besteed aan juridische procedures.

Beperkte mogelijkheden voor inkomstengeneratie: Het agressieve optreden van Buma en SENA tegen kleinere marktpartijen, zoals gespecialiseerde radiozenders, kan leiden tot een verstoorde muziekindustrie. Dit kan de mogelijkheden voor rechthebbenden om inkomsten te genereren uit hun werken beperken, aangezien er minder kanalen beschikbaar zijn om hun muziek aan het publiek te presenteren.

Verschraling van het muziekaanbod: Kleine radiozenders zijn vaak gespecialiseerd in bijzondere muzieksoorten en hebben een uniek aanbod dat zich onderscheidt van de mainstream muziekindustrie. Het onder druk zetten en mogelijk uitsluiten van dergelijke zenders door Buma en SENA kan leiden tot een verschraling van het muziekaanbod, waardoor luisteraars minder toegang hebben tot een breed scala aan muziekgenres en de culturele diversiteit van het muziekaanbod afneemt.

Negatieve impact op innovatie en creativiteit: Door het uitoefenen van druk op kleinere, gespecialiseerde radiozenders kan de muziekindustrie minder ruimte bieden voor innovatie en creativiteit. Dit kan resulteren in een minder dynamische markt,

waarin nieuwe en opkomende artiesten minder mogelijkheden hebben om hun muziek te verspreiden en gehoord te worden.

Verlies van luisteraars en publiek: Wanneer kleinere radiozenders, die vaak een trouwe en niche luisteraarsgroep hebben, worden beïnvloed door de handelswijze van Buma en SENA, kunnen luisteraars hun favoriete zenders verliezen. Dit kan leiden tot ontevredenheid onder luisteraars en hen beroven van de mogelijkheid om te genieten van de muziekgenres die hen interesseren.

Het is van cruciaal belang om de handelswijze van Buma en SENA in overweging te nemen en passende handhavingsmaatregelen te treffen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van zowel rechthebbenden als luisteraars te beschermen.

Recente wijzigingen Auteurswet

19. Recente wijzigingen in de Auteurswet en de gevolgen voor de vergoeding van auteursrechten

Een recente wijziging in de Auteurswet heeft gevolgen voor de vergoeding van auteursrechten. Deze wijziging is ingevoerd naar aanleiding van een nieuwe Europese richtlijn¹⁹ en heeft betrekking op de term 'billijke vergoeding'. In plaats van alleen 'billijk', moet de vergoeding nu ook als 'evenredig en passend' worden beschouwd.

De effecten van de tarieven van Buma en SENA op de radiomarkt suggereren dat deze tarieven mogelijk niet 'passend' zijn geweest. Dit blijkt uit het feit dat de tarieven een belangrijke oorzaak zijn geweest van het nagenoeg verdwijnen van de markt voor kleinere, onafhankelijke radiozenders.

Het is van groot belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten rekening houden met deze recente wijzigingen in de Auteurswet en de gevolgen hiervan voor de vergoeding van auteursrechten bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA. De handhaving van de Mededingingswet en het waarborgen van eerlijke concurrentie in de muziekindustrie vereisen dat de tarieven voor auteursrechten niet alleen billijk, maar ook evenredig en passend zijn. Een grondig onderzoek naar de tarieven van Buma en SENA en hun impact op de markt is essentieel om te bepalen of zij voldoen aan deze criteria en om passende handhavingsmaatregelen te treffen indien nodig.

De rol van de Geschillencommissie Auteursrechten

20. De Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk en de beperkte toegankelijkheid voor muziekgebruikers

¹⁹ Zie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=PL>

Medio 2015 is de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk opgericht om geschillen tussen auteursrechtenorganisaties, zoals Buma en SENA, en muziekgebruikers op een laagdrempelige en efficiënte manier op te lossen. Echter, sinds de oprichting van deze commissie zijn er slechts vier (gepubliceerde) uitspraken gedaan²⁰. Dit wijst erop dat muziekgebruikers hun weg naar de commissie niet weten te vinden, wat de effectiviteit van deze alternatieve geschillenbeslechting beperkt.

Er kan worden betoogd dat er een financieel voordeel is voor Buma en SENA om toegang tot de Geschillencommissie te belemmeren. In het geval van een gang naar de rechter kunnen zij aanspraak maken op proceskostenveroordelingen (mede in het kader van intellectuele eigendom), hetgeen een financieel voordeel oplevert. Bovendien is in een nieuw wetsvoorstel opgenomen dat de sector 50% van de kosten van de handhaving moet gaan betalen, wat een extra financiële last voor Buma en SENA met zich meebrengt.

Een ander belangrijk aspect is dat muziekgebruikers geen beroep meer kunnen doen op de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk zodra Buma en SENA een juridische procedure zijn gestart. Deze situatie kan Buma en SENA motiveren om zo snel mogelijk juridische procedures in te stellen, waardoor muziekgebruikers effectief de mogelijkheid wordt ontnomen om een beroep te doen op een laagdrempelige en efficiënte geschillenbeslechting.

Het is van groot belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten de beperkte toegankelijkheid van de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk onderzoeken en nagaan of Buma en SENA maatregelen nemen om toegang tot deze commissie te voorkomen. Het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers vereisen een zorgvuldige evaluatie van de alternatieve geschillenbeslechting en de rol van Buma en SENA hierin.

De rol van het College van Toezicht Auteursrechten

21. Transparantie en verantwoording in de rapportages van Buma en SENA aan het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA)

Het is van groot belang om transparantie en verantwoording in de rapportages van Buma en SENA aan het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA) te waarborgen. Dit is essentieel om rechthebbenden en muziekgebruikers in staat te stellen een goed geïnformeerde beoordeling te maken van de kosten die gemoeid zijn met de handhaving van auteursrechten door deze organisaties en om te beoordelen of Buma en SENA onnodig kosten maken.

²⁰ Zie: https://www.degeschillencommissie.nl/uitspraken-overzicht/?search_query=&meta_uitspraak_referentie=&tax_category=auteursrechten-zakelijk&tax_uitspraak_jaartal=&tax_uitspraak_category=&tax_uitspraak_org=&tax_uitspraak_soort=&tax_uitspraak_uitkomst=&tax_uitspraak_product_dienst=&orderby=date&order=DESC&posts_per_page=10&wpas_id=myform&wpas_submit=1

Op dit moment is er in de rapportages die Buma en SENA verstrekken aan het CvTA geen onderdeel opgenomen dat betrekking heeft op juridische kosten, zowel intern als extern, noch op kerncijfers met betrekking tot het aantal rechtszaken en de daarmee gepaard gaande kosten²¹. Dit gebrek aan transparantie en verantwoording bemoeilijkt het vermogen van rechthebbenden en muziekgebruikers om te beoordelen of de tarieven en handhaving van auteursrechten door Buma en SENA 'passend en evenredig' zijn.

Wij verzoeken de ACM om in haar onderzoek naar de handelswijze van Buma en SENA aandacht te besteden aan de noodzaak van transparantie en verantwoording in hun rapportages aan het CvTA. Het is belangrijk dat deze rapportages inzicht geven in de juridische kosten, zowel intern als extern, en kerncijfers met betrekking tot het aantal rechtszaken en de daarmee gepaard gaande kosten. Deze informatie stelt rechthebbenden en muziekgebruikers in staat om een beter inzicht te krijgen in de kosten die gemoeid zijn met de handhaving van auteursrechten door Buma en SENA en om te beoordelen of de tarieven en handhaving daarop 'passend en evenredig' zijn.

Een grotere transparantie en verantwoording in de rapportages van Buma en SENA aan het CvTA zou bijdragen aan het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers, met name kleinere partijen die mogelijk onevenredig worden benadeeld door de huidige handelswijze van Buma en SENA. Het is cruciaal dat de ACM en andere relevante autoriteiten deze aspecten in overweging nemen bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet.

22. Bevoegdheid van de ACM ten aanzien van 'passendheid' van tarieven en effecten op kleine zenders

Uit twee brieven, één van de Geschillencommissie Auteursrechten en één van het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA)²², blijkt dat deze instanties zich primair richten op het beoordelen van tariefsverhogingen en niet de 'passendheid' van de toepasselijke tarieven. Dit benadrukt het belang van de rol van de ACM bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet.

De Geschillencommissie Auteursrechten is een laagdrempelige en efficiënte instantie voor het oplossen van geschillen tussen auteursrechtenorganisaties en muziekgebruikers. Echter, haar bevoegdheid is beperkt tot het beoordelen van tariefsverhogingen en het vellen van een oordeel over geschillen die voortvloeien uit dergelijke verhogingen.

²¹ Zie CvTA: <https://cvta.nl/wp-content/uploads/2022/09/CvTA-Jaarrapport-Toezicht-2021-29-september-2022.pdf>

²² Zie CvTA: <https://www.cvta.nl/goedkeuring-verhoging-tarief-voor-lineair-uitzenden-door-niet-landelijke-commerciele-radio-omroepen-SENA-3-maart-2016/>

Het CvTA is verantwoordelijk voor het toezicht op de handelswijze van auteursrechtenorganisaties zoals Buma en SENA en het waarborgen van de belangen van rechthebbenden en muziekgebruikers. Hoewel het CvTA bevoegd is om te oordelen over tariefsverhogingen, is het wellicht niet bevoegd om de 'passendheid' van de toepasselijke tarieven te beoordelen.

Gezien de beperkte bevoegdheid van de Geschillencommissie Auteursrechten en het CvTA in deze kwesties, is het van cruciaal belang dat de ACM haar bevoegdheden uitoefent om de handelswijze van Buma en SENA te onderzoeken en te beoordelen in hoeverre hun tarieven en vergoedingen 'passend en evenredig' zijn, zoals vereist door de recente wijzigingen in de Auteurswet. Daarnaast is het aan de ACM om te beoordelen wat de marktwerking van de tarieven is en de effecten van de tarieven op kleine zenders, zoals lokale radiozenders.

Het is essentieel dat de ACM deze kwesties grondig onderzoekt om te waarborgen dat de mededinging in de muziekindustrie eerlijk en transparant is en dat de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, worden beschermd. In dit kader dient de ACM haar bevoegdheden ten volle te benutten om de naleving van de Mededingingswet door Buma en SENA te waarborgen, met name met betrekking tot de 'passendheid' van de door hen gehanteerde tarieven en vergoedingen en de effecten daarvan op kleine zenders. Dit omvat het onderzoeken van de handelswijze van Buma en SENA, het beoordelen van de naleving van de Mededingingswet en het treffen van passende handhavingsmaatregelen indien nodig. Alleen door een grondig onderzoek te verrichten en passende maatregelen te nemen, kan de ACM bijdragen aan het herstel van eerlijke mededinging in de muziekindustrie en de bescherming van de belangen van alle marktdeelnemers, met name diegenen die mogelijk worden benadeeld door de handelswijze van Buma en SENA.

Belanghebbenden

23. Belanghebbenden en hun bereidheid om zich aan te sluiten bij het handhavingsverzoek

Gezien het grote aantal rechtszaken dat Buma en SENA gezamenlijk hebben gevoerd tegen kleinere partijen, is het aannemelijk dat er veel belanghebbenden zijn die bereid zouden zijn om zich aan te sluiten bij dit handhavingsverzoek. De ervaringen en standpunten van deze belanghebbenden zijn van cruciaal belang om een volledig beeld te krijgen van de impact van de handelswijze van Buma en SENA op de muziekindustrie en de mededinging.

Momenteel worden er gesprekken gevoerd met een beperkt aantal belanghebbenden die mogelijk bereid zijn om hun steun te verlenen aan dit handhavingsverzoek. De verklaringen van deze belanghebbenden, waarin zij hun ervaringen met Buma en SENA en de gevolgen voor hun activiteiten en belangen beschrijven, zullen op een later tijdstip worden overgelegd.

Het betrekken van deze belanghebbenden bij het handhavingsverzoek is essentieel om de reikwijdte en de impact van de samenwerking tussen Buma en SENA op de mededinging en de belangen van kleinere partijen in de muziekindustrie te illustreren. Door hun ervaringen en standpunten te documenteren en te presenteren aan de ACM en andere relevante autoriteiten, wordt het bewijs van oneerlijke praktijken en misbruik van machtsposities door Buma en SENA versterkt. Dit zal bijdragen aan het waarborgen van een eerlijke concurrentie en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers, met name diegenen die nadelige gevolgen ondervinden van de handelswijze van Buma en SENA.

Wij verzoeken de ACM om rekening te houden met de belangen en ervaringen van deze belanghebbenden bij het beoordelen van het handhavingsverzoek en bij het nemen van passende handhavingsmaatregelen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

24. Angst onder partijen om tegen Buma en SENA op te treden en de impact op de mededinging

Het is belangrijk om te benadrukken dat er onder partijen die betrokken zijn geweest bij juridische procedures met Buma en SENA, een aanzienlijke mate van angst en terughoudendheid bestaat om hun ervaringen te delen en zich uit te spreken tegen deze organisaties. Uit onze gesprekken met een tiental partijen, waaronder winkels, horecagelegenheden en radiozenders, blijkt dat zij beducht zijn voor mogelijke represailles en negatieve gevolgen indien zij hun ervaringen openbaar maken. De gespreksverslagen met deze partijen worden als hoogst vertrouwelijk document bijgevoegd als (Bijl 14).

Deze vrees onder partijen heeft een negatieve invloed op de mededinging in de muziekindustrie, aangezien het hen ontmoedigt om in verzet te komen tegen de handelswijze van Buma en SENA en om hun rechten en belangen te beschermen. Dit is met name problematisch voor radiozenders die, zonder toestemming voor het Buma en SENA repertoire niet kunnen uitzenden, omdat zij het meest kwetsbaar zijn voor juridische acties en druk van deze organisaties.

Bovendien is gebleken dat Buma en SENA de gebeurtenissen bij Fresh FM actief gebruiken om andere radiozenders onder druk te zetten en te intimideren. Door het voorbeeld van Fresh FM aan te halen en te dreigen met vergelijkbare juridische gevolgen, worden deze zenders ontmoedigd om hun recht op eerlijke concurrentie en toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken na te streven.

Het is van essentieel belang dat de ACM en andere relevante autoriteiten rekening houden met deze angst en terughoudendheid onder partijen bij het beoordelen van de handelswijze van Buma en SENA en het evalueren van de naleving van de Mededingingswet. Het waarborgen van eerlijke concurrentie en het beschermen van

de belangen van alle marktdeelnemers vereisen dat partijen zich vrij en zonder angst kunnen uitspreken en verzetten tegen mogelijk misbruik van machtsposities door monopolisten zoals Buma en SENA. Het is cruciaal dat de ACM en andere relevante autoriteiten passende maatregelen treffen om deze vrees weg te nemen en een omgeving te creëren waarin partijen hun ervaringen openlijk kunnen delen en samenwerken om de mededinging in de muziekindustrie te bevorderen.

25. ACM-onderzoek naar de ervaringen van andere belanghebbenden en marktpartijen

In het kader van het onderzoek naar de handelswijze van Buma en SENA, verzoeken wij de ACM om niet alleen rekening te houden met de verklaringen en ervaringen van de reeds geïdentificeerde belanghebbenden die bij dit handhavingverzoek betrokken zijn, maar ook om zelfstandig onderzoek te doen naar de ervaringen van andere belanghebbenden en marktpartijen die mogelijk zijn getroffen door de samenwerking tussen Buma en SENA.

Dit kan bijvoorbeeld door het benaderen van andere muziekgebruikers, zoals horecagelegenheden, evenementenorganisatoren en andere radiozenders, om inzicht te krijgen in hun ervaringen met Buma en SENA en de mogelijke negatieve gevolgen van hun handelswijze. Het verzamelen van dergelijke aanvullende informatie en getuigenissen kan bijdragen aan een beter begrip van de reikwijdte en impact van de praktijken van Buma en SENA op de mededinging en de belangen van kleinere partijen in de muziekindustrie.

Door het uitvoeren van een dergelijk onafhankelijk onderzoek kan de ACM een uitgebreider en evenwichtiger beeld krijgen van de situatie en de mate waarin de handelswijze van Buma en SENA mogelijk in strijd is met de Mededingingswet en andere toepasselijke wettelijke bepalingen. Dit zal bijdragen aan een beter gefundeerde beoordeling van de handelswijze van Buma en SENA en de noodzaak van passende handhavingmaatregelen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

26. Te horen getuigen: Bestuurders en hoofden juridische zaken van Buma en SENA, evenals voormalige bestuurders en hoofden juridische zaken

Om een grondig en volledig beeld te krijgen van de handelswijze van Buma en SENA en de mogelijke nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie, is het belangrijk om getuigenverklaringen te verkrijgen van de betrokken personen bij deze organisaties. Dit omvat zowel de huidige als voormalige bestuurders en hoofden juridische zaken van Buma en SENA.

Wij verzoeken de ACM om de volgende personen te horen als getuigen in het kader van haar onderzoek naar de samenwerking tussen Buma en SENA:

De huidige bestuurders en hoofden juridische zaken van Buma en SENA, die verantwoordelijk zijn voor het vaststellen en uitvoeren van de strategieën en beleidslijnen met betrekking tot de handhaving van auteursrechten en de samenwerking tussen beide organisaties.

Voormalige bestuurders en hoofden juridische zaken, zoals Hans Jansen (SENA, Juridische Zaken), Anja Kroeze (Buma, Hoofd Juridische Zaken) en Wim van Limpt (Buma, Directeur), die betrokken zijn geweest bij eerdere besluitvorming en handhavingsacties van Buma/Stemra en SENA.

Het is belangrijk om deze specifieke personen te horen, omdat zij direct betrokken zijn geweest bij de besluitvorming en de handhavingsacties van Buma en SENA. Gezien de machtspositie van Buma en SENA is het aannemelijk dat huidige medewerkers angst zullen hebben om vrijuit te spreken tegenover de ACM, uit vrees voor mogelijke represailles of negatieve gevolgen voor hun positie binnen de organisaties.

Voormalige bestuurders en hoofden juridische zaken, die niet langer gebonden zijn aan Buma en SENA, zullen wellicht meer geneigd zijn om openlijk hun ervaringen en inzichten te delen, aangezien zij niet langer afhankelijk zijn van hun positie binnen deze organisaties. Bovendien is het mogelijk dat sommige van deze personen niet in goede harmonie zijn vertrokken bij Buma en SENA, waardoor zij mogelijk meer bereid zijn om kritische informatie en perspectieven te delen die van belang kunnen zijn voor het ACM-onderzoek.

Het horen van deze specifieke getuigen helpt de ACM om een beter inzicht te krijgen in de interne besluitvorming, strategieën en handhavingsacties van Buma en SENA. Dit zal bijdragen aan een grondiger onderzoek naar de samenwerking tussen deze organisaties, de mogelijke overtreding van de Mededingingswet, en de impact hiervan op kleinere partijen in de muziekindustrie.

Naast de bestuurders en hoofden juridische zaken van Buma en SENA, verzoeken wij de ACM om ook de volgende personen namens Fresh FM als getuigen te horen:

1. ANONIEM²³
2. ANONIEM
3. ANONIEM
4. ANONIEM

Deze personen hebben relevante kennis en ervaring met betrekking tot de handelwijze van Buma en SENA en de gevolgen daarvan voor radiozenders zoals Fresh FM.

²³ Geanonimiseerde namen worden separaat toegezonden

Daarnaast verzoeken wij de ACM om rekening te houden met de zorgen van (voormalige) bestuurders van andere radiozenders die mogelijk bereid zijn om hun ervaringen en inzichten te delen, maar die vrezen voor represailles van Buma en SENA. Wij verzoeken een meldpunt te openen waar muziekgebruikers anoniem de ervaringen met Buma en SENA te kunnen delen, zodat hun identiteit beschermd blijft en zij vrijelijk hun informatie kunnen delen zonder vrees voor negatieve gevolgen.

Het horen van deze getuigen zal bijdragen aan een beter inzicht in de motieven en overwegingen achter de handelswijze van Buma en SENA, evenals de mogelijke impact van hun samenwerking op de mededinging en de belangen van kleinere partijen in de muziekindustrie. Dit zal de ACM in staat stellen om een meer geïnformeerde beoordeling te maken van de handelswijze van Buma/Stemra en SENA en de noodzaak van passende handhavingsmaatregelen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

27. Verzoek tot het anoniem horen van getuigen

In het kader van dit handhavingsverzoek willen wij de ACM verzoeken om bepaalde getuigen anoniem te horen, in overeenstemming met de regels die zijn vastgesteld in de uitspraak ECLI:NL:HR:2017:2986. Deze uitspraak bepaalt de voorwaarden waaronder getuigen anoniem kunnen worden gehoord in juridische procedures, om hun identiteit en veiligheid te beschermen.

In het handhavingsverzoek hebben we aangegeven dat er onder partijen die betrokken zijn geweest bij juridische procedures met Buma en SENA, een aanzienlijke mate van angst en terughoudendheid bestaat om hun ervaringen te delen en zich uit te spreken tegen deze organisaties. Veel van deze personen zijn nog steeds werkzaam in de muziekindustrie en zijn afhankelijk van hun positie binnen deze sector voor hun inkomen. Er bestaat bezorgdheid dat het openlijk delen van hun ervaringen en het uiten van kritiek op Buma en SENA negatieve gevolgen kan hebben voor hun professionele reputatie, carrière en persoonlijke veiligheid.

Gezien deze omstandigheden is het van groot belang dat de ACM de mogelijkheid biedt om getuigen anoniem te horen. Dit waarborgt dat hun identiteit en veiligheid worden beschermd, en stelt hen in staat om vrijelijk hun informatie te delen zonder vrees voor mogelijke represailles of negatieve gevolgen. Het anoniem horen van getuigen zal bijdragen aan een beter inzicht in de handelswijze van Buma en SENA en de mogelijke nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie.

Als bijlage bij dit handhavingsverzoek voegen wij een lijst toe van 25 mogelijke anonieme getuigen (Bijl 15). Deze personen zijn betrokken geweest bij juridische procedures met Buma en SENA of hebben ervaring met de handelswijze van deze organisaties en de mogelijke nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie. Wij verzoeken de ACM om de mogelijkheid te overwegen om deze

getuigen anoniem te horen, in overeenstemming met de voorwaarden van ECLI:NL:HR:2017:2986.

De bijgevoegde lijst van 25 mogelijke anonieme getuigen omvat personen uit verschillende sectoren van de muziekindustrie, zoals horecagelegenheden, evenementenorganisatoren en radiozenders. Wij verzoeken de ACM om deze lijst in overweging te nemen bij het beoordelen van het handhavingsverzoek en het nemen van passende handhavingsmaatregelen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

Oplossingen en aanbevelingen

28. Oplossingen en aanbevelingen

De samenwerking tussen Buma en SENA en hun handelswijze hebben geleid tot aanzienlijke uitdagingen en nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie, zoals onze radiozenders. Om deze problemen aan te pakken en een eerlijkere en transparantere mededinging in de muziekindustrie te bevorderen, is het noodzakelijk om passende oplossingen en aanbevelingen te overwegen. In dit deel van het handhavingsverzoek presenteren we een reeks concrete oplossingen en aanbevelingen die de situatie kunnen helpen verbeteren, de belangen van kleinere partijen beschermen en bijdragen aan een evenwichtiger en concurrerender muziekindustrie. Deze oplossingen en aanbevelingen zijn gericht op het aanpakken van de kernproblemen die voortvloeien uit de samenwerking tussen Buma en SENA en het bieden van effectieve en duurzame oplossingen voor de uitdagingen waarmee kleinere partijen in de muziekindustrie worden geconfronteerd.

- **Transparantie en verantwoording:** Verplicht Buma en SENA om meer transparantie en verantwoording te bieden in hun rapportages aan het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA) en de betrokken partijen. Dit kan inhouden dat ze gedetailleerde informatie moeten verstrekken over juridische kosten, zowel intern als extern, en kerncijfers met betrekking tot het aantal rechtszaken en de daarmee gepaard gaande kosten.
- **Beperking van gezamenlijke juridische procedures:** Overweeg om beperkingen op te leggen aan de mogelijkheid van Buma en SENA om gezamenlijk juridische procedures te voeren. Dit kan helpen om de machtspositie van deze organisaties in juridische procedures te beperken en zorgt voor een evenwichtiger speelveld voor kleinere partijen.
- **Verbod op het vorderen van IE-proceskosten bij een verleende licentie:** Overweeg om Buma en SENA te verbieden IE-proceskosten te vorderen in gevallen waarin een licentie is verleend aan de betrokken partij. Dit zou betekenen dat

wanneer een muziekgebruiker een geldige licentie heeft verkregen van Buma en SENA, deze organisaties geen IE-proceskosten kunnen vorderen in juridische procedures tegen de muziekgebruiker. Dit helpt om oneerlijke financiële lasten voor de muziekgebruiker te verminderen, en zorgt ervoor dat de focus ligt op het naleven van de licentievoorwaarden in plaats van het opleggen van onevenredige kosten.

- **Verbod op het vorderen van dwangsommen bij een verleende licentie:** Overweeg om Buma en SENA te verbieden dwangsommen te vorderen in gevallen waarin een licentie is verleend aan de betrokken partij. Dit zou betekenen dat wanneer een muziekgebruiker een geldige licentie heeft verkregen van Buma en SENA, deze organisaties geen dwangsommen kunnen vorderen om naleving van auteursrechtelijke regels af te dwingen. Dit helpt om de financiële druk op muziekgebruikers te verlichten en bevordert een eerlijkere en transparantere benadering van geschillenbeslechting met betrekking tot auteursrechten.
- **Verplichte tussenkomst van de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk bij intrekking van een licentie:** Overweeg om te bepalen dat voordat Buma of SENA een bestaande licentie kunnen intrekken, zij daartoe een verzoek dienen te doen bij de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk. Dit zorgt ervoor dat de intrekking van licenties op een onpartijdige en transparante manier wordt beoordeeld, en biedt muziekgebruikers de mogelijkheid om hun zaak voor te leggen aan een onafhankelijke geschillencommissie. Dit helpt om de rechten en belangen van muziekgebruikers te beschermen en bevordert een eerlijke behandeling van alle partijen in geschillen over auteursrechten.
- **Toestemming van de Geschillencommissie vereist voor het aanvragen van faillissement van een licentiehouders:** Overweeg om te bepalen dat Buma en SENA niet het faillissement van een licentiehouders kunnen aanvragen zonder voorafgaande toestemming te verkrijgen van de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk. De geschillencommissie kan dan beoordelen of er sprake is van valse facturen of oneerlijke handelspraktijken van de kant van Buma en SENA.

Door deze beoordeling van de geschillencommissie wordt een extra controlemechanisme geïntroduceerd, waardoor de kans op oneerlijke en ongegronde faillissementsaanvragen wordt verminderd. Het beschermt licentiehouders tegen ongerechtvaardigde acties van Buma en SENA en zorgt voor een eerlijkere en transparantere geschillenbeslechting tussen partijen.

- **Uitbreiding van de verantwoordelijkheden van het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA):** Overweeg om de verantwoordelijkheden van het CvTA uit te breiden om actiever toezicht te houden op de handelswijze van Buma en SENA en ervoor te zorgen dat zij zich houden aan de Mededingingswet en andere toepasselijke wettelijke bepalingen. Dit kan bijvoorbeeld door het CvTA de bevoegdheid te geven om meer gedetailleerde informatie te vragen en verlenen over juridische kosten, zowel intern als extern, en kerncijfers met betrekking tot het aantal rechtszaken en de daarmee gepaard gaande kosten. Bovendien kan het CvTA regelmatig evaluaties

uitvoeren van de tarieven en vergoedingen die door Buma en SENA worden gehanteerd, om te waarborgen dat deze passend en evenredig zijn.

- **Herziening van vergoedingen en tarieven:** Moedig Buma en SENA aan om hun vergoedingen en tarieven te herzien om ervoor te zorgen dat deze passend en evenredig zijn. Dit kan helpen om de financiële lasten voor kleinere partijen te verminderen en de toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken voor alle marktdeelnemers te verbeteren.
- **Verbeterde toegang tot geschillenbeslechting:** Werk samen met Buma en SENA om de toegankelijkheid van de Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk te verbeteren en meer bekendheid te geven aan deze alternatieve geschillenbeslechting. Dit kan helpen om kleinere partijen in staat te stellen hun geschillen met Buma en SENA op een laagdrempelige en kostenefficiënte manier op te lossen.
- **Ondersteuning en begeleiding voor kleinere partijen:** Moedig Buma en SENA aan om ondersteuning en begeleiding te bieden aan kleinere partijen om hen te helpen bij het navigeren door de complexiteit van auteursrechten en licenties. Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van toegankelijke handleidingen, online hulpmiddelen of adviesdiensten.
- **Stimuleren van samenwerking en innovatie:** Moedig Buma en SENA aan om samen te werken met kleinere partijen om innovatieve oplossingen te ontwikkelen die de toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken vergemakkelijken en de efficiëntie van de muziekindustrie verbeteren. Dit kan bijvoorbeeld door het ondersteunen van technologische ontwikkelingen, zoals blockchain-gebaseerde licentiesystemen of slimme contracten.
- **Voortdurende monitoring en evaluatie:** Zorg voor regelmatige monitoring en evaluatie van de handelswijze van Buma en SENA om ervoor te zorgen dat zij zich houden aan de Mededingingswet en andere toepasselijke wettelijke bepalingen. Dit helpt om potentiële misbruik van machtsposities tijdig te identificeren en passende handhavingsmaatregelen te treffen indien nodig.
- **Het opleggen van een boete aan Buma en SENA:** Gezien het mogelijke misbruik van hun machtspositie en de nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie, zou het opleggen van een boete aan Buma en SENA een passende handhavingsmaatregel kunnen zijn. Een boete zou niet alleen dienen als sanctie voor hun vermeende overtredingen van de Mededingingswet, maar ook als afschrikmiddel om te voorkomen dat dergelijk gedrag zich in de toekomst herhaalt. Het opleggen van een boete kan bijdragen aan het herstel van eerlijke concurrentie in de muziekindustrie en het beschermen van de belangen van kleinere partijen, zoals de radiozenders die het handhavingsverzoek indienen.

- Het opleggen van een boete aan de (voormalig) bestuurders en verantwoordelijken: Naast het bestraffen van Buma en SENA als organisaties, is het ook belangrijk om individuele verantwoordelijkheid te benadrukken. Het opleggen van een boete aan de (voormalig) bestuurders en verantwoordelijken die betrokken zijn geweest bij het mogelijk overtreden van de Mededingingswet kan zorgen voor een groter gevoel van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Door het opleggen van een boete aan de individuele verantwoordelijken wordt benadrukt dat niet alleen de organisaties, maar ook de personen die beslissingen nemen, verantwoordelijk zijn voor de gevolgen van hun acties. Het is belangrijk om ervoor te zorgen dat deze boetes niet ten koste gaan van auteurs en muziekgebruikers. Daarom moeten de boetes zorgvuldig worden berekend en opgelegd, zodat ze de verantwoordelijke personen bestraffen zonder de belangen van auteurs en muziekgebruikers te schaden. Dit kan bijvoorbeeld door rekening te houden met het persoonlijk inkomen en vermogen van de betrokken personen bij het bepalen van de hoogte van de boetes.
- Onafhankelijke derde voor het bepalen van een 'passende' vergoeding: Overweeg om een onafhankelijke derde partij, zoals het SEO Economisch Onderzoek, in te schakelen om te bepalen wat een 'passende' vergoeding is op basis van de markt voor regionale commerciële radiozenders. Deze onafhankelijke partij kan een objectieve en deskundige analyse uitvoeren van de marktwaarde van licenties, evenals de financiële situatie van regionale radiozenders. Een voorbeeld hiervan is het SEO-onderzoek²⁴ naar de waardebepaling van FM-frequenties, waaruit in veel gevallen bleek dat de waarde van dergelijke regionale frequenties nihil is.

Door een onafhankelijke derde partij te betrekken bij het bepalen van een passende vergoeding, wordt ervoor gezorgd dat de tarieven en vergoedingen die door Buma en SENA worden gehanteerd, beter aansluiten bij de realiteit van de markt en de financiële situatie van kleinere partijen, zoals regionale radiozenders. Dit helpt om oneerlijke concurrentie te verminderen en zorgt ervoor dat de kosten voor auteursrechten en licenties evenredig en passend zijn voor de betrokken partijen.

Belang verzoekende partijen

29. Verzoekers en hun belangen in het handhavingsverzoek

De partijen die dit handhavingsverzoek indienen - Stichting SCOEZH, Stichting SB Radio, Stichting WPR en ANONIEM - zijn belanghebbenden in deze zaak, aangezien zij allen nadelige gevolgen hebben ondervonden door de vermeende misbruik van machtspositie door Buma en SENA. Hieronder worden de belangen van elk van deze partijen uiteengezet:

- Stichting SCOEZH: Deze stichting is gefailleerd en heeft belang bij een positieve uitspraak van de ACM om zo vast te stellen dat het misbruik van

²⁴ Zie: <https://www.seo.nl/publicaties/waarde-commerciële-radiovergunningen/>

de machtspositie door Buma en SENA (anders dan de curator meent) een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Een dergelijke uitspraak kan van invloed zijn op eventuele toekomstige juridische procedures en schadeclaims met betrekking tot het faillissement.

- Stichting SB Radio: Deze stichting wenst radio-uitzendingen te verrichten, maar kan dit niet doen omdat Buma en SENA de aan SB Radio verleende toestemming hebben ingetrokken. SB Radio heeft belang bij een handhavingsmaatregel van de ACM die ervoor zorgt dat zij weer toegang krijgt tot de benodigde licenties en toestemmingen om radio-uitzendingen te kunnen verzorgen.
- Stichting WPR: Deze stichting heeft de schadevergoedingen die SCO EZH -mogelijk- op basis van onrechtmatige daad heeft op Buma en SENA overgenomen en heeft daarbij belang. Een positieve uitspraak van de ACM zou de juridische positie van Stichting WPR in eventuele toekomstige procedures kunnen versterken en hen mogelijk in staat stellen om schadevergoedingen te vorderen.
- ANONIEM: Als voormalig eigenaar van radiozender Fresh FM wordt ANONIEM nog steeds geconfronteerd met claims van Buma en SENA en de eis voor onder meer een 'beroepsverbod'. Hij heeft belang bij een handhavingsmaatregel van de ACM die de onrechtmatigheid van deze claims en eisen vaststelt, zodat hij verder kan gaan met zijn professionele activiteiten zonder ongerechtvaardigde belemmeringen.

Het is van groot belang dat de ACM de belangen van deze partijen in overweging neemt bij het beoordelen van het handhavingsverzoek. De doelstellingen van de Mededingingswet en de ACM zijn gericht op het waarborgen van eerlijke mededinging en het beschermen van de belangen van alle marktdeelnemers, met name diegenen die nadelige gevolgen ondervinden van misbruik van machtsposities door monopolisten zoals Buma en SENA.

30. Beroep Wet Bescherming Klokkenuiders

ANONIEM heeft Buma en SENA op de hoogte gebracht van de nieuwe Wet Bescherming Klokkenuiders, die eerder dit jaar is gewijzigd, met betrekking tot zijn situatie als klokkenuider. Deze gewijzigde wet biedt ANONIEM bescherming tegen rechtszaken, hanteert het vermoeden van benadeling tenzij er tegenbewijs wordt geleverd, en geeft hem het recht op gesubsidieerde rechtsbijstand.

Wij dringen er bij de ACM op aan om eventuele getuigen, die mogelijk bereid zijn hun ervaringen met Buma en SENA te delen, te informeren over deze nieuwe mogelijkheden die de Wet Bescherming Klokkenuiders biedt. Door hen bewust te maken van de bescherming en ondersteuning die deze wet biedt, kunnen getuigen zich meer op hun

gemak voelen om hun ervaringen en inzichten te delen zonder vrees voor represailles of negatieve gevolgen voor hun professionele of persoonlijke situatie.

Het informeren van getuigen over de Wet Bescherming Klokkenluiders en de bijbehorende beschermingsmaatregelen kan bijdragen aan het vergaren van waardevolle informatie over de handelswijze van Buma en SENA en de mogelijke nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie. Dit zal de ACM in staat stellen om een uitgebreider en evenwichtiger beeld te krijgen van de situatie en de mate waarin de handelswijze van Buma en SENA mogelijk in strijd is met de Mededingingswet en andere toepasselijke wettelijke bepalingen.

31. Bevoegdheden ACM, CvTA en de Geschillencommissie

Wij zijn van mening dat de ACM bevoegd is om handhavend op te treden met betrekking tot ons handhavingsverzoek. Echter, mochten er bepaalde aspecten van het verzoek zijn waarvoor de bevoegdheid bij het College van Toezicht Auteursrechten (CvTA) of de Geschillencommissie Auteursrechten ligt, dan verzoeken wij nadrukkelijk ook deze instanties om handhavend op te treden. Wij benadrukken het belang van samenwerking tussen de betrokken autoriteiten om ervoor te zorgen dat de belangen van alle partijen worden beschermd en dat eventuele schendingen van de mededingingswet en auteursrechten op een passende en effectieve manier worden aangepakt. Dit zal bijdragen aan het waarborgen van een eerlijke en concurrerende muziekindustrie in Nederland, waarin zowel grote als kleinere partijen gelijke kansen krijgen om te groeien en succesvol te zijn.

Verzoek tot handhaving

Gelet op het voorgaande en de grootte van het maatschappelijk probleem verzoeken wij de ACM om een onderzoek in te stellen naar de samenwerking tussen Buma en SENA en de mogelijke nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie, waaronder onze radiozenders en de voormalige zender Fresh FM. Indien de ACM vaststelt dat deze samenwerking, inclusief het oneigenlijk gebruik van IE-proceskosten als incassomiddel in gewone incassozaken, de achtergestelde positie van kleinere partijen in de rechtspraak, het versturen van valse facturen en het grootschalige maatschappelijke probleem, in strijd is met de Mededingingswet en andere toepasselijke wettelijke bepalingen, verzoeken wij de ACM om passende handhavingsmaatregelen te treffen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

Conclusie

Het handhavingsverzoek dat wij namens de Stichting SCOEZH, Stichting SB Radio, Stichting WPR en ANONIEM indienen, schetst een beeld van oneerlijke concurrentie en nadelige gevolgen voor kleinere partijen in de muziekindustrie als gevolg van de samenwerking tussen Buma en SENA. Wij verzoeken de ACM om een grondig onderzoek in te stellen naar de



Fresh FM – Postbus 92 – 2260 AB Leidschendam
Telefoon 079 -343 44 91 – Telefax 079 - 343 44 92
Internet: www.fresh.fm - E-mail: info@fresh.fm
KvK 41174371 - Rabobank NL02 RABO 0114 6760 38

handelswijze van deze organisaties en passende handhavingsmaatregelen te treffen om de mededinging in de muziekindustrie te herstellen en de belangen van kleinere partijen, zoals onze radiozenders, te beschermen.

De implementatie van dergelijke handhavingsmaatregelen zal bijdragen aan een eerlijker en transparanter speelveld in de muziekindustrie, waarbij alle partijen, ongeacht hun omvang en middelen, op gelijke voet worden behandeld. Dit is essentieel voor het bevorderen van diversiteit, innovatie en creativiteit in de sector, en voor het beschermen van de belangen van rechthebbenden, luisteraars en de Nederlandse economie als geheel.

Wij verzoeken U de bijlagen via elektronische weg toe te sturen. De contactgegevens daarvoor staan hieronder.

Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet.

Hoogachtend,

ANONIEM

Cc: College van Toezicht Auteursrechten, Geschillencommissie Auteursrechten Zakelijk