

Fresh FM/Buma

Besluiten Nederlandse Mededingingsautoriteit, 10 mei 2007 en 2 april 2008, zaak 3295, misbruik van machtspositie (art. 24 Mededingingswet) (m.nt. mr. drs. M.G.A.M. Custers en mr. M.Ph.M. Wiggers)¹

Feiten

De Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland, die het radioprogramma Fresh FM (verder: 'Fresh FM') verzorgt voor de provincie Zuid-Holland, heeft op 16 januari 2003 bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de 'Raad') een klacht ingediend tegen Vereniging Buma ('Buma') en gevraagd om oplegging van een last onder dwangsom. Buma is op grond van art. 30a van de Auteurswet 1912 ('Auteurswet') de enige organisatie in Nederland die de wettelijk vereiste vergunning heeft voor de bedrijfsmatige exploitatie, incasso en repartitie inzake het openbaar maken en/of uitzenden van muziek auteursrecht. Buma staat onder toezicht van het College van Toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (het 'College'). Art. 4 van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten bepaalt evenwel dat het College geen toezicht houdt op collectieve beheersorganisaties voor zover toezicht op grond van de Mededingingswet wordt uitgeoefend door de NMa. Hierdoor zijn collectieve beheersorganisaties, zoals Buma, onderworpen aan het mededingingstoezicht van de NMa.

In dat kader heeft Fresh FM de Raad verzocht:

1. te verklaren dat Buma misbruik maakt van haar economische machtspositie door verschillende tarieven te hanteren voor dezelfde commerciële omroepinstellingen, en te gelasten dat Buma dezelfde tarieven hanteert voor een zelfde type omroepinstellingen;
2. te verklaren dat Buma misbruik maakt van haar economische machtspositie door verschillende tarieven te hanteren voor publieke en commerciële omroepinstellingen, en te gelasten dat zij dezelfde tarieven hanteert voor deze omroepinstellingen;
3. te verklaren dat Buma misbruik maakt van haar economische machtspositie door extreem hoge tarieven te berekenen in vergelijking met andere collectieve beheersorganisaties in de EG en te gelasten dat zij haar tarieven gelijkstelt met de tarieven van auteursrechtenorganisaties in de andere lidstaten;
4. te verklaren dat de wederkerigheidsovereenkomsten die Buma heeft gesloten met haar buitenlandse zusterorganisaties nietig zijn op basis van art. 6 Mw;
5. te verklaren dat de wederkerigheidsovereenkomsten die Buma heeft gesloten met haar buitenlandse zusterorganisaties nietig zijn op basis van art. 6 Mw, voor zover deze overeenkomsten partijen in Nederland verhinderen overeenkomsten te sluiten met de zusterorganisaties van Buma in het buitenland.

Beoordeling

Op 10 mei 2007, dus ruim vier jaar nadat de klacht door Fresh FM was ingediend, heeft de Raad een besluit genomen. Bij wijze van inleiding merkt de Raad op dat de NMa in 2006 naar aanleiding van verschillende klachten, tips en signalen over gedragingen van collectieve beheersorganisaties – veelal op het punt van de gehanteerde tarieven – een algemeen onderzoek gestart is naar deze beheersorganisaties. De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in het rapport 'De NMa en toezicht op collectieve beheersorganisaties' van februari 2007.² De voornaamste conclusie van het onderzoek is '*dat er thans geen bevredigende methode is om op basis van de Mededingingswet te kunnen beoordelen of collectieve beheersorganisaties excessieve tarieven hanteren*'. De resultaten van het onderzoek worden als uitgangspunt genomen voor de beoordeling van de door Fresh FM ingediende klacht.

Klachtonderdeel 1, 2 en 3: discriminatie en excessieve tarieven

De Raad behandelt eerst (gezamenlijk) klachtonderdelen 1, 2 en 3 die betrekking hebben op discriminatoire en excessieve tarieven. Volgens de Raad benadrukt Fresh FM in haar klacht dat Buma verschillende tarieven hanteert voor (i) landelijke en niet-landelijke commerciële omroepen, en (ii) commerciële en publieke omroepen. Volgens Fresh FM hanteert Buma weliswaar een standaard tariefsysteem voor alle commerciële radiozenders, waarbij de vergoeding gebaseerd is op een percentage van de netto inkomsten van de commerciële radiozender, maar wordt hiervan afgeweken in het geval van lage inkomsten om te komen tot een minimumtarief (met een bepaald maximum dat verschilt al naar gelang het potentiële bereik van de omroep). Volgens Fresh FM heeft de staf-fel die voor dit minimumtarief wordt gehanteerd tot gevolg dat het tarief per potentiële/werkelijke luisteraar voor regionale commerciële radio-omroepen veelal aanzienlijk hoger uitkomt dan voor nationale commerciële radio-omroepen. Verder hanteert Buma volgens Fresh FM voor publieke radio-omroepen regelingen, voorwaarden en tarieven die afwijken van die voor commerciële omroepen.

Voordat de Raad ingaat op de door Fresh FM geschetste tariefdifferentiatie, wijst hij op het volgende:

- het karakter van een onderhandeld tarief staat voorop in het kader van intellectuele eigendomsrechten;
- er zijn mogelijk positieve aspecten verbonden aan tarief-differentiatie en dus prijsdiscriminatie in het kader van intellectuele eigendomsrechten;
- optreden tegen tariefdifferentiatie in een situatie waarin de welvaartseffecten van tariefdifferentiatie niet bekend zijn, is onwenselijk.

Vervolgens gaat de Raad over tot behandeling van de twee vormen van misbruik van een economische machtspositie die in het kader van de Mededingingswet kunnen worden onderscheiden: uitbuiting en uitsluiting. Uitbuiting ziet op

¹ Mr. drs. M.G.A.M. Custers en mr. M.Ph.M. Wiggers zijn beiden werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

gedragingen waarbij de economische machtspositie van een onderneming wordt gebruikt om voordelen te behalen die in normale marktomstandigheden niet behaald zouden kunnen worden. Bij uitsluiting versterkt de onderneming haar eigen positie verder door die van haar concurrenten op een oneigenlijke manier te verzwakken of toetreding te bemoeilijken.

Volgens de Raad heeft Fresh FM in haar klacht niet aangegeven welke uitsluitende effecten optreden als gevolg van de beweerde prijsdiscriminatie. De Raad zelf stelt in dit kader echter dat zolang Buma een wettelijke monopoliepositie heeft, zij geen rechtstreekse concurrenten kan benadelen of uitsluiten door het hanteren van prijsdiscriminatie. De Raad acht het verder niet aannemelijk dat Buma een prikkel heeft om bepaalde afnemers van een licentie uit te sluiten of te benadelen ten opzichte van anderen omdat Buma zelf niet actief is op de downstreammarkt (markt voor radio-uitzendingen). De Raad acht evenmin aannemelijk dat de (hierboven omschreven) tariefstructuur van Buma leidt tot een vorm van uitsluiting van een radiostation omdat zij een algemene vergoedingsgrondslag hanteert, met daarbij een aan een maximum gebonden minimumvergoeding voor radiostations die geen substantiële inkomsten hebben.

Nu er volgens de Raad geen sprake is van uitsluiting, rest de vraag of de prijsdiscriminatie leidt tot uitbuiting van Fresh FM. Uitbuiting zou dan moeten bestaan in een excessief tarief voor Fresh FM. Excessieve tarieven zijn tarieven die niet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van een product en worden daarom beschouwd als een vorm van misbruik van economische machtspositie (art. 24 Mw). Dit kan vaak worden bepaald aan de hand van de methode van kostenoriëntatie. Bij deze methode moeten de tarieven of prijzen gelijk zijn aan de (efficiënte) gemiddelde kosten plus een redelijk rendement. De Raad acht de toepassing van deze methode in deze zaak echter onmogelijk. Het tarief voor het gebruik van intellectuele eigendomsrechten kan immers niet of nauwelijks worden gerelateerd aan kosten omdat de Raad daartoe zou moeten bepalen wat de juiste uitkering aan de rechthebbenden is. Bij wijze van alternatieve methode zou volgens de Raad de methode van een internationale tariefsvergelijking gehanteerd kunnen worden. De voornaamste beperking van deze methode is dat men hier doorgaans organisaties met een economische machtspositie vergelijkt, waarvan de tarieven reeds zeer hoog zouden kunnen zijn. Een tweede alternatieve methode behelst het achterhalen van de welvaartseffecten van de manier waarop een collectieve beheersorganisatie tariefdifferentiatie toepast. De Raad acht deze methode echter niet praktisch uitvoerbaar. De Raad verwijst dan ook naar de conclusie in het rapport dat er geen bevredigende methode is om te beoordelen of collectieve beheersorganisaties excessieve tarieven hanteren. De Raad besluit vervolgens om de methode van internationale tariefsvergelijking alsnog toe te passen op de klacht van Fresh FM omdat deze methode als enige praktisch uitvoerbaar is en bovendien in lijn met de Europese jurisprudentie. Het Hof van Justitie heeft in het SACEM-arrest³ namelijk bepaald dat indien de tariefsvergelijking op homogene grondslag is

gebeurd en de tarieven aanzienlijk hoger, zoniet enkele malen hoger blijken te zijn dan in andere lidstaten, dit bruikbare aanwijzingen oplevert dat een collectieve beheersorganisatie excessieve tarieven hanteert en eventueel misbruik maakt van haar economische machtspositie. De toepassing van deze methode in deze zaak leidt uiteindelijk tot een sterk wisselend beeld, waarbij sommige landen hogere en andere landen lagere tarieven hanteren voor een vergelijkbare licentie. Hierdoor kan volgens de Raad niet worden gesteld dat het door Buma gehanteerde tarief voor Fresh FM over de hele linie aanzienlijk hoger is dan de tarieven in de vergelijkingslanden, laat staan enkele malen hoger, zoals het geval was bij het SACEM-arrest.

Op grond van deze overwegingen wijst de Raad de klacht van Fresh FM inzake de toepassing van discriminatoire en excessieve tarieven door Buma af.

Klachtonderdeel 4 en 5: wederkerigheidsovereenkomsten

Klachtonderdelen 4 en 5 richten zich op wederkerigheidsovereenkomsten. Onder een wederkerigheidsovereenkomst wordt in dit verband verstaan een overeenkomst tussen twee nationale collectieve beheersorganisaties, waarbij de organisaties elkaar wederzijds machtigen om op hun respectieve grondgebied de vereiste toestemming te verlenen voor het in het openbaar uitvoeren van door auteursrechten beschermde muziekwerken van auteurs die bij het andere bureau zijn aangesloten, en aan die toestemming bepaalde voorwaarden te verbinden, zoals het betalen van royalties, in overeenstemming met de op het betrokken grondgebied geldende wettelijke regelingen.

De klacht van Fresh FM richt zich tegen de marktverdeling en exclusiviteit die in de wederkerigheidsovereenkomsten besloten ligt. Volgens de uitspraak van het Hof van Justitie in het SACEM-arrest kunnen wederkerigheidsovereenkomsten om die reden in strijd zijn met het kartelverbod. Echter in dit arrest is eveneens gewezen op het bijzondere karakter van de markt voor auteursrechten, waarbij een doeltreffende bescherming van de belangen van de rechthebbenden een permanent toezicht en beheer binnen elk nationaal grondgebied kan vereisen. De Raad wijst er verder op dat de Commissie sinds 1979 meerdere klachten inzake wederkerigheidsovereenkomsten heeft afgewezen. Ofschoon sprake lijkt te zijn van een kentering in die zin dat de Commissie punten van bezwaar heeft uitgebracht met betrekking tot wederkerigheidsovereenkomsten tussen collectieve organisaties die specifiek zien op openbaarmaking via internet, satelliet en kabel, en ook voorstellen en pogingen heeft gedaan voor het doorbreken van wederkerigheidsovereenkomsten en het ontwikkelen van een grensoverschrijdend collectief beheer van online diensten, heeft zij tot nog toe niet kunnen vaststellen dat met de wederkerigheidsovereenkomsten inbreuk werd gemaakt op het kartelverbod. De Raad acht daarom de kans op de vaststelling van een overtreding van de Mededingings-

² Beschikbaar op de website www.nmanet.nl.

³ HvJ EG 13 juli 1989, zaak 395/87, *Jur.* 1989, p. 2521.

wet *in casu* zeer gering en acht het niet doeltreffend en niet doelmatig om deze overeenkomsten nader te onderzoeken. De Raad wijst klachtonderdelen 4 en 5 met betrekking tot de vermeende overtreding van het kartelverbod derhalve af op basis van prioriteit.

Commentaar

Wat is de overeenkomst tussen Fresh FM en Koninklijke Horeca Nederland, de Vereniging van Schouwburg- en Concertgebouwdirecties en XS4ALL Internet B.V.? Zij hebben allen bij de Raad (of bij diens voorganger, de directeur-generaal) een klacht ingediend wegens (vermeend) misbruik van een economische machtspositie door Buma. Een andere overeenkomst is dat alle genoemde partijen bot hebben gevangen. In alle gevallen heeft de Raad de ingediende klacht – overigens niet steeds om dezelfde redenen – afgewezen.⁴ Het feit dat gedurende een langere periode – de klachten van de hiervoor genoemde partijen zijn ingediend in de periode van 18 februari 2000 tot en met 25 mei 2004 – een beschuldiging van misbruik van een economische machtspositie wordt geuit, suggereert dat ten minste een deel van de markt van mening is dat Buma zich tegenover haar contractspartijen gedraagt op een wijze die onder normale omstandigheden in een concurrerende markt niet goed denkbaar zou zijn.⁵ De Raad kan hiervan echter niet worden overtuigd. De vraag is waarom niet.⁶

Knelpunten bij de toepassing van het verbod van misbruik van een economische machtspositie

Binnen het mededingingsrecht neemt het verbod van misbruik van een economische machtspositie een minder prominente plaats in dan het verbod van concurrentiebeperkende afspraken en het concentratietoezicht. Dit is ook alleszins logisch. Het verbod komt immers alleen in beeld indien sprake is van een (vermeende) economische machtspositie van één of meer ondernemingen, en bovendien (vermeend) misbruik van die (individuele of collectieve) machtspositie wordt gemaakt. De praktijk leert verder dat het voor mededingingsautoriteiten bijzonder moeilijk is om te bewijzen dat een onderneming beschikt over een economische machtspositie, en nog moeilijker om te bewijzen dat die onderneming (die beschikt over een economische machtspositie) zich schuldig heeft gemaakt aan gedrag dat als misbruik kan worden aangemerkt. Uit de besluiten van de Raad met betrekking tot art. 24 Mededingingswet volgt dat slechts in een zeer beperkt aantal gevallen door de Raad is geoordeeld dat een onderneming in strijd handelde met art. 24 Mededingingswet.⁷ Waar het reeds in het algemeen moeilijk is om bewijs van misbruik te leveren, geldt dit in nog sterkere mate voor misbruik in de vorm van excessieve tarieven. Op welke grondslag kan immers met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat een bepaald tarief buitensporig hoog is? Met dit knelpunt wordt de Raad ook in deze zaak geconfronteerd. Bovendien is de methode van kostenoriëntatie, die normaliter wordt gehanteerd om antwoord te kunnen geven op de vraag of sprake is van een excessief tarief, niet bruikbaar indien het tarief niet of nauwelijks kan

worden gerelateerd aan kosten. Dit is onder meer het geval bij vergoedingen voor het gebruik van intellectuele eigendomsrechten. Het is dan ook juist dat de Raad gezocht heeft naar andere methoden om te bepalen of sprake is van excessieve tarieven. Ook aan alternatieve methoden kleven echter belangrijke bezwaren. Bij de methode van internationale tariefsvergelijking wijst de NMa terecht op het knelpunt dat, zelfs indien het tarief lager is dan in het buitenland, sprake kan zijn van een excessief tarief omdat ook de in het buitenland gehanteerde tarieven excessief kunnen zijn (en dan dus mogelijk nog vele malen excessiever). Een tweede knelpunt is dat bepaald zou moeten worden welke tarief wel redelijk/billijk is in het kader van CBO's. Dit is echter een nagenoeg onmogelijke opdracht. Een tweede alternatieve methode ziet op de beoordeling van tariefdifferentiatie in het kader van CBO's. Volgens het NMa-rapport kan dit in sommige gevallen tot een vorm van uitbuiting leiden, met name indien consumenten nadeel ondervinden terwijl de onderneming met een economische machtspositie grotere winsten maakt door het hanteren van tariefdifferentiatie. Hier wordt echter onmiddellijk aan toegevoegd dat, wanneer tariefdifferentiatie voor een verhoging van de productie zorgt, dit een welvaartsverhogend effect kan hebben en deels ten goede kan komen aan de consument. In die situatie is er volgens het NMa-rapport waarschijnlijk geen sprake van misbruik. Volgens de NMa is er vooralsnog echter geen praktisch bruikbare methode is om de welvaartseffecten van tariefdifferentiatie zoals die gehanteerd worden door CBO's te achterhalen. Daarmee loopt het spoor van de Mededingingswet feitelijk dood. Dit komt ook terug in het besluit naar aanleiding van de klacht van Fresh FM tegen Buma.

Vraagtekens bij het besluit

Hoewel zonder meer begrip kan worden opgebracht voor de knelpunten waarmee de NMa wordt geconfronteerd indien zij een oordeel moet geven over het al dan niet excessieve karakter van tarieven, en meer in het bijzonder van tarieven van CBO's, kan het besluit een onbevredigend gevoel opleveren. Dit houdt in de eerste plaats verband met het feit dat de Raad

4 Zie besluiten van 15 maart 2002 in zaak 1802 (VSCD), van 21 december 2007 in zaak 4070 (XS4ALL) en van 10 mei 2007 in zaak 5169 (KHN).

5 Overigens bestonden enigszins vergelijkbare klachten al vóór de invoering van de Mededingingswet. Zo oordeelde de Hoge Raad al in 1968 over de rechtmatigheid van een door Buma uitgevaardigde en ingevoerde tariefregeling. De Hoge Raad overwoog daarbij dat de omstandigheid dat Buma's monopolistische positie haar tot de invoering van die tariefregeling in staat heeft gesteld, nog niet de conclusie wettigt dat zij tegenover bepaalde contractpartijen (*in casu* zaalverhuurders) onbehoorlijk heeft gehandeld. Volgens de Hoge Raad doet immers niet het gebruik, maar het misbruik van de in een monopolie gelegen machtspositie het gedrag van de monopoliehouder onrechtmatig zijn (zie HR 24 mei 1968, *Buma/Brinkmann*, NJ 1968, 252).

6 Dit commentaar spitst zich toe op de beoordeling onder art. 24 Mededingingswet en gaat verder niet in op het oordeel van de Raad over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van wederkerigheidsovereenkomsten.

7 Bekende zaken van de NMa met betrekking tot misbruik van een economische machtspositie zijn zaak 1 (*De Telegraaf vs NOS/HMG*), zaak 2910 (*Interpay*) en zaak 3353 (*CR Delta*).

meent dat hij niet kan vaststellen of de door Buma gehanteerde tarieven al dan niet excessief zijn omdat een geschikte methode daartoe ontbreekt. Dit is op zijn minst opmerkelijk omdat in art. 4 Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten nu juist expliciet is vastgelegd dat de NMa toezicht op collectieve beheersorganisaties uitoefent op grond van de Mededingingswet. Bovendien kan deze opvatting, indien die als een vaststaand gegeven wordt aanvaard, in zekere zin worden gezien als een vrijbrief voor Buma om haar tarieven verder te verhogen. Een dergelijke verhoging kan dan volgens de NMa immers op grond van de Mededingingswet niet of nauwelijks een halt worden toegeroepen. Mogelijk dat de NMa pas in het geweer zal komen als de stijging dusdanige vormen heeft aangenomen dat het tarief vele malen hoger is geworden dan de tarieven die in andere lidstaten worden gehanteerd. Dat de afnemers de dupe worden van deze benadering is evident. De beperkingen die de NMa schetst bij toepassing van art. 24 Mededingingswet op de tarieven van CBO's zijn kennelijk ook reden voor haar om in het NMa-rapport van 2007 te pleiten voor een meer specifieke vorm van toezicht op de tarieven van CBO's. Volgens de NMa zou een toezichthouder zijn goedkeuring moeten geven aan de vaststelling of wijziging van tarieven, en geschillen kunnen beslechten tussen een gebruiker en een CBO over de gehanteerde tarieven. Ook in die situaties echter zal op enig moment bepaald moeten worden of sprake is van een redelijk dan wel van een onredelijk c.q. excessief tarief. Een afzonderlijke toezichthouder loopt dan tegen dezelfde knelpunten aan als de NMa. Vanuit die optiek is het zeer de vraag of de NMa zich kan verschuilen achter een afzonderlijke toezichthouder.

Een tweede reden voor een mogelijk onbevredigend gevoel bij dit besluit houdt verband met het feit dat de Raad in het besluit niet of nauwelijks aangeeft om welke redenen het door Fresh FM genoemde onderscheid in tarieven geen misbruik oplevert. Volgens de Raad is misbruik in de zin van een vorm van uitsluiting als gevolg van prijsdiscriminatie niet aannemelijk omdat Buma geen prikkel heeft om een afnemer te benadelen ten opzichte van een ander. Misbruik in de zin van een vorm van uitbuiting als gevolg van prijsdiscriminatie is volgens de Raad evenmin aannemelijk omdat een internationale tariefsvergelijking geen aanwijzingen oplevert dat sprake is van een excessief tarief. Zou de benadering van de Raad niet een andere kunnen of wellicht zelfs moeten zijn? Zou het uitgangspunt immers niet moeten zijn dat Buma misbruik maakt van haar economische machtspositie indien zij verschillende tarieven hanteert voor gelijkwaardige prestaties en hiervoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat? In het besluit gaat de Raad niet of nauwelijks in op het onderscheid dat Buma – in ieder geval volgens de klacht van Fresh FM – maakt tussen de tarieven voor regionale en nationale commerciële omroepen en tussen de tarieven voor commerciële en publieke omroepen. De Raad zet niet uiteen dat een dergelijk onderscheid niet bestaat, en zet evenmin uiteen dat een dergelijk onderscheid wel bestaat, maar objectief gerechtvaardigd wordt. Daarbij komt dat de redenering die de Raad

wel hanteert, niet bijzonder overtuigend is. Dit geldt in het bijzonder voor de redenering op het punt van de uitbuiting. De redenering komt er immers op neer dat er geen bevredigende methode is om te beoordelen of er sprake is van excessieve tarieven in het kader van collectieve beheersorganisaties, en dat – indien dan toch de kennelijk niet bevredigende methode van internationale tariefsvergelijking wordt toegepast – niet is gebleken van een tarief dat excessief hoog is in vergelijking met de in het buitenland gehanteerde tarieven. Duidelijk is dat de NMa hierbij volledig focust op de vraag of de tarieven al dan niet excessief zijn, maar verder voorbij gaat aan het feit dat het kennelijk mogelijk is om voor de ene afnemer een ander tarief te hanteren dan voor de andere afnemer. Dit betekent per definitie dat voor de ene afnemer een hoger tarief wordt gehanteerd dan voor de andere afnemer. Dit betekent dan toch tevens dat het hogere tarief kennelijk niet in overeenstemming is met de waarde van de prestatie in het economisch verkeer. Zoals gezegd kan dit anders zijn indien er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het onderscheid in tarieven. Daarover laat de Raad zich in het besluit echter niet uit. De Raad leunt sterk op de algemene opmerking dat optreden tegen tariefdifferentiatie in een situatie waarin de welvaartseffecten van tariefdifferentiatie niet bekend zijn, onwenselijk is.

Een andere aanpak

Daar waar de NMa derhalve van mening is dat zij niet of nauwelijks kan optreden tegen de tarifiering door CBO's, heeft het kabinet, mede naar aanleiding van een Kamermotie,⁸ de handschoen opgepakt en inmiddels onder andere te kennen gegeven dat het toezicht fors zal worden uitgebreid,⁹ waarbij het instrumentarium van het College zal worden versterkt met boete- en dwangsommogelijkheden en met een preventieve toetsingsbevoegdheid ten aanzien van tariefstijgingen. Ook wil het kabinet de mogelijkheden bezien om een geschillenkamer op te richten voor een snelle, laagdrempelige en gekwalificeerde afdoening van tariefgeschillen tussen collectieve beheersorganisaties en betalingsplichtigen.¹⁰ Mogelijk kan Fresh FM de discussie over de tarieven van Buma voor deze geschillenkamer opnieuw voeren. Dit roept uiteraard de vraag op of een geschillenkamer of het College kan doen wat de Raad kennelijk niet meent te kunnen doen: beoordelen of door een CBO gehanteerde tarieven en tariefstijgingen redelijk zijn. Wellicht mede vanwege deze beperkingen wordt

8 *Kamerstukken II 2006/07*, 30 800 XIII, nr. 24. Zie ook voor de wijze van uitvoering aan de motie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 800 XIII, nr. 44.

9 *Kamerstukken II 2007/08*, 29 838, nr. 6. De streefdatum voor de indiening van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten ter versterking en verbreding van het huidige toezicht op de kwaliteit van collectieve beheersorganisaties bij de Tweede Kamer is/was voorjaar 2008.

10 Zie ook: prof.mr. Hugenholtz e.a., IViR-rapport: *Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer*, Amsterdam–Leiden, 31 oktober 2007. In dit rapport stellen de onderzoekers een aantal algemene tariefbeginselen voor waaraan een geschillenbeslechter of de gewone rechter de tarieven van CBO's in de toekomst zou kunnen toetsen: (1) gelijkheidsbeginsel, (2) tarifiering op basis van economische waarde en (3) rekening houden met maatschappelijke en culturele factoren.

bezien of het risico dat collectieve beheersorganisaties misbruik maken van een economische machtspositie kan worden ingeperkt door concurrentie op deze markt tot stand te brengen. In een aanbeveling van 18 mei 2005 stelt de Europese Commissie al voor om, voor wat betreft het aanbieden van onlinemuziekdiensten, concurrentie tussen de verschillende nationale auteursrechtorganisaties tot stand te brengen.¹¹ Het is echter zeer de vraag of deze oplossingsrichting zal worden gevolgd. Het Europees parlement heeft zeer recent een resolutie aangenomen waarin de aanbeveling van de Europese Commissie (kort gezegd) wordt afgewezen, onder meer omdat de door de Commissie voorgestelde weg ten kosten zou kunnen gaan van de culturele verscheidenheid in Europa.¹² In het Nederlandse parlement was al eerder een motie ingediend naar aanleiding van de Aanbeveling van Commissie en aan de regering gevraagd om in Europees verband het belang van behoud van culturele diversiteit onder de aandacht te brengen.¹³ Het lijkt er op dat collectieve beheersorganisaties zoals Buma voorlopig over een economische machtspositie blijven beschikken. Daarmee zou de NMa een rol moeten (blijven) spelen bij de beoordeling van de tarieven en voorwaarden die door deze beheersorganisaties worden gehanteerd. Het lijkt er echter op dat de NMa die rol graag overdraagt aan een andere toezichthouder.

Slotopmerkingen¹⁴

Op 2 april 2008 heeft de Raad beslist op de bezwaren die Fresh FM heeft ingediend tegen het hiervoor geschetste en van commentaar voorziene besluit van 10 mei 2007. Daarbij heeft de Raad de bezwaren ongegrond verklaard (een enkele, voor de beslissing niet relevante, uitzondering daargelaten) en het besluit van 10 mei 2007 gehandhaafd. In de beslissing op bezwaar komt de Raad op grond van een nieuwe internationale tariefsvergelijking wederom tot de conclusie dat er geen aanwijzing is voor excessieve tarieven of anderszins een vorm van uitbuiting. De Raad houdt derhalve vast aan zijn oordeel dat geen sprake is van misbruik in de vorm van uitbuiting. Op het punt van misbruik in de vorm van uitsluiting acht de Raad nader onderzoek om meerdere redenen niet doelmatig. Volgens de Raad is uitsluiting in de eerste plaats niet aannemelijk omdat Buma daarbij geen belang heeft aangezien zij niet actief is op de omroepmarkt (downstreammarkt), de markt waarop Fresh FM en andere afnemers van licenties actief zijn. Verder hanteert Buma voor alle commerciële radiozenders inmiddels één uniform tariefsysteem, zodat in zoverre geen sprake kan zijn van uitsluiting als gevolg van discriminerende tarieven. Een eventueel verschil in de tarieven voor commerciële en publieke regionale radio-omroepen kan volgens de Raad gerechtvaardigd zijn gezien de verschillen tussen beide typen omroep, terwijl ook niet is gebleken van een beleid van Buma om bepaalde ondernemingen op de markt uit te sluiten. Anders dan in het primaire besluit, overweegt de Raad in de beslissing op bezwaar uitdrukkelijk dat Buma inmiddels één en hetzelfde tariefsysteem hanteert voor alle commerciële radio-omroepen. Van misbruik vanwege discriminatie tussen regionale en landelijke commerciële

radio-omroepen is in dat geval geen sprake. Daarmee gaat de Raad echter nog niet specifiek in op de vraag of de tarieven voor regionale commerciële radio-omroepen excessief hoog (kunnen) zijn en als uitbuiting kunnen worden aangemerkt omdat zij verschillen van de tarieven voor publieke radio-omroepen. Op dit punt volstaat de Raad met de opmerking dat in een situatie waarin de welvaartseffecten van tariefdifferentiatie niet bekend zijn, zoals in het onderhavige geval, de Raad in beginsel de positieve, en in ieder geval de neutrale, effecten van tariefdifferentiatie als uitgangspunt neemt. Dit standpunt impliceert evenwel dat partijen voor wie de tariefdifferentiatie ongunstig uitpakt, in hun lot moeten berusten. Het is de vraag of dit wenselijk is.

11 Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige onlinemuziekdiensten, *PbEU* 2005, L276/54.

12 Resolutie van het Europees Parlement van 13 maart 2007 over Aanbeveling 2005/737/EG van de Commissie van 18 oktober 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige on-line muziekdiensten, *PbEU* 2007, C301 E/64.

13 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 989, nr. 37. Zie ook voor de wijze van uitvoering aan de motie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VIII en 27 406, nr. 35.

14 Na de aanlevering van het commentaar bij het primaire besluit werd de beslissing op bezwaar gepubliceerd. Vandaar dat in deze bijdrage wordt volstaan met enkele korte slotopmerkingen bij de beslissing op bezwaar.