

Advies van het College
inzake
regeling volumekorting concertorganisatoren 2015
BUMA

3 juli 2015

1. INLEIDING

1.1 Procesverloop

Het CvTA brengt hieronder een advies uit naar aanleiding van het signaal dat het College heeft ontvangen op 17 maart 2015 van Mojo Concerts B.V. (Mojo) terzake de overeenkomst die Buma aan Mojo heeft voorgelegd waarin de toestemming wordt geregeld voor het ten gehore brengen van door Buma beheerd repertoire tijdens de door Mojo georganiseerde concerten.

Bij schrijven van 31 maart 2015, 2 april 2015 en 3 april 2015 hebben 013 Poppodium (013), Stichting Paradiso (Paradiso) en de Vereniging van Nederlandse Poppodia en Festivalorganisatoren (VNPF) zich eveneens bij het College gemeld met bezwaren ten aanzien van de aan hen door Buma voorgelegde overeenkomsten terzake de toestemming voor het ten gehore brengen van door Buma beheerd repertoire tijdens de door deze podia georganiseerde concerten.

Op 8 april 2015 heeft het College een gesprek gevoerd met vertegenwoordigers van Mojo, Paradiso en VNPF waarin zij hun bezwaren tegen de betreffende overeenkomsten nader hebben toegelicht.

Bij brief van 14 april 2015 heeft het College Buma verzocht te reageren op de bezwaren van Mojo, Paradiso, 013 en VNPF.

Bij schrijven van 23 april 2015 heeft de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde Music Managers Foundation (MMF) zich als belanghebbende bij het College gemeld.

Buma heeft gereageerd in twee aparte brieven, één met betrekking tot Mojo, d.d. 8 mei 2015 en de ander met betrekking tot Paradiso, 013 en VNPF, d.d. 18 mei 2015.

Middels een bericht van 9 juni 2015 heeft Stichting Melkweg zich bij de partijen die bezwaar maken tegen de door Buma voorgelegde overeenkomst aangesloten (Paradiso, 013, VNPF en Melkweg zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als “de podia”).

Op 24 juni 2015 heeft er een hoorzitting plaatsgevonden. Het verslag van deze hoorzitting zal op korte termijn worden verspreid.

1.2 Achtergrond

Mojo heeft in 1999 een overeenkomst gesloten met Buma, waarin is afgesproken dat Mojo een volumekorting ontvangt over het bedrag dat zij aan Buma moest afdragen voor het ten gehore brengen van het door Buma beheerde muziekrepertoire tijdens de door Mojo georganiseerde concerten.

Mojo draagt aan Buma af op grond van het Algemeen Tarief dat neerkomt op 7% van de bij een concert ontvangen recette (inkomsten uit kaartverkoop). De Volumekorting werd tot en met 2014 ieder jaar achteraf vastgesteld. Het kortingspercentage was afhankelijk van de in het betreffende jaar totaal aan Buma afgedragen bedrag en werd vastgesteld aan de hand van een staffel. In 2014 zag die staffel er als volgt uit:

Jaarlijkse Afdracht (excl. BTW)	korting
van € 75.000 tot € 250.000	10%
van € 250.000 tot € 750.000	15%
van € 750.000 tot € 1.000.000	20%
meer dan € 1.000.000	25%

Deze kortingssystematiek geldt ook al enige jaren ten aanzien van de podia, voor zover het Algemeen Tarief op hen van toepassing is, hetgeen het geval is indien de prijs voor een toegangkaart hoger is dan € 25. Tot 2014 werd deze korting aan de podia gegund zonder dat daar schriftelijke overeenkomsten aan ten grondslag lagen. Buma heeft eind 2013/begin 2014 de podia verzocht daartoe strekkende overeenkomsten te sluiten. Melkweg heeft een overeenkomst ondertekend. Paradiso en 013 niet.

Ten opzichte van 2015 heeft Buma de volumekortingsregeling willen wijzigen, in die zin dat het kortingspercentage niet meer aan het einde van het jaar wordt vastgesteld aan de hand van de afdracht over dat jaar maar aan de hand van de afdracht over het voorgaande jaar.

Deze wijziging is, aldus BUMA, ingegeven doordat auteurs, via PRS, er bij Buma op hebben aangedrongen de korting te specificeren op de door Buma aan de organisatoren verstrekte facturen. Deze wens van de auteurs komt voort uit het feit dat het een of meerdere artiesten die eigen repertoire spelen is opgevallen dat er een discrepantie bestond tussen het bedrag dat door de organisatoren werd ingehouden op de hen als artiest toekomstige recette in het kader van de afdracht aan Buma en het bedrag dat zij uiteindelijk in de hoedanigheid van auteur via PRS ontvingen.

Buma heeft in augustus 2014 een conceptovereenkomst voorgelegd aan Mojo waarin deze nieuwe kortingsregeling staat beschreven. De podia hebben begin 2015 nieuwe overeenkomsten voorgelegd gekregen waarin dezelfde kortingsregeling staat vermeld.

Mojo en de podia zijn niet akkoord gegaan met deze overeenkomsten en hebben daartegen bij het College de volgende bezwaren kenbaar gemaakt:

- a. Het betreffen modelovereenkomsten die ten onrechte niet ter goedkeuring aan het College zijn voorgelegd (art 3 lid 1 sub b WTCBO).
- b. De nieuwe kortingssystematiek houdt onvoldoende rekening met de belangen van de betalingsplichtigen (art. 2 lid 2 sub d WTCBO) en leidt mogelijk tot situaties waarin gelijke gevallen ongelijk worden behandeld (art. 2 lid 2 sub f WTCBO).

2. BEOORDELING

2.1 Toepasselijkheid art 3 lid 1 sub b WTCBO

Het College zal in de eerste plaats ingaan op de vraag of de overeenkomsten die zijn voorgelegd aan Mojo en de podia dienen te worden gekwalificeerd als een modelovereenkomst in de zin van art. 3 lid 1 sub b WTCBO:

De volgende besluiten van een collectieve beheersorganisatie behoeven de voorafgaande schriftelijke instemming van het College van Toezicht:

[...]

b. een besluit tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten betreffende de uitoefening en handhaving van auteursrechten of naburige rechten;

[...]

2.1.1 Standpunten van partijen

Mojo en de podia stellen zich op het standpunt dat er evident sprake is van een modelovereenkomst aangezien de overeenkomsten die aan Mojo en de podia zijn voorgelegd duidelijk zijn gebaseerd op hetzelfde model. Zulks blijkt uit de overeenstemmende structuur, tekst en indeling van de overeenkomsten.

Buma stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van een modelovereenkomst aangezien er over de tekst van de overeenkomst met de verschillende individuele partijen is onderhandeld. Voorts heeft Buma deze overeenkomsten alleen voorgelegd aan Mojo en de podia en niet aan andere poppodia, aangezien die, naar het College aanneemt, niet in aanmerking komen voor de volumekorting wegens een te geringe omzet.

Voorts wijst Buma erop dat de overeenkomst met Mojo afwijkt van de overeenkomst zoals die is voorgelegd aan de podia.

Buma beroept zich verder op het argument dat de regeling volumekorting 2015, zoals die aan de podia is voorgelegd, geen nieuwe modelovereenkomst is aangezien het slechts een aanpassing betreft van de regeling volumekorting 2014 zoals die in 2014 aan het College is toegezonden.

2.1.2 Oordeel van het College

De wet geeft geen definitie van het begrip modelovereenkomst. De wetsgeschiedenis geeft aan dat daarbij gedacht kan worden aan modelovereenkomsten met betalingsplichtigen.¹ Het begrip “modelovereenkomst” is een ruim begrip.² Ter illustratie wordt aangegeven dat “het daarbij met name gaat om [...] standaardlicentieovereenkomsten of koepelcontracten met gebruikers.”³ Wat onder het begrip “standaardlicentieovereenkomsten” moet worden begrepen wordt overigens niet nader toegelicht.

Uit de systematiek van artikel 3 WTCBO als geheel blijkt dat het voeren van onderhandelingen, en zelfs het bereiken van overeenstemming, niet met zich meebrengt dat van preventieve toetsing geen sprake meer is. Zulks blijkt uit het feit dat artikel 3 lid 1 sub c met betrekking tot de eenzijdige tariefstijgingen bepaalt dat overeengekomen

¹ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 775, nr. 3. P. 9

² Kamerstukken II, 2008-2009, 31 766, nr. 3. P.22-23

³ Kamerstukken II, 2008-2009, 31 766, nr. 3. P.22

tariefstijgingen van preventieve toetsing zijn uitgezonderd. Een vergelijkbare uitzondering heeft de wetgever echter niet opgenomen ten aanzien van modelovereenkomsten. Met andere woorden, ook een modelovereenkomst die het resultaat is van volledige overeenstemming met de betrokken partijen, is onderhevig aan preventieve toetsing. Uiteraard wordt het bereiken van dergelijke overeenstemming wel meegewogen in de beoordeling door het College en vormt zulks een zeer sterke aanwijzing dat voldoende rekening is gehouden met de belangen van de betalingsplichtigen.

Ook het enkele feit dat er met individuele contractanten over de overeenkomsten is onderhandeld, betekent niet dat er geen sprake is van een modelovereenkomst. De hoofdlijnen van de overeenkomsten zijn immers bij alle partijen hetzelfde: doorlopende toestemming onder voorwaarde van correcte rapportage en een generieke volumekorting. Juist ten aanzien van dit laatste – voor alle partijen belangrijkste – punt, de volumekorting, is Buma overigens niet tot onderhandeling bereid.

Evenmin van belang is dat Buma bereid is met individuele contractanten bepaalde afwijkingen van de standaardregeling overeen te komen. Een dergelijke wetsuitleg zou artikel 3 lid 1 sub b immers zinledig maken aangezien het dan zeer eenvoudig is om de preventieve toetsing te ontwijken door onderhandelingsruimte te laten op ondergeschikte zaken. Om vergelijkbare redenen is het College, anders dan Buma, van oordeel dat het onder bepaalde omstandigheden zeer wel mogelijk is om bepaalde onderdelen van een overeenkomst te “isoleren” en – los van de overige bepalingen – te bestempelen als een modelovereenkomst. Het College is dan ook van oordeel dat de kortingsregeling als zodanig, zoals die (in identieke bewoordingen) staat verwoord in de artikelen 3 lid 1 t/m 4 van zowel de overeenkomst die aan Mojo, als de overeenkomst die aan de podia is voorgelegd en zoals die door Buma ook als standaardregeling voor alle organisatoren van evenementen op haar website wordt gepresenteerd,⁴ kwalificeert als een modelovereenkomst.

Een andersluidend standpunt kan ook niet worden afgeleid uit de door Buma geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord⁵ waarin de staatssecretaris van justitie aangeeft dat contractsvrijheid voorop blijft staan. De staatssecretaris voegt daar immers het volgende aan toe:

“In ieder geval kan zelfregulering geen vrijbrief zijn om de wet opzij te zetten. Juist in de wet en in de voor CBO's geldende kwaliteitsnormen genoemd in (het gewijzigde) artikel 2 liggen de belangrijkste toetsingscriteria voor het College besloten. Het gaat dan vooral om de vraag of de betreffende regelingen een rechtmatige verdeling van de geïnde gelden kunnen waarborgen, genoeg rekening is gehouden met de belangen van betalingsplichtigen, gelijke gevallen op gelijke wijze worden behandeld, er geen arbitraire kortingsregelingen zijn, de regeling bijdraagt aan een doelmatig financieel beleid en of er geen onverantwoorde beheerskosten ontstaan.”

Met andere woorden, de contractsvrijheid vindt haar beperking in de wettelijke normen die volgen uit de WTCBO en die van dwingendrechtelijke aard zijn. Het College heeft deze

⁴ <http://www.bumastemra.nl/gebruikers/openbaar-maken-van-muziek/soorten-muziekgebruik/regeling-volumekorting/>

⁵ Kamerstukken I, 2011-2012, 31 766, C, p. 5

normen te handhaven, ook indien partijen onderling het erover eens zijn om daarvan af te wijken.

Overigens dient de mate van contractsvrijheid in deze te worden gerelativeerd. Het vereiste van artikel 2 lid 2 sub f WTCBO (gelijke behandeling van gelijke gevallen) brengt met zich mee dat Buma maar slechts in beperkte mate kan instemmen met verschillende bepalingen in overeenkomsten tussen Buma en soortgelijke betalingsplichtigen. Ten aanzien van een partijen essentiële regeling zoals de kortingsregeling, geldt dat Buma gehouden is die gelijk toe te passen ten aanzien van alle relevante partijen. Zelfs indien daarover nu met alle bij deze procedure betrokken partijen overeenstemming zou worden bereikt, heeft te gelden dat een partij die thans niet in aanmerking komt voor een dergelijke korting, en dus niet deelneemt aan het onderhandelingsproces, in de toekomst daarvoor mogelijk wel in aanmerking komt, in welk geval er voor die partij nog weinig te onderhandelen valt over de kortingsregeling.

Voor zover Buma zich beroept op de stelling dat er ten aanzien van de podia geen sprake is van een *nieuwe* modelovereenkomst, doch slechts een aanpassing van de reeds aan het College voorgelegde regeling uit 2014, doet deze stelling niet af aan de verplichting de goedkeuring van het College te vragen. Artikel 3 lid 1 sub b schrijft voor dat zowel besluiten tot het vaststellen als het wijzigen van modelovereenkomsten ter goedkeuring moeten worden voorgelegd. De regeling uit 2014 is weliswaar door Buma aan het College verstuurd, tezamen met alle door Buma gehanteerde modelovereenkomsten (de overeenkomst uit 2014 kwalificeert volgens Buma blijkbaar wel als een modelovereenkomst), Buma heeft echter ten onrechte nagelaten het College om de goedkeuring daarvan te verzoeken.

2.1.3 Conclusie

Op grond van het bovenstaande is het oordeel van het College dat zowel de regeling volumekorting 2015 die is voorgelegd aan de podia, als de overeenkomst met betrekking tot 2015 die is voorgelegd aan Mojo, kwalificeren als een modelovereenkomst in de zin van artikel 3 lid 1 sub b WTCBO. Buma heeft deze derhalve ten onrechte niet ter goedkeuring voorgelegd aan het College.

Het College merkt overigens op dat artikel 3 lid 1 sub b slechts een procedurele voorwaarde stelt aan modelovereenkomsten. Ook een overeenkomst die niet kwalificeert als modelovereenkomst kan door het College, bijvoorbeeld naar aanleiding van een signaal vanuit de markt, worden getoetst – zij het ex post – aan de normen van artikel 2 WTCBO. De volgende alinea's, die ingaan op de inhoudelijke beoordeling van de betreffende overeenkomsten, zijn derhalve ook van belang indien de betreffende overeenkomsten niet zouden kwalificeren als modelovereenkomsten.

2.2 Inhoudelijke beoordeling: belangen van de betalingsplichtigen en gelijkheidsbeginsel

2.2.1 Standpunten van partijen

Mojo en de podia betogen dat de nieuwe regeling volumekorting onvoldoende rekening houdt met de belangen van de betalingsplichtigen. Het systeem waarbij het

kortingspercentage wordt bepaald aan de hand van de omzet over het voorgaande jaar en die korting, met vermelding op de factuur, direct in mindering wordt gebracht op de afdracht aan Buma, zou ertoe leiden dat uitvoerende artiesten die korting naar zich toe trekken terwijl de korting juist bedoeld is als een beloning voor de organisator wegens het realiseren van een bepaald volume. Als gevolg hiervan leiden Mojo en de podia mogelijk financiële schade.

Voorts voeren Mojo en de podia aan dat startende organisatoren in een nadelige positie verkeren omdat zij in het eerste jaar geen aanspraak kunnen maken op korting

Buma geeft (zeer kort samengevat) aan dat de nieuwe regeling voor de auteurs transparanter is dan de oude regeling en dat het belang van transparantie voor de auteurs in deze zwaarder dient te wegen dan het belang van de organisatoren.

2.2.2 Oordeel van het College

Het College stelt voorop dat er vanuit het oogpunt van de Wet toezicht geen bezwaar kan bestaan tegen het in kennis stellen van belanghebbende partijen, door vermelding op de factuur of anderszins, van door Buma toegepaste kortingen. Dat zulks mogelijkwijs met zich meebrengt dat uitvoerende artiesten met de organisatoren willen onderhandelen over het percentage dat de organisator op de recette inhoudt in het kader van de afdracht aan Buma maakt dat niet anders. Die mogelijkheid bestaat immers ook bij iedere andere kortingssystematiek.

Het College is echter wel van oordeel dat de nieuwe systematiek, waarbij het kortingspercentage wordt vastgesteld aan de hand van de omzet over het voorgaande jaar, onvoldoende rekening houdt met de belangen van de betalingsplichtigen omdat deze een arbitrair karakter heeft, met name in die gevallen waarin de omzet in twee opvolgende jaren de staffelgrens overschrijdt.

In de eerste plaats betekent het vaststellen van het percentage aan de hand van de omzet van jaar T-1 en dit percentage vervolgens te berekenen over het jaar T dat de uiteindelijke absolute, in Euro's uitgedrukte korting afhankelijk is van twee grootheden die geen causaal verband met elkaar houden.

In de tweede plaats betekent dit systeem dat een organisator, indien zijn omzet steeds fluctueert van de ene staffel naar de volgende staffel en terug, er ten opzichte van het oude systeem op achteruitgaat.

kaartverkoop		7%	oud	nieuw	oud	nieuw
recettes	jaar	afdracht	korting %	korting %	afzonderlijk	afzonderlijk
€ 3.000.000,00	0	€ 210.000,00	10%		€ 21.000,00	
€ 3.500.000,00	1	€ 245.000,00	10%	10%	€ 24.500,00	€ 24.500,00
€ 3.750.000,00	2	€ 262.500,00	15%	10%	€ 39.375,00	€ 26.250,00
€ 3.500.000,00	3	€ 245.000,00	10%	15%	€ 24.500,00	€ 36.750,00
€ 2.500.000,00	4	€ 175.000,00	10%	10%	€ 17.500,00	€ 17.500,00
€ 3.000.000,00	5	€ 210.000,00	10%	10%	€ 21.000,00	€ 21.000,00
€ 2.500.000,00	6	€ 175.000,00	10%	10%	€ 17.500,00	€ 17.500,00
€ 5.000.000,00	7	€ 350.000,00	15%	10%	€ 52.500,00	€ 35.000,00
€ 5.500.000,00	8	€ 385.000,00	15%	15%	€ 57.750,00	€ 57.750,00
€ 2.500.000,00	9	€ 175.000,00	10%	15%	€ 17.500,00	€ 26.250,00
€ 2.500.000,00	10	€ 175.000,00	10%	10%	€ 17.500,00	€ 17.500,00
€ 3.000.000,00	11	€ 210.000,00	10%	10%	€ 21.000,00	€ 21.000,00
€ 3.000.000,00	12	€ 210.000,00	10%	10%	€ 21.000,00	€ 21.000,00
€ 3.000.000,00	13	€ 210.000,00	10%	10%	€ -	€ 21.000,00
€ 40.250.000,00		€ 2.817.500,00			€ 331.625,00	€ 322.000,00
						€ 9.625,00

Naarmate de fluctuatie extremer wordt, wordt het nadeel groter. Of dergelijke fluctuaties zich tot nu toe in de praktijk daadwerkelijk hebben voorgedaan, kan in het midden blijven. Een dergelijk scenario is immers niet ondenkbaar.

Het College is derhalve van oordeel dat deze systematiek onvoldoende rekening houdt met de belangen van de betalingsplichtigen en derhalve strijdig is met artikel 2 lid 2 sub d WTCBO.

Voorts betekent dit systeem dat het mogelijk is dat twee organisatoren die in een bepaald jaar een gelijke omzet draaien, vanwege verschillende omzetten in het voorgaande jaar, een verschillende prijs betalen voor de door Buma verleende toestemming, hetgeen invloed kan hebben op de onderlinge concurrentieverhoudingen, juist in die gevallen waar een uitvoerende artiest over de Buma afdracht wil onderhandelen en tussen twee organisatoren moet kiezen.

Naast de terecht door Mojo aangevoerde problematiek ten aanzien van startende organisatoren, brengt zulks met zich mee dat de nieuwe kortingsregeling zich naar het oordeel van het College niet verhoudt met het uit artikel 2 lid 2 sub f WTCBO voortvloeiende gelijkheidsbeginsel.

2.2.3 Conclusie

Gezien het College van oordeel is dat de betreffende modelovereenkomsten niet voldoen aan de eisen van de WTCBO, kan het College niet tot goedkeuring daarvan overgaan. Het College zal derhalve in overeenstemming met artikel 3 lid 2 jo. 6 lid 1 WTCBO overgaan tot het geven van een advies aan Buma. Voor zover in rechte zou komen vast te staan dat de betreffende overeenkomsten niet kwalificeren als modelovereenkomst, is dit een advies in de zin van artikel 6 lid 1 WTCBO.

3. ADVIES

Het College adviseert Buma een nieuwe kortingsregeling, zo mogelijk in overleg met de belanghebbende partijen, vast te stellen die tegemoet komt aan de in dit advies verwoorde bezwaren.

Het College geeft daarbij aan dat zulks niet hoeft te betekenen dat het oude systeem alsnog wordt gehanteerd. Partijen zouden immers ook kunnen spreken over een andere kortingssystematiek zoals die ook in ons omringende landen wordt gehanteerd of een systematiek naar analogie van de modulaire vergoedingsregeling. Het College laat het in eerste instantie aan Buma, zo mogelijk in overleg met de belanghebbende partijen, om tot een alternatief te komen.

Voorts merkt het College op dat een kortingssysteem als zodanig niet in strijd is met de vereisten van de WTCBO en het College deelt dan ook niet de bezwaren die door MMF tegen het oude kortingssysteem zijn aangevoerd. De wijze waarop de korting door de organisator aan de artiest wordt verantwoord is in eerste instantie een zaak tussen die artiest en de organisator. De verplichting van Buma gaat ten opzichte van de artiest niet verder dan over de kortingsregeling de door artikel 2 lid 2 sub a onder iii vereiste transparantie te betrachten.

Voorts adviseert het College, voor zover nodig, Buma het huidige tussen partijen overeengekomen overgangsregime te blijven hanteren totdat een nieuwe kortingsregeling is vastgesteld.

Het College stelt een termijn van 8 weken waarin Buma moet aangeven of zij het advies van het College zal opvolgen, bij gebreke waarvan het College kan overgaan tot het geven van een aanwijzing in de zin van artikel 6 lid 2 WTCBO.

Dit advies is geen besluit in de zin van artikel 1:3 AWB en hiertegen kan geen bezwaar worden aangetekend. Het staat uiteraard alle belanghebbenden vrij om op dit advies te reageren. Het College kan die reactie eventueel mee laten wegen in een eventueel te nemen aanwijzingsbesluit.