



Hofhuis Alkema Groen Advocaten
T.a.v. dhr. mr. [REDACTED]
Keizersgracht 212
1016 DX AMSTERDAM

Postadres:
Postbus 15072
1001 MB Amsterdam

Bezoekadres:
Herengracht 566
1017 CH Amsterdam

Telefoon: 020 30 30 261

Internet: www.cvta.nl

Tevens per e-mail: [REDACTED]

c.c. [REDACTED]

Contactpersoon	mr. S.Bakker
E-mail	[REDACTED]
Datum	9 mei 2019
Ons kenmerk	2019142
Bijlage(n)	1
Onderwerp	Beslissing op bezwaar AMP

Geachte heer [REDACTED]

1. Namens de heer [REDACTED] en All Music Publishing B.V. (hierna gezamenlijk: "AMP") heeft u bezwaar gemaakt tegen het besluit van 20 december 2018 tot afwijzing van uw handhavingsverzoek van 12 juli 2018. Hierbij zenden wij u de beslissing op dit bezwaarschrift.
2. Hierna volgt een overzicht van de procedure en een samenvatting van de gronden van bezwaar. Daarna volgen onze overwegingen met aansluitend onze beslissing. Aan het slot van deze brief staat informatie over de mogelijkheid van beroep indien u het met deze beslissing niet eens bent.

Procedure

3. Bij e-mail van 12 juli 2018 verzocht u om actie te ondernemen tegen Sena indien zij niet binnen 7 dagen een afschrift kon leveren van het directiebesluit op basis waarvan onderscheid wordt gemaakt tussen prime time en non prime time tarieven. Bij e-mail van 7 augustus 2018 hebben wij hierop gereageerd. Door AMP is deze e-mail als een besluit aangemerkt, waartegen bij brief van 17 september 2018 pro forma bezwaar werd gemaakt. Bij e-mail van 1 oktober 2018 hebben wij u bericht dat de e-mail van 7 augustus 2018 slechts een ambtelijk standpunt betrof. Bij besluit van 20 december 2018 hebben wij besloten niet tot handhaving over te gaan en het ambtelijk standpunt in te

trekken. Ook hebben wij u de gelegenheid geboden de gronden van bezwaar aan te vullen, wat u bij brief van 16 januari 2019 heeft gedaan. Uw bezwaar betreft de vraag of Sena door het invoeren en toepassen van de prime time/non prime regel de artikelen 2i lid 2 en 3 Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (Wet toezicht) heeft overtreden.

4. Op 27 maart 2019 vond een hoorzitting plaats, waarop u namens AMP de bezwaren nader heeft toegelicht. Op de hoorzitting is ook Sena gehoord, als derde-belanghebbende. Het verslag van deze hoorzitting is bij deze beslissing gevoegd als **bijlage**.

Gronden van bezwaar (samenvatting)

5. Het besluit van 20 december 2018 is tot stand gekomen aan de hand van onjuiste feitelijke en juridische bevindingen. Het CvTA heeft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden. Het bestreden besluit moet worden herroepen en een nieuw besluit tot toewijzing van het handhavingsverzoek moet worden genomen.
6. De invoering van de prime time/non prime timeregule is een majeure afwijking van de verdeelregels uit het repartitieregulement, die vooraf ter goedkeuring aan het College had moeten worden voorgelegd. Sena mag niet eigenmachtig bepalen wat een eerlijke verdeling is. Artikel 4 lid 2 van het repartitieregulement kan hiervoor geen basis vormen.
7. Anders dan het CvTA stelt, is een directiebesluit als bedoeld in artikel 4 lid 2 van het repartitieregulement van Sena, op basis waarvan Sena gerechtigd zou zijn sinds 2007 het prime time/non-prime timetarief te hanteren, niet genomen. Noch uit de interne communicatie, noch uit de externe communicatie (tot het jaarverslag 2012) blijkt van dit besluit. Het CvTA heeft het BDO-rapport, onder meer op dat punt, onjuist geïnterpreteerd. Dit is in strijd met het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel.
8. Het CvTA had bij zijn besluitvorming de achterliggende documenten van het BDO-rapport moeten betrekken. Nu dit niet is gebeurd, is het zorgvuldigheidsbeginsel uit artikel 3:2 Awb geschonden.
9. Het CvTA heeft het bestreden besluit ten onrechte mede gebaseerd op een uitgebreide mondelinge verantwoording van Sena, waarvan geen

verslag beschikbaar is gesteld. Dit is in strijd met het fair play-beginsel zoals verankerd in artikel 2:4 Awb.

10. De invoering van het prime time/non prime time tarief is in strijd met de Wet toezicht. De directie van Sena was gelet op de statuten niet bevoegd daartoe een besluit te nemen. Als al een dergelijk directiebesluit is genomen, is dit gelet op artikel 2:14 BW nietig. En dat betekent dat Sena in strijd heeft gehandeld met artikel 2i lid 2 Wet toezicht. Het spreekt voor zich dat een op een nietig besluit gebaseerde repartitie niet voldoet aan de in artikel 2i lid 2 van de Wet toezicht opgenomen vereisten van een 'regelmatige, 'zorgvuldige' en 'correcte' verdeling.
11. Met het oordeel dat Sena niet in strijd met artikel 3 Wet toezicht handelt, geeft het CvTA te kennen dat het Sena jarenlang vrij stond om eigenhandig verdeelregels te implementeren en te hanteren, zonder daarvoor toestemming te verkrijgen. Artikel 3 Wet toezicht biedt echter niet de mogelijkheid om van dit vereiste af te zien of om niet voorgelegde besluiten met terugwerkende kracht van geldigheid te voorzien. Het CvTA heeft, in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op détournement de pouvoir, zijn bevoegdheid om het handhavingsverzoek af te wijzen gebruikt om het handelen van Sena in strijd met artikel 2i lid 2 en artikel 3 Wet toezicht met terugwerkende kracht te sauveren.

Beoordeling van het bezwaar

12. AMP heeft verzocht om handhaving omdat Sena zou hebben gehandeld in strijd met de artikelen 2i lid 2 Wet toezicht en artikel 3 Wet toezicht.
13. Artikel 2i lid 2 Wet toezicht bepaalt:
Elke collectieve beheersorganisatie verdeelt regelmatig, zorgvuldig en correct de verschuldigde bedragen aan rechthebbenden, in overeenstemming met het algemene beleid inzake de verdeling, bedoeld in artikel 2d, zesde lid, onderdeel a.
14. Artikel 3 Wet toezicht bepaalt, voor zover hier van belang:
De volgende besluiten van een cbo behoeven de voorafgaande schriftelijke instemming het College van Toezicht: (...) b. een besluit tot wijziging van reglementen (...)
15. Op basis van de bezwaren en het besprokene op de hoorzitting heeft het

CvTA beoordeeld of er aanleiding is om het bestreden besluit te herroepen en een nieuw besluit te nemen.

(Niet-)gebruikte informatie

16. Volgens AMP is het onzorgvuldig en in strijd met artikel 3:2 Awb dat het CvTA zonder over de achterliggende informatie van het BDO-rapport te beschikken op het handavingsverzoek heeft beslist. Het CvTA is echter van oordeel dat zij deze informatie niet nodig had en heeft om het handavingsverzoek te beoordelen. Het CvTA had geen reden om te twijfelen aan de conclusies uit het BDO-rapport. De BDO brief d.d. 8 maart 2019 heeft het College in dit oordeel bevestigd. AMP heeft in deze procedure geen feiten of argumenten aangedragen die het College alsnog aanleiding geven om aan de juistheid van het BDO-rapport te twijfelen.
17. Voorts stelt artikel 3:2 Awb geen eisen aan de wijze waarop het CvTA informatie verzamelt en vastlegt. Het staat het CvTA ook vrij om het gesprek aan te gaan met partijen die onder zijn toezicht staan. Er is geen verplichting om van een met Sena gevoerd gesprek een verslag te maken en dit in het procesdossier te voegen. Het CvTA kan de in het gesprek verkregen informatie ook in het besluit zelf verwerken, zoals in dit geval gebeurd is. Van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel of détournement de pouvoir is geen sprake. Deze handelwijze van het CvTA levert evenmin strijd op met artikel 2:4 Awb en het fair-playbeginsel.

Artikel 2i lid 2 Wet toezicht

18. De vraag is of de invoering en uitvoering door Sena van de prime time/non prime time regel heeft geleid tot een wijze van verdeling die in strijd is met artikel 2i lid 2 Wet toezicht.
19. Artikel 2i lid 2 Wet toezicht vereist dat de verdeling van de verschuldigde bedragen aan rechthebbenden in overeenstemming met het algemene beleid inzake de verdeling geschiedt. Dit algemene beleid is vastgelegd in repartitiereglementen. Het repartitiereglement van Sena bevat in artikel 4 lid 2 de volgende bepaling:
Met betrekking tot de verkrijging en de verwerking van de in lid 1 bedoelde gegevens neemt het bestuur (in 2007: de directie) van Sena dusdanige maatregelen als zowel uit een oogpunt van rechtvaardige verdeling als uit een

oogpunt van doelmatige bedrijfsvoering wenselijk is.

Sena heeft verklaard dat op basis van dit artikel in 2008 door de toenmalige directie is besloten om de prime time/non prime regel in te voeren, omdat dit nodig was voor een rechtvaardige verdeling (punt 16 van de pleitnota voor de hoorzitting).

20. Het CvTA stelt vast dat Sena geen schriftelijke beslissing van de directie heeft kunnen produceren. Dat betekent echter niet dat deze beslissing niet is genomen. Het feit dat de prime time/non prime time tarieven worden toegepast – volgens Sena sinds 2008, volgens AMP niet eerder dan 2012 – vooronderstelt dat daartoe een beslissing moet zijn genomen.
21. Het CvTA stelt ook vast dat artikel 4 lid 2 van het repartitiereglement geen vormvereisten stelt omtrent het nemen van een besluit tot het nemen van maatregelen op basis van dat artikel. Dat er geen schriftelijk besluit beschikbaar is, betekent dus niet dat sprake is van een onrechtmatige situatie, die in strijd is met artikel 2i lid 2 Wet toezicht.
22. AMP betoogt dat, als er al van uit moet worden gegaan dat een besluit tot invoering van het prime time/non prime time tarief is genomen, dit is gebeurd in strijd met de statuten van Sena. Volgens AMP had een dergelijk besluit door het bestuur genomen moeten worden en is het besluit van de directeur, als het er al is, nietig.
23. Het CvTA kan deze redenering niet volgen, reeds omdat het bestuur van Sena het repartitiereglement heeft vastgesteld, met daarin artikel 4 lid 2, dat aan de toenmalige directie de bevoegdheid gaf om maatregelen te nemen. Het in randnummer 19 bedoelde besluit is zo'n maatregel.
24. Ook overigens heeft het CvTA in de gronden van bezwaar geen aanwijzingen gevonden dat het invoeren en toepassen van het prime time/non prime time tarief in strijd is met artikel 2i lid 2 Wet toezicht. De bezwaren zijn ongegrond.
25. Het voorgaande neemt niet weg dat de vastlegging en de communicatie naar rechthebbenden van dit besluit van Sena, zoals zij zelf ook onderkent, niet de schoonheidsprijs verdient. De adviezen van het CvTA van 26 april 2018 en 29 januari 2019 strekken tot een verbetering van de transparantie. Sena heeft hierover ter zitting verklaard dat zij de



adviezen ter harte neemt. Het CvTA zal de opvolging van de adviezen uiteraard nauwgezet blijven volgen.

Artikel 3 Wet toezicht

26. AMP stelt zich op het standpunt dat de invoering van de prime time / non prime time regel een majeure afwijking is, die vooraf ter goedkeuring aan het CvTA had moeten worden voorgelegd.
27. Onder randnummer 19 t/m 21 van deze beslissing heeft het CvTA overwogen dat het besluit van Sena tot invoering van de prime time/ non prime time regel genomen is op basis van het in 2007 geldende repartitiereglement van Sena. Hieruit volgt reeds dat dit besluit geen besluit is tot wijziging van het repartitiereglement, waarvoor verplichte voorafgaande goedkeuring geldt in de zin van artikel 3 van de Wet toezicht. Van strijdigheid met artikel 3 Wet toezicht is dus geen sprake.

Conclusie

Het CvTA besluit de bezwaren ongegrond te verklaren en het bestreden besluit in stand te laten.

Hoogachtend,

Drs. A.J. Koppejan
Voorzitter CvTA

Bezwaar

Tegen dit besluit kan binnen 6 weken na bekendmaking schriftelijk bezwaar worden gemaakt door indiening van een bezwaarschrift bij het College van Toezicht Auteursrechten. Het bezwaarschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:

- a) *de naam en het adres van de indiener;*
- b) *de dagtekening;*
- c) *een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht;*