

AANGETEKEND

College van Toezicht collectieve beheersorganisaties
Postbus 15072
1001 MB AMSTERDAM



Vooruit per e-mail aan: v.eiff@cvta.nl en info@cvta.nl

Haarlem, 29 mei 2017

Inzake: Aanvulling gronden van bezwaar Aanwijzingsbesluit StOPnl

Onze referentie: 020150249 / 290388

Uw kenmerk: 2017054 / 2017072

AANVULLING GRONDEN VAN BEZWAAR

Geacht College,

Namens mijn cliënte Stichting Onafhankelijke Producenten Nederland ("**StoPnl**"), gevestigd in het 'Gebouw Oostenburg' aan de Oostenburgervoorstraat 94-96, 1018 MR te Amsterdam, wend ik mij tot u met het volgende.

Op 3 mei 2017 heb ik namens StOPnl tijdig (pro forma) bezwaar ingesteld tegen het aanwijzingsbesluit van uw College d.d. 30 maart 2017 (het "**Aanwijzingsbesluit**"). Het Aanwijzingsbesluit is als BIJLAGE 1 bijgevoegd, het pro forma bezwaarschrift is als BIJLAGE 2 bijgevoegd. Bij brief van 8 mei 2017 heeft uw College een uitstel van vier weken na indiening van het pro forma bezwaarschrift verleend voor indiening van de gronden van bezwaar (BIJLAGE 3).

Hierbij zend ik uw College tijdig namens StOPnl de gronden van bezwaar tegen het Aanwijzingsbesluit.

1. Inleiding

- 1.1. Met het Aanwijzingsbesluit wijst uw College StOPnl aan om (i) de tarieven, (ii) de tariefgrondslagen, (iii) kortingsregelingen en (iii) licentievoorwaarden openbaar te maken, alsmede (iv) de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden.



1.2. In het navolgende zal ik de gronden van bezwaar uiteenzetten (paragraaf 3). Alvorens in te gaan op de gronden van bezwaar zal eerst nader worden ingegaan op de relevante achtergronden (paragraaf 2). Op basis hiervan kom ik tot de conclusie dat het Aanwijzingsbesluit niet in stand kan blijven (paragraaf 7).

2. Achtergronden

2.1. Op 26 november 2016 is in werking getreden de Implementatiewet richtlijn collectief beheer (de "**Implementatiewet**").¹ Met de Implementatiewet is de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten ("**Wet Toezicht**") gewijzigd. Met de Implementatiewet zijn de verplichtingen uit de Europese Richtlijn collectief beheer geïmplementeerd in nationaal recht (de "**Richtlijn**").²

2.2. Voor zover relevant voor het Aanwijzingsbesluit luidt artikel 2p lid 1 Wet Toezicht thans:

"Het College van Toezicht ziet erop toe dat een collectieve beheersorganisatie ten minste de volgende informatie openbaar maakt:

(...)

c) standaardlicentieovereenkomsten en normaal toepasselijke tarieven, inclusief kortingen;

(...)

l) de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden."

2.3. Artikel 2p lid 2 Wet Toezicht bepaalt dat een collectieve beheersorganisatie de in artikel 2p lid 1 Wet Toezicht bedoelde informatie op zijn publieke internetpagina bekend maakt.

2.4. Tot de inwerkingtreding van de Implementatiewet bevatte artikel 2 lid 2 onderdeel a, onder (iii) Wet Toezicht (oud) een soortgelijke openbaarmakingsverplichting als thans in artikel 2p Wet Toezicht is opgenomen.³ De Wet Toezicht (oud) bepaalde dat een collectieve beheersorganisatie aan rechthebbenden en betalingsplichtigen inzicht verschaft in haar algemene en financiële beleid door: *"openbaarmaking van de statuten, de geschillenregeling, het repartitiereglement, de tarieven, de tariefgrondslagen, de licentievoorwaarden, kortingsregelingen, de mate van representativiteit, de mate van legitimiteit en de wijze waarop wel of geen vrijwaring wordt gegeven voor claims van niet-vertegenwoordigde rechthebbenden."*

Wet van 14 november 2016, houdende wijziging van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt (Implementatiewet richtlijn collectief beheer), *Stb.* 2016, 435.

² Richtlijn 2014/26/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multiterritoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt.

³ Vgl. ook: *Kamerstukken // 2014/15, 34 243, nr. 3, p. 44 (MvT).*



3. Gronden van bezwaar

3.1. StOPnl heeft de volgende drie gronden van bezwaar tegen het Aanwijzingsbesluit:

- (i) er bestaat geen wettelijk basis voor de openbaarmaking van tariefgrondslagen;
- (ii) het Aanwijzingsbesluit ontbeert een deugdelijke motivering;
- (iii) het Aanwijzingsbesluit is genomen in strijd met het bepaalde in artikel 3:4 lid 2 Awb.

3.2. Voornoemde drie gronden van bezwaar worden hierna nader uitgewerkt en toegelicht.

4. Bezwaargrond 1 - geen wettelijke basis voor openbaarmaking tariefgrondslagen

4.1. Met het Aanwijzingsbesluit wijst uw College StOPnl aan om de tariefgrondslagen van StOPnl openbaar te maken. Tot 26 november 2016 bepaalde de Wet Toezicht (oud) dat een collectieve beheersorganisatie aan rechthebbenden en betalingsplichtigen inzicht dient te verschaffen over de gehanteerde tariefgrondslagen.

4.2. Per 26 november 2016 is de wettelijke verplichting om de tariefgrondslagen te openbaren komen te vervallen. Immers, artikel 2p Wet Toezicht noch artikel 21 Richtlijn bevatten de verplichting voor collectieve beheersorganisaties om hun tariefgrondslagen te openbaren.

4.3. Gelet op het voorgaande is het Aanwijzingsbesluit in strijd met artikel 2p Wet Toezicht. Gevolg van dit gebrek is dat het Aanwijzingsbesluit niet in stand kan blijven.

4.4. Voor zover uw College meent dat de Wet Toezicht (oud) van toepassing is op het Aanwijzingsbesluit, wijs ik op het bepaalde in artikel 7:11 Awb. Artikel 7:11 Awb bepaalt dat in de fase van bezwaar een bestuursorgaan het besluit met inachtneming van de op dat moment geldende feiten en omstandigheden en het op dat moment geldende recht dient te heroverwegen. De zogenaamde toetsing *ex nunc*.

5. Bezwaargrond 2 - Aanwijzingsbesluit in strijd met artikel 3:46 en 3:47 Awb

5.1. Artikel 3:46 Awb bepaalt een besluit van een bestuursorgaan dient te berusten op een deugdelijke motivering. Het Aanwijzingsbesluit kwalificeert als een besluit waarop artikel 3:46 Awb van toepassing is. Artikel 3:47 lid 2 Awb bepaalt voorts dat een bestuursorgaan zo mogelijk vermeld krachtens welk wettelijk voorschrift het besluit is genomen.

5.2. In het Aanwijzingsbesluit wordt slechts opgemerkt dat het besluit is gebaseerd op artikel 6 lid 2 Wet Toezicht. Dit artikel bepaalt slechts dat: *"(h)et College van Toezicht een collectieve beheersorganisatie aanwijzingen (kan) geven met betrekking tot de uitoefening van haar taken of het verlenen van bemiddeling als bedoeld in artikel 30a van de Auteurswet. De collectieve beheersorganisatie is gehouden overeenkomstig de aanwijzingen te handelen."*

5.3. Het Aanwijzingsbesluit, noch het aan het Aanwijzingsbesluit voorafgaand gegeven advies van uw College d.d. 14 november 2016 maakt melding van enige (thans



geldende) wettelijke grondslag voor de openbaarmaking van de door StOPnl gehanteerde tariefgrondslagen.

- 5.4. **Nu** een zodanige motivering ontbreekt, kleeft aan het Aanwijzingsbesluit een motiveringsgebrek. Het Aanwijzingsbesluit is dan ook in strijd genomen met de artikelen 3:46 en 3:47 Awb. Gevolg van dit gebrek is dat het Aanwijzingsbesluit niet in stand kan blijven.
- 5.5. Voor zover uw College meent dat een beroep op dat de Wet Toezicht (oud) van toepassing is op het Aanwijzingsbesluit, wijs ik op hetgeen is opgenomen onder randnummer: 4.4.

6. Bezwaargrond 3 - Aanwijzingsbesluit in strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb

- 6.1. Artikel 3:4 lid 2 Awb bepaalt dat: *"(d)e voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen."*
- 6.2. StOPnl heeft meermaals uw College geïnformeerd over de achtergronden om de door StOPnl gehanteerde tarieven, licentieovereenkomsten en eventueel verstrekte kortingen niet te openbaren. Bij brief van 30 november 2016 heeft StOPnl deze achtergronden nogmaals schriftelijk onder de aandacht van uw College gebracht (BIJLAGE 4).
- 6.3. StOPnl heeft uw College geïnformeerd dat zij met distributeurs commerciële vergoedingsovereenkomsten is aangegaan op grond waarvan StOPnl gelden ontvangt. In deze vergoedingsovereenkomsten met de distributeurs is nadrukkelijke geheimhouding afgesproken en is overeengekomen dat de inhoud van de vergoedingsovereenkomsten niet met derden wordt gedeeld.
- 6.4. StOPnl kan op grond van deze contractueel overeengekomen geheimhouding haar tarieven, de licentievoorwaarden en/of eventuele kortingsregelingen niet op haar website openbaar maken. Indien StOPnl dit wel zou doen, kan de huidige vergoeding die zij thans ontvangt in gevaar komen. Daarnaast betreft het gevoelige commerciële informatie die anderen dan de aangeslotenen van StOPnl en de betreffende distributeurs niets aangaat.
- 6.5. StOPnl benadrukt in dit kader - nogmaals - dat deze informatie nadrukkelijk aan haar aangeslotenen is gecommuniceerd tijdens de door StOPnl georganiseerde informatiedagen en aan de ALV's van de belangenorganisaties die het bestuur vormen van StOPnl. De aangeslotenen van StOPnl zijn vervolgens ook weer aan de geheimhouding in de vergoedingsovereenkomsten gebonden. Degene die belang hebben bij informatie over de tarieven, etc. (distributeurs en aangeslotenen) beschikken daadwerkelijk over de informatie.
- 6.6. Mochten er in de toekomst overeenkomsten worden gesloten met nieuwe distributeurs en/of aangesloten zullen die vanzelfsprekend ook beschikken over alle relevante informatie.



- 6.7. Thans beschikken alle relevante stakeholders van StOPnl over de informatie die op grond van het Aanwijzingsbesluit gepubliceerd zou moeten worden. StOPnl is dan ook geheel transparant ten aanzien van de informatie opgesomd in het Aanwijzingsbesluit naar deze stakeholders.
- 6.8. De positie van StOPnl wordt ernstig benadeeld indien StOPnl de informatie opgenomen in het Aanwijzingsbesluit publiekelijk beschikbaar moet stellen aan iedereen door middel van publicatie op haar website. Deze nadelige gevolgen voor StOPnl dienen door uw College te worden meegewogen bij de vaststelling van het Aanwijzingsbesluit. In het Aanwijzingsbesluit merkt uw College slechts op dat *"dit opzicht niet relevant is, omdat StOPnl het niet nodig heeft geacht om tegen de ondertoezichtstelling van StOPnl in beroep te gaan."*
- 6.9. Deze motivering is in het licht van artikel 3:4 lid 2 Awb niet toereikend en doet geen recht aan de gerechtvaardigde belangen van StOPnl die in het geding komen door het Aanwijzingsbesluit.
- 6.10. Gelet op het voorgaande is het Aanwijzingsbesluit genomen zonder dat een evenredige belangafweging is toegepast. Het Aanwijzingsbesluit is dan ook in strijd met het bepaalde in artikel 3:4 lid 2 Awb. Gevolg van dit gebrek is dat het Aanwijzingsbesluit niet in stand kan blijven.

7. Conclusie

- 7.1. Gelet op het voorgaande kan het Aanwijzingsbesluit niet in stand blijven. Uw College wordt dan ook verzocht het bezwaar van StOPnl tegen het Aanwijzingsbesluit gegrond te verklaren en het Aanwijzingsbesluit te vernietigen.

8. Verzoek tot schorsing

- 8.1. Bij het pro forma bezwaarschrift heb ik uw College reeds verzocht om de werking van het Aanwijzingsbesluit vrijwillig te schorsen totdat er op het bezwaar van StOPnl en een eventueel daaropvolgende (hoger) beroep is beslist. Mocht uw College niet vrijwillig tot schorsing van het Aanwijzingsbesluit overgaan, dan zal StOPnl bij de bevoegde bestuursrechter bij wege van een voorlopige voorziening verzoeken om schorsing van het Aanwijzingsbesluit.
- 8.2. Bij brief d.d. 8 mei 2017 heeft uw College mij bericht op het schorsingsverzoek te beslissen bij beslissing op bezwaar. Gelet op het feit dat het Aanwijzingsbesluit voorziet in de verplichting voor StOPnl om uiterlijk op 30 juni 2017 te hebben voldaan aan het bepaalde in het Aanwijzingsbesluit wil ik uw College vriendelijke verzoeken om uiterlijk op 15 juni 2017 mij te berichten of uw College vrijwillig voldoet aan bovenstaand verzoek, anders wordt het voor StOPnl onmogelijk om tijdig een voorlopige voorziening te verkrijgen van de bevoegde rechter.

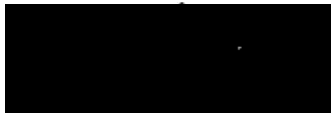


Ik ontvang graag een bevestiging van ontvangst van deze aanvulling van de gronden van bezwaar, alsmede uw reactie op bovenstaand verzoek tot schorsing van het Aanwijzingsbesluit.

Namens StOPnl ben ik graag bereid om bovenstaande tijdens een eventuele hoorzitting mondeling nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Le Poole Bekema



Bas Le Poole

Advocaat

