

Noot bij ABRvS 3 mei 2006 Dang vs. Stichting De Thuis kopie (AMI 2006, afl. september-oktober)

Wouter Hins

Stichting De Thuis kopie heeft een boete opgelegd in het kader van een privaatrechtelijke rechtsverhouding. In dit geval is zij geen bestuursorgaan. De bestuursrechter is niet bevoegd. Of de stichting in andere gevallen wel als een bestuursorgaan is aan te merken blijft in het midden.

(Art. 16c en 16d Auteurswet; art. 1:1, lid 1 onder b, Algemene wet bestuursrecht)

1. Artikel 1:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) onderscheidt twee soorten bestuursorganen. Het eerste lid onder a ziet op organen van de Staat der Nederlanden, provincies, gemeenten en andere rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Dat zijn de zogeheten 'a-organen'. Het college van commissarissen van het Commissariaat voor de Media is een voorbeeld van een a-orgaan, want de rechtspersoon 'Commissariaat voor de Media' is ingesteld door artikel 9 van de Mediawet. Artikel 1:1, eerste lid onder b, van de Awb rekent daarnaast tot de bestuursorganen 'een andere persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'. Hierbij valt te denken aan een particuliere rechtspersoon waaraan de wet een overheidstaak met bijbehorende bevoegdheid heeft opgedragen. Tot de 'b-organen' behoort de raad van bestuur van de Nederlandse Omroepstichting, een stichting die werd opgericht volgens de regels van het privaatrecht. Het verschil tussen beide categorieën is dat een a-orgaan bij alles wat het doet bestuursorgaan is. Een b-orgaan is alleen bestuursorgaan *voorzover* het openbaar gezag uitoefent. Als het bestuur van de NOS krachtens de Mediawet besluiten neemt over de indeling van zendtijd, treedt het op als bestuursorgaan. Als hetzelfde bestuur een auteursrechtelijke overeenkomst sluit met een commerciële uitgever, is dat niet geval. De Awb is dan niet van toepassing

2. De *voorzover*-regel speelt een belangrijke rol in de bestuursrechtelijke procedure van Dang tegen de Stichting De Thuis kopie, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bovenstaande uitspraak deed¹. Dang is importeur van blanco informatiedragers, zoals CD's en DVD's. Hij is op grond van artikel 16c, tweede lid, van de Auteurswet een billijke vergoeding (thuis kopievergoeding) verschuldigd aan auteursrechthebbenden, in verband met het te verwachten kopiëren van hun werken door consumenten. Wat betreft naburige rechten bevat artikel 10 onder e van de WNR een vergelijkbare regeling. Stichting De Thuis kopie is de representatieve

¹ Voor de eerdere instanties zie V.zr. Rb. Haarlem 10 januari 2005, AMI 2005, p. 114 (kort); Rb. Haarlem 26 juli 2005, AMI 2005, p. 177 (kort). In een civiel kort geding met de Stichting De Thuis kopie als eiseres en Dang als gedaagde wees de Voorzieningenrechter te 's-Gravenhage vonnis op 15 september 2005, rolnummer KG ZA 05-641, te raadplegen op <http://www.boek9.nl>.

rechtspersoon die op grond van artikel 16d Auteurswet door de minister van Justitie is aangewezen om de billijke vergoedingen te incasseren en te verdelen. Kennelijk heeft Dang in het verleden al eens blanco diskettes ‘zwart’ geïmporteerd. Hij heeft namelijk een overeenkomst gesloten met de Stichting De Thuis kopie waarin hij zich verplicht een boete te zullen betalen wanneer hij weer de fout ingaat. Naar het oordeel van de Stichting De Thuis kopie is inderdaad sprake van recidive, want bij brief d.d. 29 september 2004 legt zij aan Dang een boete op van maar liefst €795.420,-. Een tegen de boete ingediend bezwaarschrift wordt door de stichting op 9 december 2004 terzijde gelegd met het argument dat de Stichting De Thuis kopie geen bestuursorgaan is en de boete dus geen ‘besluit’. De bestuursrechter te Haarlem verklaart zich op 26 juli 2005 onbevoegd van het geschil kennis te nemen.

3. Zonder bestuursorgaan is er inderdaad geen besluit en zonder besluit geen mogelijkheid tot bezwaar en beroep. Dit vloeit voort uit de artikelen 1:3, 7:1 en 8:1 van de Awb. De Afdeling overweegt in hoger beroep dat niet in geschil is dat de Stichting De Thuis kopie geen a-orgaan is. Zij is immers opgericht bij notariële akte. Is zij dan misschien een b-orgaan? Nee, zo oordeelt de Afdeling.

‘Nu de boete is opgelegd in het kader van een tussen appellant en de stichting bestaande privaatrechtelijke rechtsverhouding, is de stichting in ieder geval terzake van het opleggen van deze boete niet aan te merken als een bestuursorgaan als bedoeld in art. 1:1 lid 1 onder b Awb (...). Of de stichting ook overigens als een bestuursorgaan in evenbedoelde zin is aan te merken, behoeft onder deze omstandigheden geen bespreking. De rechtbank heeft zich derhalve reeds hierom terecht onbevoegd verklaard’.

Wat enigszins verbaast is dat de Afdeling geen enkele aandacht besteedt aan artikel 16g van de Auteurswet. Op grond van dit artikel is de rechtbank te ‘s-Gravenhage – en niet die te Haarlem – bij uitsluiting bevoegd te beslissen over geschillen met betrekking tot de thuis kopie vergoeding. Is de contractueel overeengekomen boete iets principieel anders dan de vergoeding krachtens artikel 16c, tweede lid, van de Auteurswet? Of passeert de Afdeling het gebrek omdat de rechtbank te ‘s-Gravenhage tot dezelfde uitspraak zou moeten komen (vgl. artikel 46 van de Wet op de Raad van State)? Dat had zij dan wel expliciet mogen zeggen.

4. Het contractuele karakter van de boete is dus beslissend. Nu komt het vaker voor dat de wetgever een vorm van zelfregulering voorschrijft waarbij een stichting sancties kan opleggen aan partijen die zich niet aan de gemaakte afspraken houden. Soms prikt de bestuursrechter door de civielrechtelijke vorm heen en acht hij zich bevoegd om van geschillen over de opgelegde sancties kennis te nemen. Een voorbeeld biedt de uitspraak van het CBB d.d. 9 februari 2005 in de zaak Tintel vs beroepscommissie van de Stichting Informatiedienstencode². Deze stichting (afgekort: Stic) is door de minister van Economische Zaken erkend als een instelling die erop toeziet dat nummers voor tele-informatiediensten niet worden misbruikt. Volgens artikel 4.11 van de Telecommunicatiewet moet een erkende instelling een gedragscode opstellen, waarbij ‘platformaanbieders’ zich aansluiten. Op basis van een kettingbeding met Stic sluiten de platformaanbieders vervolgens overeenkomsten met de afzonderlijke nummerhouders. Deze verbinden zich de code in acht te zullen

² CBB 9 februari 2005, Tintel vs. Stic, Mediaforum 2005-6, nr. 23 m.nt. Ben Olivier.

nemen en sancties door Stic te zullen naleven. Nadat nummerhouder Tintel de gedragscode had overtreden – hij had geen tariefmelding getoond –, legde Stic daarvoor een boete op. Anders dan de rechtbank te Rotterdam oordeelde het CBB dat Stic moest worden beschouwd als een ‘b-orgaan’ en dat de boete een besluit was in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb.

5. Wat is nu het verschil tussen de Stichting De ThuisKopie en de Stichting Informatiedienstencode? Beide rechtspersonen zijn opgericht krachtens privaatrecht en beide zijn door een minister erkend als orgaan van zelfregulering. Bij beide stichtingen heeft de overheid een vinger in de pap. De Stichting De ThuisKopie is onderworpen aan het toezicht volgens de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten. Artikel 16c, zesde lid, van de Auteurswet biedt de mogelijkheid nadere regels te stellen bij algemene maatregel van bestuur. De Stic heeft een lijntje lopen naar de minister van Economische Zaken. Deze kan aan de erkenning beperkingen en voorschriften verbinden, aldus artikel 4.11, eerste lid, Telecommunicatiewet. Het tweede lid bepaalt dat ‘bij of krachtens algemene maatregel van bestuur’ verdere eisen kunnen worden gesteld. Het belangrijkste verschil tussen de boete opgelegd door de Stichting De ThuisKopie en de boete opgelegd door de Stic ligt naar mijn mening in de mate van vrijwilligheid waarmee de relevante overeenkomst werd aangegaan. In de zaak Tintel vs Stic komt de volgende overweging voor:

‘Enkel ten gevolge van de wettelijke verplichting voor platformaanbieders om zich aan te sluiten bij Stic, heeft een nummerhouder dus de gelding van door Stic jegens hem te nemen sancties te dulden. Dit duidt op een publiekrechtelijk karakter van de oplegging van de sancties door Stic’.

6. De overeenkomst die de Stichting De ThuisKopie had gesloten met importeur Dang heeft een andere achtergrond. Dang kreeg de ‘onthoudingsverklaring’ ter ondertekening voorgelegd nadat hij artikel 16c Auteurswet had overtreden. Dang was noch juridisch, noch feitelijk, verplicht akkoord te gaan met het boetebeding. Bij het uitblijven van een overeenkomst zou de stichting waarschijnlijk naar de burgerlijke rechter zijn gestapt om een verbod van herhaling te vorderen, gekoppeld aan een dwangsom. Kennelijk heeft Dang de afweging gemaakt dat het beter was een procedure bij de rechter te vermijden. Ik heb daarom wel begrip voor het oordeel van de Afdeling dat het optreden van de Stichting De ThuisKopie plaats vond in een burgerrechtelijk kader, zodat zij in de onderhavige casus niet optrad als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid onder b, van de Awb.

7. Het meest interessant is de vraag die de Afdeling in het midden laat. Is de Stichting De ThuisKopie *nooit* een bestuursorgaan of kan zij dat in andere omstandigheden wel zijn? Op basis van artikel 16d van de Auteurswet moet de stichting een ‘billijke vergoeding’ innen bij fabrikanten en importeurs. Op basis van hetzelfde artikel verdeelt de stichting het geïnde geld over de rechthebbenden. Ingevolge artikel 16f en 16ga van de Auteurswet heeft de stichting het recht van inzage in de administratie van betalingsplichtigen. Is dit allemaal privaatrecht? Of gaat het om een publiekrechtelijke heffing, resp. subsidiëring en controle? Uit de parlementaire geschiedenis van de Auteurswet blijkt dat de regering een privaatrechtelijke invalshoek koos. Zij schreef:

‘Opgemerkt zij dat dat de vergoeding privaatrechtelijk van aard is aangezien zij in het auteursrecht haar grondslag heeft gevonden’ en ‘Het vorenstaande rechtvaardigt de conclusie dat de voorgestelde vergoedingsregeling een privaatrechtelijke aangelegenheid is, zodat niet gesproken kan worden van een regeling met een belastingkarakter’³. Niet iedereen is daar echter van overtuigd. Kamiel Koeman vergeleek de Stichting De Thuis kopie vorig jaar met een ‘tolpachter’, daarbij wellicht denkend aan de bijbelse Farizeeër⁴.

8. De inning van de thuis kopievergoeding heeft inderdaad veel weg van een publiekrechtelijke heffing. De ‘billijke vergoeding’ verschuldigd krachtens artikel 16c van de Auteurswet is ver verwijderd van de vergoeding die de uitgever van een boek moet betalen aan de auteur. De uitgever betaalt voor het mogen publiceren van diens werk. De fabrikant of importeur van blanco informatiedragers ontvangt echter geen tegenprestatie. Hij verveelvoudigt geen werken en maakt geen werken openbaar. Natuurlijk, een consument zal de gekochte diskettes kunnen gebruiken om muziek of films in de privésfeer op te slaan. Dat is toegestaan door artikel 16c, eerste lid, Auteurswet. Sommige diskettes zullen alleen gebruikt worden voor het opslaan van eigen werk of van werken uit het publieke domein. Er bestaat geen verbintenis tussen een bepaalde handelaar of importeur enerzijds en een bepaalde rechthebbende anderzijds. Hooguit kan men constateren dat een hele bedrijfstak profiteert van de inspanningen van een andere bedrijfstak en daarbij een zekere schade veroorzaakt. Ik zie een parallel met de vroegere heffing van omroepbijdragen terzake van het bezit van een radio- of televisietoestel. Omdat vrijwillige donaties aan de omroep te weinig opleverden besloot de staat een speciale belasting in te voeren. De opbrengst diende ter bekostiging van de Nederlandse publieke omroep. Hoeveel iemand werkelijk naar die programma’s luisterde of keek deed er niet toe.

9. Tot voor kort bepaalde artikel 8:4 sub g (oud) van de Awb dat geen bezwaar en beroep open stond tegen besluiten op grond van een wettelijk voorschrift inzake belastingen of premieheffing. Iemand die zijn betalingsplicht krachtens de Wet op de omroepbijdragen wilde aanvechten, moest zich wenden tot de burgerlijke rechter⁵. Bij wet van 15 december 2004, Stb. 672, is de uitzondering voor belastingen en premies echter uit artikel 8:4 geschrapt. Wie het met mij eens is dat de thuis kopievergoeding meer weg heeft van een publiekrechtelijke heffing dan van een civielrechtelijke verplichting, moet concluderen dat tegen ‘aanslagen’ van de Stichting De Thuis kopie bezwaar en beroep openstaat. Het verdelen van de opbrengst van de heffing is vervolgens een uitkering, zoals ontvangen AOW-premies worden doorgesluisd naar de AOW-gerechtigden. Het doorsluizen van de omroepbijdragen naar de publieke omroep werd om psychologische redenen nooit een ‘subsidiëring’ genoemd, maar de desbetreffende beslissingen waren wel besluiten in de zin van de Awb. Als bestuursrechtelijke procedures tegen de Stichting De Thuis kopie principieel

³ Kamerstukken II, 1987/88, 20656, nr. 3, p. 5.

⁴ Kamiel Koelman, annotatie onder V.zr. Rb. Den Haag 16 september 2005, AMI 2005, p. 211 (Stichting De Thuis kopie vs. Opus e.a.). Zie ook Lucas 18:9-14.

⁵ HR 15 december 1992, NJ 1993, 374.

onwenselijk worden gevonden, kan de wetgever de artikelen 16c en 16d Auteurswet overigens toevoegen aan de ‘negatieve lijst’ ex artikel 8:5 Awb⁶.

10. Voel ik ten aanzien van het rechtskarakter van de Stichting De Thuis kopie nog enige twijfel, die twijfel heb ik veel minder ten aanzien van de Stichting Onderhandelingen Thuis kopievergoeding (SONT). Zoals Stef van Gompel onlangs in dit blad beschreef, is de SONT de instantie die de hoogte van de tarieven regelt op basis van artikel 16e van de Auteurswet⁷. Je zou kunnen zeggen: SONT is de wetgever, Stichting De Thuis kopie de uitvoerder. Met een kenmerkende halfhartigheid heeft de wetgever namelijk besloten zich niet te branden aan de concrete invulling van de wettelijke term ‘billijke vergoeding’. Laten de belanghebbenden dat maar met elkaar uitvechten binnen een paritair samengestelde stichting, zo moeten de opstellers gedacht hebben. Zelfs al zou de thuis kopievergoeding een privaatrechtelijke aangelegenheid zijn ‘omdat zij in het auteursrecht haar grondslag heeft gevonden’, dan nog is het van hogerhand opleggen van tarieven een vorm van gezagsuitoefening. In zoverre is de SONT dus een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, onder b, van de Awb. Wel moet men bedenken dat tegen een besluit van de SONT tot het vaststellen van algemene tarieven geen bezwaar en beroep zal openstaan. Artikel 8:2 van de Awb bevat immers een uitzondering voor besluiten, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel⁸.

11. De hierboven afgedrukte uitspraak is ook gepubliceerd in AB 2006, 231 met een noot van Hans Peters.

⁶ De Stichting Leenrecht ex artikel 15c en 15f is in veel opzichten vergelijkbaar met de Stichting De Thuis kopie, maar met één verschil. Een bibliotheek die een boek uitleent weet precies welke auteursrechthebbende daar nadeel van ondervindt.

⁷ Stef van Gompel, ‘De vaststelling van de thuis kopievergoeding’, AMI 2006-2, p. 52-62. De hoogte van het leenrecht wordt krachtens artikel 15d van de Auteurswet op een vergelijkbare manier geregeld.

⁸ Dat verklaart waarom de civiele rechter te Den Haag zich bevoegd verklaarde inzake een geschil met de SONT over de hoogte van de tarieven. Rb ’s-Gravenhage 8 februari 2006, ACI Adam vs. Stichting De Thuis kopie en de Stichting Onderhandelingen Thuis kopievergoeding, te raadplegen op <http://www.boek9.nl>.