

Rb Den Haag, 31 maart 2010, Thuiskopie cs v College van Toezicht



AUTEURSRECHT

Besluit niet in strijd met verbod tot willekeur of andere algemene rechtsbeginselen

- In de toelichting op het Besluit is de aanleiding tot de regeling uitgebreid gemotiveerd. Daarbij is artikel 3 van het Besluit een tijdelijke en specifieke voorziening om de opeenhoping van 'oude' vóór 31 december 2004 geïnde vergoedingen die sedertdien niet verdeeld kon-den worden af te bouwen. De in de afweging betrokken belangen, de in acht te nemen periode en de gekozen afbouwperiode zijn duidelijk geformuleerd.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de regelgever aldus in redelijkheid tot artikel 3 van het Besluit kunnen komen. Niet gebleken is van strijd met het verbod tot willekeur of andere algemene rechtsbeginselen.

- Anders dan eiseres betoogt maakt het Besluit geen inbreuk op het recht op een billijke vergoeding zoals dit voortvloeit uit het systeem van de Richtlijn en de Auteurswet. De onverdeelbare gelden bedoeld in artikel 3 van het Besluit resteren immers nadat de rechthebbenden de hun toekomende vergoeding hebben ontvangen. Het betreft dus gelden waarvoor geen rechthebbenden (meer) zijn aan te wijzen.

In die gegeven situatie worden de geïnde maar niet doorbetaalde gelden als onverschuldigd aangemerkt. De rechtbank merkt hierbij op dat daarmee niet is gesteld dat de grondslag van de betaling is komen te vervallen.

Restitutie onverdeelde gelden

- Op grond van vorenstaande oordeelt de rechtbank dat het Besluit niet onverbindend is. Dit betekent dat het gedeelte van de tot en met 31 december 2004 geïnde vergoedingen, vermeerderd met de daarover ontvangen rente en andere baten, dat naar het oordeel van verweerder niet onder de rechthebbenden kan worden verdeeld, moet worden gerestitueerd door middel van verrekening zoals vastgesteld in artikel 3 van het Besluit.

€ 5,6 miljoen in redelijkheid niet als onverdeelbaar te beschouwen

- verweerder in redelijkheid niet tot het oordeel kunnen komen dat het bedrag van €5.610.000 op 31 december 2007 als onverdeelbaar is te beschouwen.

De stelling van verweerder dat indien een tegoed is geïnd voor 1999, en op 31 december 2007 nog niet aan de rechthebbende is uitgekeerd, moet worden aangenomen dat geen rechthebbende meer kan worden ge-

vonden of aangewezen, waardoor deze tegoeden als onverdeelbaar moeten worden beoordeeld, acht de rechtbank in zijn algemeenheid ook niet onjuist. Verweerder heeft echter bij zijn beoordeling van de vraag of voor de vóór 31 december 2004 geïnde en op 31 december 2007 nog niet verdeelde tegoeden een rechthebbende kon worden aangewezen en daarmee of deze tegoeden (on)verdeelbaar waren, ten onrechte onvoldoende rekening gehouden met het uit het systeem van inning en verdeling voortvloeiende gegeven dat degene, die in het repartitiereglement als zodanig wordt aangewezen ook rechthebbende in de zin van artikel 16c, tweede lid, van de Auteurswet is. Eiseressen hebben zich beraden op maatregelen en daartoe een plan van aanpak opgesteld. De uitvoering van dit plan heeft ertoe geleid dat een aantal van de oorspronkelijk als rechthebbende aangemerkte personen alsnog is gevonden. Daarnaast hebben eiseres 2 en eiseres 3 nieuwe repartitiereglementen opgesteld, welke aan verweerder zijn voorgelegd. Verweerder heeft echter nagelaten om eiseressen, ook na uitdrukkelijke verzoeken om een oordeel over de voorgenomen werkwijze, ervan op de hoogte te stellen dat de door eiseressen voorgestelde wijze om alsnog over te gaan tot verdeling van de tegoeden onder rechthebbenden door verweerder niet als zodanig zou worden geaccepteerd. Verweerder heeft eiseressen ook niet belet om na de peildatum van 31 december 2007 daadwerkelijk betalingen te doen aan rechthebbenden volgens de nieuwe repartitiereglementen. De rechtbank acht in dit verband ook van belang dat de vaststelling dat tegoeden op de peildatum onverdeelbaar zijn met zich brengt dat een bedrag ter hoogte van die onverdeelbare tegoeden in mindering moet worden gebracht op de door fabrikanten en importeurs van beeld- en geluidsdragers af te dragen vergoeding. Dit betekent dat uitbetaling van de aan rechthebbenden voor thuiskopieën verschuldigde vergoedingen in de periode, waarin de verrekening plaatsvindt, niet of slechts gedeeltelijk mogelijk zal zijn. De als onverdeelbaar beoordeelde tegoeden zijn immers wel daadwerkelijk verdeeld en, nu de repartitiereglementen de ontvangers van dit tegoed ook als rechthebbenden aanwijzen, ligt terugvordering niet in de rede. Onder deze omstandigheden heeft verweerder in redelijkheid niet tot het oordeel kunnen komen dat het bedrag van € 5.610.000,00 op 31 december 2007 als onverdeelbaar is te beschouwen.

Vindplaatsen:

Rb Den Haag, 31 maart 2010

(E. Kouwenhoven, M.D.J. van Reenen-Stroebel en W.M.A. der Weduwe-de Groot)

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector bestuursrecht

Afdeling 3, meervoudige kamer

Reg.nrs.: AWB 09/4248 BESLU, AWB 0914226 BESLU, AWB 0914233 BESLU

UITSPRAAK ingevolge artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

in het geding tussen

1. Stichting De Thuiskopie, gevestigd te Amsterdam
2. Vereniging tot Exploitatie van Vertoningsrechten op Audiovisueel Materiaal (VEVAM), gevestigd te Amsterdam
3. Stichting Sekam Video, gevestigd te Amsterdam, eiseressen, het College van Toezicht collectieve beheersorganisaties Auteurs- en naburige rechten, verweerder.

I PROCESVERLOOP

Op 23 september 2008 heeft verweerder een besluit genomen inzake de geïnde vergoedingen bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, die langere tijd onverdeeld zijn gebleven.

Bij besluit van 19 maart 2009 heeft verweerder het daartegen gemaakte bezwaar van eiseressen ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiseres 1 bij brief van 28 april 2009, van gronden voorzien bij brief van 13 juli 2009, beroep ingesteld. Eiseres 2 heeft bij brief van 29 april 2009, van gronden voorzien bij brief van 14 juli 2009, beroep ingesteld. Eiseres 3 heeft bij brief van 28 april 2009, van gronden voorzien bij brief van 14 juli 2009, beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens bij brief van 7 oktober 2009 een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 8 februari 2010 heeft eiseres 2 een aantal producties overgelegd.

Bij brief van 5 februari 2010, ingekomen bij de rechtbank op 8 februari 2010, heeft eiseres 3 nadere producties overgelegd.

De zaak is op 18 februari 2010 ter zitting behandeld.

Eiseres 1 heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J. Donker en mr. H. Wijmenga, bijgestaan door mr. J.M. van den Berg en [mr. W.A. Roos](#), advocaten te Amsterdam.

Eiseres 2 heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. [Chr.A. Alberdingk Thijm](#), advocaat te Amsterdam.

Eiseres 3 heeft zich laten vertegenwoordigen door P. Eversdijk en mr. A. Bekema, bijgestaan door mr. R.S. le Poole, advocaat te Amsterdam.

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door H.F.R. van Heemstra, bijgestaan door mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam.

II OVERWEGINGEN

1.1 Ingevolge artikel 5, tweede lid, van de Richtlijn 2001/29/EG (hierna: de Richtlijn) kunnen de lidstaten beperkingen of restricties stellen aan het reproductierecht van – kort gezegd - auteursrechtelijke werken ten behoeve van thuisgebruik, mits de rechthebbende een billijke compensatie ontvangt. De Richtlijn is geïmplementeerd in artikel 16c en volgende van de Auteurswet 1912 (hierna ook: de Auteurswet).

1.2 Ingevolge artikel 16c, eerste lid, van de Auteurswet wordt als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst niet beschouwd het reproduceren van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproduceren geschiedt zonder direct of indirect

commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt. Ingevolge het tweede lid van hetzelfde artikel is voor het reproduceren als bedoeld in het eerste lid, ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid. Ingevolge het zesde lid van hetzelfde artikel kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regelen worden gegeven met betrekking tot de voorwerpen ten aanzien waarvan de vergoeding, bedoeld in het tweede lid, verschuldigd is. Bij algemene maatregel van bestuur voorts nadere regelen worden gegeven en voorwaarden worden gesteld ter uitvoering van het bepaalde in dit artikel met betrekking tot de hoogte, verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding.

1.3 Ingevolge artikel 16d, eerste lid van de Auteurswet voor zover hier van belang, dient de betaling van de in artikel 16c bedoelde vergoeding te geschieden aan een door de Minister van Justitie aan te wijzen rechtspersoon, die belast is met de inning en de verdeling van deze vergoeding overeenkomstig een reglement, opgesteld door deze rechtspersoon en goedgekeurd door het College van Toezicht, bedoeld in de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten.

1.4 Op 5 november 2007 is vastgesteld de algemene maatregel van bestuur, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912 (Staatsblad 2007,435, hierna: het Besluit).

1.5 Ingevolgde artikel 3, eerste lid, van het Besluit wordt het totaal van de tot en met 31 december 2004 geïnde vergoedingen bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet, vermeerderd met de daarover ontvangen rente en andere baten, dat naar het oordeel van het College van Toezicht niet onder de rechthebbenden kan worden verdeeld, door – kort gezegd - stichting De Thuiskopie met ingang van 1 januari 2008 als zijnde niet verschuldigd jaarlijks voor telkens een vierde in mindering gebracht op de door fabrikanten en importeurs als bedoeld in artikel 16c, tweede lid, van de Auteurswet, voor dat kalenderjaar verschuldigde vergoedingen.

2.1 Eiseres 1 is de rechtspersoon, ingevolge artikel 16d, eerste lid, van de Auteurswet belast met de inning en de verdeling van vergoedingen. Sinds 1 juli 2003 staat eiseres 1 op grond van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten onder toezicht van verweerder. Voor de verdeling van door haar geïnde vergoedingen maakt eiseres 1 gebruik van de diensten van belangenorganisaties van rechthebbenden, in dit kader ook verdeelorganisaties genoemd. Eiseres 2 en eiseres 3 zijn beide verdeelorganisaties, eiseres 2 is een verdeelorganisatie voor regisseurs en (tezamen met een andere organisatie) scenarioschrijvers en eiseres 3 is een verdeelorganisatie voor producenten van filmwerken.

2.2 De verdeelorganisaties hanteren voor de verdeling van de ten behoeve van de tot hun doelgroep behorende rechthebbenden geïnde vergoedingen ieder een eigen reglement, een zogenoemd repartitiereglement. In het algemeen is houdt de (hoogte van de) aanspraak op een vergoeding verband met de uitzending van auteursrechtelijk beschermde werken op radio en televisie, verspreiding van deze werken via internet, en ter beschikking stelling van deze werken op voorbespeelde dragers. Volgens de repartitiereglementen van eiseres 2 en 3 worden per gebeurtenis punten toegekend en wordt de waarde per punt vastgesteld door het in een bepaalde periode geïnde bedrag te delen door het aantal in die periode toegekende punten.

2.3 Naar aanleiding van een onderzoek door verweerder in 2005 bij eiseres 1 naar de stand van zaken van de verdeling van geïnde vergoedingen is op 29 december 2005 een rapportage aan de minister van Justitie gezonden. Verweerder heeft zich in deze rapportage op het standpunt gesteld dat de situatie bij eiseres 1 tot ingrijpen, in eerste instantie door eiseres 1 zelf, noopte en heeft daartoe aanbevelingen gedaan, onder meer over het door eiseres 1 afleggen van financiële verantwoording. Bij brief van 26 januari 2007 heeft verweerder de minister van Justitie een eindrapportage over de uitvoering van deze aanbevelingen gezonden. Blijkens deze rapportage heeft de door eiseres 1 afgelegde financiële verantwoording aan het licht gebracht dat het bedrag aan wel geïnde, maar niet aan de rechthebbenden uitgekeerde gelden zo hoog is dat sprake is van onaanvaardbare achterstanden, onder meer omdat ook over verder terug liggende jaren nog altijd aanzienlijke bedragen niet zijn verdeeld. Verweerder merkt hierover in zijn eindrapportage het volgende op:

"De nog niet verdeelde bedragen zijn van zodanige omvang dat het College vraagt tekens plaatst bij de voortgang en effectiviteit van de repartitie onder de uiteindelijk rechthebbenden voor wie de gelden oorspronkelijk zijn geïncasseerd. Het functioneren van het thuiskopie-stelsel berust op de tijdige, juiste en volledige verdeling van gelden onder de uiteindelijk rechthebbenden. Gebreken daarin doen afbreuk aan het maatschappelijk draagvlak en de houdbaarheid van dit stelsel. De nu beschikbare informatie roept de vraag op of door de verdeelorganisaties in het verleden voldoende inspanningen zijn verricht om tot verdeling te komen en wat de gevolgen zijn van de opbouw van de gelden. De situatie met betrekking tot de onverdeelde gelden is van dien aard, dat het College overweegt de Minister van Justitie te adviseren om (wettelijk) maatregelen te treffen ten einde in te grijpen in dit probleem. Alvorens hier toe over te gaan, wordt STK in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 28 februari 2007 het College schriftelijk te berichten welke maatregelen zij heeft getroffen om de onverdeelde gelden, al dan niet via haar verdeelorganisaties, alsnog tot verdeling te brengen onder de uiteindelijke, nog niet eerder gecompenseerde rechthebbenden. Bovendien dient STK maatregelen voor te stellen teneinde nieuwe opbouw van achterstanden te voorkomen."

2.4 De door verweerder gesignaleerde problemen zijn aanleiding geweest het Besluit vast te stellen. Bij brief van 13 december 2007 heeft eiseres 1 verweerder een plan van aanpak voorgelegd, met daarin een aantal door eiseres 2 en eiseres 3 genomen en te nemen maatregelen om tot verdeling van de gedurende lange tijd onverdeeld gebleven gelden te komen. Eiseres 2 en eiseres 3 hebben in verband hiermede beide een nieuw repartitiereglement opgesteld aan de hand waarvan (deels) andere rechthebbenden van die gelden zijn aangewezen dan de rechthebbenden volgens de oude repartitiereglementen. De nieuwe repartitiereglementen zijn aan verweerder voorgelegd. In de periode tot het besluit van 23 september 2008 hebben eiseres 2 en eiseres 3 de voor 31 december 2003 geïnde, maar nog niet verdeelde gelden ook daadwerkelijk uitgekeerd aan de rechthebbenden volgens de nieuwe repartitiereglementen.

2.5 Op 28 augustus 2008 heeft verweerder een concept besluit met betrekking tot de onverdeelde gelden aan eiseres doen toekomen. Volgens dit concept is op grond van de goedgekeurde cijfers van eiseres 1 over 2007 een bedrag van € 5.610.000,00 vóór 2003 geïncasseerd, maar niet verdeeld door eiseres 2 en eiseres 3. Eiseres 1 heeft bij brief van 8 september 2008 een reactie op dit voornemen aan verweerder gezonden. Bij besluit van 23 september 2008 heeft verweerder geoordeeld dat het bedrag van €5.610.000,00 moet worden beschouwd als een bedrag dat niet kan worden verdeeld in de zin van artikel 3 van het Besluit, zodat dit bedrag, vermeerderd met de daarover ontvangen rente en baten, in mindering zal worden gebracht op de incasso en aldus gefaseerd terugvloeit naar de betalingsplichtige fabrikanten en importeurs.

3.1 Eiseressen hebben in beroep aangevoerd dat het Besluit de delegatiebevoegdheid van artikel 16c, zesde lid, van de Auteurswet te buiten gaat en onbevoegd is vastgesteld, zodat het Besluit onverbindend moet worden geacht. Eiseressen stellen dat artikel 3 van het Besluit strijdig is met het stelsel van de Auteurswet en de Richtlijn, waar dat stelsel vereist dat een billijke vergoeding verschuldigd is aan de rechthebbenden, en met het Besluit niet langer is gewaarborgd dat deze vergoeding aan alle rechthebbenden toekomt. Daarmee ontbreekt een deugdelijke grondslag aan het bestreden besluit. In het bestreden besluit heeft verweerder een verkeerde - marginale - toetsingsmaatstaf gehanteerd en is de bevoegdheid van verweerder onvoldoende deugdelijk gemotiveerd, aldus eiseressen.

3.2 Eiseressen stellen vervolgens dat sprake is van strijd met artikel 3:2 Awb omdat verweerder is uitgegaan van de fictie dat de gelden die op 31 december 2007 feitelijk niet verdeeld waren als onverdeelbaar moeten worden beschouwd. Ten onrechte heeft verweerder geen onderzoek gedaan in hoeverre die gelden niet meer verdeeld konden worden. Mede gezien het op 13 december 2007 aan verweerder voorgelegde plan van aanpak, waaruit bleek dat en hoe de op dat moment nog liggende 'oude' gelden zouden kunnen worden en zouden gaan worden verdeeld en het feit dat verweerder daar verder niet op heeft gereageerd is het naar de

mening van eiseres niet redelijk alle op de peildatum 31 december 2007 onverdeelde gelden zonder meer als onverdeelbaar aan te merken. In zoverre is het besluit onzorgvuldig, onvoldoende gemotiveerd, kennelijk onredelijk en in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

3.3 Eiseressen stellen voorts dat sprake is van strijd met het rechtzekerheidsbeginsel. Gelet op de wetsgeschiedenis en de genoemde peildatum 31 december 2007 diende verweerder naar de mening van eiseres uiterlijk op 31 december 2007 een besluit te nemen. Ten tijde van het primaire besluit van 23 september 2008 was verweerder in de visie van eiseres dan ook niet langer bevoegd. Overigens is verweerder volgens eiseres zelf niet consequent ten aanzien van de peildatum 31 december 2007, waar verweerder deze peildatum slechts hanteert voor de gelden die vóór 2003 zijn geïnd, en niet voor de gelden die in 2003 en 2004 zijn ontvangen, terwijl artikel 3 van het Besluit dat onderscheid niet maakt.

3.4 Eiseressen betogen dat sprake is van strijd met artikel 3:4 van de Awb en dat verweerder een onjuiste en onevenredige belangenafweging heeft gemaakt door vast te houden aan een strikte uitleg van het Besluit dat slechts enkele weken voor de peildatum 31 december 2007 is vastgesteld en er toe leidt dat rechthebbenden in plaats van in een laat stadium helemaal geen vergoeding meer ontvangen. Ten slotte doen eiseressen een beroep op het vertrouwensbeginsel. Daarvoor verwijst eiseres opnieuw naar het plan van aanpak uit december 2007. Eiseres stelt voorts dat artikel 3 van het Besluit er toe leidt dat meerdere aanspraken bestaan op de gelden die als onverdeelbaar zijn aangemerkt, mede door de uitleg die verweerder in het bestreden besluit heeft gegeven aan het begrip 'onverschuldigd betaald'.

3.5 Verweerder heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

4.1 De rechtbank overweegt als volgt.

Gelet op het bepaalde in artikel 8:2 van de Awb kan een algemeen verbindend voorschrift door de rechtbank slechts worden getoetst voor zover dit aan het bestreden besluit ten grondslag is gelegd (ABRS 3-1 2-2008, LJN BG5873). In de onderhavige procedure kan dan ook uitsluitend de (on)verbindendheid van artikel 3 van het Besluit worden getoetst. Volgens vaste jurisprudentie (bijvoorbeeld Cvb 14-5-2009, LJN BI7159) kan aan een algemeen verbindend voorschrift slechts verbindende kracht worden ontzegd indien de door de betrokken regelgever gemaakte keuzes strijdig moeten worden geacht met een hogere - algemeen verbindende - regeling dan wel indien met inachtneming van de beoordelingsvrijheid van de regelgever geoordeeld moet worden dat het voorschrift een toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet kan doorstaan. Dit laatste oordeel dient met terughoudendheid te worden getoetst

4.2 In de toelichting op het Besluit is de aanleiding tot de regeling uitgebreid gemotiveerd. Daarbij is artikel 3 van het Besluit een tijdelijke en specifieke voorziening om de opeenhoping van 'oude' vóór 31 december 2004 geïnde vergoedingen die sedertdien niet verdeeld konden worden af te bouwen. De in de afweging betrokken belangen, de in acht te nemen periode en de gekozen afbouwperiode zijn duidelijk geformuleerd. Naar het

oordeel van de rechtbank heeft de regelgever aldus in redelijkheid tot artikel 3 van het Besluit kunnen komen. Niet gebleken is van strijd met het verbod tot willekeur of andere algemene rechtsbeginselen.

4.3 Anders dan eiseres betoogt maakt het Besluit geen inbreuk op het recht op een billijke vergoeding zoals dit voortvloeit uit het systeem van de Richtlijn en de Auteurswet. De onverdeelbare gelden bedoeld in artikel 3 van het Besluit resteren immers nadat de rechthebbenden de hun toekomende vergoeding hebben ontvangen. Het betreft dus gelden waarvoor geen rechthebbenden (meer) zijn aan te wijzen. In die gegeven situatie worden de geïnde maar niet doorbetaalde gelden als onverschuldigd aangemerkt. De rechtbank merkt hierbij op dat daarmee niet is gesteld dat de grondslag van de betaling is komen te vervallen. De rechtbank verwijst naar het advies van de Raad van State op het ontwerpbesluit van 21 augustus 2007, waarin de Raad van State hierover zegt: *"Naar aanleiding hiervan is in het ontwerpbesluit en in de nota van toelichting nadrukkelijker aangegeven dat de afbouwregeling voor onverdeelde gelden berust op het feit dat onverdeelbare thuiskopiegelden moeten worden beschouwd als zijnde niet verschuldigd in de zin van artikel 16c, tweede lid, Auteurswet. Blijven gelden onverdeeld, nadat de rechthebbenden de hun toekomende thuiskopieuitkeringen hebben ontvangen, dan moet uiteindelijk worden aangenomen dat er is geïnd voor niet-bestaande of niet-traceerbare rechthebbenden. In zoverre kunnen de aanvankelijk geïnde, maar vervolgens onverdeelbaar gebleken gelden in redelijkheid niet meer worden aangemerkt als "billijke" vergoeding voor het thuis kopiëren (artikel 16c lid 2 Auteurswet), hetgeen achteraf de vaststelling wettigt dat deze gelden niet verschuldigd waren."*

4.5 Op grond van vorenstaande oordeelt de rechtbank dat het Besluit niet onverbindend is. Dit betekent dat het gedeelte van de tot en met 31 december 2004 geïnde vergoedingen, vermeerderd met de daarover ontvangen rente en andere baten, dat naar het oordeel van verweerder niet onder de rechthebbenden kan worden verdeeld, moet worden gerestitueerd door middel van verrekening zoals vastgesteld in artikel 3 van het Besluit. Tussen partijen is niet in geschil, en ook de rechtbank gaat hiervan uit, dat van het op de peildatum 31 december 2007 nog niet verdeelde gedeelte van de voor 31 december 2004 geïnde vergoedingen nog dient te worden beoordeeld of ook sprake is van onverdeelbaarheid. Het enkele feit dat een bedrag nog niet is uitgekeerd betekent niet dat het ook dient te worden gerestitueerd. Tussen partijen is in geschil of verweerder bij het bestreden besluit terecht heeft vastgesteld dat van de voor 31 december 2003 geïnde vergoedingen het bedrag van € 5.610.000,00 op 31 december 2007 onverdeelbaar was.

4.6 De redactie en de wetsgeschiedenis van artikel 3 van het Besluit laten geen ruimte voor een ander uitgangspunt dan dat 31 december 2007 als peildatum geldt voor het bepalen van de omvang van de gelden en de korting die moet worden toegepast. Dit betekent niet dat verweerder na 31 december 2007 niet langer be-

voegd was een oordeel over de onverdeelbaarheid uit te spreken, de hantering van een peildatum impliceert juist dat dit oordeel op een later tijdstip in een besluit wordt en is neergelegd. Van strijd met de rechtszekerheid of strijd met artikel 7:11 Awb is geen sprake.

4.7 Verweerder stelt dat het hanteren van de peildatum 31 december 2007 in het systeem van het Besluit met zich brengt dat op die datum niet verdeelde vergoedingen, waarvoor op die datum ook geen rechthebbende kon worden aangewezen, moeten worden aangemerkt als onverdeelbaar. Verweerder heeft er daarbij op gewezen dat het overgrote gedeelte van het aan eiseres 2 en eiseres 3 ter repartitie overgedragen, maar niet aan rechthebbenden uitgekeerde bedrag is geïnd in de periode vóór 1999. Weliswaar is het Besluit eerst op 5 november 2007 vastgesteld, maar eiseressen waren al sinds begin 2007 bekend met de voorgenomen maatregel om de 'oude' gelden te laten terugvloeien. Verweerder heeft voorts herhaaldelijk bij eiseres 1 aangedrongen op een plan van aanpak teneinde rechthebbenden te achterhalen. Dat eiseressen eerst in december 2007 met een plan van aanpak zijn gekomen kan verweerder niet worden tegengeworpen. Verweerder heeft er verder op gewezen dat de vergoedingen, voor zover deze in het kader van de zogenoemde narepartitie zijn verdeeld, waarbij de aanvankelijk voor eventuele onvoorziene claims gereserveerde gelden, waarop geen aanspraak bleek te worden gemaakt, alsnog onder de oorspronkelijk krachtens de regels van het repartitiereglement aangewezen rechthebbenden werd verdeeld, niet tot het onverdeelbaar geoordeelde bedrag werden gerekend. Hieruit blijkt, aldus verweerder, dat daadwerkelijk is bezien of voor de op 31 december 2007 nog niet verdeelde tegoeden ook geen rechthebbende kon worden aangewezen.

4.8.1 De rechtbank stelt vast dat de hoogte van de door producenten en importeurs van lege beeld- en geluidsdragers verschuldigde bijdrage afhankelijk is van het aantal verkochte beeld- en geluidsdragers. Voorts is het onmogelijk daadwerkelijk vast te stellen of, en zo ja, hoe vaak een kopie voor thuisgebruik wordt gemaakt van een auteursrechtelijk beschermd werk. Het vaststellen van de hoedanigheid van rechthebbende in de zin van artikel 16c, tweede lid, van de Auteurswet, en het vaststellen van de hoogte van het bedrag, waarop de rechthebbende in het kader van de in geding zijnde regeling aanspraak maakt, vindt daarom plaats volgens regels gebaseerd op ervaringsregels, aannames en schattingen. Hoewel de rechtbank niet betwijfelt dat eiseressen en de overige bij eiseres 1 aangesloten verdeelorganisaties ernaar streven de verdeling van de geïnde bedragen te laten aansluiten bij de daadwerkelijk van auteursrechtelijk beschermde werken gemaakte kopieën, is de praktijk zo dat rechthebbende is degene, die in enig repartitiereglement daartoe is aangewezen en is de hoogte van de aan deze rechthebbende toegekende vergoeding afhankelijk van de in het repartitiereglement opgenomen regels voor de toekenning van punten en de in een bepaalde periode geïncasseerde bedragen. Verweerder is in zijn hoedanigheid van toezichthouder op de hoogte van de inhoud

van de repartitiereglementen en de wijze, waarop de verdeling van geïncasseerde vergoedingen daadwerkelijk plaatsvindt. Dit systeem van inning en verdeling brengt mee dat de situatie dat voor een eenmaal vastgestelde en geïnde vergoeding geen rechthebbende kan worden aangewezen zich niet snel zal voordoen.

4.8.2 Eiseressen hebben gesteld dat de oorzaak voor het gedurende zeer lange tijd onverdeeld blijven van een gedeelte van de ten behoeve van de rechthebbenden, wier belangen door eiseres 2 en eiseres 3 worden behartigd, geïnde vergoedingen, verband houdt met een hoge mate van verfijning van de destijds gehanteerde repartitiereglementen en een lage organisatiegraad bij de rechthebbenden. Deze stelling is door verweerder niet betwist. Eiseres 2 en eiseres 3 hebben, nadat zij waren geweest op de noodzaak van het alsnog op korte termijn verdelen van de 'oude' tegoeden, beide hun repartitiereglement aangepast. De daadwerkelijke verdeling van de 'oude' tegoeden is geschied volgens de regels van de nieuwe repartitiereglementen.

4.8.3 Het standpunt van verweerder dat eiseressen gedurende te lange tijd er niet in zijn geslaagd hun taak om geïnde gelden ook te verdelen uit te voeren en dat dit voor eiseressen zelf aanleiding had moeten zijn voor het nemen van maatregelen, onderschrijft de rechtbank. Voorts heeft verweerder de problemen met de verdeling van de tegoeden in 2005, derhalve ruim voor de vaststelling van het Besluit, gesignaleerd en bij eiseres 1 ook tijdig aangedongen op het nemen van maatregelen. De stelling van verweerder dat indien een tegoed is geïnd voor 1999, en op 31 december 2007 nog niet aan de rechthebbende is uitgekeerd, moet worden aangenomen dat geen rechthebbende meer kan worden gevonden of aangewezen, waardoor deze tegoeden als onverdeelbaar moeten worden beoordeeld, acht de rechtbank in zijn algemeenheid ook niet onjuist. Verweerder heeft echter bij zijn beoordeling van de vraag of voor de vóór 31 december 2004 geïnde en op 31 december 2007 nog niet verdeelde tegoeden een rechthebbende kon worden aangewezen en daarmee of deze tegoeden (on)verdeelbaar waren, ten onrechte onvoldoende rekening gehouden met het uit het systeem van inning en verdeling voortvloeiende gegeven dat degene, die in het repartitiereglement als zodanig wordt aangewezen ook rechthebbende in de zin van artikel 16c, tweede lid, van de Auteurswet is. Eiseressen hebben zich beraden op maatregelen en daartoe een plan van aanpak opgesteld. De uitvoering van dit plan heeft ertoe geleid dat een aantal van de oorspronkelijk als rechthebbende aangemerkte personen alsnog is gevonden. Daarnaast hebben eiseres 2 en eiseres 3 nieuwe repartitiereglementen opgesteld, welke aan verweerder zijn voorgelegd. Verweerder heeft echter nagelaten om eiseressen, ook na uitdrukkelijke verzoeken om een oordeel over de voorgenomen werkwijze, ervan op de hoogte te stellen dat de door eiseressen voorgestelde wijze om alsnog over te gaan tot verdeling van de tegoeden onder rechthebbenden door verweerder niet als zodanig zou worden geaccepteerd. Verweerder heeft eiseressen ook niet belet om na de peildatum van 31 december 2007 daadwerkelijk betalingen te doen aan

rechthebbenden volgens de nieuwe repartitiereglementen. De rechtbank acht in dit verband ook van belang dat de vaststelling dat tegoeden op de peildatum onverdeelbaar zijn met zich brengt dat een bedrag ter hoogte van die onverdeelbare tegoeden in mindering moet worden gebracht op de door fabrikanten en importeurs van beeld- en geluidsdragers af te dragen vergoeding. Dit betekent dat uitbetaling van de aan rechthebbenden voor thuiskopieën verschuldigde vergoedingen in de periode, waarin de verrekening plaatsvindt, niet of slechts gedeeltelijk mogelijk zal zijn. De als onverdeelbaar beoordeelde tegoeden zijn immers wel daadwerkelijk verdeeld en, nu de repartitiereglementen de ontvangers van dit tegoed ook als rechthebbenden aanwijzen, ligt terugvordering niet in de rede. Onder deze omstandigheden heeft verweerder in redelijkheid niet tot het oordeel kunnen komen dat het bedrag van € 5.610.000,00 op 31 december 2007 als onverdeelbaar is te beschouwen.

4.9 Op grond van het vorenstaande behoort het beroep gegrond te worden verklaard en het bestreden besluit te worden vernietigd. Omdat rechtens nog maar één beslissing mogelijk is, zal de rechtbank het besluit van 23 september 2008 herroepen en bepaalt de rechtbank dat deze uitspraak met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, tweede gedeelte van dit artikellid, Awb in de plaats treedt van het vernietigde besluit. De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de proceskosten. Deze kosten zijn op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor eiseressen 1,2 en 3 ieder vastgesteld op € 644,00, waarbij één punt is toegekend voor het indienen van het beroepschrift en één punt voor het verschijnen ter zitting, het gewicht van de zaak is bepaald op gemiddeld en de waarde per punt f: 322,00 bedraagt.

III BESLISSING

De Rechtbank 's-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- herroept het besluit van 23 september 2008;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres 1 ten bedrage van € 644,00, welk bedrag verweerder aan eiseres 1 dient te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres 2 ten bedrage van € 644,00, welk bedrag verweerder aan eiseres 2 dient te vergoeden;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres 3 ten bedrage van € 644,00, welk bedrag verweerder aan eiseres 3 dient te vergoeden;
- bepaalt dat verweerder aan eiseressen 1, 2 en 3, ieder het door hen betaalde griffierecht ad f: 297,00 (in totaal €891,00) vergoedt,

Aldus vastgesteld door mrs. E. Kouwenhoven, M.D.J. van Reenen-Stroebel en W.M.A. der Weduwe-de Groot, in tegenwoordigheid van de griffier T.F. Prins.

Uitgesproken in het openbaar op 31 maart 2010.

RECHTSMIDDEL

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Afschrift verzonden op: 31 maart 2010.
