

## Bestuursrechtelijke onderbewindstelling van de CBO's voor auteurs- en naburige rechten

door mr ir Henk S.M. Kruijer  
bedrijfsjurist te Heemstede<sup>1</sup>

5 maart 2009

-----  
-----  
*In dit artikel wordt een wetsvoorstel besproken dat onlangs door de Tweede Kamer in behandeling is genomen en waardoor de belangrijkste collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (CBO's), georganiseerd als civielrechtelijke verenigingen en stichtingen, onder een verregaande vorm van overheidsbewind geplaatst dreigen te worden.*

*Dit geschiedt niet in het belang van de openbare orde maar omdat het algemeen belang zulks zou vergen. Het wetsvoorstel kan de toets der rechtskritiek, gevormd door met name art. 11 EVRM ("freedom of association"), dan ook niet doorstaan.*

*En passant blijkt dat deze CBO's een rechtsvorm hebben gekozen die niet past bij hun werkzaamheden - die zij bedrijfsmatig als lasthebbers ten bate van hun cliënteles van auteurs uitoefenen. Zij overtreden aldus wettelijke verboden die voor hun rechtsvorm zijn gesteld. Het is dringend geboden dat het OM zijn wettelijke, corrigerende rol in deze (art. 2:21 BW) gaat vervullen.*

*De Minister van Justitie blijkt over volstrekt willekeurige (absolutistische) bevoegdheden te beschikken waarmee hij aan enkele CBO's een monopolie heeft verleend, o.a. aan Buma. Het is onderhand geboden dat deze atavismen uit onze rechtsorde worden geëlimineerd.*

-----  
-----

### 1. Inleiding

Door de Tweede Kamer is een wetsvoorstel in behandeling genomen (TK 2008-2009, 31 766, nrs. 1-3; hierna te noemen: het wetsvoorstel) ter wijziging van de *Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten* (hierna af te korten tot: CBO's). Deze wet wordt hierna kortweg de "toezichtswet" genoemd. De toezichtswet en het wetsvoorstel worden gezamenlijk de "toezichtsregeling" genoemd; dat is de wettelijke regeling die zal gelden indien de toezichtswet conform het wetsvoorstel wordt gewijzigd.

CBO's zijn organisaties die door auteurs (en rechthebbenden op naburige rechten) in het leven zijn geroepen ter handhaving en exploitatie van hun auteursrechten (resp. van hun naburige

---

<sup>1</sup> Het materiaal voor dit artikel heeft de auteur vergaard als lid van een studietoelichting van de Vereniging voor Auteursrecht. Het artikel is geschreven op persoonlijke titel.

rechten; dit zal ik verder, korthedshalve, onvermeld laten). Individueel zijn de auteurs hiertoe in de regel niet goed in staat; en deze onmacht wordt nog eens vergroot door de voortschrijdende technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Hierbij moet met name ook gedacht worden aan de wettelijke dwanglicenties die aan de auteurs zijn opgelegd, zoals die van art. 16c Auteurswet (Aw): De auteurs zijn verplicht om te accepteren dat hun werken binnen ondernemingen, organisaties en instellingen door middel van reprografische apparatuur (fotokopieerapparaten e.d.) verveelvoudigd worden; en zij hebben daar tegenover nog slechts recht op een "billijke vergoeding". De hoogte van die vergoeding wordt dan ook nog eens door de overheid vastgesteld (art. 16e Aw), en zij wordt geïncasseerd en naar de auteurs toe verdeeld door de rechtspersoon die daartoe door de Minister van Justitie (hierna: de minister) is aangewezen (art. 16d Aw), in casu de stichting Reprorecht.

De CBO's zijn ingericht als civielrechtelijke rechtspersonen (art. 2:3 BW), met name als verenigingen - bijv. Buma (muziekauteursrechten) - en als stichtingen - bijv. Lira (literaire auteursrechten) en Pictoright (beeldrechten). Hun rol is dus te vergelijken met die van een zakelijk manager of impresario die de rechten van zijn cliënten (artiesten, kunstenaars) moet handhaven en hun zakelijke belangen moet behartigen: inning van royalties, totstandbrenging van nieuwe contracten e.d. Ik zal hierna spreken van de "portefeuille" van een CBO, en bedoel daarmee dan de auteursrechten waarvan de handhaving en exploitatie aan haar zijn opgedragen door de aangesloten auteurs (de "cliëntele").

Er zijn vijf CBO's die door toedoen van de minister en op basis van een wettelijke bepaling (zie o.a. de art. 30a en 16d Aw) over een monopolie beschikken. In de toezichtswet zijn deze onder het voortdurende toezicht geplaatst van een door de minister benoemd College van Toezicht (hierna: CvT). Het gaat hier om: de vereniging Buma en de stichtingen De Thuis kopie, Leenrecht, Reprorecht en Sena.

De bedoeling van het wetsvoorstel is om dit voortdurende toezicht te intensiveren en uit te breiden tot alle CBO's die voldoende groot - qua omzet - zijn (art. 17).<sup>2</sup> Dit wordt gedaan met het oog op het algemeen belang - zo blijkt uit de Memorie van Toelichting (MvT) bij het wetsvoorstel (de wetstekst laat zich daar niet over uit). Volgens de MvT (p. 2) zou er nl. "reden zijn tot versterking en verbreding van het toezicht omdat CBO's vaak een grote marktmacht hebben zodat marktwerking doorgaans ontbreekt, het optreden van de CBO's - mede als gevolg van de voortschrijdende technologische ontwikkelingen - een grote maatschappelijke impact heeft en de door de CBO's geëxploiteerde auteurs- en naburige rechten een aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigen". De intensivering en uitbreiding van het voortdurende toezicht zou dan ook "in het belang zijn van zowel rechthebbenden als gebruikers" want zou aan dezen "waarborgen bieden voor een transparant en efficiënt functioneren van de CBO's" (MvT, p. 4).

Dit toezicht houdt onder meer in dat de eraan onderworpen CBO's de (voorafgaande, schriftelij-

---

<sup>2</sup> Duitsland kent al vanaf 1966 een uitvoerige wettelijke regeling van de CBO's ("Verwertungsgesellschaften"): das Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten. Zie bijv.: M. Rehbinder, *Urheberrecht* (10ter Auflage, München 1998), Kapitel 9 (Das Recht der Verwertungsgesellschaften), p. 341-352.

ke) goedkeuring door het CvT nodig hebben voor (art. 3 lid 1):

- a. een besluit tot wijziging van de statuten of tot ontbinding van de CBO;
- b. een besluit tot vaststelling of wijziging van reglementen of modelovereenkomsten betreffende de handhaving en exploitatie van de auteursrechten die tot de portefeuille van de CBO behoren;
- c. een besluit tot verhoging van de door de CBO gehanteerde standaardtarieven.

De toezichtsregeling vermeldt alleen voor de besluiten van categorie c de grond waarop het CvT zijn goedkeuring daaraan kan onthouden, nl.: de tariefsverhoging waartoe de betrokken CBO wil besluiten is "buitensporig" te achten.<sup>3</sup> Aangenomen moet m.i. worden, gezien ook de motivering voor de toezichtsregeling in de MvT (zie hiervóór), dat het voor de overige besluiten de bedoeling is dat het CvT daaraan zijn goedkeuring kan onthouden op grond van het algemeen belang. Volgens art. 10:27 jo. 10:32 Awb (Algemene wet bestuursrecht) zou deze omissie in de toezichtsregeling er echter toe leiden dat het CvT alleen zijn goedkeuring aan die besluiten kan onthouden op de grond dat zij in strijd zijn met het recht.

In het bestuursrecht wordt dit type toezicht - een "lager" bestuursorgaan heeft voor zijn besluiten c.q. handelingen telkens de (voorafgaande) goedkeuring door een "hoger" bestuursorgaan nodig - "preventief" genoemd.<sup>4</sup> Ik merk op dat dit toezicht hier echter beter "repressief" genoemd kan worden. Het blijft nl. voortduren na de oprichting van de betrokken civielrechtelijke rechtspersonen (CBO's), terwijl het bovendien wordt uitgeoefend vanwege het algemeen belang.

In het rechtspersonenrecht vindt toezicht van overheidswege immers slechts plaats in de oprichtingsfase. Voor enkele rechtspersoonsvormen - thans alleen nog: de NV en BV - geldt dat oprichting niet mogelijk is zonder een ministeriële verklaring van geen bezwaar (art. 2:64 lid 2 en 2:175 lid 2 BW). De minister mag deze verklaring alleen weigeren "op grond dat er, gelet op de voornemens of de antecedenten van de personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede bepalen, gevaar bestaat dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van haar schuldeisers" (art. 2:68 lid 2 en 2:179 lid 2 BW). Deze beperkte vorm van overheidstoezicht zoals die in het rechtspersonenrecht plaatsvindt en die ertoe strekt dat misbruik van vennootschappen zoveel mogelijk wordt voorkomen, wordt daar "preventief" genoemd.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Het wetsvoorstel brengt het CvT aldus op het terrein van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA). Dit is echter niet doordacht noch wettelijk op duidelijke wijze afgegrensd.

<sup>4</sup> Zie bijv.: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht* (13e druk, Den Haag 2005), p. 481-487 (Preventief toezicht).

<sup>5</sup> Tot de inwerkingtreding van de Invoeringswet Boek 2 BW, in 1976, vond dit preventieve overheidstoezicht ook plaats bij de oprichting van verenigingen. Als grond voor het weigeren van goedkeuring gold daarbij, krachtens de Wet tot regeling en beperking der uitoefening van het recht van vereniging en vergadering van 1855, "het algemeen belang". Dit heeft tot zeer omstreden gevallen van politiek toezicht geleid, bijv. de weigering in 1972 om de NVSH te erkennen. Zie ook Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon* (8e druk, Deventer 1997), nrs. 224-226.

Het repressieve toezicht dat door het wetsvoorstel aan de CBO's wordt opgelegd en dat bij voortduring door het CvT in het algemeen belang wordt uitgeoefend, is zodanig ingrijpend dat het nog treffender als een (overheids)bewind over de betrokken CBO's gekarakteriseerd kan worden. Vergelijk art. 2:22 lid 3 BW, betrekking hebbende op de onderbewindstelling van een rechtspersoon door de rechter voor wie een verzoek tot ontbinding van die rechtspersoon aanhangig is: "Voor zover de rechter niet anders bepaalt, kunnen de organen van de rechtspersoon zonder voorafgaande goedkeuring van de bewindvoerder geen besluiten nemen en kunnen vertegenwoordigers van de rechtspersoon zonder diens medewerking geen rechtshandelingen verrichten."

Het onderhavige toezicht gaat veel verder, grijpt veel dieper in dan het toezicht dat door de Nederlandse Bank en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) krachtens de Wet op het financieel toezicht wordt uitgeoefend op de financiële ondernemingen (banken, verzekeraars e.d.) - wier activiteiten dan ook nog, getuige ook de kredietkrisis, veel dieper op onze maatschappij (kunnen) ingrijpen dan die van de CBO's. Het wetsvoorstel is dan ook - zo kan op voorhand geconcludeerd worden - duidelijk disproportioneel en discriminatoir.

## **2. Vraagstelling, plan van aanpak**

De algemene ledenvergadering (ALV) van bijv. de vereniging Buma<sup>6</sup> zou dus, onder de vigeur van de toezichtsregeling, niet langer tot een statutenwijziging kunnen besluiten indien daarvoor niet eerst de goedkeuring door het CvT is verkregen.

Stel nu dat de vereniging Buma zich van deze bestuursrechtelijke dwang niets aantrekt, de ALV autonoom tot een statutenwijziging besluit, het bestuur van Buma deze wijziging in een notariële akte doet verlijden en een authentiek afschrift daarvan ten kantore van het handelsregister deponeert - alles geheel volgens de (civielrechtelijke) regels van Boek 2 BW (art. 2:43). Welke zijn daarvan de rechtsgevolgen? Is de statutenwijziging dan bijv. nietig, of maakt zij anders de vereniging ontbindbaar? Of stelt zij de vereniging louter bloot aan bestuursrechtelijke sancties en zo ja, welke?

Op deze vragen wordt hierna ingegaan. Daarbij wordt, als "pièce de résistance", de "freedom of association" in stelling gebracht die gewaarborgd is in art. 11 EVRM (Europese Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens).

## **3. Nietigheid?**

Kan gesteld worden dat de statutenwijziging nietig is (behoudens bekrachtiging door het CvT), ex art. 2:14 lid 2 BW, omdat zij tot stand is gekomen zonder de bestuurswettelijk - nl. door de

---

<sup>6</sup> Monopolist Buma neemt onder de CBO's een vooraanstaande positie in, omdat zij verreweg het oudst is en een uitvoeringsorganisatie heeft opgezet - Cedar BV - die ook door andere CBO's wordt gebruikt, nl. door MusiCopy, Reprerecht, Leenrecht, De Thuis kopie, Lira, Nieuwswaarde en PRO.

toezichtsregeling - vereiste goedkeuring vooraf door het CvT? Vergelijk het feit dat een rechtspersoon niet ontstaat indien daarvoor een ministeriële verklaring van geen bezwaar vereist is en deze ontbreekt (art. 2:4 lid 1 BW).

Onder de wettelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van besluiten van rechtspersonen waarnaar art. 2:14 lid 2 BW verwijst, vallen uitsluitend bepalingen van Boek 2 BW. Aldus bijv. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon* (8e druk, Deventer 1997), nr. 128, en E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap* (12e druk bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1992), nr. 224. Vergelijk ook de volgende opmerking in Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 183, waar wordt gewezen op de wildgroei - met name in de vorm van stichtingen - bij de privatisering van overheidstaken: "Daarbij dienen de normen van het civielrechtelijke rechtspersonenrecht te worden gerespecteerd."

Vergelijk de hier besproken figuur - bestuursrechtelijke onderbewindstelling van civielrechtelijke rechtspersonen (in casu: CBO's) - met bijv. de Wet voorkeursrecht gemeenten, waarin aan gemeenten de mogelijkheid wordt geboden om bepaalde percelen bestuursrechtelijk te belasten met een voorkeursrecht. Ook deze laatste wet kan, qua sanctionering, niet zonder meer leunen op het civiele recht. Een overeenkomst bijv. ter verkoop van een onroerende zaak waarin het voorkeursrecht van de gemeente wordt genegeerd, is daarom niet nietig.<sup>7</sup>

De voorgaande, inleidende vraag moet dus ontkennend worden beantwoord.

---

<sup>7</sup> Zie bijv. Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, *Algemeen goederenrecht* (14e druk, Deventer 2001), nr. 301.

#### 4. Vrijwillige overname

Stel echter dat de bewuste bestuurswettelijke bepaling - een statutenwijziging behoeft de goedkeuring vooraf door het CvT - in de statuten van de vereniging Buma wordt overgenomen, en dat Buma vervolgens bij een statutenwijziging op de beschreven wijze te werk gaat. De statutenwijziging is dan wél nietig - behoudens bekrachtiging door het CvT - omdat zij in strijd met de statuten tot stand is gekomen (eveneens art. 2:14 lid 2 BW).

Is dit niet merkwaardig te noemen? Ik meen van niet: Door de wettelijke bepaling in haar statuten over te nemen, stelt Buma zichzelf (vrijwillig) onder overheidsbewind.<sup>8</sup> En dat is - althans in een democratische rechtsstaat; zie ook de hierna te bespreken "freedom of association" die gewaarborgd wordt door art. 11 EVRM - geheel iets anders dan een overheidsbewind dat van bovenaf, bestuurswettelijk, dwangmatig wordt opgelegd - zoals het wetsvoorstel beoogt. Het bewind is aldus ook, nadat het in de statuten is overgenomen, kenbaar voor de notaris die vervolgens een niet-goedgekeurde statutenwijziging zou moeten verlijden en is via het handelsregister kenbaar voor derden.<sup>9</sup> (Vergelijk de in lid 5 van art. 2:22 BW opgenomen verplichting om de daar geregelde onderbewindstelling van een rechtspersoon in te schrijven in de openbare registers.)

#### 5. Ontbindingsgevaar?

Kan dan gesteld worden dat Buma, door op de beschreven wijze tot een statutenwijziging over te gaan - zonder goedkeuring vooraf door het CvT -, zichzelf blootstelt aan het gevaar om door de rechter ontbonden te worden, op verzoek van het OM en/of van het CvT als belanghebbende (art. 2:20-21 BW)?

Daarvan kan in casu slechts sprake zijn - de ontbindingsgronden van art. 2:21 lid 1 BW zijn hier niet aan de orde - indien Buma aldus "werkzaam is geweest in strijd met de openbare orde" (art. 2:20 lid 1 BW) en/of "de voor zijn rechtsvorm gestelde wettelijke verboden heeft overtreden" (art. 2:21 lid 3 BW).

De onderhavige handelwijze van Buma kan m.i. alleen dan in strijd met de openbare orde zijn indien de oplegging aan haar van het onderhavige overheidsbewind geschiedt in het belang van de openbare orde. Dat is echter niet het geval: Het wetsvoorstel is louter gemotiveerd met de

---

<sup>8</sup> Vgl. Rb Groningen 24-5-1961, NJ 1962, 316 (Stichting "Fonds tot ondersteuning van jongelieden"): Aan de oprichter van de onderhavige stichting, het Algemeen Diaken-Gezelschap der Nederduitse Hervormde Gemeente te Groningen, waren in de statuten verregaande zeggenschapsrechten voorbehouden. Het bestuur beoogde deze door middel van een statutenwijziging te elimineren - doch de rechtbank (ingeschakeld op de voet van (thans) art. 2:294 BW) weigerde daartoe over te gaan.

<sup>9</sup> Voor derden zal zo'n (statutaire) vermelding van het overheidsbewind geruststellend kunnen werken, maar ook afschrikwekkend. Algemeen bekend is nl. dat zo'n vorm van toezicht een efficiënte en effectieve bedrijfsvoering - waarbij het hoofd geboden moet worden aan (buitenlandse) concurrentie - ernstig in de weg kan staan. Zie over die concurrentie bij de CBO's bijv.: D.J.G. Visser, "Zusterorganisaties in het auteursrecht", *AMI* 2009/1, p. 12-17.

universeel bruikbare en in dit geval uiterst goedkope - want nauwelijks uitgewerkte - stoplap dat het algemeen belang gediend zou zijn met de instelling van het beoogde overheidsbewind over de CBO's. Het "algemeen belang" wordt hier kennelijk, zoals wel vaker gebeurt, gebruikt als cover-up voor de politieke waan van de dag.<sup>10</sup>

Ten overvloede merk ik op: Indien de toezichtsregeling wél het belang van de openbare orde op het oog zou hebben, zouden de betrokken rechtspersonen (CBO's) op dit punt voortaan te maken krijgen met twee toezichthouders, nl. het OM én het CvT, en zou het CvT in voorkomende gevallen dan telkens een beroep op het OM moeten doen - dat immers als enige de sanctie van ontbinding krachtens art. 2:20 BW kan invoeren. Dit zou moeilijk een efficiënte en effectieve benutting van overheidsmiddelen genoemd kunnen worden, levert een verwarrende situatie op en zou op zijn minst een (wettelijke) taakverdeling tussen het CvT en het OM vereisen.<sup>11</sup> (Vergelijk de in art. 2:19a BW aan de Kamers van Koophandel geboden mogelijkheid om bij beschikking, zonder dat enige interventie van het OM en/of de rechter nodig is, "niet-actieve" rechtspersonen te ontbinden.)

Evenmin kan gesteld worden dat Buma aldus de voor haar rechtsvorm gestelde wettelijke verboden heeft overtreden. Het verbod om zonder voorafgaande goedkeuring door het CvT over te gaan tot een statutenwijziging behoort nl. niet tot de, in Boek 2 BW aan te treffen, verboden voor de rechtsvorm "vereniging" - zoals bijv. wél het geval is met het verbod om winst onder de leden te verdelen (art. 2:26 lid 3 BW).

## 6. Intermezzo: gepaste rechtsvorm voor een CBO

Dit laatste verbod is overigens vanaf den beginne (1933) door Buma overtreden. De omzet (geïnde vergoedingen voor het gebruik van muziekauteursrechten) die Buma bedrijfsmatig maakt, als lasthebber van de aangesloten auteurs (leden van de vereniging),<sup>12</sup> verdeelt zij nl. - na aftrek van haar operationele kosten - onder haar cliënteel. De revenuen van deze auteurs zijn afhankelijk van (het succes van) de inspanningen van Buma en de daarmee behaalde winst. Evenzo handelen de overige CBO's, met name ook die welke de rechtsvorm van een stichting hebben aangenomen (bijv. Reprorecht, Lira en Pictoright). Dit brengt de laatste m.i. in strijd met het wettelijk verbod voor stichtingen (art. 2:285 lid 3 BW) om aan derden uitkeringen te doen die geen ideële of sociale strekking hebben.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. het feit dat in de afgelopen decennia typische overheidstaken juist geprivatiseerd zijn, zoals: het loodswezen, de NS en de energievoorziening. Zie hierover bijv. ook: H.S.M. Kruijer, "Oneerlijkheden in het bestuursrecht", *Openbaar Bestuur* 2009/2, p. 13-15.

<sup>11</sup> Wanneer twee overheidsorganen hetzelfde (soort) toezicht moeten uitoefenen, is het gevaar levensgroot aanwezig dat er dubbel - en tegenstrijdig - gecontroleerd wordt of in het geheel niet ("de ander doet het wel"). Vgl. ook de voorgaande noot over de dubbele controle op mededingingsgebied door het CvT en de NMA.

<sup>12</sup> Vgl. art. 7:423 lid 2 BW dat met name ook op de CBO's van toepassing is.

<sup>13</sup> Vgl. Hof Amsterdam 29-3-1953, NJ 1953 (Stichting B.W.T.) en Rb Amsterdam 3-5-1961, NJ 1963, 421 (Stichting Feadship): Hierbij was sprake van een stichting die "zich ten doel stelt het behalen van winst ten bate der deelhebbers" resp. "beoogde aan de deelnemers inkomsten te verschaffen, welke deelnemers de stichting Boek9.nl, 16 maart 2009, B9 7685

Het OM, dat op dit punt een wettelijke taak heeft (art. 2:21 BW), heeft dus dringend een grote inhaalslag te maken.<sup>14</sup> Ook het CvT is op dit punt, wat de vijf monopolistische CBO's betreft die tot dusver als enige aan zijn bewind zijn onderworpen, ernstig in gebreke gebleven.

Naar mijn oordeel dienen de CBO's, gezien de aard van hun werkzaamheden, de rechtsvorm van een coöperatie aan te nemen. De bedrijfsuitoefening door de CBO's geschiedt krachtens overeenkomsten die zij afsluiten met hun cliënteles van auteurs en waarbij de laatsten hun auteursrechten inbrengen, en zij beoogt te voorzien in economische behoeften van die auteurs. (De CBO's die zijn ingericht als een vereniging overtreden dus tevens het verbod van art. 2:26 lid 1 in fine BW.) De lidmaatschapsverhouding zoals die in een coöperatie aanwezig is geeft aan de aangesloten leden zeggenschap - volgens de regels van het verenigingsrecht - over de bedrijfsuitoefening door de coöperatie. Zij is dus ook geschikt om de band tussen de CBO's die thans de rechtsvorm van een stichting hebben en hun cliënteles te versterken<sup>15</sup> en daarmee de maatschappelijke verankering van de CBO's te bevorderen.<sup>16</sup> Zoals bekend heeft de rechtsvorm van de coöperatie sinds het midden van de 19e eeuw ruime toepassing gevonden in de agrarische sector en heeft zij daar haar bruikbaarheid bewezen.<sup>17</sup>

## 7. Andere sanctie?

Na het voorgaande blijft echter overeind staan dat Buma, door tot een statutenwijziging over te gaan zonder een goedkeuring vooraf door het CvT, een bestuursrechtelijk verbod - neergelegd

---

gebruikten ter behartiging van hun materiële belangen". Aan beide stichtingen werd rechtspersoonlijkheid ontzegd, mede omdat zij het ledenverbod (thans: art. 2:285 lid 1 BW) overtraden. Het hof merkte in zijn arrest nog op dat "ons recht toch typische vormen van samenwerking kent ter behartiging van de stoffelijke belangen der leden, zoals de coöperatieve vereniging en de naamloze vennootschap".

<sup>14</sup> Ook voldoen de statuten van de CBO's niet altijd aan de eisen der wet hetgeen hen om die reden ontbindbaar maakt (art. 2:21 lid 1 sub b-c BW). Zo wordt bijv. in art. 34 van de statuten van Buma de zg. restbevoegdheid toegekend aan het bestuur - hetgeen in strijd is met de (dwingende) wettelijke eis van art. 2:40 lid 1 BW dat deze bevoegdheid aan de ALV toekomt. De statuten van de stichting Lira bijv. kennen aan de aangesloten auteurs zeggenschapsrechten toe (art. 6) die ter vergadering kunnen worden uitgeoefend (zie bijv. art. 11 lid 1: benoeming van leden van het bestuur). Dit valt slecht te rijmen met het ledenverbod van art. 2:285 lid 1 BW, en brengt de handelwijze van Lira in ieder geval ook in strijd met het verbod van art. 2:285 lid 3 BW om uitkeringen (van welke aard ook) te doen aan de leden van een orgaan. In deze gevallen is de notaris tekort geschoten.

<sup>15</sup> Vgl. het feit dat, volgens art. 1 lid 1 Wet CAO, CAO's aan werknemerskant alleen afgesloten kunnen worden door werknemersorganisaties die de rechtsvorm van een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid hebben. "Deze eis is niet zo verwonderlijk: Bij deze rechtsvorm is de inspraak van de leden op het reilen en zeilen het best gewaarborgd" - aldus W.J.P.M. Fase & J. van Drongelen, *CAO-recht* (Deventer 2004), p. 53.

<sup>16</sup> De kritiek die nogal eens op CBO's wordt uitgeoefend, is dat zij zich als autoritaire overheidsinstanties gedragen. Vgl. het als misbruik van recht gekarakteriseerde optreden van Buma in de zaken Van Overdijk/Buma (Hof Den Bosch 24-4-1951 (k.g.), NJ 1952, 402) en Buma/Hotel Centraal (Pres. Rb Leeuwarden 14-4-2000, IER 2000, p. 223).

<sup>17</sup> Zie bijv.: Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 382.



in de toezichtsregeling - overtreedt. Kan dat bestuursrechtelijk gesanctioneerd worden?

Buma is de enige rechtspersoon die - in 1933 - de door art. 30a Aw vereiste toestemming van de minister heeft verkregen om bedrijfsmatig te bemiddelen terzake van muziekauteursrechten, en neemt bijgevolg op dit gebied een monopoliepositie in.<sup>18</sup> (Dit doet denken aan de V.O.C.: Die was opgericht bij octrooi - inhoudende bewilliging met monopolieverlening - van de Staten-Generaal van 20 maart 1602.<sup>19</sup>) De minister beschikt in deze over een onbeperkt discretionaire ofwel volstrekt willekeurige bevoegdheid: zie art. 30a lid 5 Aw jo. Koninklijk besluit van 12 oktober 1932 (Stb. 496, laatstelijk gewijzigd in 2003, Stb. 177). Ook dat is een atavisme.<sup>20</sup>

De minister - die het CvT benoemt - zou dus, bij wijze van sanctie, deze aan Buma verleende toestemming kunnen intrekken. Dit zou de muziekauteurs beroven van de enige organisatie waaraan het is toegestaan om hun auteursrechten bedrijfsmatig te handhaven en te exploiteren. Zo'n sanctie zou disproportioneel zijn, en zou bovendien geschikt zijn om onder de muzikanten eindelijk de storm van protest te doen opsteken waardoor in 1838 een vergelijkbare, absolutistische bepaling - opgenomen in de Franse Code de commerce (1811-1838) en in het concept Wetboek van koophandel (1825) - is weggevaagd.<sup>21</sup>

Het wetsvoorstel anticipeert hierop, doordat het voorziet in de algemene mogelijkheid dat het CvT aan een onder toezicht staande CBO een boete of een last onder dwangsom oplegt (art. 18).

Ook de oplegging van zo'n boete (c.q. dwangsom) aan Buma indien zij de beschreven "overtreding" begaat, is m.i. echter onrechtmatig: zie hierna. Indien zo'n boete opgelegd wordt aan een CBO die de rechtsvorm van een stichting heeft, dient bovendien bedacht te worden dat zij de beheerskosten van die CBO verhoogt en in aftrek zal worden gebracht op de omzet, en dus de inacceptabele consequentie heeft dat in feite - na verdeling van de resterende netto omzet ofwel winst - alleen de cliëntele van auteurs erdoor wordt getroffen - die aan de "overtreding" van de CBO onschuldig is en geen mogelijkheden heeft om die te corrigeren. De CBO is immers een stichting waarover de cliëntele geen zeggenschap heeft (zie ook het ledenverbod in art. 2:285

---

<sup>18</sup> Aldus ook: N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen* (6e druk, 2007), p. 187-188.

<sup>19</sup> Zie bijv.: Van der Heijden/Van der Grinten, a.w., nr. 3, en P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (14e druk, bewerkt door J. Winter, Deventer 2006), p. 14.

<sup>20</sup> Een dergelijke bepaling - er was een keizerlijke (Napoleon) en vervolgens een koninklijke (Willem I) goedkeuring ("autorisation", "bewilliging") vereist voor de oprichting van een naamloze vennootschap ("société", "compagnieschap"), welke goedkeuring naar willekeur kon worden verleend en weer kon worden ingetrokken - heeft onderdeel uitgemaakt van de Franse Code de commerce - die in Nederland heeft gegolden van 1811 tot 1838 - en van het concept voor het eerste echt-nationale Wetboek van koophandel (1825). Zij heeft destijds tot massale protesten geleid. In het Wetboek van 1838 is aan deze willekeur een einde gemaakt doordat daarin de voorwaarden zijn opgenomen welke vervulling de verkrijging van de koninklijke goedkeuring verzekerden. Zie bijv.: Van der Heijden/Van der Grinten, a.w., nrs. 9-12, en Asser-Maeijer 2-III, *De naamloze en de besloten vennootschap* (2e druk, Deventer 2000), nr. 2.

<sup>21</sup> Zie de voorgaande noot.

lid 1 BW) en die dan ook nog onder het bewind van het boete-opleggende CvT staat.

## **8. "Freedom of association"**

### **8.1. Vrijheid van vereniging**

De vrijheid van vereniging<sup>22</sup> is als volgt neergelegd in art. 8 Grondwet (GW):

"Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde."

De vrijheid van vereniging kan volgens dit grondwetsartikel dus alleen bij (formele) wet worden beperkt, en dan ook nog alleen voor zover dit gebeurt in het belang van de openbare orde. Dat is een veel enger, harder en politiek neutraler begrip dan het algemeen belang dat de enige grond vormt om de (civielrechtelijke) CBO's onder het door het wetsvoorstel beoogde overheidsbewind te stellen.<sup>23</sup> Dat zulks nodig zou zijn in het belang van de openbare orde, wordt nergens in de Memorie van Toelichting gesteld laat staan onderbouwd, en valt ook niet in te zien.

Aan de toezichtswet en het wetsvoorstel kan dus worden tegengeworpen dat zij in strijd zijn met art. 8 GW.

### **8.2. Verdedigingsreacties**

Ik voorzie twee mogelijke reacties hierop van de kant van de wetgever en van diegenen die om politieke redenen de onderhavige onderbewindstelling van de CBO's toejuichen en daarom aan het recht niet zo zwaar willen tillen.

Allereerst: De meeste CBO's zijn stichtingen, geen verenigingen. Gesteld zou daarom kunnen worden dat in ieder geval de CBO's die de rechtsvorm van een vereniging ontberen, aan art. 8 GW geen bescherming kunnen ontleen.

Voorts: In Nederland is het de wetgever die bepaalt of een wet al dan niet in strijd is met de Grondwet. Neemt de wetgever een met de Grondwet strijdige wet niettemin aan, dan heeft de rechter die wet vervolgens zonder meer toe te passen, zonder dat hij deze zelf aan de Grondwet mag toetsen en bij gebleken ongrondwettigheid buiten toepassing mag laten of onverbindend verklaren (art. 120 GW). In dit soort gevallen - van ongrondwettige wetgeving - kan de rechter in Nederland dus achteraf geen bescherming meer bieden - anders dan in vrijwel alle andere

---

<sup>22</sup> Zie uitvoeriger hierover bijv.: P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten* (4e druk, Deventer 2005), p. 76-81 (De vrijheid van vereniging).

<sup>23</sup> In Akkermans e.a., a.w., p. 79-80 wordt een specificatie gegeven van het begrip "openbare orde" in art. 8 GW die is ontleend aan: Tweede Kamerstukken 1984-1985, 17 476, nr. 5, p. 3.

democratische rechtsstaten het geval is.<sup>24</sup>

### 8.3. Beroep op het EVRM

Deze twee tegenwerpingen zijn te ondervangen door te constateren dat de toezichtswet en het wetsvoorstel tevens in strijd zijn met art. 11 EVRM,<sup>25</sup> dat luidt:

1. *Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.*
2. *No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police and of the administration of the State.*

Art. 11 EVRM beschermt dus de "freedom of association", die (veel) verder gaat dan de vrijheid van vereniging zoals die volgens de voornoemde enge interpretatie zou zijn neergelegd in art. 8 GW. "The most important aspect of the right to freedom of association is that citizens should be able to create a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interests." Aldus het EHRM in zijn arrest Gorzelik/Polen (20-12-2001, no. 44158/98). Art. 11 EVRM geeft bovendien een limitatieve omschrijving van het begrip "openbare orde" dat ook in art. 8 GW als (de enig) toegestane beperkingsgrond van het onderhavige recht wordt genoemd.

Tegen een schending van art. 11 EVRM kan wél bij de rechter worden opgekomen, allereerst in Nederland (art. 93-94 GW) en indien nodig vervolgens bij het EHRM. Op art. 11 EVRM is, getuige de jurisprudentie van het EHRM, vooral een beroep gedaan door politieke partijen<sup>26</sup> en vakverenigingen die in hun functioneren door de overheid werden gefrustreerd.

### 8.4. Voorbeeld

Een goed voorbeeld van dit laatste is de zaak Demir & Baykara/Turkije (EHRM 21-11-2006, no. 34503/97): Een vakvereniging van gemeente-ambtenaren, Tüm Bel Sen, had in 1993 een CAO afgesloten met de Gaziantep Municipal Council die door de laatste vervolgens niet werd nagekomen. Toen de vakvereniging daartegen in een civiele procedure opkwam, oordeelde het

---

<sup>24</sup> Het initiatiefwetsvoorstel-Halsema dat hierin verandering wil brengen, in het voetspoor van J.R. Thorbecke (1798-1872), is inmiddels in behandeling bij de Eerste Kamer (EK 2008-2009, 28 331).

<sup>25</sup> Zie uitvoeriger hierover bijv.: P. van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (4th ed., Antwerpen 2006), p. 817-840 (Freedom of association and assembly).

<sup>26</sup> Zie bijv. EHRM 3-2-2005 (Partidul Comunistilor Nepeceristi/Roemenië, no. 46626/99).

Turkse Court of Cassation primair dat, op het moment dat de vakvereniging werd gevormd, de wet dit niet aan ambtenaren toestond, en subsidiair dat ook de huidige wet niet aan vakverenigingen van ambtenaren het recht gaf om CAO's af te sluiten. Aan de vakvereniging werd dan ook rechtspersoonlijkheid ontzegd en de onderhavige CAO werd nietig verklaard.

Het tehelpgeroepen EHRM stelde voorop:

*"It has not been shown that the absolute prohibition on forming trade unions imposed on civil servants by Turkish law, as it applied at the material time, met a 'pressing social need'. The mere fact that the 'legislation did not provide for such a possibility' is not sufficient to warrant a measure as radical as the dissolution of a trade union. Any concrete evidence that the activities of the trade union Tm Bel Sen represented a threat to society or to the State, is absent.*

*... The collective agreement that the applicants had previously entered into with their employer, in the present case, represented for the trade union Tm Bel Sen the principal, if not the only, means of promoting and safeguarding the interests of its members. It follows that the annulment of the collective agreement between the authority and the trade union entered into two years earlier, and applied since then, constituted an interference with the applicants' freedom of association within the meaning of Article 11 of the Convention."*

Het EHRM stelde vervolgens vast dat de vakvereniging was gevormd in overeenstemming met de ILO Convention no. 98, die op dat moment door Turkije was geratificeerd zij het nog niet in de nationale wet was geïmplementeerd, en noemde dat laatste "caused by a delay on the part of the legislature and in itself insufficient to justify the annulment of the collective agreement in the present case".

Het EHRM concludeerde tot slot dat Turkije art. 11 EVRM had geschonden.

## **9. Conclusies**

Naar mijn mening worden de civielrechtelijke CBO's door de toezichtsregeling op onrechtmatige, onverbindende wijze - want niet in het belang van de openbare orde - beperkt in hun "freedom of association" (art. 11 EVRM). Zij kunnen, desgewenst, zelf daartegen optreden - ook bij het EHRM te Straatsburg - bijv. wanneer zij geconfronteerd zouden worden met een bestuursrechtelijke boete die hun op grond van de toezichtsregeling door het College van Toezicht wordt opgelegd. Ten overvloede zouden zij er daarbij op kunnen wijzen dat deze regeling discriminerend is en dus ook in strijd is met art. 14 EVRM (verbod van discriminatie), gezien het feit dat de onderhavige vorm van overheidsbewind veeleer op zijn plaats zou zijn in bijv. de financiële sector - getuige ook de kredietcrisis - doch daar nou juist achterwege is gelaten.

De voornoemde weg ligt m.i. ook open voor bijv. muzikanten die een nieuwe CBO - ter

exploitatie van hun auteursrechten - willen oprichten, naast Buma,<sup>27</sup> en dan te maken zouden krijgen met een minister die weigert om de daarvoor ex art. 30a Aw vereiste toestemming te geven omdat hij in feite het monopolie van Buma wil bestendigen.<sup>28</sup> Dit laatste lijkt mij trouwens ook in strijd te zijn met de (Europese) mededingingsregels.

Civielrechtelijk hebben de CBO's van de toezichtswet en het wetsvoorstel niets te vrezen en hoeven zij zich daarvan niets aan te trekken. Zij kunnen hoogstens het bewuste overheidsbewind over zichzelf afroepen, door de onderhavige bestuurswettelijke bepalingen over te nemen in hun statuten. Daarbij doen ze er m.i. dan verstandig aan om deze bepalingen aan te scherpen, bijv. door nauwkeurig en limitatief aan te geven op welke gronden het CvT zijn goedkeuring aan een statutenwijziging zou kunnen onthouden. (Deze gronden worden in de toezichtsregeling immers niet vermeld; zie de inleiding.)

De voornoemde toestemmingsbevoegdheid die de minister aan art. 30a Aw ontleent - voor het bedrijfsmatig exploiteren van muziekauteursrechten - is volstrekt willekeurig, onbepaald discretionair, en had dan ook allang in de geschiedenisboekjes moeten verdwijnen. Sterker nog: Zij had daarin - als atavisme - nimmer mogen opduiken. Wij leven nl. allang niet meer in de tijd van Lodewijk XIV, van de Republiek der verenigde Nederlanden of van keizer Napoleon.

De CBO's zijn georganiseerd als verenigingen of stichtingen en overtreden alle, doordat zij hun bedrijfsmatig en als lasthebbers gemaakte winst (omzet minus kosten) aan hun cliënteles uitdelen, wettelijke verboden die voor hun rechtsvorm zijn gesteld. Het OM heeft hier dringend een grote inhaalslag te maken (art. 2:21 BW). Ook het door de minister benoemde College van Toezicht waarvan het bewind zich tot dusver uitstrekt tot (slechts) de vijf monopolistische CBO's (Buma, De Thuis kopie, Leenrecht, Reprorecht en Sena), is hier ernstig in gebreke gebleven. De gepaste rechtsvorm voor de CBO's is naar mijn oordeel de coöperatie.

Er doet zich hier dus de paradoxale en absurde situatie voor dat de "freedom of association" (art. 11 EVRM) waarop de CBO's zich ter afwering van het door de toezichtsregeling beoogde overheidsbewind kunnen beroepen, door henzelf is misbruikt doordat zij rechtsvormen hebben aangenomen die niet passen bij hun werkzaamheden - en dat de wetgever hen nu "ter bevordering van de marktwerking" onder het bewind van een door de minister benoemd College van Toezicht wil stellen terwijl de minister met gebruikmaking van absolutistische bevoegdheden enkele monopolistische CBO's heeft gecreëerd - o.a. Buma - en het onder hem ressorterende OM al die tijd heeft nagelaten om - conform zijn wettelijke toezichtstaak (art. 2:21 BW) - te bewerkstelligen dat de CBO's een gepaste rechtsvorm aannemen.

---

<sup>27</sup> Vgl. het bericht "Nieuw 'acteursgilde' Act geboren uit liefde voor het vak" in NRC Handelsblad van 14 februari 2009: Deze nieuwe acteursvereniging wil onder meer de rechten van acteurs beschermen. "Voor herhalingen van series bij de publieke omroep bijv. krijg je als acteur geen cent, terwijl je minder voor andere dingen gevraagd wordt omdat je steeds met je hoofd op tv bent" - aldus initiator Waldemar Torenstra, die daarover met de publieke omroep wil gaan praten samen met de CBO's Norma en FNV Kiem.

<sup>28</sup> Vgl. de V.O.C.: Het daaraan in 1602 verstrekte octrooi - met monopolieverlening - heeft t/m 31 december 1799 voortgeduurd. Zie bijv.: I.J. Brugmans, *Paardenkracht en mensenmacht* (Den Haag, 1969), p. 21-22.