

# Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert nog steeds (maar doet er weinig meer toe)

Bernt Hugenholtz\*

De allereerste uitspraak van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,<sup>1</sup> die op 1 januari 1998 was aangesteld als waakhond van de vrije mededinging (en per 1 april 2013 is opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt), baarde meteen veel opzien. Dagblad De Telegraaf, onvermoeibaar strijder tegen het omroepbladenmonopolie, had op de eerste werkdag van de NMa (2 januari 1998) meteen een klacht ingediend inhoudende dat de NOS misbruik maakte van haar machtspositie door te weigeren wekelijkse programmaoverzichten aan De Telegraaf te leveren. Een vergelijkbare klacht was ingediend tegen Holland Media Groep, moederbedrijf van (destijds) RTL4, RTL 5 en Veronica. Met éclatant succes: op 10 september 1998 wees de NMa de klachten toe. Onder veelvuldige verwijzing naar het *Magill*-arrest van het Europese Hof van Justitie,<sup>2</sup> dat voor de beslissing van de NMa kennelijk model had gestaan, oordeelde de autoriteit dat NOS en HMG misbruik maakten van hun machtspositie doordat zij de introductie van een nieuw product (te weten, een programmagids als bijlage bij een dagblad) verhinderden. NOS en HMG kregen de opdracht met De Telegraaf overeenkomsten te sluiten over de levering van de gegevens.

Het besluit van de NMa in zaak nr. 1 werd door critici van het omroepbladenmonopolie, waaronder schrijver dezes, met gejuich begroet. Na een decennialange juridische strijd, die hoofdzakelijk op auteursrechtelijk terrein gestreden was, was het monopolie eindelijk doorbroken. In mijn noot onder het besluit in *Mediaforum* 1998-10 schreef ik enthousiast: ‘Dat het met het omroepbladenmonopolie verkeerd zou aflopen, was natuurlijk geen verrassing. De vraag was alleen wie het genadeschot zou lossen: de wetgever, de rechter of een deus ex machina. Het werd uiteindelijk de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) [...]. De vraag blijft hoe het zo lang heeft kunnen duren.’

Het is moeilijk na herlezing van deze tekst een glimlach te onderdrukken. Vijftien jaar na het besluit van de NMa is het omroepbladenmonopolie nog altijd niet ten einde, en lopen er nog steeds procedures tussen de publieke omroep en De Telegraaf. Het omroepbladenmonopolie, in de afgelopen jaren vele malen dood ver-

\* Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar informatierecht aan de UvA en mede-oprichter van de VMC.

klaard, blijkt een taaie *diehard* te zijn, schijnbaar immuun voor auteursrechtelijke, politieke en mededingingsrechtelijke bezwaren.

Een korte reconstructie van wat er sinds 10 september 1998 zoal gebeurd is. Nadat van de onderhandelingen tussen de omroepen en De Telegraaf niets terecht gekomen was, legde de NMa aan NOS en HMG een last op onder dwangsom, inhoudende een verplichting om de gegevens aan De Telegraaf te leveren.<sup>3</sup> Na allerlei procedurele schermutselingen werd dit besluit uiteindelijk op 15 juli 2004 vernietigd door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.<sup>4</sup> Volgens het CBB was niet voldaan aan de criteria die het Europese Hof in de zaken *Magill* en *Brunner* (C-7/97) had geformuleerd. Het College had met name bedenkingen tegen de nogal liberale toepassing door de NMa van het criterium van een ‘nieuw product’. ‘Noch het feit dat het zou gaan om een programmagids die niet aan een omroep is gelieerd, noch het feit dat er een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product is dat zich enkel van bestaande producten onderscheidt door een in belangrijke mate lagere prijs of doordat het samen met een ander product wordt aangeboden, is voldoende om het als een nieuw product te kwalificeren.’

Parallel aan deze administratiefrechtelijke rechtsgang liep in dezelfde periode een civiele procedure *tegen* De Telegraaf. Kort na de eerste, voor De Telegraaf zo gunstig uitgekomen NMa-beschikking verscheen de krant met een wekelijkse programmagids als bijlage bij de zaterdagkrant (*TV Week*). In de door de NOS aangespannen procedure (een kort geding) beriepen de omroepen zich, zoals gebruikelijk, op hun auteursrechten op de programmageschriften, en ook op het nieuwe databankenrecht. De Telegraaf verweerde zich met een – door de NMa gevalideerd – beroep op het mededingingsrecht. Dit verweer werd door het Haagse Hof op 30 januari 2001 gehonoreerd;<sup>5</sup> bij arrest van 6 juni 2003 verwierp de Hoge Raad het hiertegen gerichte cassatieberoep.<sup>6</sup>

Zo eindigde de zaak *Telegraaf/NOS* in een merkwaardige patstelling. Volgens de NMa en de hoogste civiele rechter hadden de omroepen misbruik gemaakt van hun machtspositie, maar volgens de hoogste bestuursrechter stond dat niet vast. Uiteindelijk moest de wetgever er – vele jaren later – aan te pas komen om de patstelling te doorbreken. Bij wet van 28 juni 2012, *Stb.* 319, werd de Mediawet gewijzigd en een nieuw artikel 2.139 ingevoerd, op grond waarvan levering van de programmegegevens van de omroep aan derden verplicht wordt gesteld tegen een wettelijk bepaalde vergoeding. Het nieuwe artikel, dat per 1 januari 2013 in werking is getreden, luidt als volgt:

*Artikel 2.139*

1. De landelijke publieke media-instellingen stellen de volgende gegevens van hun programma-aanbod ter beschikking van de NPO: per programma de titel, een korte omschrijving, de naam van de landelijke publieke media-instelling die het programma verzorgt,

*het programmakanaal waarop het programma wordt verspreid, de datum en het tijdstip van verspreiding, en de classificatie, bedoeld in artikel 4.2.*

*2. De landelijke publieke media-instellingen aanvaarden dat de NPO de gegevens voor vermenigvuldiging en openbaarmaking aan het publiek via gedrukte of elektronische programmagidsen ter beschikking stelt aan de omroepverenigingen en tegen een marktconforme vergoeding aan andere afnemers die daarom verzoeken.*

*3. De landelijke publieke media-instellingen stellen de gegevens, bedoeld in het eerste lid, tijdig ter beschikking van de NPO. De NPO stelt die gegevens ten minste zes weken voorafgaand aan de verspreiding van het desbetreffende programma-aanbod ter beschikking van de omroepverenigingen en van de andere afnemers, bedoeld in het tweede lid.*

*4. De NPO sluit met de andere afnemers, bedoeld in het tweede lid, een overeenkomst met betrekking tot de beschikbaarstelling van de gegevens. De overeenkomst bepaalt in elk geval dat de gegevens niet worden gewijzigd, en bevat overigens geen bepalingen of voorwaarden die de terbeschikkingstelling van de gegevens hinderen.*

*5. Het bedrag van de vergoeding, bedoeld in het tweede lid, is:*

*a. voor gedrukte programmagidsen: € 0,0195 voor elk afgezet exemplaar van een gedrukte programmagids;*

*b. voor elektronische programmagidsen die door middel van technische voorzieningen die de ontvangst van televisieprogramma's op digitale wijze mogelijk maken, gevoed of verspreid worden: per maand per huishouden € 0,006 voor elke zodanige technische voorziening; en*

*c. voor overige elektronische programmagidsen: per jaar € 2.500 per elektronische programmagids.*

*6. Het Commissariaat kan bij regeling andere bedragen dan de bedragen, bedoeld in het vijfde lid, vaststellen, als de resultaten van zijn tweejaarlijks onderzoek naar de marktprijs van de vergoedingen daartoe aanleiding geven. Het Commissariaat maakt de resultaten van het onderzoek en de wijze van berekening van de marktprijs van de vergoedingen bekend.*

Anders dan de wetwijziging van 1997<sup>7</sup> – een halfhartige poging om de omroepbladenmarkt te liberaliseren door de NOS toe te staan, maar niet te verplichten de gegevens aan derden te verstrekken – voorziet het nieuwe artikel 2.139 Mediawet in een daadwerkelijke leveringsplicht. Afnemers van programmeergegevens sluiten met de NPO een overeenkomst tegen een bij wet gepreciseerde vergoeding.

Is de strijd om de programmeergegevens hiermee eindelijk gestreden? Geenszins. De nieuwe wet was nog niet in het *Staatsblad* verschenen of een nieuwe discussie barstte los over het – van oudsher controversiële – auteursrecht op de programmaoverzichten. Aanleiding was het arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Football Dataco/Yahoo* van 1 maart 2012.<sup>8</sup> Het arrest gaat, kort samengevat, over de vraag of een databank (in casu: de wekelijkse wedstrijdprogramma's van de Britse Premier League) auteursrechtelijk beschermd kan zijn louter op grond van gepleegde inspanningen ('*skill and labour*'), zonder enige vorm van creativiteit van

de databankproducent. Het eenduidige antwoord van het Hof is: neen. Op grond van art. 3 lid 1 van de Europese Databankrichtlijn, die de auteursrechtelijke bescherming van databanken in de EU geharmoniseerd heeft, is voor auteursrechtelijke bescherming noodzakelijk dat een databank qua selectie of rangschikking van de gegevens een ‘intellectuele schepping’ is; hiervoor zijn volgens het Hof creatieve keuzes vereist. Lidstaten mogen niet afwijken van deze auteursrechtelijke maatstaf en ‘geen andere criteria’ hanteren.

Het *Football Dataco*-arrest bevestigt wat voor auteursrechtelijke commentatoren al veel langer duidelijk was,<sup>9</sup> namelijk dat de in Nederland sinds lange tijd bestaande geschriftenbescherming (het auteursrecht op niet-persoonlijke geschriften) niet heeft te gelden voor ‘databanken’ – een categorie informatieproducten waaronder ook programmaoverzichten begrepen moeten worden. Op 25 juli 2012 adviseerde de Commissie Auteursrecht dan ook aan de staatssecretaris van Justitie om de Auteurswet dienovereenkomstig aan te passen. Een wetsvoorstel strekkende tot afschaffing van de geschriftenbescherming ligt inmiddels voor advies bij de Raad van State.

Tijdens de behandeling van de wijziging van de Mediawet rees in de Eerste Kamer de vraag welke gevolgen het *Football Dataco*-arrest voor het nieuwe programmeergegevens-regime zou hebben. Als op de gegevens geen auteursrecht meer zou rusten, hoe zit het dan met de wettelijke vergoeding? Volgens de Staatssecretaris van OCW heeft het arrest voor de nieuwe regeling echter geen gevolg. In navolging van de Commissie Auteursrecht merkt de staatssecretaris op dat de nieuwe regeling in de Mediawet voorziet in een feitelijke verplichting tot levering van gegevens en daarmee los staat van enige vorm van auteursrechtelijke bescherming.<sup>10</sup>

De animo om van de nieuwe regeling gebruik te maken lijkt intussen gering te zijn. Door het snel toenemend gebruik van digitale media, zoals zoekmachines en apps, is de vraag naar programmagidsen sterk aan het afnemen. Mede daarom wordt het wettelijk voorgeschreven tarief van bijna 2 cent per gedrukt exemplaar door mogelijk geïnteresseerde uitgevers prohibitief bevonden. Zo zou De Telegraaf voor een wekelijkse programmagids bij de zaterdageditie zo’n € 1.000.000,- per jaar aan de omroepen (NPO en commerciële omroepen) kwijt zijn.<sup>11</sup> Door het (toekomstig) wegvallen van het auteursrecht op de programmeergegevens is de animo voor betaling van een vergoeding nog verder verminderd. Voor zover bekend is tot op heden op basis van de nieuwe regeling geen enkele overeenkomst afgesloten.

Intussen wordt over het omroepbladenmonopolie voor diverse rechtbanken onverdroten verder geprocedeerd. Daarbij lijkt de geschiedenis zich te herhalen. Na het voor De Telegraaf gunstige *Football Dataco*-arrest verscheen de krant opnieuw met veel bravoure met een programmagids. De reactie van de publieke omroep

liet evenmin op zich wachten: het zoveelste kort geding. Niet ontmoedigd door de recente Europese jurisprudentie en de aanstaande wijziging van de Auteurswet beriep de NPO zich als vanouds op de geschriftenbescherming. Het voor de hand liggende verweer van De Telegraaf dat deze bescherming in strijd is met de Databankrichtlijn, zoals uit *Football Dataco* kon worden afgeleid, werd door de Amsterdamse voorzieningenrechter verworpen. Volgens de rechter had de wetgever destijds een duidelijke politieke keuze gemaakt om programmageschriften wél juridisch te beschermen. Richtlijnconforme uitleg, zoals door De Telegraaf bepleit, zou daarom *contra legem* zijn.<sup>12</sup>

Anders dan ik vijftien jaar geleden in dit blad voorspelde, is het met het omroepbladenmonopolie dus nog altijd niet gedaan. Het monopolie moge na het ingrijpen van de mededingingsautoriteit, de rechter en de wetgever enkele kopjes kleiner zijn gemaakt, *the monster refuses to die*. Als ik mij nogmaals aan een voorstelling mag wagen is het deze: op de dag dat het monster eindelijk zijn laatste adem uitblaast, is er op de markt voor programmagidsen geen droog brood meer te verdienen.

1 NMa 10 september 1998, *Mediaforum* 1998-10, nr. 50 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Telegraaf/NOS en HMG*).

2 HvJ EG 6 april 1995, *Mediaforum* 1995, p. B65-71.

3 NMa 16 februari 2000, *Mediaforum* 2000-3, nr. 22 m.nt. R. Mahler (*Telegraaf/NOS en HMG*).

4 CBB 15 juli 2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 40 m.nt. R. Mahler (*NOS/NMa*).

5 Hof Den Haag 30 januari 2001, *Mediaforum* 2001-3, nr. 12 m.nt. T.F.W. Overdijk (*NOS/Telegraaf*).

6 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 505 (*NOS/Telegraaf*).

7 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 336, in werking getreden per 1 september 1997; zie Hugenholtz, *Mediaforum* 1998-10, p. 314.

8 HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-604/10 (*Football Data*

*taco Ltd e.a./Yahoo! UK Ltd e.a.*), NJ 2012, 433, m.nt. P.B. Hugenholtz.

9 P.B. Hugenholtz, 'Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert', *Mediaforum* 1995-7/8, p. 82; aldus ook T. Cohen Jehoram, 'Copyright in non-original-writings. Past – present – future?', in: J.J.C. Kabel & G.J.H.M. Mom, *Intellectual property and Information Law*. Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 109.

10 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 019, F.

11 Th. Van Soest, 'Vrijgekomen gegevens "te laat en te duur"; concurrentie voor omroepgidsen blijft uit', *Volkskrant.nl*, 11 april 2012.

12 V.zr. Rb. Amsterdam 13 juni 2012, *IEPT20120613* (NPO/Telegraaf).