

[noot NMA-besluit]

1. Dat het met het omroepbladenmonopolie verkeerd zou aflopen, was natuurlijk geen verrassing.¹ 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), het zelfstandige bestuursorgaan dat sedert 1 januari jl. belast is met het toezicht op de nieuwe Mededingingswet. In de allereerste zaak die haar werd voorgelegd (zaaknr. 1) maakt de NMa kort metten met het monopolie. De vraag blijft hoe het zo lang heeft kunnen duren.

2. Het omroepbladenmonopolie is gedurende vele jaren een onneembaar bastion geweest. Pogingen van commerciële uitgevers om 'vrije' gidsen op de markt te brengen leverden veel jurisprudentie op, maar weinig resultaat. Het auteursrecht op 'onpersoonlijke geschriften', waarvan de Hoge Raad in een drietal arresten de contouren schetste, vormde telkens een obstakel.² Nadat de wetgever in de Omroepwet van 1966 de bewijslast ten gunste van de omroepen had omgedraaid (thans art. 59 Mediawet), was het met de vrije nieuwsgaring helemaal gedaan en leek het omroepbladenmonopolie voorgoed gevestigd. Uitgevers van vrije gidsen moesten voortaan bewijzen dat zij de programmeergevens *niet* direct of indirect aan Hilversumse bronnen hadden ontleend; een onmogelijke bewijslast.

3. Ruim 30 jaar later was het dezelfde wetgever die de ondergang van het monopolie inluidde. De operatie 'liberalisering Mediawet', die in 1997 haar beslag kreeg³, verschafte de publieke omroep de gewenste ruimte hun nevenactiviteiten-praktijken verder uit te bouwen. Zo werd de aloude 25%-norm, het verbod om de programmabladen met meer dan een kwart 'andere' (niet-omroepgebonden) informatie' te vullen ingetrokken. In ruil hiervoor moesten de omroepen gedogen dat de NOS de gegevens voortaan ook aan 'anderen' (lees: commerciële uitgevers) zou leveren (art. 58 lid 2 Mediawet).

Een pover staaltje wetgeving, zo bleek al snel. De gedoogplicht werd, om onbegrijpelijke redenen, niet met een dwanglicentie gecompleteerd. De gewijzigde wet verplichtte de NOS tot niets; zij was meteen een dode letter. Commerciële uitgevers werden, evenals voorheen, stelselmatig van levering van de programmeergevens uitgesloten.

4. Het monopolie liep een tweede deuk op toen enkele maanden later de Mediawet in het kader van de 'herziening van de organisatiestructuur van de publieke omroep' opnieuw gewijzigd werd.⁴ Onderdeel van deze wijziging was de lang verbeide *grote ont koppeling*, de loskoppeling van het ledenbestand van de omroepen en het abonneebestand van de programmabladen. Daarmee kwam de ratio aan het omroepbladenmonopolie goeddeels te ontvallen.

5. Een derde bedreiging uit wetgevende hoek is nog aanstaande. De Europese

¹ P.B. Hugenholtz, Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert, *Mediaforum* 1995-7/8, p. 82-87.

² HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Het Radioprogramma); HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator); HR 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televizier II).

³ Wet van 5 juli 1997, Stb. 336, in werking getreden per 1 september 1997.

⁴ Wet van 13 november 1997, Stb. 544.

Databankrichtlijn, waarvan de implementatie in Nederland in volle gang is⁵, betekent waarschijnlijk het einde van de geschriftenbescherming. Voor de categorie 'databanken', een ruim begrip waaronder ook de verzamelde programmeergegevens begrepen kunnen worden, resteert hooguit het nieuwe *sui generis* extractierecht. Of de Richtlijn het toestaat dit recht met een bewijsregel à la art. 59 Mediawet te versterken, valt te betwijfelen.

6. De patiënt is uiteindelijk niet aan omroeprechtelijke of auteursrechtelijke kwalen bezweken, maar aan de Mededingingswet. De normen van de nieuwe wet komen inhoudelijk overeen met het Europese mededingingsrecht (artt. 85-90 EG-verdrag). De NMa kon daardoor putten uit overvloedige jurisprudentie. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie begrijpt de NMa dat een onderneming haar machtspositie op een markt misbruikt, indien zij op een daarvan afgeleide markt de mededinging uitschakelt of vervalst (ro. 7.2 en 7.3). Op basis van de EG-jurisprudentie onderscheidt de NMa twee vormen van misbruik: (a) de dominante marktpartij houdt een nevenactiviteit zonder noodzaak uitsluitend aan zichzelf, en (b) de dominante marktpartij weigert concurrenten een 'noodzakelijke voorziening' (*essential facility*) te leveren.

In navolging van het Hof in de Magill-zaak⁶, die in veel opzichten voor het besluit model heeft gestaan, onderscheidt de NMa twee markten: een markt voor wekelijkse programma-overzichten (de gegevens als zodanig) en een daarvan afgeleide markt voor omroepbladen en andere wekelijkse uitgaven (zoals het Vlaamse *Humo*). De NMa concludeert dat het gedrag van NOS en HMG onder beide misbruik-varianten valt. Het uitgeven van programmabladen is voor de omroepen geen hoofdactiviteit, maar bijzaak (a); de programma-overzichten zijn onontbeerlijke 'grondstof' voor eenieder die programmabladen wil produceren en uitgeven (b).

7. Evenals in de Magill-zaak verhinderden de omroepen door hun gedrag de introductie van een nieuw product. In het geval van Magill was dat een 'alomvattende' programmagids, in de onderhavige zaak informatieproducten die niet als programmabladen in enge zin zijn aan te merken (ro. 7.34), bladen als *Humo* derhalve. De NMa is het eens met het Arnhemse Gerechtshof⁷ dat iedere 'nieuwe wijze van aanbieden' voldoende is om aan het Magill-criterium te voldoen. Mijns inziens wordt de lat daarmee wel erg laag gelegd; praktisch iedere nieuwe informatiedienst of -product voldoet aan dit criterium.

8. De NOS beriep zich tevergeefs op artikel 25 lid 1 Mededingingswet, het equivalent van artikel 90 lid 2 EG-verdrag. Indien het misbruikverbod de vervulling van een dienst van algemeen economisch belang verhindert, kan de NMa het verbod buiten toepassing verklaren. Daarvoor acht de NMa echter geen gronden aanwezig. De exploitatie van de omroepbladen is een (geautoriseerde) nevenactiviteit, geen onderdeel van de wettelijke taak van de publieke omroep. De miljoenen die met het monopolie worden verdiend, verbleken bovendien bij de miljarden die de omroepen uit de omroepbijdragen ontvangen. De vervulling van de publieke taak komt niet in gevaar (ro. 8.6).

9. De klacht van De Telegraaf richtte zich niet alleen tegen de weigering de

⁵ Tweede Kamer, 1997-1998, 26108, nrs. 1-2.

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

⁷ Hof Arnhem 15 april 1997, *Mediaforum* 1997/5, p. B72 (KPN/Denda).

programmagegevens te leveren, maar ook tegen de licentie-overeenkomst die de NOS, HMG en Veronicablad in 1995 - na het 'commercieel gaan' van Veronica - hadden afgesloten. Over de kartelrechtelijke aspecten van de zaak behoeft de NMa echter niet te oordelen. Het ontheffingsverzoek dat de omroepen op grond van art. 17 Mededingingswet hebben ingediend, heeft tot gevolg dat van de voorlopige geldigheid van de overeenkomst moet worden uitgegaan. De NMa heeft op dit verzoek nog niet beslist.

10. Ter hoorzitting van 5 juni 1998 heeft, naar verluidt, de *fine fleur* van de Nederlandse IE-advocatuur haar eigen auteursrechtelijke opvattingen met de NMa gedeeld. Dit heeft geleid tot kostelijke, maar overbodige passages over de originaliteit van het programma-overzicht, het wezen van de geschriftenbescherming, het object van het extractierecht en de reikwijdte van de Berner Conventie (ro. 7.14 e.v.). De NMa had er beter aan gedaan het Magill-arrest van het Hof van Justitie ook op dit punt te volgen. Het recht van intellectuele eigendom heeft in dat arrest slechts een bescheiden rol gespeeld.⁸ Het gaat in zaken als deze niet primair om de uitoefening van exclusieve exploitatierechten, maar om de wijze waarop met een feitelijk informatiemonopolie wordt omgesprongen. De Telegraaf verlangde van de omroepen niet zozeer een *licentie* als wel *levering* van de gegevens. De korte deadlines en de telkens wisselende uitzendschema's maakten het samenstellen van een programma-overzicht door eigen nieuwsgaring illusoir (ro. 6.18). Geen kwestie van exploitatie van openbare informatie derhalve, maar van toegang (*access*). Een eventueel auteursrecht op de programmagegevens staat daar buiten.

11. NOS en HMG krijgen tot 15 januari 1999 de tijd hun leven te beteren. De omroepen dienen 'het licentie-beleid inzake wekelijkse programma-overzichten zodanig te wijzigen, dat het feitelijk resultaat is dat de markt voor wekelijkse programmabladen niet langer wordt voorbehouden aan omroepen en de programma-overzichten onder redelijke, objectief gerechtvaardigde en non-discriminatoire voorwaarden en tarieven worden aangeboden aan gegadigden' (ro. 10.5). De vraag rijst natuurlijk wat onder 'redelijke, objectief gerechtvaardigde' tarieven moet worden verstaan. Marktconforme prijzen of een kostengeoriënteerd tarief? Het eindarrest in de Denda-zaak leert dat het bepalen van een redelijk tarief geen sinecure is.⁹ Misschien moet de NMa eens haar licht opsteken bij de OPTA.

⁸ J.J. Feenstra, het Magill-arrest: eendagsvlieg of vogelspin, *Informatierecht/AMI* 1996/2, p. 33.

⁹ Hof Arnhem 5 augustus 1997, *Mediaforum* 1997/9, p. B 127.