

Hoge Raad, 6 juni 2003, NOS v Telegraaf

De Telegraaf

GESCHRIFTENBESCHERMING - MISBRUIK MACHTSPOSITIE

Licentieweigering misbruik machtspositie

- Het Hof heeft immers vastgesteld dat "van de zijde van de consument" vraag bestaat naar de onderhavige uitgave. Daarmee heeft het Hof klaarblijkelijk het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituuut voor TV Week op het oog gehad. In het oordeel van het Hof ligt besloten dat de door het Hof vastgestelde vraag hiernaar moet worden gezien als een constante en regelmatige potentiële vraag.

In aanmerking genomen dat het een kort geding betreft en gelet op het partijdebat, kon het Hof volstaan met dit oordeel, dat niet onbegrijpelijk is en dat, als van feitelijke aard, in cassatie verder niet kan worden getoetst.

- Uit hetgeen hiervóór is overwogen blijkt ten slotte dat het Hof zowel de daadwerkelijke behoefte aan het product, als de uitsluiting of de verstoring van de mededinging en het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging als cumulatieve vereisten in zijn beoordeling heeft betrokken.

Vindplaatsen: LJN: [AF5100](#)

Hoge Raad, 6 juni 2003

(G. van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein en F.B. Bakels)
Arrest

in de zaak van:

1. NEDERLANDSE OMROEPSTICHTING (NOS),
 2. ALGEMENE OMROEPVERENIGING AVRO,
 3. KATHOLIEKE RADIO OMROEP,
 4. NEDERLANDSE CHRISTELIJKE RADIO VERENIGING (N.C.R.V.),
 5. VERENIGING TOT BEVORDERING VAN DE EVANGELIEVERKONDIGING VAN RADIO EN TELEVISIE "DE EVANGELISCHE OMROEP",
 6. TROS,
 7. OMROEPVERENIGING VARA, en
 8. OMROEPVERENIGING VPRO,
- alle gevestigd te Hilversum,
EISERESSEN tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweersters,
advocaten: mrs. R.A.A. Duk en T. Cohen Jehoram,
t e g e n
1. N.V. HOLDING MAATSCHAPPIJ DE TELEGRAAF,
 2. DE TELEGRAAF TIJDSCHRIFTEN GROEP B.V.,
 3. B.V. DAGBLAD DE TELEGRAAF,
- alle gevestigd te Amsterdam,
in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseressen,
advocaat: mr. E. Grabandt.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie - verder te noemen: de NOS c.s. - hebben bij exploit van 26 november 1999 verweersters in cassatie - verder te noemen: De Telegraaf c.s. - in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hogere voorziening:

(i) De Telegraaf c.s. ieder afzonderlijk te gelasten, met onmiddellijke ingang, de in de dagvaarding omschreven onrechtmatige handelingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, althans De Telegraaf c.s. te gelasten het verveelvoudigen, openbaar maken, en/of op enigerlei wijze verhandelen van (verveelvoudigingen van) de Programmagegevens en/of delen daarvan, direct dan wel door middel van een op enigerlei wijze aan hen verbonden (rechts)persoon, met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom groot *f* 50.000,- per keer of per dag - een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend - dat (één der) gedaagden, dan wel enige met hen verbonden (rechts)persoon, in strijd met het aldus gevorderde mocht(en) handelen;

(ii) De Telegraaf c.s. ieder afzonderlijk te bevelen om binnen 7 dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan de NOS c.s. gespecificeerd, schriftelijk en volledig en door een registeraccountant geverifieerd, opgave te doen van:

a) de namen en adressen van alle door hen uitgegeven (binnen- en buitenlandse) dagbladen en/of andere periodieken waarin verveelvoudigingen van de Programmagegevens zijn opgenomen;

b) de namen en adressen van (eventuele) leverancier(s) van de door hen voor het vervaardigen van hun gidsen gebruikte gegevens;

zulks op straffe van een dwangsom groot *f* 5.000,- per dag - een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend - dat (één der) gedaagden in strijd met het aldus gevorderde mocht(en) handelen, en

(iii) De Telegraaf c.s. te veroordelen in de kosten van het geding.

De Telegraaf c.s. hebben de vorderingen bestreden.

De President heeft bij vonnis van 5 januari 1999:

- elk van De Telegraaf c.s. gelast uiterlijk zeven dagen na betekening van dit vonnis het direct, dan wel door middel van een op enigerlei wijze aan hen verbonden (rechts)persoon, verveelvoudigen, openbaar maken en/of op enigerlei wijze te verhandelen van de ten processe bedoelde programmagegevens en/of delen daarvan, in welke rangschikking ook, te staken en gestaakt te houden, zulks tot vier weken nadat de NMa op het bezwaarschrift tegen haar besluit van 10 september 1998 zal hebben beslist;

- bepaald dat de gedaagde die dit bevel mocht overtreden een dwangsom zal verbeuren van *f* 50.000,- voor iedere overtreding;

- bepaald dat de NOS c.s. (tenzij zulks reeds eerder door De Telegraaf c.s. mocht zijn gedaan) binnen zes maanden nadat dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan een bodemprocedure zullen moeten aanspannen over de vraag of De Telegraaf c.s. inbreuk maken op

haar rechten op de programmeergegevens en dat, indien de NOS c.s. zulks mochten nalaten, dit bevel zal zijn vervallen vanaf het moment dat genoemde termijn zal zijn verstrekken;

- bepaald dat iedere partij de eigen proceskosten zal dragen.

- dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en

- het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben De Telegraaf c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. De NOS c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 30 januari 2001 heeft het Hof in het principaal beroep het beroepen vonnis vernietigd en, op nieuw rechtdoende, het gevorderde afgewezen, en in het incidenteel beroep het beroep verworpen, en zowel in het principaal als in het incidenteel beroep de NOS c.s. veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van De Telegraaf c.s. voor de eerste aanleg en in beide hoger beroepen.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof hebben de NOS c.s. beroep in cassatie ingesteld. De Telegraaf c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het voorwaardelijk incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerving van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de NOS c.s. mede door mr. E.J. Morée en voor De Telegraaf c.s. mede door mr. J.P. Heering, beiden advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt ertoe dat de Hoge Raad partijen in de gelegenheid stelt zich nader uit te laten over de betekenis van de in deze conclusie genoemde uitspraak van de Rechtbank te Rotterdam d.d. 11 december 2002 voor het onderhavige geschil. Indien de Hoge Raad daartoe geen aanleiding ziet, strekt de conclusie tot verwerving van het beroep.

De advocaten van de Nos c.s. hebben bij brief van 7 maart 2003 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de middelen in het principale beroep

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld onder 2 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.

3.2 De door de NOS c.s. ingestelde vorderingen komen erop neer dat aan De Telegraaf zal worden gelast haar onrechtmatig handelen, bestaande in het verveelvoudigen, openbaar maken en/of verhandelen van programmeergegevens van radio en televisie, te staken en gestaakt te houden alsmede een opgave te doen van alle uitgaven waarin deze gegevens zijn opgenomen en van de bronnen van de door haar daarvoor gebruikte gegevens. De NOS c.s. beroepen zich daarbij op hun rechten die zij ontleen aan de Auteurswet en aan de Databankenwet. De President heeft deze vorderingen in hoofdzaak toegewezen en het Hof heeft deze vorderingen afgewezen.

3.3 De Hoge Raad zal onderdeel IV van het middel, dat betrekking heeft op de in rov. 13 en 14 door het Hof gegeven oordelen met betrekking tot grief V over misbruik van machtspositie door de NOS c.s., eerst behandelen. Zoals uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.4, heeft het falen van dit onderdeel tot gevolg dat de andere onderdelen van het middel in het principale beroep en het middel in het voorwaardelijk incidenteel beroep geen bespreking behoeven.

3.4 Het Hof heeft geoordeeld dat het gevorderde verbod tot staking van de inbreukmakende handelingen achterwege behoort te blijven als aannemelijk is dat er een gerede kans bestaat dat de Nederlandse mededingingsautoriteit (verder: Nma) in haar eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie gegrond zou bevinden. Onderdeel IV keert zich - naar uit het navolgende zal blijken: tevergeefs - tegen het oordeel van het Hof dat deze gerede kans bestaat.

3.5 Het onderdeel betoogt in de eerste plaats dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. De relevante vraag is immers niet, aldus het onderdeel, of de Nma de klacht gegrond bevindt, maar of de klacht, objectiefrechtelijk beoordeeld, gegrond is en dus of de rechter (in hoogste instantie het College van Beroep voor het bedrijfsleven) zal oordelen dat de Nma de klacht van De Telegraaf terecht gegrond heeft bevonden. Dit betoog berust op een onjuiste lezing van het arrest van het Hof en kan daarom niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft immers - voorlopig oordelend - niets anders gedaan dan een antwoord geven op de vraag of aannemelijk is dat de desbetreffende klacht van De Telegraaf (uiteindelijk) gegrond zal worden bevonden en dus in dit geding moet worden aangenomen dat de NOS c.s. misbruik maken van hun economische machtspositie. Het Hof heeft daarbij niet uit het oog verloren dat in dit geding een andere vraag aan de orde is dan in de zeven bedoelde procedure en dat misbruik van machtspositie door het niet verstrekken van het zogenoemde 'spoorboekje' nog niet inhoudt misbruik van machtspositie door het bezwaar te maken tegen de publicatie volgens het genremodel, maar het Hof is ervan uitgegaan dat voor die publicatie verstrekking van het 'spoorboekje' onontbeerlijk is. In het oordeel van het Hof ligt voorts besloten dat, ervan uitgaande dat de genregegevens via een licentie moeten worden verstrekt, een verbod tot publicatie niet zonder meer gerechtvaardigd is op grond van het (enkele) feit dat partijen over de hoogte van de licentievergoeding (nog) niet tot overeenstemming zijn gekomen.

3.6 Het onderdeel klaagt in de tweede plaats dat het Hof ten onrechte het beroep dat De Telegraaf heeft gedaan op de "motie-Heemskerk" van belang heeft geacht. Het feit dat deze motie - die ertoe strekt dat wordt bevorderd dat de NOS de haar ter beschikking staande programmeergegevens tegen marktconforme vergoeding aan derden ter beschikking stelt - is aangenomen (en de Staatssecretaris vervolgens heeft aangenomen wat in de desbetreffende alinea door het Hof wordt vermeld), is volgens het onderdeel irrelevant, omdat de in het me-

dedingsrecht gebezigde begrippen, zoals die waarom het in deze zaak gaat, dienen te worden uitgelegd in overeenstemming met de regels van het Europese mededingingsrecht waaraan deze begrippen zijn ontleend. Een uitspraak van een Nederlands politiek orgaan kan de omvang van een begrip niet bepalen. In elk geval heeft het Hof, aldus het onderdeel, niet duidelijk gemaakt waarom het een en ander in zijn oordeel heeft betrokken.

3.7 Ook deze klacht gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest van het Hof en kan daarom bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft zijn oordeel immers niet (mede) gebaseerd op de inhoud van de "motie-Heemskerck" of op wat daarop is gevolgd. Het Hof heeft slechts vastgesteld dat - in tegenstelling tot hetgeen met deze motie was beoogd - de NOS c.s. niet bereid zijn gebleken de genregegevens aan derden te verstrekken.

3.8 De derde klacht van onderdeel IV is gericht tegen het oordeel van het Hof dat geen (objectieve) rechtvaardigingsgrond bestaat voor de weigering van de NOS, omdat niet aannemelijk is dat "de Omroepen, die naar onbestreden in voormeld besluit/standpunt is vermeld, een jaarlijkse bijdrage uit de algemene middelen ontvangen, door de uitgave van TV Week zodanige inkomsten uit hun programmabladen zullen derven dat daardoor het publieke bestel zal worden ondergraven."

De NOS c.s. menen dat het Hof hier een onjuiste - want te enge - maatstaf heeft aangelegd, omdat van een objectieve rechtvaardigingsgrond ook sprake kan zijn zonder dat het publieke bestel wordt ondergraven. Het Hof had moeten toetsen aan het criterium of de NOS c.s., gelet op hun belangen, in redelijkheid licentiering van het "spoorboekje" hadden mogen weigeren.

3.9 Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat het Hof in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ([6 april 1995, Jurispr. 1995, p. I-743, NJ 1995, 492](#) en [26 november 1998, Jur. 1998, p. I-7791, NJ 1999, 523](#)) in het kader van zijn onderzoek of de NOS c.s. misbruik maken van hun economische machtspositie, terecht mede aandacht heeft besteed aan het eventuele bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond, nu het Hof reeds had vastgesteld dat door de opstelling van de NOS c.s. elke mededinging op de desbetreffende markt wordt uitgesloten. Anders dan het onderdeel kennelijk wil betogen valt een toetsing aan dit criterium niet geheel samen met een beantwoording van de vraag of de NOS c.s. in redelijkheid licentiering hadden mogen weigeren. Het Hof heeft bovendien in zijn bestreden overweging tot uitdrukking gebracht dat het in de stellingen van de NOS c.s. geen voldoende zwaarwegende gronden heeft kunnen vinden voor de weigering van de NOS c.s. en dus ook geen objectieve rechtvaardigingsgrond. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en, in aanmerking genomen dat het gaat om een voorlopige voorziening, ook niet ontoereikend gemotiveerd.

3.10 De vierde klacht van onderdeel IV is gericht tegen het (voorlopig) oordeel van het Hof dat te dezen sprake is van een "uitzonderlijke omstandigheid" als bedoeld

in de hiervóór in 3.9 vermelde rechtspraak van het HvJEG. De NOS c.s. voeren aan dat in een geval als dit in de eerste plaats onderzocht moet worden of er voor het product dat de derde, De Telegraaf, op de markt wil brengen of brengt, al dan niet een daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat. Het Hof had daarom eerst moeten vaststellen of TV Week, ondanks de ontkenning van de zijde van de NOS c.s., een nieuw product is waarnaar een constante en regelmatige potentiële vraag bestaat. Bovendien heeft het Hof volgens het onderdeel miskend dat in dit soort gevallen volgens de rechtspraak van het HvJEG drie voorwaarden moeten worden onderscheiden en dat aan die voorwaarden cumulatief dient te zijn voldaan vóórdat sprake kan zijn van misbruik als in deze procedure aan de orde is.

3.11 Ook deze klachten gaan niet op. Het Hof heeft immers vastgesteld dat "van de zijde van de consument" vraag bestaat naar de onderhavige uitgave. Daarmee heeft het Hof klaarblijkelijk het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituut voor TV Week op het oog gehad. In het oordeel van het Hof ligt besloten dat de door het Hof vastgestelde vraag hiernaar moet worden gezien als een constante en regelmatige potentiële vraag. In aanmerking genomen dat het een kort geding betreft en gelet op het partijdebat, kon het Hof volstaan met dit oordeel, dat niet onbegrijpelijk is en dat, als van feitelijke aard, in cassatie verder niet kan worden getoetst.

Uit hetgeen hiervóór is overwogen blijkt ten slotte dat het Hof zowel de daadwerkelijke behoefte aan het product, als de uitsluiting of de verstoring van de mededinging en het ontbreken van een objectieve rechtvaardigingsgrond als cumulatieve vereisten in zijn beoordeling heeft betrokken.

3.12 Het principaal beroep faalt. Daarmee is de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep is ingesteld, niet vervuld, zodat het geen behandeling behoeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principaal beroep;

veroordeelt de NOS c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van De Telegraaf begroot op € 286,88 aan verschotten en € 1.365,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president G.G. van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp als voorzitter en de raadsheren J.B. Fleers, D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 6 juni 2003.

Conclusie A-G Verkade

Conclusie

C01/183 HR

Mr. D.W.F. Verkade

Zitting 21 februari 2003

Conclusie inzake:

Nederlandse Omroepstichting (NOS) c.s.

tegen

NV Holdingmaatschappij De Telegraaf c.s.

1. Inleiding

Algemeen

1.1. In deze (kortgeding-)zaak wordt de Hoge Raad wederom een oordeel gevraagd over de bescherming van radio- en tv-programmagegevens van de (publieke) omroeporganisaties tegen publicatie daarvan door derden. Eerdere uitspraken van de Hoge Raad hieromtrent dateren van 1953, NJ 1954, 211 (Avro c.s./Het Radio-programma), van 1961, NJ 1962, 355 (Explicator) en van 1965, NJ 1966, 115-116 (Televizier). Nieuwe invalshoeken in deze zaak ten opzichte van die uit de jaren '50 en '60 zijn de eventuele toepasselijkheid van het met art. 82 EG corresponderende art. 24 Mededingingswet (Mw), en van de in 1999 in werking getreden Databankenwet (Dw).

1.2. Eiseressen tot cassatie zullen hierna doorgaans worden aangeduid als de NOS c.s., of ook wel, zoals in eerdere instanties gebeurd is, als de (publieke) omroeporganisaties of als de NOS en de omroepen. Verweersters in cassatie zullen, tenzij anders blijkt, gezamenlijk worden aangeduid als De Telegraaf (in enkelvoud).

Nieuwe ontwikkeling na het fourneren voor arrest

1.3. Aan het begin van deze conclusie maak ik melding van de volgende omstandigheden.

1.4. In deze zaak heeft het hof het beroep van De Telegraaf op - kort gezegd - misbruik van machtspositie (in de zin van art. 24 Mw) door de NOS c.s., gehonoreerd, en op basis daarvan de vorderingen van de NOS c.s. alsnog afgewezen. Parallel aan deze zaak loopt - eveneens sedert 1998 - een door een klacht van De Telegraaf geïnitieerde procedure van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) tegen de NOS wegens handelen in strijd met art. 24 Mw, met als inzet een last onder dwangsom aan de NOS om de wekelijkse programmaoverzichten van de publieke omroep (het zgn. 'spoorboekje') ter beschikking stellen. In die procedure is De Telegraaf als belanghebbende betrokken. Onderdeel IV van het cassatiemiddel in het principale beroep van de NOS verwijt het hof, kort gezegd, zich ten onrechte gericht te hebben op de door het hof verwachte uitkomst van de procedure van de NMa tegen de NOS. Ten tijde van het wijzen van 's hofs arrest en ook ten tijde van het uitbrengen van de cassatiedagvaarding was er nog geen definitief besluit van de NMa.

1.5. Na het uitbrengen van de cassatiedagvaarding heeft de NMa bij besluit d.d. 3 oktober 2001 onder toepassing van art. 24 en art. art. 63, tweede lid, Mw (onder afwijzing van de bezwaren tegen haar besluit van 16 februari 2000) aan de NOS de last onder dwangsom opgelegd om binnen één maand de programmagegevens tegen redelijke voorwaarden te leveren. Tegen dat besluit heeft de NOS, op de voet van art. 93 Mw, beroep ingesteld bij de rechtbank te Rotterdam. In die procedure is De Telegraaf toegelaten tot deelneming als derde-partij. De instructie bij de rechtbank te Rotterdam vond haar afronding in een onderzoek ter terechtzitting op 18 september 2002. Dit alles was partijen ten tijde van het geven van hun schriftelijke toelichtingen (op 1 november 2002) en hun repliek resp. dupliek (op 15 november 2002) uiteraard bekend.(1)

1.6. Tussen de datum waarop partijen voor arrest in cassatie hebben gefourneerd, en de datum waarop deze conclusie wordt genomen (21 februari 2003) heeft zich het - niet geheel onverwachte - novum voorgedaan dat de rechtbank te Rotterdam op 12 december 2002 uitspraak heeft gedaan in de zaak van de NMa tegen de NOS.(2) Via de publicatie in rechtspraak.nl (en inmiddels ook in Mediaforum februari 2003, nr. 12, p. 73, m.nt. R. Mahler) ligt deze uitspraak 'op straat'. Zij heeft ook in de landelijke dagbladvelders aandacht gekregen.(3)

1.7. Tijdens de gehele procedure, en met name ook in de cassatiefase tot dusverre, zijn partijen (evenals de president van de rechtbank en het hof) het in wezen wel eens geweest over een nauwe samenhang tussen de beide procedures. Zonder pretentie van volledigheid wijs ik in dit verband op de volgende standpunten:

- de advocaat in de feitelijke instanties van De Telegraaf heeft gewaarschuwd voor doorkruising, door de onderhavige procedure, van de procedure over het zgn. spoorboekje; voorts heeft zij aangegeven dat de beslissing van de NMa ook voor andere vormen van gebruik dan alleen het 'spoorboekje' gevolgen zou hebben;(4)

- de ene advocaat in de feitelijke instanties van de NOS c.s. betitelde de onderhavige procedure als een 'side-show' bij de strijd tussen de NOS en De Telegraaf over de licentie voor het 'spoorboekje';(5)

- de andere advocaat van de NOS c.s. heeft gesteld dat de naar genre gecategoriseerde TV Week van De Telegraaf destijds een flop was en dat De Telegraaf eigenlijk helemaal niet meer geïnteresseerd is in deze naar genre gecategoriseerde gegevens;(6)

- de cassatieadvocaten van de NOS betogen dat het er om gaat of de rechter (in hoogste instantie het College van Beroep voor het Bedrijfsleven) op beroep van de NOS en/of de omroepen zal oordelen dat de NMa de klacht van De Telegraaf terecht gegrond heeft bevonden;(7)

- In cassatie hebben de NOS c.s. de s.t. zelfs vergezeld doen gaan van het procesdossier van de procedure bij de rechtbank te Rotterdam (t/m de pleitnota's).(8)

1.8. Ook ik onderken de nauwe samenhang. Tegen deze achtergrond meen ik dat de Hoge Raad de mogelijkheid moet hebben om kennis te nemen van de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam d.d. 11 december 2002 en om daarmee rekening te houden.(9)

1.9. Van mijn kant heb ik in deze conclusie de vrijheid daartoe genomen. Voorafgaand heb ik de (cassatie)advocaten van partijen (op 9 januari 2003) een brief geschreven met de vraag of de Rotterdamse uitspraak hen aanleiding gaf om af te zien van voortzetting van de procedure, dan wel om aanhouding te verzoeken bijv. met het oog op een minnelijke regeling, dan wel om de Hoge Raad gelegenheid voor een nadere schriftelijke toelichting te verzoeken. De advocaat van De Telegraaf heeft mij laten weten geen verzoek aan de Hoge Raad te doen; wat zijn cliënte betreft kon de procedure (gewoon) worden voortgezet. Van de advocaten van de NOS c.s. heb ik niets vernomen.

1.10. Partijen zouden de mogelijkheid tot het schrijven van een zgn. 'Borgers-brief' na mijn conclusie van heden (mede) kunnen gebruiken om in te gaan op datgene

wat ik over de Rotterdamse uitspraak zal opmerken. De 'Borgers-brief' leent zich evenwel niet voor debat.

1.11. Ik gaf hierboven aan dat het mij dienstig voorkomt dat de Hoge Raad de vrijheid heeft de Rotterdamse uitspraak des geraden in zijn overwegingen te trekken. Of de Hoge Raad onder de eerder geschetste omstandigheden zonder meer de vrijheid daartoe meent te hebben, moet ik aan de Hoge Raad overlaten. Meent de Hoge Raad dat dit niet het geval zou zijn, dan moge ik de Hoge Raad in overweging geven om bij tussenarrest partijen in de gelegenheid te stellen om nader uiteen te zetten welke consequenties de uitspraak van de rechtbank Rotterdam naar hun mening heeft voor de onderhavige procedure.(10) Van mijn kant wil ik heden niet met een tussenconclusie in die zin volstaan. Indien de Hoge Raad de even bedoelde weg zou volgen, verklaar ik mij uiteraard op voorhand bereid om, na de eventuele nadere toelichtingen van partijen, alsnog (op korte termijn) een aanvullende conclusie te nemen.

2. Feiten

2.1. Met inachtneming van enige hierna vermelde preciseringen en aanvullingen is het hof uitgegaan, en kan in cassatie worden uitgegaan van de volgende door de president van de rechtbank in dit kortgeding als voorlopig vaststaand aangenomen feiten:

a. De NOS c.s. zijn Nederlandse (publieke) omroeporganisaties die televisieprogramma's op de Nederlandse televisie brengen. Zij geven (met uitzondering van de NOS zelf) wekelijkse radio- en televisieprogrammagidsen uit onder verschillende titels. Deze gidsen bevatten onder meer de radio- en televisieprogrammagegevens, aan de hand waarvan de televisiekijker en de radioluis-teraar wordt geïnformeerd over de radio- en televisieprogramma's die binnen het tijdsbestek van een week worden uitgezonden. De programmagidsen vermelden programmaoverzichten met de titels van de uit te zenden programma's, gerangschikt naar de dagen van de week, de zenders waarover deze worden uitgezonden en de tijdstippen van de uitzending.

b.(11) In 1998 heeft NV Holdingmaatschappij De Telegraaf, houdstermaatschappij van het Telegraaf-concern, dat dag- en weekbladen uitgeeft, de NMa verzocht aan (onder meer) de NOS een last onder dwangsom op te leggen ter zake van handelen in strijd met art. 24 in verbinding met art. 56, lid 1, onder b van de Mededingingswet (Mw), waartoe De Telegraaf heeft aangevoerd, samengevat, dat de NOS weigert aan haar de wekelijkse programmaoverzichten van de publieke omroepen (het zgn. 'spoorboekje') ter beschikking te stellen.

c. Bij besluit van 10 september 1998 heeft (de directeur-generaal van) de NMa op basis van zijn oordeel dat de weigering van de NOS om wekelijkse programmaoverzichten te verstrekken aan De Telegraaf misbruik van haar economische machtspositie oplevert, de NOS verplicht vóór 15 januari 1999 aan de NMa mede te delen:

- op welke wijze het licentiebeleid naar aanleiding van het nu genomen besluit is gewijzigd;

- met welke partijen en onder welke voorwaarden inmiddels licentieovereenkomsten zijn gesloten;

- met welke partijen om welke redenen geen wilsovereenstemming is bereikt;

- welk aanbod tot licentiëring van programmagegevens is gedaan.

d. De NOS heeft tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend. Daarop was ten tijde van het wijzen van het vonnis door de president nog geen uitspraak gedaan.

e. De NOS heeft een voorlopige voorziening verzocht aan de President van de Haagse rechtbank (sector bestuursrecht) strekkende tot schorsing van de beslissing van de NMa. De president heeft dit verzoek afgewezen.

f. Bij brief van 28 oktober 1998 heeft de NOS - in verband met het bekend gemaakte voornemen van De Telegraaf met een wekelijkse bijlage bij het dagblad De Telegraaf te komen waarin informatie over in Nederland uitgezonden radio- en televisieprogramma's is opgenomen - De Telegraaf verzocht mee te delen op welke wijze De Telegraaf de informatie verzamelt over programma's van de publieke omroepen en uit welke bron deze informatie afkomstig is.

g. Bij brief van 30 oktober 1998 heeft De Telegraaf de NOS bericht dat zij niet verplicht is hierover informatie te verstrekken.

h. BV Dagblad De Telegraaf is begin november 1998 begonnen met de verspreiding in Nederland van het programmabladd TV Week, dat verschijnt als bijlage bij de zaterdageditie van het dagblad De Telegraaf. De Telegraaf rubriceert de programmagegevens per dag naar genre (serie, sport, soap, comedy, nieuws, enz.).

i. Bij brief van 3 november 1998 is De Telegraaf door de NOS gesommeerd om uiterlijk vóór 6 november 1998 op te geven op welke wijze De Telegraaf de informatie verzamelt over programma's van de publieke omroepen en uit welke bron deze informatie afkomstig is respectievelijk aan te tonen dat er geen sprake is van ontlening aan enig geschrift.

2.2. Het hof heeft voorts het volgende vastgesteld: (12)

j. Tussen partijen is in confesso dat met het 'spoorboekje' worden bedoeld de volledige, chronologisch en per zender gerangschikte (wekelijkse) lijsten met programma's van radio en televisie van de publieke omroepen. Daarnaast bestaan er buitenlandprogramma's of buitenlandlijsten van de omroepen (de zgn. 1V-lijsten), die ongeveer drie weken voordat de omroepgidsen uitkomen naar buitenlandse kranten en tijdschriften worden gezonden.

k. De door De Telegraaf uitgebrachte edities van TV Week bevatten (wekelijkse) lijsten met radio- en televisieprogramma's, welke per dag chronologisch zijn gerangschikt voor de verschillende daarin vermelde 'genres'.

3. Procesverloop

3.1. Bij exploit d.d. 26 november 1998 hebben de NOS c.s. De Telegraaf in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te 's-Gravenhage. Zij hebben daarbij gevorderd:

(i) De Telegraaf c.s. ieder afzonderlijk te gelasten, met onmiddellijke ingang, de aan hen verweten onrechtmatige handelingen te (doen) staken en gestaakt de (doen)

houden, althans gedaagden te gelasten dat het verveelvoudigen, openbaar maken en/of op enigerlei wijze verhandelen van (verveelvoudigingen van) de programmeergegevens en/of delen daarvan, direct dan wel door middel van een op enigerlei wijze aan hen verbonden (rechts)persoon te staken en gestaakt te houden; (ii) De Telegraaf c.s. ieder afzonderlijk te bevelen om binnen 7 dagen na betekening van het vonnis aan de NOS c.s. gespecificeerd, schriftelijk en volledig en door een registeraccountant geverifieerd, opgave te doen van:

a) de namen en adressen van alle door hen uitgegeven (binnen- en buitenlandse) dagbladen en/of andere periodes waarin verveelvoudigingen van de programmeergegevens zijn opgenomen;

b) de namen en adressen van de (eventuele) leverancier(s) van de door hen voor het vervaardigen van hun gidsen gebruikte gegevens. De NOS c.s. verbonden aan een en ander nevenvorderingen met betrekking tot dwangsommen en proceskosten.

3.2. Bij vonnis van 5 januari 1999 heeft de president De Telegraaf c.s., elk afzonderlijk, gelast uiterlijk zeven dagen na betekening van het vonnis het direct, dan wel door middel van een op enigerlei wijze aan hen verbonden (rechts)persoon, verveelvoudigen, openbaar maken en/of op enigerlei wijze verhandelen van de ten processe bedoelde programmeergegevens en/of delen daarvan, in welke rangschikking ook, te staken en gestaakt te houden, zulks tot vier weken nadat de NMa op het bezwaarschrift tegen haar besluit van 10 september 1998 zal hebben beslist. De president bepaalde voorts dat de gedaagde die het bevel mocht overtreden een dwangsom zou verbeuren van f 50.000 voor iedere overtreding. Voorts bepaalde de president dat het bevel zou vervallen indien de NOS c.s. niet binnen zes maanden nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan een bodemprocedure zouden hebben aangespannen.(13)

3.3. De president heeft, kort samengevat, overwogen dat programmeergegevens niet in aanmerking komen voor 'vol' auteursrecht als werken met een eigen, oorspronkelijk karakter, die het persoonlijk stempel van de maker dragen (r.ovv. 5 en 6). Zij komen wél in aanmerking voor zgn. geschriftenbescherming, waarbij de door De Telegraaf gepubliceerde gegevens beschouwd moeten worden als 'andere opgaven van [de] programma's' als bedoeld in art. 59 Mediawet (r.ovv. 7-10). De president achtte door De Telegraaf onvoldoende aannemelijk gemaakt dat van ontlening aan de programmalijsten van de NOS c.s. geen sprake is (r.ovv. 11-17). Wat het beroep van De Telegraaf op misbruik van machtspositie betreft, wenste de president niet op de uitkomst van de bezwaarschriftprocedure van de NOS tegen het besluit van de directeur-generaal van de NMa vooruit te lopen. Dit gaf de president aanleiding niet nader op het eventuele misbruik van machtspositie in te gaan en om niet op grond van zodanig eventueel misbruik de gevraagde voorlopige voorzieningen te weigeren (rov. 18).

3.4. Van het vonnis van de president is De Telegraaf in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te 's-

Gravenhage. De NOS c.s. stelden incidenteel hoger beroep in.

3.5. Bij arrest van 30 januari 2001 heeft het hof in het principaal hoger beroep van De Telegraaf het vonnis van de president vernietigd en, opnieuw rechtdoende, het gevorderde afgewezen, met verwerping van incidenteel hoger beroep van de NOS c.s.

3.6. Kort samengevat komen 's hofs overwegingen op het volgende neer.

a. Met de president is het hof in het incidenteel beroep van oordeel dat de programmeergegevens niet zijn aan te merken als werken met een eigen, oorspronkelijk karakter, die het persoonlijk stempel van de maker dragen (rov. 4).

b. In het incidenteel beroep heeft het hof vervolgens onderzocht of de programmeergegevens van de NOS c.s. als databank in aanmerking komen voor bescherming krachtens (het sui generis regime van) de Databankenwet (Dw). Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord, nu het onvoldoende aannemelijk (gemaakt) achtte dat daartoe substantiële investeringen in de zin van art. 1 Dw zijn gedaan (rov. 6). Het hof overwoog meer in het bijzonder dat de NOS c.s. niet hebben gereageerd op de stelling van De Telegraaf 'dat het bedrag van f 50.000, dat door de dagbladen gezamenlijk aan de NOS/de omroepen wordt betaald en wel kostendekkend zal zijn, aantoonde dat van een substantiële investering geen sprake is', en dat 'processtukken, op grond waarvan aannemelijk is dat substantiële (geldelijke) investeringen zijn gedaan, [niet] in het geding gebracht [zijn]'. c. Het hof achtte de programmeergegevens wél voorwerp van de zgn. geschriftenbescherming (rov. 6 in fine). In het principaal appel overwoog het hof daaromtrent - nog steeds: kort samengevat - het volgende.

d. Naar aanleiding van de principale grief II onderzoekt het hof in rov. 7-9 of de geschriftenbescherming ingevolge de Auteurswet 1912 al dan niet verruimd is door art. 59 Mediawet (voordien: art. 22 Omroepwet).

e. Met de president is het hof van oordeel dat de rangschikking van de programmeergegevens naar 'genre' niet meebrengt dat dáárom geen sprake meer zou zijn van ontlening (rov. 10-11).

f. Evenals de president acht het hof door De Telegraaf c.s. niet genoegzaam aannemelijk gemaakt dat De Telegraaf de door haar gepubliceerde gegevens zonder ontlening aan programmeergegevens van de NOS c.s. heeft kunnen verkrijgen. Volgens het hof biedt het kort geding geen plaats voor nader onderzoek ten deze, hetgeen het Hof aanleiding geeft de desbetreffende grief van De Telegraaf te verwerpen (rov. 12).

g. In rov. 13-14 oordeelt het hof over grief V van De Telegraaf die erover klaagt dat de president geen beslissing heeft gegeven omtrent het verweer van De Telegraaf dat de NOS c.s. misbruik maken van machtspositie als bedoeld in art. 24 Mw.

Het hof stelt zich daarbij de vraag of er ten processe voldoende gegevens aanwezig zijn voor een inhoudelijk oordeel. Het hof beantwoordt die vraag (impliciet) bevestigend. Na tot volgend uitgangspunt te hebben genomen:

'... dat het gevorderde verbod tot staking van de inbreukmakende handelingen achterwege behoort te blijven, als aannemelijk is dat er een gereede kans bestaat dat de NMA in haar eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie gegrond zou bevinden'(14) en na ampele verdere overwegingen(15) komt het hof in rov. 14, voorlaatste alinea, tot het voorlopig oordeel dat:

'sprake [is] van een uitzonderlijke omstandigheid als bedoeld in de arresten van het Hof van Justitie EG van 6 april 1992, C-241/91 P en C-242/91 P inzake Magill, NJ 1995, 492, en van 26 november 1998, C-7/97 inzake Bronner, en wordt een gereede kans als bovenbedoeld aanwezig geacht doordat de NOS en de Omroepen - met een beroep op geschriftenbescherming ingevolge de Mediawet - weigeren de programmeergegevens aan De Telegraaf te leveren en zich in de gegeven omstandigheden blijven verzetten tegen de verveelvoudiging en openbaarmaking van programmeergegevens in TV-Week.'

Het hof vervolgt:

'Niet gebleken is, mede in het licht van het vorenstaande, van een - tegenover het belang van De Telegraaf bij het achterwege blijven van een inbreukverbod - voldoende zwaarwegend belang van de NOS en de Omroepen bij de gevraagde voorziening. Ten overvloede wordt overwogen dat dit laatste ook geldt indien ervan zou worden uitgegaan dat De Telegraaf wel inbreuk maakt op het (volle) auteursrecht dan wel de bescherming ingevolge de Databankenwet. In zoverre slaagt grief V.'

3.7. De NOS c.s. hebben (tijdig) beroep in cassatie ingesteld, onder aanvoering van een middel dat uit vier onderdelen bestaat. De Telegraaf heeft in voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep harerzijds een middel tegen 's hofs arrest aangevoerd. Partijen hebben hun stellingen schriftelijk doen toelichten. Partijen hebben gerepliceerd respectievelijk gedupliceerd.

4. Bespreking van de cassatiemiddelen

4.1. Het middel van de NOS c.s. bevat, als gezegd, vier onderdelen. Onderdeel I richt zich met motiverings- en andere processuele klachten tegen 's hofs overwegingen met betrekking tot de (niet-)bescherming van de programmeergegevens onder het sui generis-regime van de Databankenwet, voor zover het hof daarbij betekenis heeft toegekend aan de eerder genoemde stelling van De Telegraaf, 'dat het bedrag van f 50.000, dat door de dagbladen gezamenlijk aan de NOS/de omroepen wordt betaald en wel kostendekkend zal zijn, aantoonst dat van een substantiële investering geen sprake is', alsmede overwogen heeft dat 'processtukken, op grond waarvan aannemelijk is dat substantiële (geldelijke) investeringen [niet] in het geding gebracht [zijn]'. Onderdeel II richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de afwijzing door het hof van het beroep van de NOS c.s. op het 'volle' auteursrecht. Daarbij wordt mede een beroep gedaan op een communautairrechtelijke uitleg van het begrip databank in auteursrechtelijke context (de Databankenrichtlijn heeft immers niet alleen in een sui generis-regime door databanken voorzien, maar ook,

onder bepaalde (andere) voorwaarden, auteursrechtelijke bescherming van databanken voorgeschreven). Onderdeel III behelst rechts- en motiveringsklachten tegen 's hofs overwegingen met betrekking tot (wederom) het sui generis-regime van de Databankenwet, nu voor zover het hof in rov. 6 betekenis heeft toegekend aan het standpunt van de minister van justitie tijdens de parlementaire behandeling van de wet, kort gezegd dat een substantiële investering kan ontbreken als de in de databank opgenomen gegevens de spin-off zijn van een andere activiteit. Onderdeel IV tenslotte heeft betrekking op 's Hofs overwegingen in rov. 14 met betrekking tot de aannemelijkheid van toepasselijkheid van art. 24 Mededingingswet en de daaruit getrokken consequenties. Het onderdeel richt rechts- en motiveringsklachten hiertegen.

4.2. Het voorwaardelijk incidentele beroep van De Telegraaf behelst rechts- en motiveringsklachten tegen de rov. 7-12 van het hof. Het gaat bij deze klachten vooreerst om de uitleg van art. 59 Mediawet en zijn voorganger, art. 22 Omroepwet, en met name om de vraag of hierin al dan niet een materiële verruiming van de beschermingsomvang is neergelegd ten opzichte van de van de geschriftenbescherming ingevolge de Auteurswet 1912. Het gaat vervolgens om de vraag of de door De Telegraaf naar genre gepubliceerde programmeergegevens, voor zover die ontleend moeten heten aan de programmeergegevens van de NOS c.s., al dan niet als een 'eenvoudige herhaling' van de programmaoverzichten van de NOS c.s. moeten gelden.

4.3. Om hieronder nader aan te geven redenen zal ik eerst onderdeel IV van het principaal beroep van de NOS c.s. behandelen. Indien dat faalt, is er geen noodzaak op de overige klachten (over en weer) in cassatie in te gaan. Vervolgens komt (subsidiar) het voorwaardelijk incidentele middel van De Telegraaf aan de orde. Indien dat faalt, behoeven de onderdelen I t/m III van het principale middel van de NOS c.s. m.i. geen behandeling meer. Aangezien ik (subsidiar) meen dat het incidentele middel van De Telegraaf zou dienen te slagen, dien ik vervolgens in te gaan op de middelonderdelen I t/m III van de NOS c.s., waarbij ik de onderdelen I en III gezamenlijk zal bespreken, om te eindigen met onderdeel II. Bespreking van onderdeel IV van het middel in het principaal beroep van de NOS c.s.

4.4. Er bestaat aanleiding om onderdeel IV van het middel in het principale beroep als eerste te behandelen. Het in dat middelonderdeel aangevochten 'mededingingsrechtelijke' oordeel van het hof geldt immers los van de vraag of de intellectueel-eigendomsrechtelijke aanspraken van de NOS c.s. gebaseerd kunnen worden op

- hetzij het uit de Auteurswet voortvloeiende geschriftenrecht al dan niet in samenhang met art. 59 Mediawet (aangenomen door het hof; onderwerp van het incidentele cassatieberoep),

- hetzij het gewone, 'volle' auteursrecht al dan niet in samenhang met de auteursrechtelijke bepalingen in de Databankrichtlijn (onderwerp van principaal middelonderdeel II),

- hetzij de sui generis-bescherming van de Databankenwet (onderwerp van de principale middelonderdelen I en III).

Dat het mededingingsrecht elk van deze (eventuele) intellectueel-eigendomsrechtelijke grondslagen, dus niet alleen de geschriftenrechtelijke grondslag terzijde kan stellen, is door het hof (ten overvloede) uitdrukkelijk aangegeven in de eerder geciteerde voorlaatste volzin van rov. 14.(16) Anders gezegd: bij het falen van de klachten van middelonderdeel IV tegen r.o. 14 van het hof, missen de NOS c.s. belang bij behandeling van de middelonderdelen I, II en III, en treedt de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep van De Telegraaf is ingesteld, niet in werking. Dat ook de NOS c.s. hiervan uitgaan moge (ten overvloede) blijken uit de omstandigheid dat zij tegen de genoemde deeloverweging van rov. 14 geen klacht hebben gericht. Zij hebben bij replek ook niet gereageerd op de desbetreffende vooropstelling in de s.t. (nr. 14) namens De Telegraaf.

4.5. Par. 23 van de cassatieschriftuur richt zich tegen het uitgangspunt van het hof in rov. 14 (tweede woordblok, tweede alinea, tweede volzin)(17):

'... dat het gevorderde verbod tot staking van de inbreukmakende handelingen achterwege behoort te blijven, als aannemelijk is dat er een gerede kans bestaat dat de NMa in haar eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie gegrond zou bevinden.'

4.6. Het middelonderdeel poneert in par. 23 dat het hof een onjuist criterium heeft gehanteerd. De relevante vraag is, aldus het onderdeel, niet of de NMa de klacht gegrond bevindt, maar of de klacht, objectief beoordeeld, gegrond is. Het onderdeel wijst erop dat de rechter de bevoegdheid heeft oordelen van de NMa over de aanwezigheid van een economische machtspositie en over misbruik integraal, op feitelijke en juridische juistheid, te toetsen.

4.7. Dit subonderdeel berust op een onjuiste lezing van 's hofs arrest en ontbeert derhalve feitelijke grondslag. Het miskent tegelijkertijd het karakter van de onderhavige procedure: een procedure in kort geding.

4.8. Wat het eerste betreft: hoewel het hof t.a.p. inderdaad spreekt over 'een gerede kans [...] dat de NMa in haar eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie gegrond zou bevinden', blijkt uit het vervolg van rov. 14 allerminst dat het hof zich zou oriënteren op datgene wat hic et nunc als oordeel van de NMa zou kunnen of moeten worden verwacht, zonder rekening te houden met hetgeen de rechter vervolgens daarover in het licht van Mededingingswet en de toepasselijke beroepsriteria zou oordelen. Is een dergelijke naïviteit van het hof sowieso reeds onaannemelijk, uit het geheel van rov. 14 blijkt juist van een materieelrechtelijke beoordeling waarbij het hof - na kennelijke inhoudelijke toetsing - bepaalde overwegingen van de NMa tot dan toe 'overneemt', respectievelijk zelf, voorlopig oordelend, de toetsing uitvoert die de NMa nog nader zal dienen te verrichten.

4.9. Wat het tweede betreft: met een werkwijze, inhoudende een inschatting van hetgeen de NMa rechtens

correct zal kunnen oordelen, heeft het hof een alleszins juiste invulling gegeven aan zijn taak als kortgeding-rechter. Een oordeel dat, indien ten deze de gerede kans bestaat dat misbruik van machtspositie aangenomen zal worden, er in kort geding aanleiding is tot weigering van de door de NOS c.s. gevraagde voorzieningen, past daar geheel in.(18)

4.10. In het ingesprongen gedeelte onder nr. 23 wijzen de NOS c.s. er nog op dat het hof niet uit elkaar houdt dat het bij de NMa gaat om de vraag of de NOS gehouden is aan De Telegraaf een licentie te verstrekken voor de publicatie van programmeergevens als zo genoemd 'spoorboekje'(19), terwijl het in de onderhavige procedure gaat om publicatie van de gegevens geordend naar genre. Wat dit laatste betreft zou de NOS wél een licentie willen aanbieden (of al hebben aangeboden). De onderhavige procedure zou zijn ingegeven doordat De Telegraaf zou weigeren auteursrechtelijke bescherming van programmeergevens geordend naar genre te erkennen en voor het gebruik daarvan een passende licentievergoeding te betalen. Het subonderdeel vervolgt: 'Zelfs al zou de NOS gehouden zijn een licentie tegen redelijke vergoeding op programmeergevens te verstrekken, dan nog rechtvaardigt dat niet om in dit geval publicatie zonder enige vergoeding te gedogen'. Voor zover het subonderdeel ten deze een (of meer) klacht(en) inhoudt, is de presentatie daarvan weinig inzichtelijk. Voor zover erover geklaagd zou worden dat misbruik van machtspositie door het niet verstrekken van het 'spoorboekje' nog niet impliceert: misbruik van machtspositie door het bezwaar maken tegen de publicatie volgens het genre-model, verliest de steller van het middel uit het oog dat het hof er - allerminst onbegrijpelijk - van uitgegaan is dat De Telegraaf ook voor publicatie van genregegevens (op een wijze waardoor geen inbreuk op rechten van de NOS c.s. wordt gemaakt), dient te beschikken over het 'spoorboekje' en een bevoegdheid (licentie) tot ontleening daaraan. In die zin blz. 10, laatste alinea van het arrest (overlopend naar blz. 11), waartegen geen klacht is gericht. Voor zover erover geklaagd wordt dat bij gebreke aan betaling van een licentievergoeding reeds daarom het verbod gegeven zou moeten worden, miskent het subonderdeel dat het in dit geding veeleer erover gaat of, hangende onenigheid over de verplichting tot licentieverlening resp. de hoogte van een licentievergoeding, een publicatieverbod met betrekking tot de genregegevens gerechtvaardigd is. Als ervan uitgegaan wordt - een oordeel waartoe het hof gekomen is - dat er een licentie moet worden verleend, dan kan een verbod zolang geen overeenstemming over een licentievergoeding bestaat, resp. zolang de hoogte daarvan niet door de NMa is vastgesteld, resp. zolang de vaststelling niet definitief is in die zin dat daartegen geen rechtsmiddel meer open staat, allicht als een te vergaande maatregel worden beschouwd. De aanspraken op de betaling van de licentievergoeding c.q. schadevergoeding kunnen, met rente, immers worden gereserveerd. Nadat de hoogte van de vergoeding is komen vast te staan kan alsnog betaling worden gevorderd.

4.11. In een volgend subonderdeel (nr. 24 van het middel) klagen de NOS c.s. over het belang dat het hof op p. 10, vierde volle alinea, zou hebben toegekend aan het beroep van De Telegraaf op 'de motie-Heemskerk'. Ik citeer de desbetreffende deeloverweging van het hof: 'Verder heeft De Telegraaf een beroep gedaan op de motie-Heemskerk, die de regering verzoekt te bevorderen dat de NOS de haar ter beschikking gestelde programmeergegevens tegen een marktconforme vergoeding aan derden ter beschikking stelt (Tweede Kamer, Zitting 1996-1997, 24 808, nr. 37). De (toenmalige) staatssecretaris heeft bij brief van 19 juni 1997 aan de voorzitter van de Tweede Kamer medegedeeld, dat, naar hij heeft begrepen, de NOS bereid is de programmeergegevens aan andere binnenlandse zenders te verstrekken onder voorwaarde dat deze verwerkt worden in echte programmabladen en dat men eveneens bereid is zogenaamde genregegevens te verstrekken aan derden, en dat hij dit beleid van de NOS zal toetsen op zijn ruimhartige uitvoering.' Het subonderdeel klaagt dat het hof het beroep dat De Telegraaf op de motie-Heemskerk heeft gedaan ten onrechte van belang acht, omdat het feit dat die motie is aangenomen (en de staatssecretaris vervolgens heeft aangenomen wat in die alinea wordt vermeld), voor de beantwoording van de vraag of door de NOS en/of de omroepen een machtspositie is misbruikt, irrelevant is. Het subonderdeel stelt dat de in de Mededingingswet gebezigde begrippen waarom het in casu gaat dienen te worden uitgelegd in overeenstemming met de regels van het Europese mededingingsrecht waaraan de Nederlandse regels in belangrijke mate zijn ontleend. Een politieke uitspraak van een parlementair orgaan uit Nederland kan, aldus nog steeds het subonderdeel, de omvang van het Europeesrechtelijke juridische begrip niet bepalen. Het subonderdeel besluit met de motiveringsklacht dat het hof in elk geval niet duidelijk maakt waarom het een en ander in zijn oordeel betreft, respectievelijk niet aangeeft wat een en ander bijdraagt aan 's hofs slotsom dat van misbruik sprake is. 4.12. Indien 's hofs hier aangevallen deeloverweging dragend geacht zou moeten worden voor 's hofs eindoordeel dat van misbruik van machtspositie sprake is, zouden de hier bedoelde klachten hout snijden. Het subonderdeel gaat evenwel uit van een onjuiste lezing van deze overweging van het hof en mist derhalve feitelijke grondslag. In de context van het geheel van rov. 14 komt aan de aangevallen alinea kennelijk niet meer betekenis toe dan een illustratie van de niet-bereidheid van de NOS om met De Telegraaf in onderhandeling te treden over het ter beschikking stellen van het 'spoorboekje'. Dat blijkt uit de alinea ervóór, waar dit met zo veel woorden staat. Daartegen is geen klacht gericht. Het blijkt voorts uit de alinea erna ('Niet gebleken is dat door de NOS en/of de omroepen dergelijke programmeergegevens reeds aan derden, waaronder De Telegraaf zijn verstrekt.') Ook tegen die alinea is geen klacht gericht. Het hof zou de illustratie geredelijk hebben kunnen weglaten, zonder dat zijn redenering naar het eindoordeel met betrekking tot het misbruik daarmee een schakel tekort zou komen. Dat betekent dat het subonderdeel (mede) niet kan sla-

gen, omdat het, zolang andere (sub)onderdelen niet slagen, niet kan leiden tot vernietiging van 's hofs arrest en de NOS c.s. in zoverre belang bij dit subonderdeel missen. 4.13. Het derde subonderdeel van onderdeel IV (met het nr. 25) bevat een rechtsklacht over een deeloverweging op p. 11 van het arrest die voor zover hier van belang luidt:

'Er is ook geen (objectieve) rechtvaardigingsgrond, nu niet aannemelijk is geworden dat de Omroepen, die [...] een jaarlijkse bijdrage uit de algemene middelen ontvangen, door de uitgave van TV Week zodanige inkomsten uit hun programmabladen zullen derven dat daardoor het publieke bestel zal worden ondergraven.' Het subonderdeel voert aan dat het hof door (louter en alleen) vanwege dit laatste geen (objectieve) rechtvaardigingsgrond voor de weigering door de NOS c.s. aan te nemen, een rechtens onjuist, want te eng criterium hanteert. Volgens het subonderdeel kan er ook zonder 'ondergraving' van het publieke bestel sprake zijn van een rechtvaardigingsgrond, en is de vraag niet of zo'n grond ontbreekt maar of de NOS en/of de omroepen, gelet op hun belangen, in redelijkheid licentiëring van het 'spoorboekje' mogen weigeren.

4.14. Naar mijn oordeel verliest ook dit subonderdeel de context van de aangevallen deeloverweging van het hof uit het oog. Gegeven de door het hof eerder (gemotiveerd) aangenomen machtspositie van de NOS c.s., en gezien het door het hof (op blz. 11 bovenaan, aan het slot van de overlopende alinea op blzz. 10-11) gegeven, door het onderdeel niet bestreden oordeel

'Door voormelde opstelling van de NOS en de Omroepen wordt elke mededinging op de desbetreffende markt uitgesloten',

getuigt de zienswijze van het hof dat van mededingingsrechtelijk misbruik van machtspositie gesproken kan worden, behoudens aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond voor de weigering, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Bij een en ander sluit het hof ook kennelijk aan bij de criteria van het HvJ EG in de Magill-zaak (6 april 1995, Jur. 1995, p. I-743, NJ 1995, 492) en in de Bronner-zaak (26 november 1998, Jur. 1998, p. I-7791, NJ 1999, 523). Het hof heeft voor zo'n rechtvaardigingsgrond kennelijk niet voldoende geacht de in het subonderdeel gepropageerde aanwezigheid van 'belangen' bij de NOS c.s., waardoor, volgens de NOS c.s., 'in redelijkheid licentiëring van het "spoorboekje" geweigerd mag worden'. Dat het hof daarmee geen genoegen nam, getuigt m.i. evenmin van een onjuiste rechtsopvatting. Gegeven een machtspositie en gegeven een uitschakeling van concurrentie op een relevante markt, en gegeven de mededingingsrechtelijke onwenselijkheid daarvan, moeten aan een (objectieve) rechtvaardigingsgrond hoge eisen worden gesteld.(20) Ik zie geen reden hierover méér te zeggen, nu het subonderdeel niet (gespecificeerd) aangeeft welke andere belangen(categorieën) het hof rechtens als rechtvaardigingsgronden had behoren te aanvaarden.

4.15. In een vierde subonderdeel (par. 26) klaagt het onderdeel nog over 's hofs deeloverweging op blz. 11, tweede volle alinea(21) van het arrest, waarin het hof concluderend overweegt dat er naar zijn oordeel sprake

is van 'een uitzonderlijke omstandigheid' in de zin van de Magill- en Bronner-arresten van het HvJ EG. Het onderdeel klaagt erover dat volgens die arresten in een geval als dit in de eerste plaats moet worden onderzocht of er voor het product dat een derde, in casu De Telegraaf, op de markt brengt respectievelijk wenst te brengen, al dan niet een 'daadwerkelijk of potentieel substituu' bestaat.

4.16. Ook dit onderdeel mist feitelijke grondslag. Met zijn deeloverweging bovenaan blz. 11, 1e t/m 4e regel: 'Daarbij wordt, nu van het tegendeel onvoldoende is gebleken, ervan uitgegaan dat van de zijde van de consument vraag is naar een uitgave als TV Week' heeft het hof het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituu voor de uitgave TV Week, (met als kenmerken een blad met een weekprogramma, naar genre in plaats van naar zender ingedeeld, vgl. hierboven 2.1, onder h en 2.2, onder k), tot uiting gebracht. In aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, en mede in het licht van het (beperkte) partijdebat ten deze, kan ook de motiveringsklacht niet slagen, nu het gaat om een feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel van het hof. Ook voor zover het onderdeel erover klaagt dat het hof niet zou hebben vastgesteld dat aan een uitgave als TV Week een constante en regelmatige potentiële vraag bestaat, mist het feitelijke grondslag nu een zodanige waardering in 's hofs geciteerde, feitelijke (voorlopige) oordeel besloten ligt. Voor zover in dat partijdebat door de NOS c.s. gesteld is dat TV Week 'niet een dergelijk, nieuw product is' en voor zover het middelonderdeel erover klaagt dat het hof de beweerde niet-nieuwheid niet afzonderlijk beoordeeld heeft, faalt het, reeds omdat het uit het oog verliest dat het (minst genomen) de vraag is of de door de NOS c.s. ingeroepen jurisprudentieregels van het Hof van Justitie der EG in een zaak als hier aan de orde de voorwaarde van 'nieuwheid' kennen.(22)

4.17. De klacht aan het einde van dit subonderdeel, dat het hof niet getoetst zou hebben aan de door het Hof van Justitie der EG voor het aannemen van misbruik van machtspositie in dit soort gevallen gestelde drie cumulatieve voorwaarden, mist feitelijke grondslag. Alle drie voorwaarden, te weten (kort gezegd) daadwerkelijk behoefte aan het product, uitsluiting of verstoring van de mededinging en ontbreken van een objectieve rechtvaardiging, zijn in rov. 14 van 's hofs arrest door het hof beoordeeld. Dat bleek hierboven reeds.(23)

4.18. Reeds op basis van het vorenstaande meen ik te kunnen concluderen dat middelonderdeel IV niet tot cassatie kan leiden (waarmee, zoals eerder aangegeven, onderdelen I t/m III en ook het incidentele middel van De Telegraaf geen beoordeling behoeven). Het door de NOS c.s. in cassatie overgelegde dossier in de bestuursrechtelijke procedure

4.19. Zulks impliceert dat ik in de s.t. namens de NOS c.s. geen argumenten heb aangetroffen die mij tot een ander preadvies brengen. Aan deze op het eerste gezicht overbodige mededeling voeg ik toe, dat dit niet anders is na kennisneming van de door de NOS c.s. (pas) in de cassatieprocedure overgelegde stukken(24)

uit de mededingingsrechtelijke/bestuursrechtelijke procedure bij de NMa resp. bij de rechtbank te Rotterdam, die hebben geleid tot het eerder genoemde besluit van de NMa d.d. 3 oktober 2001 en de eerder genoemde uitspraak van de rechtbank te Rotterdam d.d. 11 december 2002.

4.20. Dit gezegd hebbend, kan ik wat mijzelf betreft in het midden laten of - ook rekening houdend met de 'disclaimer' van de NOS c.s. ten aanzien van feitelijke stellingen, en met de afwezigheid van bezwaar van de advocaat van De Telegraaf tegen de overlegging als zodanig - verwijzingen naar een zo laat overgelegd, zo omvangrijk dossier in een andere procedure waarbij beide partijen betrokken zijn, (cassatie)procedureel toelaatbaar is, en met name of toelaatbaar is, in de woorden van de s.t. namens de NOS c.s., p. 32, nr. 74: 'Het gestelde [in de(25)] in de vorige alinea sub (a), (c), (f) en (g) bedoelde stukken moge daarom, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, als hier herhaald en ingelast beschouwd worden.' Over de toelaatbaarheid van een dergelijke modus procedendi heb ik toch - wat mijzelf betreft in deze zaak ten overvloede, maar misschien ligt dit anders voor de Hoge Raad - mijn twijfels. Ik wijs in dit verband op HR 8 januari 1999, NJ 1999, 342 (rov. 4.3.4, derde alinea):

'Het subonderdeel [berust] op de opvatting dat het overleggen van processtukken uit een andere procedure met de verklaring dat de inhoud daarvan als "hier herhaald en geïnsereerd" heeft te gelden, voldoende is om hetgeen in die stukken aan stellingen en feiten is te vinden te beschouwen als aangevoerd in het geding waarin dat overleggen en die verklaring hebben plaatsgevonden, en aldus als mede aan het in dat geding gedane verzoek of gevoerde verweer ten grondslag gelegd. Deze opvatting is onjuist. De partij die zulke stellingen en feiten wil inroepen, dient dit op een zodanige wijze te doen dat voor de rechter duidelijk is dat wat hem als grondslag voor het verzoek of het verweer ter beoordeling wordt voorgelegd, en voor de wederpartij waarop hij zijn verweer heeft af te stemmen.'

Nu hebben de NOS c.s. op blzz. 33-35 (nrs. 77-81) weliswaar een hunnerzijds zogenoemde 'leeswijzer' bij deze stukken gegeven, maar die blijft naar mijn smaak erg globaal. En de NOS c.s. kunnen nu wel zeggen (s.t. nr. 74) dat door de verwijzingen 'nodeloze herhaling kan worden vermeden' en dat 'het wiel aldus maar één keer hoeft te worden uitgevonden', maar dit zijn m.i. frasen. Niets (behalve eventueel tijdgebrek, maar dat behoort niet op de (cassatie)rechter te worden afgewenteld) belette de NOS c.s. om datgene wat zij ter onderbouwing van haar cassatiemiddel essentieel vonden uit de stukken in de andere procedure, daaraan te ontnemen en gepreciseerd in de schriftelijke toelichting op te nemen in, pakweg, vijf tot desnoods tien pagina's. Bij de nu door de NOS c.s. gevolgde werkwijze wordt de Hoge Raad geconfronteerd met 5 pagina's s.t. terzake, plus het zelf nader na te zoeken materiaal uit het nu overgelegde NMa-dossier:

- stuk (a), advies Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet: 48 pags.; specificatie namens NOS

c.s.: nrs. 1-15, 74-104, 105-152 (19 pags.), 'met name' nrs. 112-121 (2 pags.);

- stuk (c), beroepschrift NOS bij Rb. Rotterdam: 28 pags., specificatie namens NOS c.s.: pp. 6-17 (12 pags.);

- stuk (f), pleitaantekeningen van mrs. Feenstra, Van der Woude en Cartigny voor de NOS, 32 pags., specificatie namens NOS c.s.: pp. 5-21 (17 pags.)

- stuk (g), pleitaantekeningen van mrs. Brouwer en Schillemans (17 pags.) (geen specificatie namens de NOS c.s.).

Wat in deze verwijzingen nu écht telt, en wat níet telt, wordt ook in een 'leeswijzer' als deze m.i. onvoldoende onderscheiden. Dat verbaast niet, want als de NOS c.s. daarvan echt werk gemaakt zouden hebben, zouden zij gewoon met een concieze toelichting, zonder productie van de dossierstukken uit deze andere procedure hebben (kunnen) volstaan.

4.21. De verwijzing naar het dossier in de beroepsprocedure ontmoet m.i. bovendien bedenkingen, omdat het bezwaarlijk is de ogen te (moeten) sluiten voor de eveneens in het dossier aanwezige dingtalen van de zijde van de NMa (verweerschrift namens de NMa (28 pags.), pleitaantekeningen van mr. Ludding namens de NMa (15 pags.)) en van de zijde van De Telegraaf (schriftelijke uiteenzetting De Telegraaf (6 pags.) en pleitaantekeningen van mrs. Schaap en Pel (5 pags.)).

4.22. Ik herinner er nog eens aan dat het in deze zaak bij de Hoge Raad om een kort geding gaat.

4.23. Zou de Hoge Raad over deze bezwaren heen stappen, dan klemt overigens eens te sterker de behoefte om niet voorbij te gaan aan de vaker genoemde, inmiddels bekende uitspraak op het beroep van de NOS: de uitspraak van de Rotterdamse rechtbank d.d. 11 december 2002.(26)

De uitspraak in de bestuursrechtelijke procedure van rechtbank Rotterdam d.d. 11 december 2002

4.24. Eerder (nr. 1.8) heb ik overigens aangegeven dat de Hoge Raad naar mijn mening aan deze uitspraak, althans aan het gegeven dat de rechtbank het beroep van de NOS ongegrond verklaard heeft, niet voorbij zou dienen te gaan. Ik herinner eraan dat, niettegenstaande alle cassatieklachten in onderdeel IV tegen 's hofs kartelrechtelijk oordeel, niet alleen de NMa bij besluit van 3 oktober 2001, maar vervolgens ook - in het beroep daartegen - de rechtbank te Rotterdam het hof bepaald niet in de kou hebben gezet. Sterker nog: 's hofs verwachting met betrekking tot (rechterlijke beoordeling van) misbruik van machtspositie door de NOS c.s. ten aanzien van de licentieweigering is in wezen uitgekomen.(27) Ik zal aangeven dat de mogelijkheid van hoger beroep van de NOS c.s. bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven daaraan m.i. niet afdoet.

4.25. Naast mijn 'gewone-mensen'-argument dat de beslissing van de Rotterdamse rechtbank 'op straat ligt' en dat de partijen in dit geschil uiteraard inmiddels ook al (moeten) denken en handelen overeenkomstig die realiteit, noemde ik hierboven mijn meer op deze cassatieprocedure toegespitste argument dat partijen zelf - en

de rechters in eerdere instanties - de nauwe samenhang zo benadrukt hebben.

4.26. Ik meen evenwel dat er ook 'cassatietechnisch' reden is om met de uitspraak van 11 december 2002 rekening te houden. In de aard van deze kortgedingzaak (en toch ook in het desbetreffende middel IV van de NOS c.s.) ligt besloten dat na eventuele vernietiging en verwijzing, vervolgens het hof, waarnaar verwezen wordt, zich dient te oriënteren op de inmiddels door de rechtbank in de procedure op basis van de Mededingingswet gedane uitspraak (ook al is die nog niet onherroepelijk). Daarvan uitgaande kan de Hoge Raad, gegeven de inhoud van de uitspraak van de Rechtbank, oordelen dat de NOS c.s. geen belang hebben bij het onderhavige onderdeel, nu de (nog steeds) kortgedingrechter waarnaar verwezen wordt, ook van het misbruik van economische machtspositie zal dienen uit te gaan. Dat zou slechts anders zijn als de NOS c.s. de Hoge Raad zouden duidelijk maken dat de Rotterdamse uitspraak op een evidente misslag berust, en de Hoge Raad de NOS c.s. daarin zou volgen.

4.27. Ik onderken natuurlijk dat, ook indien van een evidente misslag geen sprake is, nog steeds de mogelijkheid bestaat dat het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in hoger beroep alsnog de uitspraak van Rb. Rotterdam zal vernietigen. Die mogelijkheid doet er m.i. evenwel niet aan af dat in een kortgedingzaak als deze, de kortgedingrechter zich (behoudens evidente misslag) zich dient te oriënteren op het oordeel van de bodemrechter in de nauw verwante procedure. En die mogelijkheid van een ander (eind)oordeel van het CBB vormt ook geen (wezenlijke) verkorting van rechten van de NOS c.s. In zodanig geval is immers de voor de hand liggende weg voor de NOS c.s. om een nieuw - ceteris paribus succesvol - kort geding tegen De Telegraaf aan te spannen.

4.28. Aan het slot van de behandeling van dit middel-onderdeel wil ik hieronder de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam deels samenvatten, deels citeren, met (behoudens één voetnoot) geen ander commentaar dan dat ik van mijn kant daarin niet een evidente misslag heb ontwaard.

4.29. Ook de rechtbank concludeert tot een machtspositie van de NOS c.s. in de zin van (het met art. 82 EG corresponderende) art. 24 Mededingingswet. De rechtbank wijdt eerst overwegingen aan het wettelijk kader (2.1) en aan de feiten (2.2): aldaar wordt mede stil gestaan bij het vonnis van de president van de rechtbank en het arrest van het hof te 's-Gravenhage in de zaak die thans in cassatie voorligt. In onderdeel 2.3 van de uitspraak volgt een uitvoerige weergave van de standpunten van partijen. In onderdeel 2.4.2 volgt de beoordeling van het beroep van de NOS. De rechtbank verwerpt het beroep van de NOS tegen de afwijzing door de DG-NMa van het verzoek van de NOS c.s. om toepassing van art. 25, eerste lid, Mededingingswet (uitzondering op art. 24 in verband met het vervullen van bijzondere taken). Ten aanzien van het handelen in strijd met art. 24, eerste lid, Mededingingswet (misbruik van economische machtspositie) overweegt de rechtbank als volgt. Allereerst geeft de rechtbank aan

wat ten deze als de relevante markt(en) moet(en) worden aangemerkt: dat zijn de markt(en) van wekelijkse programmeergegevens van de omroep(en). De NOS, die op grond van art. 58 van de Mediawet de beschikking heeft over de programmeergegevens van de publieke omroepen, heeft deswege een machtspositie op de markt van de wekelijkse programmeergegevens van de publieke omroepen. Haar feitelijke machtspositie wordt versterkt door art. 59 Mediawet. Bij de vraag of de NOS misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt door te weigeren de programmeergegevens aan De Telegraaf te leveren, overweegt de rechtbank dat uit de jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat een dergelijk misbruik de markt kan betreffen waarop de weigerende onderneming een machtspositie inneemt of een afgeleide markt. Als afgeleide markt moet, aldus de rechtbank, in casu worden aangemerkt de markt voor wekelijkse programmaoverzichten in schriftelijke vorm. Vervolgens gaat de rechtbank in op het beroep van de NOS op het bijzondere, exclusieve karakter van het IE-recht. Voor zover het om niet geharmoniseerd IE-recht gaat, worden ingevolge onder meer het arrest Volvo/Veng (Jur. Hof EG 1988, p. 6211) de voorwaarden waaronder en de wijze waarop zulk een IE-recht wordt beschermd, bepaald door nationale rechtsregels. De rechtbank sluit vervolgens aan bij het arrest van het Haagse hof (in de nu bij de Hoge Raad voorliggende zaak), waarbij het hof bescherming volgens het gewone auteursrecht, en bescherming volgens de Databankenwet heeft afgewezen, maar wél bescherming op grond van de zgn. geschriftenbescherming heeft aangenomen, welke bescherming mede een verbodsrecht (en niet slechts een vergoedingsrecht) inhoudt. De rechtbank omschrijft het specifieke voorwerp van de geschriftenbescherming als: het exclusieve recht voor de eigenaar van de gegevens om die te verveelvoudigen en openbaar te maken, al dan niet door middel van het verlenen van toestemming aan derden.(28) Voor de afweging tussen dit exclusieve recht tegen en het mededingingsrecht zoekt de rechtbank wederom aansluiting bij de jurisprudentie van het HvJ EG (arresten Volvo/Veng en Magill). Ik voer thans een aantal overwegingen van de rechtbank letterlijk in:

'In het arrest Magill bevestigde het Hof van Justitie de overweging, reeds naar voren gebracht in het arrest Volvo, dat een weigering om een licentie te verlenen, ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie, op zichzelf geen misbruik van die machtspositie kan opleveren. Het Hof oordeelde in het arrest Magill dat het alleenrecht van verveelvoudiging deel uitmaakt van de prerogatieven van de houder van het auteursrecht. Het Hof stelde echter uitdrukkelijk vast - een overweging die reeds bij het arrest Volvo impliciet leek mee te spelen - dat:

"de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren" (r.o. 50).

In het concrete geval van het arrest Magill leverde de weigering van de omroepmaatschappijen toestemming te verlenen ten aanzien van publicatie van de programmeergegevens, waarop een auteursrecht rustte, aan een

andere onderneming die deze gegevens wenste te publiceren in een alomvattende wekelijkse tv-gids, volgens het Hof misbruik op. De omroepmaatschappijen, die de enige bron waren van de programmeergegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een wekelijkse tv-gids, lieten aan de kijkers geen andere keuze dan voor elk kanaal een aparte gids te kopen. Door die gedraging werd de introductie belet van een nieuw product, dat de betrokken ondernemingen zelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond. Door te weigeren de programmeergegevens te leveren, voor welke weigering geen objectieve rechtvaardiging bestond, behielden de omroepmaatschappijen zich een afgeleide markt, de markt voor wekelijkse tv-gidsen, voor door elke mededinging op die markt uit te sluiten. Uitzonderlijke uitstandigheden [lees: omstandigheden, A-G] als zojuist bedoeld werden derhalve aanwezig geacht (r.o. 52-57). In het arrest Bronner v. Mediaprint (Hof van Justitie EG 26 november 1998, nr. C-7/97, Jur. EG 1998, p. I-07791) (hierna: Bronner) werd door de aanbieder van een dienst van thuisbezorging geweigerd deze dienst te verlenen aan een derde. Het Europese Hof van Justitie vatte de bijzondere omstandigheden zoals aanwezig in het Magill arrest als volgt samen:

"op het arrest Magill [kan] [...] slechts een beroep worden gedaan om te concluderen dat sprake is van misbruik [van een machtspositie door de aanbieder van de dienst] [...], wanneer niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen, elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat" (r.o. 41).

Daargelaten of hieruit niet reeds volgt dat het criterium dat de dienst of de gegevens "onontbeerlijk" is of zijn voor de verzoeker, het meest belangrijk is, uit deze overweging valt niet af te leiden dat het Hof het beletten van de introductie van een nieuw product als een essentieel criterium ziet. De rechtbank merkt hierbij op dat, gelet op de huidige stand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot het punt dat hier aan de orde is - te weten welke omstandigheden zijn in zodanige mate "bijzonder" dat zij een inbreuk op de exclusiviteit van het IE-recht rechtvaardigen - niet gesteld kan worden dat het Hof van Justitie zich in het arrest Magill al definitief en expliciet heeft uitgelaten in die zin dat alléén de aldaar genoemde omstandigheden, cumulatief, als "bijzonder" in de zojuist bedoelde zin moeten worden beschouwd. Integendeel - nog daargelaten rechtsoverweging 41 uit het arrest Bronner - juist een begrip als "uitzonderlijke" of "bijzondere" omstandigheden laat ruimte voor de rechtsontwikkeling en voor het in aanmerking nemen van de specifieke aspecten van het voorliggende geval. Zo gezien lijkt het niet voor de hand te liggen dat het Hof van Justitie zich in het arrest Magill al op voorhand in detail heeft willen vastleggen. Terzijde zij opgemerkt dat in dit arrest geen

omschrijving van het begrip "nieuw product" is gegeven [lees: gegeven, A-G]. Goed denkbaar is dat het Hof van Justitie hierbij vooral het oog daarop heeft gehad dat de consument door de weigering aldaar aan de orde de keuze wordt onthouden tussen de bestaande producten en een potentieel nieuw product. In dit licht gezien moet worden gesteld dat door de leveringsweigering van de NOS de consument slechts aangewezen is op het aanschaffen van de bestaande programmabladen en niet de keuze heeft om daarnaast - of in plaats daarvan - te volstaan met het in veel huishoudens al aanwezige abonnement op een dagblad of het aanschaffen van de zaterdagkrant met bijlagen in de losse verkoop. Voor deze opvatting vindt de rechtbank ook steun in r.o. 131 van het arrest Tiercé Ladbroke SA t. Commissie (arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 juni 1997, T-504/93, Jur. EG 1997, p. II-0923).

Toegepast op de situatie hier in geding betekent dit ten eerste dat De Telegraaf voor het product dat zij wil aanbieden, namelijk een bijlage bij de zaterdageditie van "De Telegraaf" bevattende een wekelijkse tv-gids, de programmeergevens van de omroepen nodig heeft, waaronder de gegevens die de NOS namens de publieke omroepen ontvangt. Deze gegevens kan zij niet eenvoudig langs andere weg verkrijgen, noch kan zij deze zelf samenstellen. Er bestaat derhalve geen reëel of potentieel alternatief voor De Telegraaf om de programmeergevens te krijgen. Hieruit volgt dat de wekelijkse programmaoverzichten van, onder andere, de NOS onontbeerlijk zijn voor De Telegraaf, alsmede overigens voor iedere andere derde (onder andere de andere dagbladen) die het product van een wekelijkse tv-gids zou willen aanbieden. Ten tweede is de rechtbank niet gebleken van een objectieve rechtvaardiging voor de licentieweigering door de NOS. Anders dan de NOS, kan, zoals gezegd, in ieder geval geen rechtvaardiging worden gevonden in artikel 25 van de Mw. Ook acht de rechtbank, anders dan de NOS, geen rechtvaardiging gelegen in het bestaan van een IE-recht. Het uitgangspunt is immers reeds dat in beginsel een beroep kan worden [gedaan, A-G] op het nationale IE-recht, en dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden het IE-recht moet wijken voor het mededingingsrecht. Een van die uitzonderlijke omstandigheden kan zijn gelegen in het ontbreken van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Om een cirkel-redenering te voorkomen is het dogmatisch juist dat een dergelijke objectieve rechtvaardigingsgrond aangenomen moet worden in een andere grond dan het bestaan van het IE-recht zelf of artikel 25 van de Mw, waarvan dus niet is gebleken. Tenslotte oordeelt de rechtbank dat door de leveringsweigering van de NOS - al dan niet in samenhang met de leveringsweigering door de overige eigenaren van programmeergevens - elke mededinging op de afgeleide markt voor wekelijkse publicaties met programmaoverzichten buiten de "closed shop" van de huidige aanbieders van programmeergevens wordt uitgesloten. Hoewel er verschillende aanbieders opereren op de markt voor wekelijkse programmabladen, hebben deze aanbieders alle de functie van omroep danwel exploiteren zij een omroep, hetgeen hen onderscheidt van een

potentiële marktpartij die niet de beschikking heeft over eigen programmeergevens met het daarbij behorende feitelijke monopolie. Het gaat er immers niet om of de omroepen onderling concurreren, maar om de vraag of zij een andere onderneming of instelling die niet behoort tot deze kring van de omroepen tot concurrentie (willen) toelaten. De licentieweigeraar (of de licentieweigeraars gezamenlijk) behouden zich derhalve een afgeleide markt voor, te weten de markt van bladen met wekelijkse programmaoverzichten, in die zin dat elke mededinging door anderen dan zichzelf wordt uitgesloten. De rechtbank is van oordeel dat bovengenoemde uitzonderlijke omstandigheden - die overeenkomen met de voorbeelden van uitzonderlijke omstandigheden zoals genoemd door het Hof in de arresten Magill en Bronner - ertoe leiden dat de NOS, ondanks haar exclusieve recht op grond van de geschriftenbescherming, misbruik maakt van haar machtspositie op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten door te weigeren de aan haar toebehorende programmeergevens te leveren aan De Telegraaf. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat verweerder in het bestreden besluit terecht heeft geoordeeld dat de leveringsweigering van de NOS misbruik van machtspositie oplevert in de zin van artikel 24, eerste lid, van de Mw. Mede in aanmerking genomen de huidige stand van de onderhavige procedure en van de rechtspraak in het algemeen, ziet de rechtbank geen aanleiding om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Onder de vorengeschetste omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat niet kan worden volgehouden dat verweerder, bij afweging van alle betrokken belangen, niet heeft kunnen besluiten tot oplegging aan de NOS van een dwangsom als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de Mw. Naar het oordeel van de rechtbank wegen de belangen welke met de dwangsomoplegging zijn gediend zwaarder dan de gestelde belangen van de NOS. De last is niet onvoldoende bepaald en de dwangsom niet onredelijk hoog. De NOS heeft zich tenslotte gekeerd tegen het feit dat verweerder in het bestreden besluit, met toepassing van artikel 63, tweede lid, van de Mw, heeft bepaald dat de werking van de beschikking tot het opleggen van de last onder dwangsom in afwijking van artikel 63, eerste lid, van de Mw niet wordt opgeschort. De rechtbank stelt daaromtrent vast dat de opschorting van rechtswege, bedoeld in artikel 63, eerste lid, van de Mw, zich niet verder uitstrekt dan tot het tijdstip waarop op het beroep is beslist. Dat geldt evenzeer voor een besluit op grond van artikel 63, tweede lid, van de Mw. Nu bij deze uitspraak op het beroep wordt beslist (en de - bij het bestreden besluit gehandhaafde - oplegging van de last onder dwangsom in stand wordt gelaten), heeft de NOS dan ook geen belang meer bij bespreking van deze beroepsgrond. De rechtbank onderschrijft overigens de in de uitspraak van 22 juni 2000 door de president aan artikel 63, tweede lid, van de Mw gegeven interpretatie, die - kort gezegd - inhoudt dat voor toepassing van artikel 63, tweede lid, van de Mw en dus voor afwijking van de hoofdregel alleen ruimte is in geval van bijzondere en zwaarwegende omstandigheden, in die zin dat

voor degene te wiens behoeve de last onder dwangsom is opgelegd onevenredig nadeel voortvloeit uit het niet onmiddellijk na het ongebruikt verstrijken van de begunstigingstermijn ten uitvoer leggen daarvan. Niet gezegd kan worden dat van een dergelijk onevenredig nadeel aan de zijde van De Telegraaf ten gevolge van de uit artikel 63, eerste lid, van de Mw voortvloeiende opschorting van de onmiddellijke werking sprake was, zulks gezien in verhouding tot het nadeel dat de NOS zou ondervinden van een beslissing tot onmiddellijke uitvoering op grond van het tweede lid van artikel 63 van de Mw. De rechtbank merkt in dat verband nog op dat het (handhavings)stelsel van de Mw aanmerkelijk zou worden vereenvoudigd en tegelijkertijd aan effectiviteit zou winnen, indien de wetgever ertoe zou overgaan de reikwijdte van artikel 63, eerste lid, van de Mw te beperken tot uitsluitend beschikkingen omtrent het opleggen van een boete, in welk geval aan de voorziening van artikel 63, tweede lid, van de Mw geen behoefte meer is. Uit het voorgaande volgt dat de beroepsgronden geen doel treffen.

Nu ook overigens - en binnen de grenzen van artikel 8:69, eerste en tweede lid, van de Awb - niet is gebleken van strijd met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel, kan het bestreden besluit voorzover betrekking hebbende op de NOS in rechte standhouden en dient het beroep van de NOS ongegrond te worden verklaard.'

4.30. Tot zover de bespreking van middelonderdeel IV van de NOS c.s. Bespreking van het middel in het voorwaardelijk incidenteel beroep van De Telegraaf

4.31. Indien de Hoge Raad onderdeel IV van het principale middel van de NOS c.s. verworpt, is daarmee - als eerder aangegeven - m.i. ook het lot van de principale middelonderdelen I t/m III bezegeld in verband met gebrek aan belang. Het voorwaardelijk incidenteel beroep van De Telegraaf komt dan ook niet aan de orde. Zou middelonderdeel IV van de NOS wél slagen, dan komen de overige cassatieklachten over en weer alsnog in beeld. Als eerder aangegeven begin ik met het voorwaardelijk incidenteel beroep van De Telegraaf, want als dat níét zou slagen, zal de Hoge Raad m.i. weer níét aan de principale middelonderdelen I t/m III behoeven toe te komen.

4.32. Het voorwaardelijk incidentele beroep van De Telegraaf behelst klachten tegen de rov. 7-12 van het hof. Het gaat daarbij

(i) om de uitleg van art. 59 Mediawet en zijn voorganger, art. 22 Omroepwet, en met name om de vraag of hierin qua beschermingsomvang al dan niet een materiele verruiming is neergelegd ten opzichte van de geschriftenbescherming ingevolge de Auteurswet 1912, en als dit laatste niet zo is:

(ii) om de vraag of het hof bij de beoordeling van het inbreukmakend karakter van de door De Telegraaf naar genre gepubliceerde programmeergevens (ervan uitgaande dat daarbij ontlening heeft plaats gehad aan de programmeergevens van de NOS c.s.) een juiste maatstaf heeft aangelegd, respectievelijk zijn oordeel naar behoren heeft gemotiveerd. Een en ander speelt in het licht van het beroep dat de NOS c.s. gedaan hebben op

niet alleen de 'geschriftenbescherming' ingevolge de Auteurswet 1912 en de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad dienaangaande, maar ook (rechtstreeks) op art. 59 Mediawet en deszelfs wettelijke voorganger, art. 22 Omroepwet. Voor goed begrip diene de volgende achtergrondschets (nrs. 4.33-4.41).

4.33. Uitkomst van het door de Hoge Raad in zijn zgn. 'radioprogramma-arresten' in de jaren '50 en '60 van de vorige eeuw ontwikkelde bijzondere stelsel voor bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter was, in de samenvatting bij Spoor/Verkade, Auteursrecht, 2e druk 1993, nr. 55:

1°. De toepassing van de bepalingen der Aw op deze geschriften moet per voorschrift, naar de strekking daarvan, worden beoordeeld.

2°. Bescherming veronderstelt dat opschriftstelling heeft plaats gehad. Deze opschriftstelling is voorwerp van de bescherming.

3°. De verzamelde gegevens zijn als zodanig, los van (ontlening aan) de opschriftstelling niet beschermd.

4°. Onder de beschermde geschriften vallen niet alleen drukwerken, maar ook andere geschriften (handschriften, typoscripten e.d.).

5°. Om de bescherming te genieten is vereist dat de geschriften zijn openbaar gemaakt of bestemd zijn om te worden openbaar gemaakt.

6°. Bij dit laatste is - voor bescherming in Nederland - niet van belang of de betrokken geschriften (uitsluitend) voor openbaarmaking in het buitenland zouden zijn bestemd.

7°. Bescherming tegen overname veronderstelt bewijsbare ontlening. [(29)] Het onafhankelijk samenstellen, zonder (gestelde en zo nodig bewezen) ontlening aan het geschrift, van een overeenkomstig geschrift, vormt geen inbreuk.

8°. Een te verbieden ontlening aan het geschrift heeft ook plaats bij ontlening aan een kopie of bij ontlening aan een voorlezing van het geschrift.

9°. Van inbreuk kan ook sprake zijn als in de (ontleende) weergave sprake is van niet-ingrijpende wijzigingen of van vertaling. Van inbreuk is evenwel geen sprake indien, ook al is er sprake van eventuele ontlening, die nieuwe opschriftstelling niet als een eenvoudige herhaling van de eerdere opschriftstelling is te beschouwen.

4.34. De politiek achtte de uitkomst bij de Hoge Raad van de zgn. radioprogramma-arresten voor de omroepen onbevredigend. Dit leidde tot opnemings in de Omroepwet (Stb. 1967, 176) van art. 22, dat in 1987 nagenoeg ongewijzigd werd overgenomen in art. 59 Mediawet (Stb. 1987, 249). Artikel 59 Mediawet luidt (thans, sinds 1998, Stb. 1998, 610(30)):

'Als inbreuk op het auteursrecht op enig geschrift inhoudende opgaven van uit te zenden programma's, vervaardigd door of in opdracht van omroepverenigingen, de Stichting(31) of enige andere instelling die zendtijd voor landelijke omroep heeft verkregen, wordt voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid mede beschouwd het verveelvoudigen of openbaar maken van lijsten of andere opgaven van die programma's anders dan met toepassing van artikel 58 of met toestemming van de

desbetreffende instelling die zendtijd heeft verkregen, tenzij wordt bewezen dat de gegevens in die lijsten of andere opgaven niet direct of indirect zijn ontleend aan enig geschrift als bedoeld in de aanhef van dit artikel.'

4.35. Wat houdt deze wetsbepaling wél, en wat houdt zij niet in?

4.36. De wetsbepaling houdt - blijkens de laatste bijzin - in ieder geval een bewijslastomkering in ten aanzien van de ontlening aan geschriften van de omroep met opgaven van omroepprogramma's.(32) Dit punt heeft in de literatuur de meeste aandacht gehad. Daarbij is onderkend dat het voor derden (zoals destijds Televisier, vgl. thans De Telegraaf) op zichzelf wel mogelijk zou zijn om de benodigde gegevens te verkrijgen zonder ontlening aan de geschriften van de omroepen, maar dat dit - vanwege de omgekeerde bewijslast - zou nopen tot het noemen van bronnen, welke bronnen dan (door maatregelen van de kant van de omroeporganisaties) allicht spoedig zouden 'opdrogen'.

Het aspect van de bewijslastomkering is in het kader van het hier besproken middel van De Telegraaf tussen partijen niet omstreden.

4.37. Ook niet omstreden is de volgende uitbreiding ten opzichte van het in nr. 4.33 beschreven geschriftenrechtelijke regime op basis van de Auteurswet. Artikel 22 Omroepwet, respectievelijk art. 59 Mediawet stelt aan de bescherming ten behoeve van de omroeporganisaties níet de voorwaarde dat het geschrift waaraan ontleend zou zijn, is openbaar gemaakt dan wel bestemd is om openbaar gemaakt te worden. De bedoeling om de bescherming ook in dit opzicht te verruimen blijkt uit de in nr. 4.39 hierna aan te halen - parlementaire geschiedenis.

4.38. Wél omstreden tussen partijen - en onderwerp van het cassatiemiddel van De Telegraaf - is een volgende, door de NOS in art. 22 Omroepwet resp. art. 59 Mediawet gelezen verruiming. Volgens de NOS(33) zou in deze wetsartikelen mede een einde gemaakt zijn aan de regel van de Hoge Raad dat inbreuk op het auteursrecht op een geschrift zonder eigen of persoonlijk karakter zich níet voordoet, ook al is er sprake van eventuele ontlening, indien de nieuwe opschriftstelling niet als een eenvoudige herhaling van de eerdere opschriftstelling is te beschouwen. De NOS c.s. willen dit afleiden uit de woorden '(lijsten of) andere opgaven' in art. 22 Omroepwet resp. art. 59 Mediawet.

4.39. Een en ander is naar mijn mening door De Telegraaf(34) en door het hof (35) doeltreffend weerlegd met het citaat uit de MvA aan de Eerste Kamer bij het wetsvoorstel voor de Omroepwet(36):

'De ondergetekenden kunnen niet geheel met de verscheidene leden (...) instemmen, dat gelet op de onderscheiden beslissingen van de Hoge Raad, er in dit wetsontwerp geen enkele materiële uitbreiding van het auteursrecht plaats zou hebben. Weliswaar is de hoofdstrekking van artikel 22, dat er een rechtsvermoeden wordt gecreëerd, waartegen een tegenbewijs wordt toegelaten - dus uitsluitend een processuele wijziging - maar het object van bescherming is, vergeleken met de interpretatie van artikel 10, lid 1, sub 1e van de Auteurswet 1912 in de rechtspraak een weinig uitgebreid.

De Hoge Raad achtte tot dusverre geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter alleen dan voor bescherming vatbaar, als zij waren openbaar gemaakt of voor openbaarmaking bestemd. Volgens het wetsontwerp worden nu echter geschriften inhoudende radio- of televisieprogramma-opgaven ook beschermd, als zij (nog) niet zijn openbaar gemaakt of daartoe bestemd.'

Van een verdere materiële verruiming blijkt hier niet. Dat die beoogd zou zijn - zonder aanwijzing voor het tegendeel - is ook daarom onwaarschijnlijk, nu de tekst van art. 22 Omroepwet (thans art. 59 Mediawet) nadrukkelijk spreekt over (geschriften-)auteursrecht, en nu de wetgever (uiteindelijk)(37) nadrukkelijk heeft willen aansluiten bij het (geschriften-)auteursrechtelijke stelsel van de Hoge Raad, zij het met de twee in bovenstaand citaat bedoelde wijzigingen ten behoeve van de omroep: een bewijsrechtelijke en (slechts) één materiële.(38)

4.40. Aan een en ander doen m.i. niet af de door de NOS c.s. aangehaalde(39) passages uit een eerdere fase van de wetsgeschiedenis, het antwoord op het (kritische) Voorlopig Verslag bij MvA II. De passage luidt, volledig(40):

'Werd tot op heden in de jurisprudentie aangenomen dat het auteursrecht van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter geschonden kon worden door het ontlenen, direct of indirect, aan deze geschriften, welke bestemd waren om te worden openbaar gemaakt waarbij de bewijslast werd gelegd op de rechthebbende van het auteursrecht op deze geschriften, thans geeft de wet zelf aan welke daden mede als inbreuk op het auteursrecht zijn te beschouwen.'

Anders dan de NOS c.s. hebben gesuggereerd(41), sprak de regering ook hier slechts over de verruiming voor de omroepen ten aanzien van het ontleningsbewijs en ten aanzien van het vereiste van 'openbaar gemaakt of bestemd om openbaar gemaakt te worden', en niet over de beschermingsomvang. Even verderop(42) beroepen de NOS c.s. zich op een ander citaat uit de MvA II bij het ontwerp-Omroepwet:

'Volgens het ontwerp is het, voor wat het verveelvoudigen betreft, voldoende, dat blijkt, dat de gedaagde zonder toestemming lijsten of andere opgaven van de programma's heeft vervaardigd; er behoeft dus niet te worden bewezen dat hij ontleend heeft aan de programma's van de rechthebbende, noch dat hij deze min of meer letterlijk heeft gekopieerd.'

Ook een beroep op dit citaat kan de stellingen van de NOS c.s. in dit geding m.i. niet schragen. Uit de (door de NOS c.s. niet aangehaalde) context van deze passage blijkt dat de regering hier doende is met een verhandeling over optreden tegen verveelvoudigers naast openbaarmakers en verspreiders en in-voorraad-hebbers. Ook uit deze passage blijkt dus niet van een door de regering bedoelde uitbreiding van de materiële beschermingsomvang die verder zou gaan dan in het eerdere citaat uit de MvA aan de Tweede Kamer, en het citaat uit de MvA aan de Eerste Kamer is verwoord.

4.41. De - m.i. onderling consistente - hierboven geciteerde uittalingen van de regering in de Tweede Kamer (vanaf de MvA-fase) en in de Eerste Kamer geven dus

geen steun aan het standpunt van de NOS. Vanwege hun onderlinge consistentie behoeft men aan het eventuele argument dat het latere woord van de regering(43) zwaarder telt dan het eerdere, niet toe te komen.(44),(45)

4.42. Thans terug naar het voorwaardelijk incidentele middel van De Telegraaf. Het middel meldt met instemming dat het hof de wetsgeschiedenis in zoverre juist geanalyseerd heeft, dat het terecht de grief gegrond achtte tegen het oordeel van de president (diens rov. 9), dat het 'openbaar maken van lijsten op andere opgaven van die programma's' zonder meer inbreuk oplevert. Zoals hierboven bleek, deel ik die opvatting van het hof. De (hoofd)klacht van het middel is evenwel dat het hof de beperkte wettelijke verruiming(46) vervolgens weer uit het oog verloren heeft. Dat heeft het hof gedaan, aldus het middel, door in rov. 11 toepasselijkheid van art. 59 Mediawet aan te nemen op de 'genregegevens' van De Telegraaf, als zijnde 'lijsten of andere opgaven van programma's' in de zin van voormeld artikel. Het onderdeel, zoals nader toegelicht, klaagt dat het hof aldus uit het oog verliest dat inbreuk op het auteursrecht op de in art. 59 Mediawet bedoelde geschriften van de NOS c.s. veronderstelt dat bij de gegevens als door De Telegraaf gepubliceerd tevens gesproken moet worden van (niet meer dan) een 'eenvoudige herhaling'. Dat is, wat betreft de beschermingsomvang voor geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, het criterium van de Hoge Raad in het Televizier- (of Radioprogramma's-III-)arrest. Dat criterium, zo verdedigt het middel, is door art. 59 Mediawet niet achterhaald.

4.43. Uit hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt, blijkt dat ik de visie deel dat het Televizier-arrest ten aanzien van de beschermingsomvang niet door de Omroepwet resp. de Mediawet is achterhaald. En nu het arrest wat dit betreft door die wet niet achterhaald is, is er inderdaad sprake van twee eisen om van inbreuk te kunnen spreken: ontlening (waarbij de omgekeerde bewijslast geldt) én 'eenvoudige herhaling', naast elkaar. Dit laatste is door uw Raad onlangs nog bevestigd in het arrest NVM/De Telegraaf ('El Cheapo'): HR 22 maart 2002, nr. C01/070(47): zie rov. 3.7.1.(48) Voor het 'gewone' auteursrecht - dat op dit punt zeker niet strenger dient te zijn dan het geschriftenrecht - heeft de Hoge Raad e.e.a. nóg recenter bevestigd in zijn arrest van 29 november 2002, nr. C01/093, NJ 2003, 17 (Wassehaar/Tros) (49): zie rov. 3.3 aldaar.

4.44. De bewuste overweging uit het El Cheapo-arrest luidt:

'... waar het Hof heeft onderzocht of De Telegraaf inbreuk maakt op de aan NVM toekomende geschriftenbescherming. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat het aannemelijk heeft geacht dat "hier geen sprake is van ontlening door eenvoudige herhaling". Aldus heeft het Hof de juiste maatstaf gehanteerd.'

Dit even recente als duidelijke rechtsoordeel van de Hoge Raad maakt een nader onderzoek, respectievelijk nadere discussie over de achtergrond en de mogelijk 'oerbedoeling' van het criterium van een 'eenvoudige

herhaling' in het Televizier-arrest overbodig.(50) Dat in gevallen waarin geen sprake is van 'eenvoudige herhaling' geen inbreuk wordt aangenomen, is uiteraard wenselijk omdat - los van alle gedetailleerde juridische argumentatie - uiteindelijk de vrijheid van informatie(verstrekking) in het geding is. De bescherming van feitelijke informatie, zonder eigen of persoonlijk karakter, staat - naar thans wel algemeen erkend is - nu eenmaal op gespannen voet met die vrijheid. Dit perspectief zal, terzijde, mede aanleiding voor de Hoge Raad geweest zijn om in zijn eveneens recente arrest van 8 februari 2002, nr. C00/109, NJ 2002 m.nt. Spoor (EP Controls)(51) de geschriftenbescherming niet te verruimen tot geschriften die níet zijn openbaar gemaakt noch bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden.(52)

4.45. Heeft het hof de maatstaf van de 'eenvoudige herhaling' miskend, of een niet begrijpelijk oordeel gegeven? Dit is naar mijn mening inderdaad het geval. In het kader van de beoordeling van het verweer van De Telegraaf dat de publicatie met rangschikking van de programmegegevens per genre, geen inbreuk maakt op het auteursrecht van de NOS c.s., bespreekt het hof in rov. 11 en 12 uitgebreid (en verwerpt) het verweer dat er geen sprake zou zijn van ontlening door De Telegraaf. Het hof gaat echter niet in op het door De Telegraaf nadrukkelijk afzonderlijk gevoerde verweer dat, afgezien van de ontlening, voor inbreuk ook vereist is dat er sprake is van (niet meer dan) 'eenvoudige herhaling'. Dat dit verweer nadrukkelijk gevoerd is, blijkt - inderdaad - uit de in het middel met vindplaatsen vermelde desbetreffende stellingnamen van De Telegraaf in de feitelijke instanties.

4.46. Voor zover het hof in rov. 11 (en/of 12) tóch geoordeeld zou hebben dat met te veronderstellen (en niet ontzenuwde) ontlening tevens de inbreuk wegens een 'eenvoudige herhaling' gegeven zou zijn, heeft het hof een onjuiste maatstaf toegepast. Voor zover een zodanig oordeel níet in rov. 11 en 12 besloten ligt (dat lijkt mij een aannemelijker lezing) heeft het hof niet - althans onvoldoende - gerepsondeerd op essentiële stellingen van De Telegraaf, en voldoet het arrest niet aan de daaraan te stellen motiveringseisen. Dat klemt nog iets meer als men daadwerkelijk kennis neemt van de genre-gewijze opstelling in de als producties overgelegde exemplaren van TV Week.

4.47. Een en ander kan m.i. niet gesauveerd worden door de door uw Raad in het eerdergenoemde 'El Cheapo'-arrest (RvdW 2002, 61) in rov. 3.7.1 vermelde instructie:

'Wel verdient opmerking dat van een auteursrechtelijk verboden overneming ook sprake kan zijn in geval van overneming met wijzigingen van minder ingrijpende aard en derhalve ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat (vgl. HR 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116).'

De Hoge Raad geeft hier, onder verwijzing naar het Televizier-arrest, een nadere invulling aan het criterium van de 'eenvoudige herhaling'. Maar nog steeds zal de feitenrechter aan zodanig criterium dienen te toetsen.

Dat heeft het hof in casu, anders dan in de El Cheapo-zaak, niet gedaan. Het middel is derhalve terecht voorgesteld.

Principale middelonderdelen I en III

48. Indien - anders dan ik adviseerde - het principale middelonderdeel IV gegrond bevonden wordt, en indien vervolgens het incidentele middel beoordeeld is en dat middel, overeenkomstig mijn advies, niet van de hand gewezen is, 'herleeft' het belang van de NOS c.s. bij de principale middelonderdelen I t/m III. Ik ga daar nu op in, waarbij ik eerst de middelen I en III (gezamenlijk) zal bespreken, en vervolgens onderdeel II.

4.49. De middelonderdelen I en III klagen beiden over rov. 6, waarin het hof het beroep van de NOS c.s. op bescherming krachtens de Databankenwet (Dw) heeft afgewezen. Mijn ambtgenoot Spier heeft in de nrs. 1.2 t/m 1.15 van zijn conclusie in de eerder genoemde 'El Cheapo'-zaak(53) een instructief exposé gegeven, voorzien van vele literatuurverwijzingen, over de achtergronden en doelstellingen van deze wet en van de EG-Richtlijn 96/9 waarop de wet is gebaseerd. Ik moge daarnaar verwijzen.

4.50. Een beroep van de NOS c.s. op bescherming onder de Databankenwet kon in eerste aanleg niet aan de orde komen, omdat die wet toen nog niet in werking was getreden. Bij het hof hebben de NOS c.s., in hun optiek subsidiair, zich alsnog op deze inmiddels per 1 juli 1999 in werking getreden wet beroepen.

4.51. Het hof is, met partijen, ervan uitgegaan dat de programmeergegevens van de NOS een 'databank' vormen. Partijen twisten evenwel over de vraag of het gaat om een databank in de zin van art. 1 Dw, waartoe dit wetsartikel een substantiële investering vereist. Artikel 1, lid 1, aanhef en sub a Dw bepaalt in dit verband (met mijn cursivering)

Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt verstaan onder:

a. databank: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering'.

4.52. Het hof heeft in rov. 6, kort gezegd, het beroep van de NOS c.s. op een 'substantiële investering' afgewezen, met de overweging dat de NOS c.s. niet gereageerd hebben op tweeërlei betwistingen door De Telegraaf. Eén van die betwistingen bestond in de stelling dat het bedrag van f. 50.000 dat de dagbladen gezamenlijk jaarlijks aan de NOS c.s. betalen voor de publicatie van dagprogramma's, wel kostendekkend zal zijn, en dat dit aantoonde dat van een substantiële investering van de NOS c.s. geen sprake is. De andere betwisting was van (meer) juridische aard. Die betrof 's hofs instemmende aansluiting bij de verwijzing door De Telegraaf naar het 'Verslag' betreffende het wetsvoorstel dat tot de Databankenwet heeft geleid. Het gaat om de in de Nota naar aanleiding van het Verslag van de Tweede Kamer neergelegde gedachtegang van de regering dat, kort gezegd, niet als substantiële investeringen tellen:

(geringe) investeringen in 'spin-offs' van databanken die ook los van de exploitatie als databank als zodanig al gedaan zijn of noodzakelijk waren. Ik geef de passage hieronder weer: (54)

'Deze [PvdA-]leden stellen vervolgens vragen over het element "substantiële investering" in de definitie van databank. Volgens de definitie kan de substantiële investering zowel op de verkrijging als op de controle als op de presentatie van de inhoud van de databank betrekking hebben. In het geval van het lijstje van Nederlandse restaurants met een Michelin-ster is de investering inderdaad, zoals deze leden al opmerken, gericht op de toekenning van de sterren en niet op het verkrijgen van het lijstje. Reeds om die reden zal het lijstje geen databank in de zin van de wet zijn. Men kan zich bovendien afvragen of een dergelijk lijstje als een verzameling van gegevens beschouwd kan worden. Het bevat in feite maar één gegeven. Een verzameling sterren - bedoeld zal waarschijnlijk zijn een lijst(je) waarin nieuw ontdekte sterren met hun namen zijn opgesomd - zal om een zelfde reden niet onder de definitie van databank vallen. De investering betreft het onderzoek middels een telescoop of ruimtereis. Daarnaast geldt ook hier dat het de vraag is of het resulterende lijstje als een verzameling van gegevens gezien moet worden. Als televisieprogrammeergegevens inderdaad, zoals deze leden stellen, niet meer zijn dan een spin-off van het programmeren van de zender, zal de substantiële investering ontbreken die noodzakelijk is om deze programmeergegevens onder de definitie van databank te laten vallen. Of dat het geval is en zo ja, welke gevolgen dat heeft voor de toepasselijkheid van het wetsvoorstel, is echter een vraag waarover de rechter aan de hand van de concrete feiten moet beslissen.'

De Hoge Raad is al bekend met de in het middelonderdeel bedoelde 'spin-off'-controverse, nu die ook aan de orde was in de vaker genoemde 'El Cheapo'-zaak.(55)

4.53. Bij het hof lopen de twee eerder aangegeven argumentaties ietwat in elkaar over(56), en het verbaast dan ook niet dat de opbouw van de middelonderdelen niet geheel 'spoot' met mijn hierboven gegeven onderscheiding. In onderdeel I klaagt het subonderdeel met het paragraafnummer 13 principieel over de aansluiting door het hof bij de even bedoelde Nota naar aanleiding van het Verslag. Onderdeel III van het middel gaat in de volle breedte in tegen deze door het hof gevolgde gedachtegang. De subonderdelen met de paragraafnummers 6 t/m 12 en 14 van onderdeel I (paragraaf 5 bevat slechts een inleiding) behelzen vooral motiveerings- en/of andere processuele klachten over het in aanmerking nemen door het hof van het argument van de door de dagbladen betaalde f. 50.000. De klachten in deze subonderdelen staan deels los van de even bedoelde meer principiële klacht, en liggen (welbeschouwd) deels in het verlengde daarvan. Er is daarom alle reden om eerst onderdeel III van het middel, tezamen met subonderdeel '13' van middelonderdeel I te bezien, en pas daarna de overige subonderdelen van onderdeel I. Onderdeel III en subonderdeel 'I-13' van het middel van de NOS c.s.: 'spin-off' or 'spin-in'?

4.54. Het hof heeft zich in rov. 6 (tussen partijen onbetwist) aangesloten bij wat inmiddels algemeen heet de 'spin-off-theorie' door te overwegen (blz. 4 onderaan en blz. 5 bovenaan):

'Daarbij komt dat de Omroepen, waarvan de primaire taak is om landelijk radio- en televisieuitzendingen te verzorgen, deze taak niet kunnen vervullen zonder programmeergegevens te verzamelen en programmalijsen op te stellen, waarbij, nu het tegendeel niet aannemelijk is geworden, moet worden aangenomen dat met het enkele opstellen van programmalijsen geen (afzonderlijke) substantiële investeringen in tijd, geld of anderszins zijn gemoeid.

Hiervoor vindt het hof mede steun in het standpunt van de minister van Justitie, waaruit valt af te leiden dat een substantiële investering kan ontbreken als televisieprogramma-gegevens niet meer zijn dan een spin-off van het programmeren van de zender (Parlementaire geschiedenis Databankenwet, Nota naar aanleiding van het Verslag (Tweede Kamer)). Bij deze stand van zaken is onvoldoende aannemelijk geworden dat van een investering, als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder a van de Databankenwet sprake is. Derhalve moet er in dit kort geding van worden uitgegaan dat de programmeergegevens niet zijn aan te merken als een databank in de zin van de Databankenwet.'

4.55. Overigens is een dergelijk oordeel ook gegeven door de NMa in de meer genoemde zaak tegen de NOS: zowel in het aanvankelijke besluit van 10 september 1998(57), als - in overeenstemming met het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet - in de beslissing op bezwaar in dezelfde zaak d.d. 3 oktober 2001:

'dat in onderhavige zaak geen sprake is van een substantiële investering of creatieve inspanning. Zoals de Adviescommissie bevestigt, vormen de programmeergegevens slechts een bijproduct van het programmeringsproces.'(58)

4.56. Zoals gezegd, heeft de spin-off-theorie bij de Hoge Raad reeds ter discussie gestaan in de vorig jaar door de Hoge Raad beoordeelde 'El Cheapo'-zaak.(59) Partijen en commentatoren hebben zich dan ook de vraag gesteld of de Hoge Raad in het 'El Cheapo'-arrest wellicht al een ook voor deze NOS c.s./Telegraaf-zaak richtinggevend, zo niet doorslaggevend arrest heeft gewezen.

4.57. Nadat het hof in de 'El Cheapo'-zaak een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de onroerend goed-database op het internet onvoldoende aannemelijk had geacht (vgl. rov. 3.3.1 sub (c) in het arrest van de HR), oordeelde de Hoge Raad:

'3.4.1. De onderdelen 2.3 en 3 richten zich tegen het hiervoor in 3.3.1 onder (c) samengevatte oordeel van het Hof. Het Hof heeft dit oordeel hierop gegrond dat onvoldoende aannemelijk is dat de in productie 27 van NVM vermelde bedragen zijn aangewend voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet, en dat voor het overige geen processtukken in het geding zijn gebracht op grond waarvan een substantiële investering voor het inrich-

ten, controleren en/of presenteren van de database op het internet voldoende aannemelijk is te achten. Hierbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een 'spin-off' van de hoofdactiviteit of een andere activiteit van de producent. Aldus overwegende heeft het Hof een onjuiste maatstaf gehanteerd door voor de toepassing van art. 1, onder a, Databankenwet klaarblijkelijk beslissend te achten of sprake is van een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet. Noch de tekst noch de strekking van deze bepaling noopt ertoe de uitgaven buiten beschouwing te laten, die zijn gedaan voor bijvoorbeeld het verzamelen en ordenen van de gegevens, los van de vraag of en wanneer deze op het internet worden geplaatst. Ook het door het Hof aan een uitlating van de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Databankenwet ontleende 'spin-off'-argument mist in dit verband betekenis, aangezien noch de Richtlijn noch de tekst van art. 1, onder a, Databankenwet een aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, in geval een databank voor meer doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen. De opvatting van het Hof zou bovendien tot aanzienlijke afbakingsmoeilijkheden leiden. Ook indien juist zou zijn dat de in de database opgenomen gegevens reeds dienden voor de hoofdactiviteiten van de makelaars, staat dit niet eraan in de weg dat de database, wanneer deze via het internet voor het publiek beschikbaar komt, evenzeer op grond van de Richtlijn en de Databankenwet voor bescherming in aanmerking kan komen. De onderdelen zijn gegrond.'

4.58. Het verbaast niet dat deze overweging door de NOS c.s. is verwelkomd als een afschieten van de spin-off-theorie: vgl. de s.t. nr. 39 en nr. 49. In nr. 50 verwijst de s.t. van de NOS c.s. met instemming naar Speyart, die de spin-off-theorie in principe afwijst en meent dat de Hoge Raad dat ook gedaan heeft.(60) De s.t. verwijst in nrs. 51-52 naar de meer genuanceerde commentaren van Overdijk en van Visser, die aangeven dat het 'spin-off'-vraagstuk (alsnog) beoordeling door het HvJ EG verlangt(61) en in nr. 54 naar het commentaar van Hugenholtz. Over de hierboven aangehaalde overweging van de HR in het 'El Cheapo'-arrest merkte Hugenholtz op:(62)

'Is het vonnis over de spin-off theorie hiermee geveld? Geenszins; wie de geciteerde overweging nauwkeurig leest, moet constateren dat de Hoge Raad over de merites van het argument geen uitspraak doet, maar zich beperkt tot het oordeel dat de spin-off leer "in dit verband" geen hout snijdt.(63) Ook advocaat-generaal Spier was in zijn doorwrochte conclusie tot het oordeel gekomen dat het spin-off argument in dit geval toepassing miste. Anders dan in de door de minister bedoelde gevallen ging het hier om een bestaande databank waaraan een andere presentatie- en exploitatievorm gegeven was.(64)'

In dezelfde zin Struik, Computerrecht 2002/3, p. 180 en Visser, AMI 2002/3, p. 102.

4.59. Niettegenstaande de op het eerste gezicht ferm ogende rov. 3.4.1 van de HR in het 'El Cheapo'-arrest, kan ik mij niet goed voorstellen dat de Hoge Raad daar in een zodanig algemene uitspraak gedaan zou hebben, als de NOS c.s. daar nu in willen lezen. Nog afgezien van de door Struik, Hugenholtz en Visser beklemtoonde lezing in de context van 'dit verband', kan ik mij niet voorstellen dat de Hoge Raad in algemene zin de 'spin-off'-theorie in de ban zou hebben gedaan, nu het hier - zoals ook door de NOS c.s. uiteindelijk, al is het met tegenzin, erkend wordt(65) - om een uitlegvraag van de Databankenrichtlijn 96/9 gaat. 4.60. Naar partijen weten te melden, hebben inmiddels twee andere nationale rechterlijke instanties in Europa, en wel het Court of Appeal in Londen en een Finse rechtbank, door het stellen van prejudiciële vragen dienaangaande, de 'spin-off'-kwestie van zodanige communautairrechtelijke relevantie geacht, dat zij hierover vragen aan het HvJ EG hebben voorgelegd. Ik kom daar zo dadelijk op terug.

4.61. De meningen in de inmiddels gestaag groeiende binnen- en buitenlandse literatuurstroom (waaronder nogal veel publicaties van over deze vraag reeds procederende advocaten), en de meningen in de lagere rechtspraak zijn - om er geen doekjes om te winden - gewoon verdeeld. (66) Liever dan de argumenten in al die bronnen stuk voor stuk nog eens op te sommen, nader te analyseren en te becommentariëren - dat is meer iets voor een proefschrift, dat overigens waarschijnlijk aan spoedige veroudering onderhevig is - vestig ik nog eens de aandacht op de hoofdargumentaties. Het gaat nog steeds om het rechtstreeks aan art. 7 lid 1 van Databankenrichtlijn 96/9 ontleende vereiste van art. 1, lid 1, onder a van de Databankenwet: het vereiste van een substantiële investering.

4.62. De hoofdargumentatie van degenen die de spin-off-theorie verworpen, is dat het niet aangaat om reeds voor een databank gedane investeringen niet mee te tellen, in het geval dat een grotendeels niet (of aanvankelijk niet) extern geëxploiteerde databank deels, respectievelijk vervolgens, wél aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. Het is volgens deze stroming niet juist om bescherming onder de Richtlijn 96/9 respectievelijk de Dw te onthouden, als de met het opzetten/vullen van de niet voor publieke exploitatie als databank gemoeide kosten deels (naderhand) blijken te kunnen worden terugverdiend door de databank of een derivaat daarvan (alsnog) tegen betaling aan het publiek ter beschikking te stellen.

4.63. De hoofdargumentatie van de voorstanders (met nuances) van de spin-off-theorie is dat, afgezien van de harmonisatie, de - notoire - doelstelling van de Databankenrichtlijn nu eenmaal is om door bescherming ervan de investeringen in databanken te bevorderen en daarmee de ontwikkeling van de informatiemarkt in de Gemeenschap te bevorderen. In dit verband zijn de overwegingen 9 en vooral 12 in de Richtlijn van belang:

(9) Overwegende dat de databanken een essentiële rol spelen bij de ontwikkeling van een informatiemarkt in

de Gemeenschap; dat zij kunnen worden gebruikt in een groot aantal sectoren;

(12) Overwegende dat dergelijke investeringen in moderne systemen voor de opslag en verwerking van informatie niet zullen plaatsvinden in de Gemeenschap zolang er geen regeling is voor een stabiele en eenvoudige bescherming van de rechten van fabrikanten van databanken. I.oral nboeken-drogreden: wees blij dat anderen het je uit handen nemen. eling van de informatiemarkt in de

In de hier bedoelde hoofdargumentatie is er voor bescherming geen aanleiding (en schiet de Richtlijn haar doel voorbij) als bescherming wordt verleend aan databanken waarin los van publieke beschikbaarstelling onvermijdelijk moe(s)t worden geïnvesteerd, terwijl voor de beschikbaarstelling van zo'n databank of van een beperkte, daarvan afgeleide databank, geen substantiële investering vereist is. Hand in hand hiermee gaat de argumentatie dat de doelstelling van de richtlijn wél is het beschermen van databanken, maar niet van data zelf. In dit verband wordt gewezen op de volgende overwegingen in de Richtlijn:

(40) Overwegende dat dit recht sui generis ten doel heeft om, voor de beperkte duur van het recht, een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank te beschermen; dat deze investering een kwestie kan zijn van geld en/of tijd, moeite en energie;

(45) Overwegende dat het recht van verbod op opvraging en/of hergebruik zonder toestemming geen uitbreiding vormt van de auteursrechtelijke bescherming tot blote feiten of gegevens; en:

(46) Overwegende dat het bestaan van een recht om de opvraging en/of het hergebruik te verbieden van het geheel of een substantieel deel van werken, gegevens of elementen uit een databank, geen aanleiding mag zijn om een nieuw recht in het leven te roepen met betrekking tot die werken, gegevens of elementen zelf. In dit verband wordt soms ook gewezen op overweging 19: (19) Overwegende dat de compilatie van meerdere vastleggingen van muziekkuitvoeringen op een CD normaliter niet binnen het toepassingsgebied van de richtlijn valt, niet alleen omdat zij als compilatie niet aan de voorwaarden voldoet om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, maar ook omdat zij niet een voldoende substantiële investering vertegenwoordigt om onder het recht sui generis te vallen; waaruit eveneens wel wordt afgeleid dat de investeringen in de 'grondstof' (in het voorbeeld van overweging 19: de vastleggingen van de muziekkuitvoeringen) niet meetellen.

4.64. Ik geef nog een, hopelijk aansprekend, vooralsnog fictief voorbeeld. Stel: er komt inderdaad een metroverbinding tussen Den Haag en Rotterdam, met 24 stations/haltes. Na alle voorafgaande bestuursrechtelijke procedures, staat het tracé vast en kunnen de aannemers aan de slag: opening voorzien in 2018. Om de metro 365 dagen per jaar tussen 06.00 uur en 24.00 uur iedere 6 minuten in beide richtingen te laten rijden, zijn zestig treinstellen nodig (incl. materieel voor verlengde treinen in de spitsuren), 9 treinleiders, 180 bestuurders,

90 controleurs, 45 man schoonmaakpersoneel en 60 man technisch onderhoudspersoneel. Uiteraard dienen de personeelsleden zorgvuldig ingeroosterd te worden, evenals de inzet van het materieel en het onderhoud daarvan, en incl. scenario's voor gevallen van ziekte, storing en calamiteiten. Dat alles gebeurt - vanzelfsprekend - in een databank. Initieel worden in die databank twee mensjaren geïnvesteerd; het bijhouden ervan kost 1,5 fte per jaar. Voor het reizend publiek moet uiteraard een dienstregeling beschikbaar zijn. Die wordt in een afzonderlijk elektronisch bestand neergelegd (on-line te raadplegen), en voorts in druk. Dit bestand is echter buitengewoon simpel: de vertrektijden 10 x per uur per station in beide richtingen, welke tijden in minuten ieder uur hetzelfde zijn. De 'spin-off'-vraag is of de publieksdatabank (de dienstregeling) nu is:

'een verzameling van(...)gegevens (...) die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering', en of de investeringen in en het onderhoud van de (grote) interne databank, waarvan de publieksdatabank is afgeleid en afgeleid blijft worden, daarbij moeten meetellen. De vraag stellen is voor mij haar - ontkennend - beantwoorden.

4.65. De aandacht van de hoofdvraag kan worden afgeleid door secundaire argumenten, die men hier en daar in literatuur en in lagere jurisprudentie tegenkomt. Die secundaire argumenten dienen m.i. naar hun (on)waarde te worden geschat. Dat de exploitant van de nieuwe metrolijn kan 'verdienen' aan de dienstregelingsdatabank via een telefonische of internet-inlichtingenlijn, respectievelijk via betaalverplichtingen voor raadplegers 'de kosten wil bestrijden', is m.i. zo'n onjuist argument.(67) Daarmee is de 'substantiële investering' als bedoeld in art. 7 Databankrichtlijn 96/9 niet gegeven. Voor bijv. de exploitant van de metrolijn (maar ook voor bijv. KPN Telecom met de databankenrechtelijke claims op het telefoonnummerbestand) is het argument bovendien omkeerbaar. In plaats van te klagen over dalende vraag naar winstgevend respectievelijk kostenbestrijdende betaalde inlichtingenverzoeken, ligt het veeleer voor de hand zich erover te verheugen dat dankzij de (gratis of goedkopere) publicatie door derden het metro- resp. telefoonverkeer gestimuleerd wordt(68), met de daarvan te verwachten verhoogde primaire inkomsten; en/of dat de 'dure' eigen inlichtingendiensten daardoor minder worden belast. Een even oneigenlijk argument waarmee op voorhand ware af te rekenen, is gelegen in gederfd inkomen van de pretense databankexploitant, doordat hij deelt in de opbrengst van de telecommunicatie-exploitant van de belminuten, of doordat hij via de website met de informatie mede reclame-inkomsten genereert. Ook dit heeft niets te maken met een 'substantiële investering' in de voor het publiek relevante databank.

4.66. In de Britse zaak (een zaak van o.a. de British Horseracing Board, die belast is met het organiseren van paardenrennen, tegen het wedkantoor William Hill)

heeft het Court of Appeal op 24 mei 2002 onder meer de volgende vraag aan het Hof van Justitie gesteld:(69) '2. What is meant by "obtaining" in Article 7(1) of the Directive? [...]'

Het hof refereert hierbij aan de in aanmerking te nemen investeringen.

4.67. Het Britse hof stelt overigens meer interessante vragen aan het Hof van Justitie. Hoewel die vragen in het bij de Hoge Raad nu voorliggende conflict tussen de NOS c.s. en De Telegraaf (nog) niet als zodanig aan de orde zijn, zullen de antwoorden daarop voor de rechtsvorming in het databankenrecht voor gevallen als de onderhavige m.i. óók van belang kunnen zijn.(70)

4.68. Ook de Finse zaak heeft betrekking op het gebruik van wedstrijdgegevens voor kansspelen. Het Finse wedkantoor Oy Veikkaus Ab maakt gebruik van het competitieschema van de Premier League, de Britse 'eredivisie'. Aangesproken door Fixtures Marketing Ltd., dat de (databank)rechten op dit competitieschema uitoefent, die zich mede beroept op miljoeneninvesteringen die samenhangen met de opstelling van het rooster, verweert Veikkaus zich onder meer met een beroep op de spin-off-theorie. Bij vonnis van 1 februari 2002 heeft de rechtbank te Vantaa een drietal vragen aan het Hof van Justitie gesteld, waarvan (in informele vertaling) de eerste twee luiden:

'1. Kan de in artikel 7, lid 1, van richtlijn 96/9/EG gestelde voorwaarde dat de investeringen gericht moeten zijn op het vervaardigen van een databank, aldus worden uitgelegd, dat in de onderhavige zaak met de in lid 1 genoemde verkrijging en de daarop gerichte investering wordt bedoeld de investering die gericht is op de vaststelling van de tijdstippen van de wedstrijden en de clubs die tegen elkaar spelen? Maken investeringen die niet relevant zijn bij de beoordeling van de criteria voor bescherming, deel uit van de samenstelling van het competitieschema?

2. Moet de bescherming in de zin van richtlijn 96/9/EG aldus worden begrepen, dat anderen dan de samenstellers van het competitieschema niet zonder toestemming gebruik mogen maken van de gegevens van het schema voor wed- of andere commerciële activiteiten?' (71)

4.69. Ik meen dat de Britse en Finse rechters er goed aan gedaan hebben deze vragen te stellen. Zij zijn ook voor de zaak van de NOS c.s. tegen De Telegraaf relevant.

4.70. Dit brengt mij tot de vraag of de Hoge Raad - als hij hieraan al toekomt na beoordeling van het eerdere middelonderdeel IV van de NOS c.s. en het incidentele middel van De Telegraaf - hetzij de zaak zou kunnen aanhouden totdat het Hof van Justitie der EG in even bedoelde Britse en Finse zaken geoordeeld heeft, hetzij liever zijnerzijds eigen prejudiciële vragen zou stellen. Hier geldt, zoals bekend, dat 'ieder voordeel zijn nadeel heeft'. Nog afgezien van een bijdrage aan niet verdere belasting van het overbelaste HvJ EG, kan met het speculeren op genoegzaam 'eclarerende' uitspraken van het HvJ EG op de in de Britse en Finse zaken gestelde vragen pakweg een jaar tijd gewonnen worden. De eerste keerzijde is de mogelijkheid dat die zaken niet uitgereceerd blijken te worden, waardoor antwoorden in

die zaken niet meer gegeven worden. De tweede keerzijde is de omstandigheid dat het onderliggende feitencomplex niet identiek is, dat de vraagstellingen uit Londen en Vantaa onvoldoende daarop toegespitst kunnen worden geacht, en dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden voorspeld dat diegene van de partijen - de NOS c.s. of De Telegraaf - voor wie de antwoorden uit Luxemburg in de even bedoelde zaken minder goed lijken uit te komen, van die feitelijke verschillen t.z.t. een sterk uitvergroot punt gaat maken.

4.71. Indien de Hoge Raad in deze zaak zelf vragen van uitleg over artikel 7, lid 1 van de Databankenrichtlijn 96/9 aan het Hof van Justitie zou stellen, zouden deze m.i. als volgt kunnen luiden:

1. Komen, in de zin van deze bepaling, als substantiële investeringen in aanmerking: investeringen die gericht zijn op de verkrijging (waaronder de verkrijging van bestaande gegevens), de controle, en de presentatie van de inhoud van de databank, of ook andere investeringen?

2. Indien vraag 1 in laatstbedoelde zin beantwoord wordt, komen als substantiële investeringen, in de zin van deze bepaling, dan mede in aanmerking: investeringen, gedaan voor het louter genereren van voordien nog niet voorhanden data? Indien deze vraag bevestigend beantwoord wordt, hoe kan dan voorkomen worden dat databankenrechtelijke sui generis-bescherming het effect zou kunnen hebben van een uitsluitend recht met betrekking tot de gegevens zelf?

4.72. Ik keer thans terug naar de nog niet behandelde onderdelen van middelonderdeel I: de subonderdelen met de paragraafnummers 6 t/m 12 en 14. Ik herinner eraan dat die subonderdelen vooral motiverings- en/of andere processuele klachten behelzen over het in aanmerking nemen door het hof van het argument van de door de dagbladen betaalde f. 50.000, en het mede dááruit afleiden ontbreken van een 'substantiële investering'.

4.73. Na het voorafgaande zal het niet verbazen dat het mij geraden voorkomt deze klachten te laten liggen tot nadat van de kant van het Hof van Justitie der EG (meer) duidelijkheid is verkregen over, kort gezegd, de 'spin-off-theorie'. De uitslag van de hier bedoelde klachten kan daardoor allicht in doorslaggevende mate beïnvloed worden. Zonder de handen van het parket al te willen binden, lijkt het verre van onaannemelijk dat bij eventuele verwerping van de 'spin-off-theorie' de NOS c.s. bij de hier bedoelde klachten geen belang meer hebben. Immers, áls het argument van de door de dagbladen betaalde f. 50.000 voor het hof al mede dragend is voor zijn oordeel over het ontbreken van een 'substantiële investering', is laatstbedoeld oordeel (zo niet geheel, dan toch) in elk geval mede gegrond op 's hofs aansluiting bij de 'spin-off-theorie'. Voor de toetsing van de 'spin-off-theorie' is het ingaan op de hier bedoelde subonderdelen met de nrs. 6 t/m 12 en 14 van middel I m.i. niet nodig (eventueel worden subonderdelen nrs. 8 en 14 daartoe 'meegenomen'). Indien - omgekeerd - de 'spin-off-theorie' door het HvJ EG onderschreven wordt, dan zullen de hier bedoelde middelen

derdelen nader moeten worden beoordeeld op vooreerst belang en vervolgens gegrondheid. De onderdelen nog eens overziende, meen ik dat het weinig zinvol is om daarop nu al tentatief vooruit te lopen.

Onderdeel II van het middel van de NOS c.s.: 'vol' auteursrecht?

4.74. Onderdeel II richt zich met rechts- en motiveeringsklachten - kort gezegd - tegen de afwijzing in rov. 4 van 's hofs arrest van het beroep van de NOS c.s. op het 'volle' auteursrecht. Daarbij wordt in het eerste subonderdeel (genummerd 16) een beroep gedaan op een communautairrechtelijke uitleg van het begrip databank in auteursrechtelijke context. De Databankenrichtlijn 96/9 heeft immers niet alleen in een sui generis-regime door databanken voorzien, maar ook, onder bepaalde (andere) voorwaarden, auteursrechtelijke bescherming van databanken voorgeschreven.

4.75. Het subonderdeel, en ook de andere subonderdelen van onderdeel II gaan m.i. om processuele redenen niet op. Maar ik zal niet nalaten eerst de wettelijke en jurisprudentiële achtergrond te schetsen (nrs. 4.76-4.80).

4.76. De relevante bepalingen in Richtlijn 96/9 luiden: Artikel 1 [Toepassingsgebied]

1. Deze richtlijn betreft de rechtsbescherming van databanken in ongeacht welke vorm.

2. In deze richtlijn wordt verstaan onder "databank": een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk. (...)

[Auteursrecht] Artikel 3 [Voorwerp van bescherming]

1. Volgens deze richtlijn worden databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen, als zodanig door het auteursrecht beschermd.

2. De auteursrechtelijke bescherming van databanken in deze richtlijn betreft niet de inhoud van die databanken en laat de bestaande rechten op die inhoud onverlet.

4.77. In de Nederlandse Auteurswet 1912, als hiertoe gewijzigd bij de wet van 8 juli 1999, Stb. 303, zijn deze bepalingen in een nieuw derde lid van art. 10 als volgt verwerkt:

3. Verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk, worden, onverminderd andere rechten op de verzameling en onverminderd het auteursrecht of andere rechten op de in de verzameling opgenomen werken, gegevens of andere elementen, als zelfstandige werken beschermd.

4.78. Het zal opvallen dat de inhoudelijke criteria van art. 3, lid 1 van de Richtlijn ('databanken die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormen' en 'er worden geen andere criteria toegepast om te bepalen of ze voor die bescherming in aanmerking komen') niet met zo veel woorden in de Auteurswet 1912 zijn overgenomen. Dit wordt in de MvT bij het desbetreffende wetsvoorstel(72) als volgt verklaard:

Niet alle richtlijnbevestigingen die op het auteursrecht betrekking hebben, behoeven nadere uitvoering in de Auteurswet. Uitvoering van artikel 3, eerste lid, eerste volzin, dat bepaalt dat de databank die door keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt als zodanig auteursrechtelijk beschermd wordt, kan achterwege blijven. Het criterium dat de richtlijn stelt voor de auteursrechtelijke bescherming van de maker van de databank stemt mogelijk niet geheel overeen met dat van de Nederlandse rechtspraak. De Hoge Raad heeft in het arrest van 4 januari 1991, NJ 608 (Romme-Van Dale) beslist dat, wil een voortbrengsel als een werk kunnen worden beschouwd, vereist is dat het een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt; een trefwoordenverzameling - het onderwerp van geschil - zou slechts aan dat vereiste voldoen als die het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt. Uit dit arrest is wel afgeleid dat de Hoge Raad met het "persoonlijke stempel" en de "persoonlijke visie" een strenger vereiste heeft gesteld dan dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft.⁽⁷³⁾ Bij die redenering zou de richtlijn voor de auteursrechtelijke bescherming van de maker van de databank een ander criterium hanteren dan ons geldende recht. Het is niet de bedoeling dat de lidstaten een criterium hanteren dat afwijkt van dat in de richtlijn. Volgens de tweede volzin van het eerste lid van artikel 3 worden geen andere criteria toegepast om te bepalen of databanken voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Overweging 16 voegt daar nog aan toe dat geen andere criteria mogen worden gehanteerd dan oorspronkelijkheid in de zin van intellectuele schepping van de maker en dat met name geen kwalitatieve of esthetische criteria mogen worden toegepast. Een uitdrukkelijke bepaling ter uitvoering van de richtlijnbevestiging is echter niet nodig. De rechter is immers gebonden aan de richtlijn. Als inderdaad het criterium in de rechtspraak een ander zou zijn dan dat van de richtlijn, zal de rechter het criterium van de richtlijn moeten hanteren.'

4.79. Naar aanleiding van vragen van de fractie van D66 schreef de regering in de Nota naar aanleiding van het verslag:⁽⁷⁴⁾ 'De leden van de D66-fractie vragen of het voor de duidelijkheid niet beter was geweest het criterium van de richtlijn (keuze of rangschikking) dat niet geheel overeenstemt met dat van de Nederlandse rechtspraak ("persoonlijke visie") uitdrukkelijk in de wet neer te leggen. Ik ben van mening dat een uitdrukkelijke bepaling achterwege kan blijven. Het staat niet onomstotelijk vast dat de twee criteria verschillen; zoals in de memorie van toelichting (p. 20) gezegd wordt, stemmen ze mogelijk niet overeen. Verder is het nu eenmaal zo dat ook de rechter aan de richtlijn gebonden is. En tenslotte is het onaantrekkelijk om voor één soort werk een toetsingscriterium in de wet op te nemen, terwijl dat voor andere werken niet gebeurt.'

4.80. De vorenstaande passages maken duidelijk dat de wetgever enerzijds om hem moverende redenen de richtlijncriteria voor auteursrechtelijke bescherming van databanken niet in de Nederlandse wet wenste op

te nemen, maar anderzijds de aanwezigheid van een - in hoogste instantie door het HvJ EG uit te leggen - communautair rechtsbegrip erkende: een begrip dat zou kunnen, maar niet behoeven af te wijken van het door de Hoge Raad in het Van Dale/Romme-arrest neergelegde criterium.

4.81. Het eerste subonderdeel van middel II (met het nr. 16) bevat nu de rechtsklacht dat het hof in rov. 4 het criterium uit de Nederlandse jurisprudentie, met name dat van HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 (Van Dale/Romme) heeft toegepast, en niet het criterium van art. 3, lid 1 van de Databankenrichtlijn 96/9. Het hof heeft inderdaad met zo veel woorden getoetst aan de Van Dale/Romme-maatstaf van de aanwezigheid van een eigen, oorspronkelijk karakter en het dragen van het persoonlijke stempel van de maker, en niet met zo veel woorden aan de bewoordingen van het Richtlijn-criterium: 'een eigen intellectuele schepping van de maker door de keuze of de rangschikking van de stof'.

4.82. De onderhavige stelling wordt, zo constateer ik, voor het eerst in cassatie naar voren gebracht. Bij hun verkettering in het cassatiemiddel van het Van Dale/Romme-criterium, verliezen de NOS c.s. uit het oog dat zij in de feitelijke instanties, 180o andersom, juist met klem verdedigd hebben dat aan het Van Dale/Romme-arrest zou moeten worden getoetst. Dat blijkt vooreerst uit de pleitnota mr. Klos in prima d.d. 15 december 1998, pp. 8-11 en p. 14. In appèl wordt in de desbetreffende incidentele grief I van de NOS c.s. met geen woord geklaagd over de Van Dale/Romme-maatstaf (wél over de toepassing of niet-toepassing door de President). Deze grief dateert van 4 november 1999. De Databankenwet en het nieuwe art. 10, lid 3, Auteurswet waren al sinds 21 juli 1999 in werking, en de Richtlijn had ingevolge haar art. 16 al op 1 januari 1998 geïmplementeerd moeten zijn. Een beroep van de NOS c.s. op richtlijnconforme interpretatie had voor de hand gelegen, maar daarvan is niets te vinden. Ook bij pleidooi in appèl, op 22 juni 2000, verdedigen de NOS c.s. nog steeds toetsing aan het Van Dale/Romme-criterium (pleitnota mr. Klos in appèl, p. 6, p. 7, pp. 11-12), hoewel het nieuwe art. 10, lid 3 Auteurswet dan inmiddels al bijna een jaar in werking is, en de implementatietermijn van de Richtlijn al bijna tweeënhalf jaar is verstreken.

4.83. Hier past dus het gezegde van de pot die de ketel verwijt. Of had het hof sua sponte, buiten de advocaten om, de NOS c.s. te hulp moeten schieten en art. 48 (oud) Rv. hierop moeten loslaten? Dat is m.i. niet zo, omdat het geciteerde nieuwe art. 10, lid 3, Auteurswet, naar mijn inzicht geen regel van openbare orde bevat.⁽⁷⁵⁾

4.84. Met de steller van de Nota naar aanleiding van het verslag (hierboven aangehaald) mag intussen betwijfeld worden of de verwoording van de maatstaf door de Hoge Raad niet goed past bij de verwoording in de Richtlijn. Ook een 'eigen intellectuele schepping', zoals de richtlijn het in art. 3, lid 1 zegt, veronderstelt meer dan een loutere opsomming. De woorden 'eigen' en 'schepping' duiden op de eis van oorspronkelijkheid en creativiteit, en ook het woord 'intellectueel' legt de

drempel hoger dan bij een gewone compilatie het geval is. Er is m.i. dus ook volgens de Richtlijn méér nodig dan een voor de hand liggende opsomming: de wijze van keuze of rangschikking - want daar gaat het om - moet de vrucht zijn van een intellectuele en originele opzet van de maker zelf. Men vraagt zich in gemoede af wat dit anders is dan (in de woorden van het Van Dale/Romme-arrest): een voortbrengsel dat een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijke stempel van de maker draagt. Bij dit alles is - terzijde - mijn indruk dat het probleem niet zo zeer in verschillen in terminologie zit, als wel in de omstandigheid dat het rechterlijk oordeel omtrent de voldoening aan de hier bedoelde criteria onvermijdelijk in hoge mate van feitelijke aard is. Daarvan uitgaande, is het 'inruilen' van het Van Dale/Romme-criterium voor het criterium van art. 3, lid 1 van Richtlijn 96/9 in een zaak als deze veeleer een intellectuele, dan een praktisch zinvolle exercitie.

4.85. Ten overvloede noteer ik dat, zoals bij bespreking van het tweede subonderdeel van onderdeel II nog zal blijken, de NOS c.s., als voorwerp van (volle) auteursrechtelijke bescherming hebben gesteld: 'lijsten met televisieprogramma's van de Omroepen (hierna: "de Programma-gegevens")', en dat het hof dáárover ook geoordeeld heeft (vgl. rov. 4, tweede alinea). Welnu, ook indien nadrukkelijk getoetst zou worden aan de criteria van art. 3, lid 1 van Richtlijn 96/9, lijken deze lijsten bepaald geen beter lot beschoren dan bij toetsing aan het Van Dale/Romme-criterium. Het gaat immers om lijsten vermeldingen per dag en per zender, chronologisch (het vaker zogenoemde 'spoorboekje' en de 'buitenlandlijsten'). Legt men zulke lijsten naast het Richtlijncriterium voor 'volle' auteursrechtelijke bescherming, het criterium van een eigen intellectuele schepping van de maker door de keuze of de rangschikking van de stof, dan laat zich niet wel denken dat deze aan genoemd Richtlijncriterium voldoen.

4.86. Dit gezegd zijnde, meen ik dat dit eerste subonderdeel van onderdeel II, als het al niet afstuit op zijn tardieve karakter, bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie der EG bestaat in dit kortgeding m.i. onvoldoende aanleiding.

4.87. In het tweede subonderdeel van onderdeel II, met het randnummer 17, gaan de NOS c.s. subsidiair uit van de toepasselijkheid van het Van Dale/Romme-criterium. Met motiveringsklachten verwijten de NOS c.s. het hof, kort samengevat, dat het ontoereikend heeft gerespondeerd op hun (uitvoerige en volgens hen) essentiële stellingen met betrekking tot de aanwezigheid in casu van een werk met een eigen, oorspronkelijk karakter dat het persoonlijke stempel van de maker draagt.

4.88. Ik heb die stellingen gelezen,(76) en ik heb daarin als rode draad aangetroffen een betoog dat de NOS c.s. subjectieve keuzen maken bij hun programmering, ten aanzien van onderdelen van de uitzending en de tijdstippen, en dat dáárin een 'eigen oorspronkelijk karakter' gelegen zou zijn, hetwelk zou doorwerken in de programmegegevens.

4.89. Op deze plaats wil ik de NOS c.s. eraan herinneren (en de Hoge Raad erop wijzen) dat de inleidende dagvaarding ten deze luidde:

'2. De lijsten met televisieprogramma's van de Omroepen (hierna: "de Programmagegegevens") gelden als werk, althans als geschrift, in de zin van artikel 10 van de Auteurswet.'

Aan de vorderingen zijn dus de 'lijsten met televisieprogramma's van de Omroepen, (resp., in de door de NOS c.s. gekozen verkorte bewoording 'de Programmagegegevens') ten grondslag gelegd: niet minder en niet meer. En dus niet: een programmering.

4.90. Nu moge het zo zijn dat de NOS c.s. bij pleidooien enkele malen hebben laten vallen dat het woord '(programma-)gegevens' misverstandverwekkend zou zijn, dat doet er niet aan af dat de NOS c.s. zelf hun aanspraken van het begin af aan gegrond hebben op de even genoemde 'lijsten met televisieprogramma's van de Omroepen (hierna:"de Programmagegegevens")'. Noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep hebben de NOS c.s. om wijziging/aanvulling van de grondslag van de eis gevraagd, hoewel daartoe - zeker in hoger beroep - toch alle gelegenheid bestond. Zelfs de (toelichting op) de desbetreffende incidentele grief I vraagt het hof niet de desbetreffende grondslag van de vorderingen anders te lezen.

4.91. De uitleg van de processtukken is aan het hof voorbehouden. Aan het hof valt m.i. dan ook niet met motiveringsklachten te verwijten dat het - allerminst onbegrijpelijk - uitdrukkelijk(77) heeft geoordeeld op basis van de door de NOS c.s. gekozen grondslag, gelegen in de meergenoemde 'lijsten met televisieprogramma's van de Omroepen (hierna:"de Programmagegegevens")', noch dat het hof in de verdere stellingnamen van de NOS c.s. geen herroeping van die grondslag heeft aangetroffen. 's Hof daarop volgend oordeel dat deze lijsten met programmegegevens niet zijn aan te merken als werken met een eigen, oorspronkelijk karakter die het persoonlijk stempel van de maker dragen, nu deze lijsten niet meer inhouden dan een hoeveelheid feitelijke gegevens, terwijl blijkens de processtukken de rangschikking onvoldoende getuigt van een persoonlijke visie en/of originaliteit van de maker, is een oordeel van feitelijke aard. Het is niet onbegrijpelijk en het behoeft geen verdere motivering.

4.92. Het derde subonderdeel van onderdeel II, genummerd 18, richt nog een klacht tegen de laatste deeloverweging van het hof in rov. 4. Het hof overweegt daar dat zijn oordeel mede steun vindt in de MvT van het wetsvoorstel dat tot de Omroepwet heeft geleid, nu daarin - mede onder verwijzing naar het Televisie-arrest - is vermeld dat tot de groep 'alle andere geschriften' ook behoren de geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, waarvan ook de lijsten met radio- en televisieprogramma's deel uitmaken. Het subonderdeel klaagt dat slechts van doorslaggevend belang is of de lijst met programmegegevens 'in feite een werk is dat eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt', terwijl niet (zozeer) relevant is hetgeen in meer genoemde MvT is overwogen.

4.93. Ook dit subonderdeel faalt, en wel bij gebrek aan belang. Het gaat bij de aangevallen overweging kennelijk om een overweging ten overvloede. Overigens is het aanhalen van literatuur en andere documenten ter ondersteuning van een bepaalde visie in juridische stukken niet ongebruikelijk, zoals ook uit de processtukken van de NOS c.s. blijkt.

5. Conclusie

Mijn conclusie strekt ertoe dat de Hoge Raad partijen in de gelegenheid stelt zich nader uit te laten over de betekenis van de in deze conclusie genoemde uitspraak van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam d.d. 11 december 2002 voor het onderhavige geschil. Indien de Hoge Raad daartoe geen aanleiding ziet, concludeer ik tot verwerping van het principale beroep.

De procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden,

A-G

1. Vgl. s.t. zijdens de NOS c.s., nr. 73; s.t. zijdens De Telegraaf, nr. 10.

2. Zaaknr. Meded 01/2430-RIP; Meded 01/274-RIP; LJN-nummer AF 1812.

3. Blijkens een bericht in De Volkskrant van 12 december 2002 wist het ANP toen reeds te melden dat de NOS tegen de beslissing van 11 december in beroep zou gaan.

4. MvG, nrs. 48-51, pp. 22-25; MvA in het incidenteel appèl, nrs. 29-30, pp. 9-10; pleitaantekeningen mr. J.A. Schaap in appèl, nrs. 48-49, pp. 17-18.

5. Pleitnotities mr. S.A. Klos d.d. 22 juni 2000, nr. 1, p. 1.

6. Pleitnotities mr. J.C.H. van Manen van 22 juni 2000, nrs. 1-2, pp. 2-3.

7. Cassatiedagvaarding, nr. 23, p. 10.

8. Ik kom in nr. 4.19 e.v. van deze conclusie hierop nog terug.

9. Dit te meer, als de Hoge Raad meent acht te kunnen slaan op de even bedoelde, door de NOS c.s. in cassatie overgelegde stukken. Ik kom in nr. 4.24 e.v. nog nader te spreken over redenen waarom de Hoge Raad deze mogelijkheid zou dienen te hebben.

10. Vgl. de tussenconclusie van A-G Bakels in de zaak C99/228, welke zaak uitmondde in HR 19 mei 2000, NJ 2001, 407, m.nt. HJS (Staat/NVV).

11. Aangepast aan rov. 3, tweede alinea van het hof (n.a.v. grief I van De Telegraaf).

12. Rov. 3, laatste twee alinea's.

13. Het gaat hier kennelijk om de zgn. TRIPS-clausule, A-G.

14. Rov. 14, tweede woordblok, tweede alinea, tweede volzin.

15. Bij de behandeling van onderdeel IV in het principale cassatieberoep zal ik nog andere passages uit rov. 14 van het hof citeren.

16. In dit opzicht deel ik de instemmende observatie van H. Cohen Jehoram in AMI 2001, op p. 75, verwijzend naar: dezelfde en Mortelmans, noot bij Magill-arrest van HvJ EG 6 april 1995 in AA 1995, p. 811 e.v. (p. 817, l.k., laatste alinea).

17. Ik citeer iets méér dan het cassatiemiddel doet, A-G.

18. Vgl. bijv. HR 19 mei 2000, NJ 2001, 407 m.nt. HJS (Staat/NVV) en - in een octrooizaak waarbij het ging om de oriëntatie van de kortgedingrechter op de gereede kans dat de octrooiverlenende instantie het octrooi zou herroepen - HR 26 oktober 2001, nr. C99/361, NJ 2002, 13 (Tetra/Meyn). Zie voorts (meer in het algemeen) losbladige Burgerlijke Rechtsvordering (oud), aant. 4 bij artt. 289-297 en Schenk/Blaauw, Het kort geding, Algemeen deel, 7e druk 2002, pp. 23 en 24 en p. 188 e.v.; en (in het bijzonder met het oog op oriëntatie op de bestuursrechter) Schenk/Blaauw, blz. 70.

19. Kort gezegd: chronologisch weekoverzicht per zender (A-G).

20. Vgl. bijv. Ritter/Braun/Rawlinson, European Competition Law, A Practitioner's Guide, Kluwer Law 2000, pp. 355-356.

21. Het subonderdeel spreekt bij vergissing over de derde volle alinea.

22. Vgl. Mahler, Mediaforum 2002/2, p. 75.

23. Daadwerkelijke behoefte, zie supra nrs. 4.15-4.16 met verwijzingen; uitsluiting of verstoring van de mededinging, zie supra nr. 4.14 met verwijzingen; ontbreken van een objectieve rechtvaardiging, zie supra nrs. 4.13-4.14 met verwijzingen.

24. Zie de s.t. namens de NOS c.s., p. 32, nr. 74. De dupliek zijdens De Telegraaf behelst geen démenti.

25. Toevoeging A-G.

26. Zaaknr. Meded 01/2430-RIP; Meded 01/274-RIP; LJN-nummer AF 1812.

27. Terzijde: de president had in eerste aanleg een verbod aan De Telegraaf opgelegd onder tijdsbepaling, kort gezegd tot vier weken nadat de NMa definitief zou hebben beslist. Inmiddels (na arrest hof en cassatiedagvaarding, maar vóór de s.t.-fase) hééft de NMa definitief beslist, en wel ten gunste van De Telegraaf. Ik heb mij even de vraag gesteld of de NOS c.s. niet reeds om die reden hun belang bij het cassatieberoep verloren hebben. Dat is processueel echter niét zo, want in appèl was (over en weer) deze tijdsbepaling aangevochten (het hof kwam daar niet aan toe).

28. Ik teken hierbij nog aan dat dit voor het specifieke voorwerp van 'vol' auteursrecht of van databankrecht niet (wezenlijk) anders ligt. Aldus ook - onbestreden in cassatie - hof 's-Gravenhage in de onderhavige zaak. Vgl. supra, par. 4.4 (A-G).

29. Zie voor nadere bepalingen daaromtrent in de Omroepwet resp. de Mediawet hierna.

30. De en toen (en eerder) doorgevoerde wetstechnische wijzigingen hebben geen belang voor deze zaak.

31.. D.w.z. de NOS.

32. Voor de 'burgerrechtelijke aansprakelijkheid': voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid (vgl. art. 31 e.v. Auteurswet 1912) ging dit de wetsvoorstellers bij nader inzien te ver.

33. Daarin gevolgd door de President in prima (rov. 9 van diens vonnis).

34. Onder meer MvG ad grief II, pp. 8-10 (nrs. 13-18).

35. Rov. 9 op pp. 6-7 van het arrest.

36. Kamerstukken I, nr. 8579, zitting 1965-1966, 105a, p. 6.

37. Op het oorspronkelijk ontwerp was veel kritiek, mede blijkens het Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer (Kamerstukken II, nr. 8579, 4, zitting 1965-1966, pp. 6-7. Vgl. ook Hirsch Ballin en Rooij, De artikelen 22 en 23 van het ontwerp-Omroepwet, advies uitgebracht aan NV Televisier, Leiden 1966. Voorts: Van Vollenhoven, De zaak Televisier, diss. UvA, Deventer 1970; Van Vollenhoven, Ufita 1971, p. 27.
38. Een en ander ziet men ook bevestigd in de uitvoerige bijdrage van J. Verhoeve, De auteursrechtelijke bepalingen in de Omroepwet, in de Hijmans van den Bergh-bundel Met eerbiedigende werking, Deventer 1971, p. 253 (256; 260; 267-269). Verhoeve was destijds als hoofdamtenaar bij het toenmalige ministerie van CRM betrokken bij de totstandkoming van de Omroepwet. Verhoeve geeft onder meer op pp. 260-261 aan dat het (naderhand) niet de bedoeling was om in de Omroepwet een monopolie tout court neer te leggen, zoals in art. 17bis van de toenmalige Telegraaf- en Telefoonwet ten aanzien van telefoongidsen wél was gebeurd.
- Vgl. ook Hugenholtz, noot onder het vonnis in prima in Mediaforum 1999, p. 70 (73).
39. Pleitnota mr. Klos in prima, pp. 33-34; Memorie van antwoord/incidenteel beroep, p. 6 (nr. 20).
40. MvA II, nr. 8579, 7, zitting 1966-1967, p.12 l.k.
41. Pleitnota van mr. Klos in prima, p. 33.
42. Nog steeds MvA II, nr. 8579, 7, zitting 1966-1967, p.12 l.k.
43. In de eerder genoemde pleitnota van mr. Klos in prima is op p. 35 overigens ook de passage uit de MvA I op dit cruciale punt onvolledig weergegeven.
44. Voor dit argument is in dit geval overigens veel te zeggen, nu (zoals ook blijkt uit het opstel van Verhoeve) het ontwerp voor art. 22 Omroepwet tijdens de behandeling van de Tweede Kamer herhaalde malen wijziging heeft ondergaan. Hugenholtz, Mediaforum 1999, p. 73, noemt daarom de (eerdere) wetsgeschiedenis 'onbetrouwbaar'. In iets parlementairder bewoordingen zou ik zeggen: men kan op de vroegere Tweede-Kamer-stukken (inderdaad) niet zonder meer afgaan. Dit geldt dus ook voor de door de NOS c.s. bij dupliek in cassatie, nrs. 12-14 nog (nader) ingeroepen citaten.
45. Het beroep van de NOS c.s. op de latere uitlating van Verhoeve (p. 268 van diens opstel uit 1971, aangehaald op p. 36 van de pleitnota van mr. Klos in prima) gaat m.i. niet op. Anders dan de NOS c.s. aan de hand van dit citaat suggereren, erkent dr. Verhoeve in beginsel de mogelijkheid om ondanks ontlening te komen tot niet inbreukmakende programmageschriften met een 'eigen en van het oorspronkelijke geschrift afwijkende formulering, groepering en presentatie'. Verhoeve voegt hieraan toe: 'Naar de letter van de wet lijkt dit beroep nog open als dit inbreukmakende geschrift maar geen lijsten of opgaven van die programma's bevat. Hoe een dergelijk nieuw, oorspronkelijk werk, in de praktijk mogelijk zou zijn en ook nog enige gebruikswaarde [zou] hebben is echter niet duidelijk.'
- Afgezien van het parti pris 'inbreukmakend' in dit citaat (dat is immers juist de vraag), miskent Verhoeve m.i. dat de opnemings van gegevens met betrekking tot programmagegevens van de Nederlandse omroepen in een andere resp. bredere context en in een andere rangschikking kan meebrengen dat nu juist niet meer gesproken dient te worden van 'lijsten of andere opgaven van die programma's'. Een ontkenning daarvan op voorhand duidt m.i. op een cirkelredenering. De redenering verdraagt zich bovendien niet met het eerder aangehaalde regeringsstandpunt dat, naast de bewijslastomkering terzake van de ontlening, alleen een materiële verruiming op het punt van het openbaarmakingsvereiste beoogd is.
46. Als vaker gezegd: beperkt tot (i) bewijslastomkering terzake van ontlening, en (ii) de schraping van de eis dat programmagegevens openbaar gemaakt moeten zijn of voor openbaarmaking bestemd moeten zijn.
47. RvdW 2002, 61, AMI 2002/2, p. 88 m.nt. D.J.G. Visser, Computerrecht 2002/3, p. 161 m.nt. H. Struik, IER 2002/3, p. 150 m.nt. H.M.H. Speyart, Mediaforum 2002/5, p. 174 m.nt. T.F.W. Overdijk.
48. Vgl. ook de conclusie van A-G Spier sub 4.79.
49. Ook gepubliceerd in AMI 2003/1, p. 15 m.nt. D.J.G. Visser.
50. Spoor en ik hebben in ons boek Auteursrecht daarmee geworsteld. Vgl. de tweede druk van ons boek (1993, nr. 56, p. 78, voetnoot 114) t.o. (deels anders) de eerste druk (1985), pp. 61-62 (sub 8°, 9° en 10°). Zie over de mogelijke (oer-)achtergrond nader Hugenholtz, Auteursrecht op informatie, diss. UvA, Deventer 1989, pp. 116-117.
51. Ook gepubliceerd in AMI 2002, p. 122 m.nt. Hugenholtz, en in IER 2002, p. 128 m.nt. Grosheide.
52. Zie voor dit perspectief de conclusie van A-G Langemeijer voor het arrest, nrs. 2.11-2.14.
53. Vgl. voetnoot 47.
54. Kamerstukken II, 1998-1999, 26108, nr. 6, p. 5; Parl. Gesch. Dw, pp. 58-59 (A-G).
55. In het arrest in die zaak rov. 3.4.1; vgl. ook de conclusie van A-G Spier, nrs. 4.29-4.40.
56. Zie het derde woordblok van rov. 6 en vervolgens de laatste twee regels van blz. 4 van het arrest, overlopend naar blz. 5, t/m het slot van rov. 6.
57. NMa 10 september 1998, par. 7.24, Mediaforum 1998/10, p. 304, m.nt. P.B. Hugenholtz.
58. NMa 3 oktober 2001, par. 105, www.nmanet.nl. De belangrijkste onderdelen van het besluit zijn gepubliceerd in Mediaforum 2002/2, p. 69 m.nt. R. Mahler.
59. Een overzicht van de literatuur tot dan toe is te vinden in de conclusie van A-G Spier voor het El Cheapo-arrest: nrs. 4.32-4.39 aldaar.
60. Noot onder het 'El Cheapo'-arrest in IER 2002, pp. 153-154.
61. Overdijk, noot onder het 'El Cheapo'-arrest in Mediaforum 2002, p. 184, resp. Visser, AMI 2002, p. 101.
62. De twee voetnoten (aldaar nrs. 13 en 14) zijn van Hugenholtz zelf.
63. D.J.G. Visser, AMI 2002/3, p. 102; anders Overdijk [Mediaforum 2002/5].
64. Conclusie A-G Spier, § 4.40, AMI 2002/3, p. 96.
65. S.t., nr. 69.
66. De meest recente analyse is die van Hugenholtz (zelf voorstander van de spin-off-theorie) in AMI

2002/5, p. 161 (165-166). Vgl. naast de eerder in deze conclusie en in de conclusie van A-G Spier t.a.p. reeds genoemde literatuur: Schrickler/Vogel, *Urheberrecht*, 2. Auflage, München 1999, p. 1312 e.v., in het bijzonder p. 1336; V. Bensinger, *Sui-generis Schutz für Datenbanken*, München 1999; M. Leistner, *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht. Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu Ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz*, München 2000, p. 144 e.v., in het bijzonder p. 150 e.v.; S.M. Maurer, P.B. Hugenholtz & H.J. Onsrud, *Europe's Database Experiment*, [294] *Science* [October 26, 2001], pp. 789-790; S.R. Hagen, *IER* 2002, pp. 6-13; J.C.H. van Manen, in: *Allied in Friendship (Schaper-bundel)*, Deventer 2002, p. 123 e.v. Er is voorts sinds kort een uiterst informatieve website over het (Europese) databankenrecht van het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam:

<http://www.ivir.nl/files/database/index.html> (met vele hyperlinks).

67. Terzijde: in par. 11 van onderdeel I van het middel van de NOS c.s. lijkt een dergelijk argument in te sluiten. Dat Speyart een dergelijk argument kwalificeert als een (zijns inziens onder de Richtlijn mogelijke) 'interne kruisfinanciering' spreekt mij niet aan.

68. Nog niet zo lang geleden was dit voor de rechtsvoorganger van KPN Telecom reden om gedrukte telefoongidsen voor een 'weggeefprijs' (misschien zelfs onder de kostprijs) aan het publiek ter beschikking te stellen.

69. Pb EG C 180/14 van 27 juli 2002.

70. Ik wijs op de volgende vragen van het Court of Appeal:

'4. What is meant in Article 7(1) of the Directive, by the expressions:

(a) "a substantial part, evaluated qualitatively ... of the contents of that database"? and

(b) "a substantial part, evaluated quantitatively ... of the contents of that database"?'

'8. Is "re-utilization" in Article 7 of the Directive limited to the making available to the public of the contents of the database directly from the database, or does it also include the making available to the public of works, data or other materials which are derived indirectly from the database, without having direct access to the database?'

'10. In Article 7(5) of the Directive what is meant by "acts which conflict with a normal exploitation of that database or unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database"? In particular, are the facts and matters in paragraphs 40-47 above in the context of the facts and matters in paragraphs 32-35 above capable of amounting to such acts?'

71. Pb EG C 109/27 van 4 mei 2002. Volledigheidshalve vermeld ik ook de derde vraag van de Rechtbank te Vantaa: 'Heeft het gebruik door Veikkaus van de gegevens betrekking op een volgens de richtlijn in kwalitatief en/of kwantitatief opzicht substantieel deel van de databank, wanneer in aanmerking wordt genomen dat van de wedstrijdgegevens van het competitieschema

elke keer die gegevens worden gebruikt die voor een periode van één week worden benodigd voor de wekelijkse totoformulieren en dat gedurende het gehele seizoen de gegevens betreffende de wedstrijden worden verkregen en gecontroleerd met behulp van andere bronnen dan de fabrikant van de databank?'

72. Kamerstukken 26108, nr. 3, pp. 20-21, zitting 1997-1998; Parl. Gesch. Dw, pp. 124-125.

73. [In de MvT voetnoot 36:] D.W.F. Verkade, noot onder het arrest in de Nederlandse Jurisprudentie; P.B. Hugenholtz, noot onder het arrest in *Computerrecht* 1991, p. 86; Idem, *De Databankenrichtlijn eindelijk aanvaard: een zeer kritisch commentaar*, *Computerrecht* 1996, p. 131 e.v., alwaar p. 133; J.H. Spoor, noot onder het arrest in *Informatierecht/AMI* 1991, p. 178. Anders: H. Cohen Jehoram, noot onder het arrest in *Ars Aequi* 1992, p. 33 e.v., alwaar p. 35, die ervan uitgaat dat de verschillende door de Hoge Raad - hier en elders - gebruikte termen onderling uitwisselbaar zijn en een poging doet om ten aanzien van het nauwelijks te definiëren begrip van de oorspronkelijkheid toch een leidraad te geven; F.W. Grosheide, noot onder het arrest in *Intellectuele eigendom & reclamerecht* 1991, p. 98, 99.

74. Kamerstukken 26108, nr. 6, p. 16, zitting 1998-1999; Parl. Gesch. Dw, p. 129.

75. Vgl. Snijders/Wendels, *Civiel appel* (1999), nrs. 259-260 (pp. 159-157) en Ras/Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (2001), nrs. 43-60 (pp. 47-59).

76. Pleitnota mr. Klos in prima, pp. 7-25, memorie van antwoord/grievens in incidenteel appèl, nrs. 42-51, en pleitnota mr. Klos in appèl, pp. 5-12.

77. Zie rov. 4, tweede alinea.