Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen

Elferink, M.H.

Citation
Elferink, M. H. (1998, December 10). *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/43081

Version: Not Applicable (or Unknown)
License:
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/43081

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/43081 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Elferink, M.H.
Title: Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen
Issue Date: 1998-12-10

7 Enkele mededingingsrechtelijke aspecten

1 INLEIDING

Het auteursrecht is een exclusief recht: zo heeft de auteursrechthebbende de mogelijkheid om de exploitatie van zijn auteursrecht aan zichzelf voor te behouden dan wel licenties te verstrekken aan (een) licentiehouder(s) van eigen keuze. Evenzo kan hij zich verzetten tegen de commercialisering van zijn auteursrechten door niet-licentiehouders. Door dit exclusieve karakter van het auteursrecht wordt aan de rechthebbende tot op zekere hoogte een monopoliepositie verschaft. Dit klemt te meer naarmate gemakkelijker auteursrecht wordt aangenomen op 'objectieve' informatie.

Voor de beoordeling van machtsposities gelden de regels van het mededingingsrecht. Er bestaat als vanzelf een zeker spanningsveld tussen het auteursrecht en het mededingingsrecht. Met betrekking tot het onderwerp van deze studie is een vraag hoe eventuele auteurs- of databankrechten met betrekking tot normdocumenten zich verhouden tot de regels van het mededingingsrecht.

In de voorgaande hoofdstukken is vastgesteld dat het NNI het auteursrecht voorbehoudt op alle door haar uitgegeven publicaties; voor deze studie zijn daarvan vooral van belang de door haar uitgegeven NEN-normen en de daaraan verwante publicaties. Daarbij is het NNI niet alleen het enige normalisatieinstituut in Nederland maar tevens het enige verkooppunt in Nederland waar NEN-normen en de daaraan verwante publicaties verkrijgbaar zijn. Het NNI beschikt dus over een monopoliepositie met betrekking tot de normalisatienormeninformatie.

Gebleken is dat voor de verkrijging van de NEN-normen en aanverwante documenten (in een groot aantal gevallen) aanzienlijke bedragen worden neergeteld.[1] Dit geldt – naar eerder in deze studie hopelijk is aangetoond – niet voor de NEN-normen waarnaar in wettelijke regelingen wordt verwezen. Daarop rust geen auteursrecht: deze zijn immers te kwalificeren als algemeen verbindende voorschriften en vallen daarmee onder de toepassing van artikel 11 Auteurswet (Aw), dat bepaalt dat er op (o.a.) wetten geen auteursrecht rust.[2] Voor deze categorie lijkt het hier te bespreken mededingingsrechtelijke aspect derhalve niet meer van belang: het NNI kan, zo werd verdedigd, ten

---

1 Zie Bijlage III voor tarieven van Bouwbesluitnormen.

2 Voor wat betreft de Databankrichtlijn is echter nog niet duidelijk of er een met art. 11 Aw vergelijkbare uitzondering zal gelden, zoals in hfdst. 6 is gebleken. Daarvoor kan het mededingingsrecht derhalve wel een potentieel belangrijke rol spelen.

aanzien van deze categorie geen auteursrecht uitoefenen en kan dus ook geen monopoliepositie te dien aanzien vervullen. Dit is echter anders voor wat betreft de overige publicaties; met name de aan de desbetreffende NEN-normen verwante publicaties, zoals bijvoorbeeld de documenten van informatieve aard (Nederlandse technische- en/of praktijkrichtlijnen), ontwerpnormen, voornormen en dergelijke.

Hoewel een intellectueel-eigendomsrechtelijke monopoliepositie in menig opzicht gewenst kan zijn en de uitoefening daarvan op zichzelf geen misbruik oplevert, kan de uitoefening ervan, als gezegd, in bepaalde omstandigheden misbruik van machtspositie opleveren. Het leerstuk van misbruik van machtspositie is voor het nationale recht geregeld in artikel 24 Mededingingswet en in Europees verband in artikel 86 EG-Verdrag. Als uitgangspunt bij de behandeling van de hiervoor geschetste problematiek geldt het *Magill*-arrest[3] van het Hof van Justitie EG, waarbij het – kort gezegd – ging om een misbruik van machtspositie bij de uitoefening van auteursrechten.

In dit hoofdstuk zal de rol en positie van het NNI vanuit mededingingsrechtelijk perspectief bezien worden in relatie met het auteursrecht.[4] Dit betekent dat niet op andere – ook interessante – mededingingsrechtelijke aspecten rondom normalisatieprocessen en rondom het instituut NNI zal worden ingegaan.[5]

2 Nederlandse Mededingingswet

2.1 Misbruik van machtspositie

De Mededingingswet[6] die per 1 januari 1998 in werking is getreden gaat, in tegenstelling tot de voordien geldende Wet Economische Mededinging (WEM), uit van een zogenaamd verbodssysteem. Uitgangspunt is een algemeen verbod van mededingingsafspraken en van misbruik van machtspositie.[7] Dit systeem sluit aan bij de EG-mededingingsregels die al van toepassing konden zijn op

3 HvJ EG 6 april 1995, *NJ* 1995, 492 m.nt. DWFV *(Magill)*.

4 Ook de vraag of er sprake is van prijsafspraken e.d. tussen het NNI en de overige normalisatieinstellingen in Europees verband, die naar art. 85 EG-Verdrag moeten worden beoordeeld, behandel ik niet. Dit neemt niet weg dat de conclusies die in dit hoofdstuk worden getrokken van belang kunnen zijn voor Europese normalisatienormen en normalisatienormen van andere Europese normalisatieinstellingen die door het NNI worden verkocht.

5 Zie hierover C. Stuurman, *Technische normen en het recht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1995, hfdst. 6.

6 De Mededingingswet heeft als hoofddoelstelling – kort gezegd – de bevordering van een gezonde mededinging tussen ondernemingen opdat daarmee de dynamiek van de Nederlandse economie gestimuleerd wordt. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 6, § 1.2 (NV II) voor een uitvoerige economische onderbouwing van de wet.

7 De 'oude' WEM ging uit van een misbruiksysteem: eerst dienden de bezwaren van concurrentiebeperkingen in een concreet geval te worden vastgesteld en zolang waren concurrentiebeperkingen geoorloofd.

het Nederlandse bedrijfsleven in grensoverschrijdende gevallen. Artikel 24 lid 1 Mededingingswet luidt:

> Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie. (...)

In artikel 1 sub i Mededingingswet is een omschrijving gegeven van het begrip 'economische machtspositie': 'positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.' Deze omschrijving is gebaseerd op de uitleg van het Hof van Justitie van de EG van artikel 86 EG-Verdrag; sinds het *United Brands*-arrest[8] heeft het hof deze omschrijving consequent toegepast.[9]

Bij de vraag of er sprake is van een economische machtspositie dient te worden vastgesteld wat de relevante markt is waarop een onderneming werkzaam is. Hieronder wordt verstaan de markt van de betreffende producten of diensten, zowel aan de vraag- als aan de aanbodzijde. Daarnaast kan de relevante markt worden bepaald aan de hand van een geografisch criterium: het geografisch bepaalde gebied waarbinnen de betrokken onderneming moet concurreren en waarin de objectieve mededingingsvoorwaarden gelijk zijn.

Om in een concreet geval te kunnen bepalen of er op de relevante markt sprake is van een machtspositie, zijn de volgende factoren bepalend: de marktstructuur, de structuur van de onderneming en het gedrag van de onderneming.[10]

Met betrekking tot de marktstructuur is de hoogte van het marktaandeel van de onderneming bepalend voor de vraag of er sprake is van een machtspositie. Zeer aanzienlijke marktaandelen (50% of meer) zijn volgens het Hof van Justitie EG in beginsel op zichzelf al het bewijs van het bestaan van een machtspositie.[11] Indien er sprake is van een aanwijzing van het bestaan van een economische machtspositie bij een onderneming met een kleiner marktaandeel dienen bijkomende factoren te worden onderzocht. Zo kan worden onderzocht hoe hoog het marktaandeel van de desbetreffende onderneming is in verhouding met dat van haar concurrenten, de mate waarin haar leveranciers en afnemers van haar afhankelijk zijn, en de mate waarin zij haar prijzen en leveringsvoorwaarden zelf kan bepalen.

---

8 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207-315.

9 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 71 (MvT Mededingingswet).

10 Beschrijving gebaseerd op § 7.1 van het algemeen deel van de MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 23.

11 HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Jur.* 1991, I-3359, (*Akzo Chemie BV/Commissie EG*).

Bij het onderzoek naar de structuur van de onderneming gaat het erom te bepalen in welke mate de betrokken onderneming een concurrentievoorsprong heeft door bijvoorbeeld technologische en financiële reserves, productiecapaciteit en de eventuele toegang tot bepaalde voorzieningsbronnen en grondstoffen.

Toepassing van extreem hoge prijzen of vormen van verdringingsconcurrentie zijn gedragingen van de betrokken onderneming die kunnen wijzen op het bestaan van een economische machtspositie.

2.2 NNI en (misbruik van) machtspositie: algemeen

Het NNI is, op zowel de producten- en dienstenmarkt, als op de geografische markt voor NEN-normen, de enige onderneming. Het NNI is in Nederland op het door haar bestreken functionele gebied van normen en normalisatie immers de enige instantie en leverancier, behoudens – vanuit de optiek van het NNI – het bestaan van eventuele licenties. Met betrekking tot het NNI (en het NEC) is al vastgesteld dat dit de enige normalisatieorganisatie is in Nederland, hiermee is de machtspositie al gegeven. De positie van het NNI brengt bovendien met zich mee dat het zelf de prijzen kan bepalen en zijn leveringsvoorwaarden kan vaststellen.

Met het bestaan van een machtspositie is op zichzelf genomen niets mis, zolang er geen misbruik van wordt gemaakt. Of er sprake is van misbruik moet worden bepaald aan de hand van de concrete omstandigheden.

In de memorie van toelichting[12] worden voorbeelden gegeven van gevallen die in ieder geval als misbruik in de zin van het verbod van artikel 24 zijn te beschouwen. Deze opsomming is overigens ontleend aan artikel 86 EG-Verdrag waarin letterlijk is bepaald:

- het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling, ten nadele van de verbruikers;
- het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

12 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 71 (MvT).

Ook andere vormen van misbruik kunnen onder het begrip 'misbruik' als bedoeld in artikel 24 vallen, zoals het stellen van extreem hoge prijzen, het toepassen van getrouwheidskortingen om bepaalde afnemers te binden opdat deze niet van andere leveranciers zullen afnemen, leveringsweigering of selectieve prijsonderbieding.[13] Over misbruik door de uitoefening van exclusieve intellectuele eigendomsrechten kom ik later te spreken.

2.3 Ondernemingen met taken van algemeen economisch belang

Tijdens de parlementaire behandeling van de Mededingingswet vormde de zogenaamde concurrentievervalsing door overheidsbedrijven een heet hangijzer. Bedrijven met een publieke taak die tevens commerciële activiteiten verrichten, kunnen vanwege hun publieke achtergrond bepaalde voordelen hebben. Dit zou kunnen leiden tot oneerlijke concurrentie ten opzichte van bedrijven zonder publieke taak. In dit verband zijn ook van belang het eindrapport van de werkgroep 'Markt en overheid' en het kabinetsstandpunt hierover.[14]

Voorbeelden van dergelijke ondernemingen zijn de nutsbedrijven, ondernemingen belast met taken in de sfeer van het openbaar vervoer, afvalverwijdering, en dergelijke.[15] Men is het erover eens dat dergelijke ondernemingen vanwege hun bijzondere (publieke) taak geen volledige commerciële vrijheid hebben. Juist vanwege die bijzondere taak kunnen zij genoodzaakt zijn zich op een dusdanige manier te gedragen dat hun werkwijze in principe als misbruik van machtspositie zou kunnen worden aangemerkt of onder het kartelverbod zou kunnen vallen. Daarom is voor ondernemingen die zijn belast met een taak van 'algemeen economisch belang' een bijzondere voorziening opgenomen in de artikelen 11[16] en 25 Mededingingswet:

> Artikel 25
> 1. Voorzover de toepassing van artikel 24, eerste lid, de vervulling van bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan aan een onderneming opgedragen beheer van een dienst van algemeen economisch belang verhindert, kan de directeur-generaal op aanvraag verklaren dat artikel 24, eerste lid, niet van toepassing is op een daarbij aangewezen gedraging.
> 2. Een beschikking als bedoeld in het eerste lid kan onder beperkingen worden gegeven; aan een beschikking kunnen voorschriften worden verbonden.

---

13 § 7.2 van het algemeen deel van de MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 24.

14 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 036, nr. 45.

15 T. Pen, 'De nieuwe Mededingingswet', *AA* 1997-46, p. 861.

16 Art. 11 luidt: Voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid [verbod op mededingingsafspraken; ME], waarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, geldt artikel 6, eerste lid, voorzover de toepassing van dat artikel de vervulling van de aan die onderneming of ondernemersvereniging toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Op grond hiervan kunnen ondernemingen, werkzaam voor een 'algemeen economisch belang', een ontheffing verkrijgen van het verbod van misbruik van economische machtspositie respectievelijk het kartelverbod. Hiervóór zijn al enige voorbeelden gegeven van ondernemingstaken met een 'algemeen economisch belang'; daarbij geldt dat het 'belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang' in beginsel zal moeten blijken uit een wettelijk voorschrift of uit een besluit van een bestuursorgaan.[17] In de memorie van toelichting wordt dienaangaande niet uitgesloten dat in bijzondere gevallen zo'n taak ook kan worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten, hoewel niet expliciet en als zodanig opgedragen bij (formeel) besluit.[18] Daarbij is hoogst aannemelijk dat de overheid in dergelijke gevallen die taak ook als zodanig zal erkennen.

Uiteindelijk zal de invulling van het begrip algemeen economisch belang aan de rechter worden overgelaten.[19] Voor het verlenen van een ontheffing zal immers in elk concreet geval moeten worden vastgesteld of het algemeen belang rechtvaardigt dat de betrokken ondernemingen 'misbruik' maken van hun positie.

Ten slotte wordt hierbij opgemerkt dat deze bijzondere voorziening een parallel heeft in artikel 90, tweede lid, EG-Verdrag,[20] zij het dat in dit artikel een algemene vrijstellingsbepaling is opgenomen.[21]

2.4 NNI als onderneming met een taak van algemeen economisch belang?

Volgens artikel 2 NNI statuten heeft het NNI als doelstelling in het belang van gezondheid, veiligheid en doelmatigheid in het maatschappelijk verkeer, normalisatie te bewerkstelligen, normen tot stand te brengen, te onderhouden en de invoering daarvan te bevorderen (zie *hoofdstuk 2* § 2.1.2). De mogelijkheid van ontheffing op basis van de hiervoor besproken bijzondere voorziening roept de vraag op of het NNI in haar hoedanigheid van centraal erkende instantie op het gebied van normen en normalisatie hiervoor in aanmerking zou kunnen komen. Daarbij wordt vooropgesteld dat deze vraag slechts speelt bij het gebruik van normalisatienormen in het kader van wetgeving. Voor de

17 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 3, p. 63-64 (MvT).
18 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 3, p. 63-64 (MvT).
19 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707, nr. 6, p. 93-94 (NV II).
20 Art. 90, lid 2 EG-Verdrag luidt: De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder die regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling in feite, of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.
21 In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Mededingingswet was ook een algemene vrijstellingsbepaling opgenomen bij het kartelverbod en bij het verbod van misbruik van machtspositie; na een amendement is deze vervangen door een ontheffing.

overige gevallen is het NNI 'gewoon' een privaatrechtelijke instantie. De formulering in de statuten van het NNI doet echter niet af aan de omstandigheid dat het NNI, wanneer het voor ontheffing in aanmerking wil komen, bij wettelijk voorschrift of op grond van een besluit van een bestuursorgaan deze taak heeft opgedragen gekregen, dan wel dat uit een conglomeraat van regelgeving kan worden afgeleid dat het NNI een taak heeft als bedoeld in dit artikel.

Een wettelijk voorschrift of een besluit van een bestuursorgaan waarin aan het NNI een taak van algemeen economisch belang wordt opgedragen is thans niet bekend. Wel zouden uit de privaatrechtelijke overeenkomst van de staat met het NNI,[22] de mandaten die op basis van deze overeenkomst (kunnen) worden gegeven aan het NNI, de individuele normalisatieopdrachten in het kader van wetgeving, en de daarbijbehorende projectgebonden subsidies, kunnen worden afgeleid dat er sprake is van een 'conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten'. Of dit het geval is zal primair door de directeur-generaal van de mededingingsautoriteit moeten worden beoordeeld (art. 25), bij een eventueel ontheffingsverzoek van het NNI.[23]

Vanwege de omstandigheid dat het NNI tegelijkertijd werkzaam is als 'normalisator' ten dienste van het algemeen belang en als uitgever van de door hemzelf opgestelde NEN-normen wordt de situatie enigszins vertroebeld. Het is de bedoeling van de wetgever dat het NNI de kosten van normalisatieprojecten in het kader van wetgeving poogt terug te verdienen met de verkoop van normen[24], maar naar mijn mening is de directeur-generaal van de mededingingsautoriteit, die moet beoordelen of het NNI in aanmerking komt voor een ontheffing, niet zonder meer gebonden aan dit standpunt van de wetgever.

Voor gevallen waarbij er sprake is van een dynamische verwijzing naar NEN-normen, is de situatie voor wat betreft de positie van het NNI als een 'dienst met een algemeen economisch belang' wellicht duidelijker. In die gevallen is er immers materieel gezien sprake van het overdragen van publiekrechtelijke bevoegdheden (tot het opstelllen van algemeen verbindende voorschriften) aan het NNI. Het NNI wordt in gevallen van dynamische verwijzing gekwalificeerd als een zelfstandig bestuursorgaan, ook al ontbreekt daarvoor formeel gezien een wettelijke grondslag.[25] In de gevallen van dynamische verwijzing zou het NNI derhalve voor een ontheffing in aanmerking kunnen komen. In dat geval zal nog moeten worden beoordeeld of er sprake is van misbruik van machtspositie en als dit zo is, of het misbruik gerechtvaardigd is. De status van instantie met een publieke taak impliceert immers nog niet

22 Op basis van deze overeenkomst voert het NNI de verplichtingen uit die voor de Nederlandse overheid voortvloeien uit Richtlijn 83/189/EEG. Zie § 2.3 van hfdst. 2.

23 In art. 3 jo. 2 Mededingingswet is bepaald dat de mededingingsautoriteit, met aan haar hoofd een directeur-generaal, belast is met het verrichten van de werkzaamheden ter uitvoering van deze wet.

24 Advies inzake normalisatie, certificatie en open grenzen (advies van 21 oktober 1994, SER 1994/11), Den Haag: SER 1994, p. 7. Zie § 2.4.1 van hfdst. 2.

25 Zie § 9 hfdst. 3.

vanzelfsprekend dat er sprake is van gerechtvaardigd misbruik met als gevolg dat er een ontheffing kan worden verkregen.

Parallel aan artikel 24 Mededingingswet biedt het oudere artikel 86 EG-Verdrag nadere aanknopingspunten voor het bepalen van de aanwezigheid van misbruik van machtspositie.

3 ARTIKEL 86 EG-VERDRAG

Het leerstuk van misbruik van machtspositie is, voor gevallen met grensoverschrijdende relevantie,[26] al veel langer in het Europese recht verankerd in artikel 86 van het EG-Verdrag. Het is algemeen aanvaard dat artikel 86 EG-Verdrag rechtstreekse werking heeft, hetgeen inhoudt dat acties tot stopzetting en schadevergoedingsacties op grond van artikel 86 bij de nationale rechter kunnen worden ingesteld.[27]

Een blik op het Europese kartelrecht is van belang omdat de Europese rechtspraak eerder te maken heeft gehad met de rechten van intellectuele eigendom. De Nederlandse Mededingingingswet is nog jong, en er is nog geen nationale jurisprudentie op basis van deze wet over misbruik van machtspositie van auteursrechtelijke of para-auteursrechtelijke informatiemonopolies. Artikel 86 EG-Verdrag luidt:

> Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een deel daarvan. Dit misbruik kan met name bestaan in (...). [hier volgt een opsomming van de voorwaarden die zijn aangehaald bij de bespreking van art. 24 Mededingingswet; ME].

In artikel 86 EG-Verdrag wordt een reeks van voorbeelden opgesomd waarin aangenomen kan worden dat er sprake is van misbruik, deze opsomming is echter niet uitputtend.[28] Ik beperk mij tot een bespreking van het voorkomen van misbruik met betrekking tot de uitoefening van auteursrechten.

De verwerving en uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht (i.c. het auteursrecht) levert niet automatisch misbruik op. Aan de hand van het *Magill*-arrest zal ik nader ingaan op het vraagstuk naar misbruik van machtspositie omtrent de uitoefening van auteursrechten.

---

26 In deze studie werk ik dit element niet uit.

27 W. van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau & J. Stuyck, *Kartelrecht (II) Europese Gemeenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 352 resp. 462, p. 456 resp. 573.

28 Zie Van Gerven/Gyselen/Maresceau/Stuyck 1997, nr. 386-430, p. 489-529 voor een beschrijving van de verschillende soorten van misbruik die onder art. 86 EG-Verdrag kunnen voorkomen.

4 *MAGILL*-ARREST

4.1 Algemeen

In het *Magill*-arrest[29] was er sprake van uitoefening van het auteursrecht (naar Nederlandse begrippen eerder: 'geschriftenrecht'; zie *hoofdstuk 6* § 3) op zakelijke informatie, namelijk op RTV-programmagegevens. De volgende rechtsvraag was in dit arrest aan de orde: in hoeverre kan weigering van een auteursrechthebbende om een licentie te verstrekken aan een derde, misbruik van een machtspositie opleveren in de zin van artikel 86 EG-Verdrag?

De Britse omroepen BBC en ITV en de Ierse omroep RTE brachten jarenlang afzonderlijke gidsen uit waarin een overzicht van de wekelijkse door hen uit te zenden TV-programma's was opgenomen. Er bestonden, anders dan in Nederland gebruikelijk, geen wekelijkse TV-gidsen met een algeheel programmaoverzicht van alle omroepen. In 1986 kwam Magill TV Guide Ltd. op het idee om een dergelijke alomvattende TV-gids te publiceren. BBC, ITV en RTE, stapten naar de rechter met een beroep op het auteursrecht op de betrokken programmagegevens en zagen dit beroep gehonoreerd. Magill diende vervolgens een klacht in bij de Europese Commissie.

Het Hof van Justitie oordeelde in overeenstemming met de Europese Commissie[30] en het Gerecht van Eerste Aanleg[31] dat de weigering van de Britse en Ierse omroepen om aan de Ierse uitgever Magill een licentie te verlenen, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 EG-Verdrag opleverde.

Het hof stelde dat de 'enkele hoedanigheid van houder van een intellectueel-eigendomsrecht een dergelijke positie [machtspositie; ME] niet kan verlenen' (r.o. 46).[32] Het bestaan van een machtspositie werd in casu aangenomen omdat de omroepen zelf de indeling van de programma's vaststelden en daarmee dus de enige bron van de programmagegevens waren (r.o. 47). De omroepen beschikten ten aanzien van de programmagegevens dus over een feitelijk informatiemonopolie.

---

29 HvJ EG 6 april 1995, *NJ* 1995, 492 m.nt. Verkade; *AA* 1995-10, p. 811-822, m.nt. Cohen Jehoram en Mortelmans *(Magill)*. Zie ook de beslissing van het GvEA 10 juli 1991, zaak II-485, *Jur.* 1991, 535, 575; Bijlage *Mediaforum* 1991-10, p. 92-103, m.nt. Hugenholtz, p. 111-112.

30 Beschikking Europese Commissie van 21 december 1988, *PbEG* 1989 L 78/43.

31 GvEA 10 juli 1991, *Jur.* 1991, zaak II-485, 535, 575; Bijlage *Mediaforum* 1991-10, p. 811-822, m.nt. Hugenholtz, p. 111-112.

32 J.J. Feenstra, 'Het Magill-arrest: eendagsvlieg of vogelspin?', *Informatierecht/AMI* 1996-2, p. 32 is het niet met het hof eens. Het bezit van auteursrecht vormt i.c. immers een essentieel element voor het bestaan van een machtspositie. De omroepen als opstellers van de programmagegevens hebben geen ander machtsmiddel dan hun auteursrecht. Juister is het volgens hem van een juridisch monopolie te spreken. Een wettelijk monopolie geldt nl. volgens de beschikkingenpraktijk en de rechtspraak van de Commissie in beginsel automatisch als een machtspositie.

Het hof benadrukte dat niet iedere licentieweigering door een monopolist automatisch misbruik van machtspositie oplevert (r.o. 49).[33] Hiervoor zijn bijzondere omstandigheden nodig.

In casu was het misbruik primair gelegen in de omstandigheid dat ten gevolge van de licentieweigering de consumenten werden benadeeld: er bestond geen daadwerkelijk of potentieel substituut voor een wekelijkse TV-gids met informatie over de diverse programma's van de komende week; er was bovendien een constante en regelmatige vraag van de zijde van de consumenten; de omroepen die de enige bron van informatie waren, lieten de kijkers geen andere keuze dan voor elk kanaal de aparte gids met het weekprogramma te kopen (r.o 52-54). Door de weigering aan Magill een licentie te verstrekken hebben de omroepen de introductie van een nieuw product (een 'alomvattende' TV-gids) belet, dat zij zelf niet aanboden en waarnaar een potentiële vraag bestond. Dit leverde volgens het hof misbruik in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b EG-Verdrag op.

Ten tweede vond de licentieweigering geen rechtvaardigingsgrond in de activiteiten van het televisiebedrijf en ook niet in het uitgeven van TV-gidsen (r.o. 55).

Ten slotte (r.o. 56) 'hebben de betrokken omroepen zich door hun gedragingen de afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse TV-gidsen, voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten, aangezien zij eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijke gids, ontzegden.'[34] Een dergelijke gedraging gaat verder dan wat naar Gemeenschapsrecht is toegestaan met het oog op de wezenlijke functie van het auteursrecht.

4.2 *Magill*-arrest en NNI

Verkade wijst er in zijn noot bij het *Magill*-arrest[35] op, dat dit arrest gevolgen kan hebben voor de uitgevers van telefoongidsen, dienstregelingen, gebruiksaanwijzingen/bijsluiters, beurskoersen en andere zakelijke informatie. Indien de opsteller tevens de enige bron van feitelijke gegevens is, acht het hof vanzelf een feitelijk monopolie en daarmee een machtspositie aanwezig. Het verhinde-

33 In deze zin reeds HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 e.v. *(Volvo/Veng)*, zie m.n. r.o. 8.

34 Feenstra 1996, p. 32: deze redenering vormt de basis voor een constructie waardoor art. 86 EG-Verdrag kan worden toegepast. Deze constructie houdt in dat een onderneming met een machtspositie op de ene markt, daarvan misbruik maakt, indien zij de concurrentie op een aangrenzende markt beperkt.

35 Zie noot Verkade bij het *Magill*-arrest.
Vgl. Hugenholtz, *Mediaforum* 1991-10, p. 111-112 in zijn noot bij de beslissing van het GvEA 10 juli 1991, Bijlage *Mediaforum* 1991-10, p. 92-103.

ren van het ontstaan van nieuwe/afgeleide producten waarvoor geen substituut bestaat en waar vraag naar is, kan als misbruik worden aangemerkt.

Het NNI is in feite het enige erkende normalisatieinstituut in Nederland en bovendien het enige punt waar dienovereenkomstige normalisatienormen en informatie daarover beschikbaar zijn. De gegevens met betrekking tot technische normen en de technische normen zelf, kunnen ongetwijfeld worden beschouwd als zakelijke informatie. Dit geldt te meer nu hiernaar in wetgeving wordt verwezen. Nu uit het *Magill*-arrest voortvloeit dat het hof automatisch een monopoliepositie en daarmee een machtspositie aanwezig acht, indien de opsteller van feitelijke gegevens tevens de enige bron daarvan is, kan worden geconcludeerd dat het NNI in Nederland over een machtspositie beschikt.[36]

4.2.1 *Uitoefening auteursrecht door het NNI*

Het NNI pretendeert het auteursrecht op de door het instituut gepubliceerde normen te hebben en heeft het auteursrecht op aanverwante publicaties voorbehouden. Het NNI gaat daarmee uit van een exclusief recht.[37] Hoewel het bezit van een intellectueel eigendomsrecht niet op zichzelf een machtspositie oplevert, kan gebruik van dit recht in combinatie met een machtspositie onder omstandigheden wél misbruik van deze positie opleveren.

Nu het NNI geldt als monopolist met betrekking tot normalisatie en normen én het exclusieve recht hierop pretendeert te hebben, heeft het NNI, als het daarin gelijk heeft, een sterk machtsmiddel in handen.

Daarbij komt dat het NNI aanzienlijke tarieven hanteert voor de verkoop van de normalisatienormen en de hieraan verwante publicaties.[38] Dit is een indicatie voor misbruik: ook de Europese Commissie wijst erop dat het vragen van buitensporig hoge prijzen door een onderneming met een machtspositie kan neerkomen op een feitelijke weigering om een licentie te verlenen.[39] Deze opvatting spoort met haar beslissing van eerdere datum in de *Magill*-zaak.

In het onderstaande wordt bezien of een echte of fictieve weigering van het NNI tot het verlenen van een licentie aan andere uitgevers, misbruik van machtspositie kan opleveren.

---

36 Nederland wordt beschouwd als een substantieel deel van de markt van de Gemeenschap: HvJ EG 9 november 1983, zaak C-322/81, *Jur.* 1983, p. 3461, r.o. 28 *(Michelin/Commissie)*.

37 Hierbij wordt ervan uitgegaan dat op de normalisatienormen in beginsel 'volledig' en/of 'beperkt' auteursrecht of databankrecht kan worden uitgeoefend.

38 Zie Bijlage III voor tarieven van Bouwbesluitnormen.

39 Mededeling van de Europese Commissie van 27 oktober 1992, COM (92) 445 def., nr. 5.1.14, p. 27; hierna aan te halen als *Mededeling Intellectuele Eigendomsrechten en Normalisatie.*

4.2.2 *Misbruik?*

In de eerste plaats moet ingevolge het *Magill*-arrest de licentieweigering een product betreffen waarvoor geen daadwerkelijk of potentieel alternatief bestaat. Stel dat een concurrerende uitgever heeft besloten om een totaaloverzicht – op 'papier' of op een CD-ROM – uit te geven van de normen waarnaar in het Bouwbesluit is verwezen eventueel met een bijbehorende toelichting. Stel dat het NNI slechts 'losse' normen uit zou geven en geen totaalpakket en zij weigert hiervoor een licentie aan een andere uitgever te verlenen, dan bestaat er in dat geval dus geen daadwerkelijk alternatief voor een dergelijke totaaluitgave. Voor systematisch becommentarieerde versies geldt hetzelfde.

Om misbruik aan te nemen, moet er in de tweede plaats een constante en regelmatige vraag naar het desbetreffende product bestaan bij de consument. Uitgaande van het voorbeeld dat in deze studie steeds is gebruikt – het Bouwbesluit – bestaat in de bouwsector en/of bij de individuele aanvrager van een bouwvergunning ongetwijfeld behoefte aan een totaaloverzicht in een bundel of op CD-Rom; voor becommentarieerde versies lijkt niets anders aan te nemen.

Ten slotte moet het product waarvan de commercialisering wordt beperkt niet door de rechthebbende zelf op de markt worden gebracht en/of vervaardigd. Ervan uitgaande dat de als voorbeeld genoemde uitgaven nog niet door het NNI worden uitgegeven, kunnen deze 'producten' worden aangemerkt als een, van de door het NNI beheerste markt met uitgaven van 'losse' normen, afgeleide markt.

4.2.3 *Tarieven*

Misbruik van machtspositie wordt onder meer aangenomen wanneer een onderneming voor de door haar verrichte diensten aanzienlijk hogere tarieven toepast dan die welke in andere lidstaten worden toegepast. De tariefniveaus moeten op homogene grondslag worden vergeleken. Het tariefverschil vormt een aanwijzing voor misbruik van machtspositie. 'In andere landen zijn normen gratis', zegt mevrouw M. van Zuijlen (PvdA) in het verslag van de nota *Normen, certificaten en open grenzen*.[40]

De Europese Commissie heeft in haar *Mededeling Intellectuele Eigendomsrechten en Normalisatie*[41] gesteld dat misbruik van een machtspositie door een normalisatieinstelling de vorm kan aannemen van het opleggen van onbillijke

40 *Kamerstukken II* 1994/95, 21 670, nr. 9, p. 2. Dit is bijv. het geval in Frankrijk: zie hierover M. von Albrecht, *Amtliche werke und Schranken des Urheberrechts zu amtlichen Zwecken in fünfzehn europäischen Ländern*, München: VVF 1992 (Band 340), p. 159-160. Daar geldt dat de overheid de t.b.v. de overheid opgestelde normen in een officiële procedure algemeen verbindend verklaart, waarna ze tot de zgn. 'textes officiels' worden gerekend en auteursrechtvrij zijn.

41 P. 25 nr. 5.1.6. Deze Mededeling is bekrachtigd bij Resolutie van 28 maart 1994, COM (94) 113 C 91/300.

aankoopprijzen (tarieven inclusief de royalty's voor het gebruik van de normen).[42]

Wanneer excessieve financiële eisen worden gesteld door een onderneming met een machtspositie kan dit een de facto weigering tot licentiëring betekenen. Het *Magill*-arrest bevestigt deze lijn.

Er zijn in Nederland geen andere uitgevers van normalisatienormen;[43] het NNI is het enige instituut. Het NNI kan, indien haar beroep op het auteursrecht of andere (databank)rechten juist is, de gehele markt betreffende normalisatie en normen in sterke mate beïnvloeden. Het NNI ondervindt geen concurrentie van anderen en kan dus eenvoudig de tarieven naar haar hand zetten. De verkoop van normen gaat toch door, nu er zowel behoefte als noodzaak bestaat. Dit geldt te meer waar het in wetgeving verwezen normen betreft.

5 Mededeling Intellectuele Eigendomsrechten en Normalisatie

De Europese Commissie waarschuwt in haar eerdergenoemde mededeling voor beschikbaarheidskwesties bij het gebruik van normen in de wetgeving. In geval van opneming van normen in wetgeving, die aan normen verbindende kracht geeft en waardoor deze hun gewone vrijwillige aard verliezen, dient de overheid zich er onder andere van te vergewissen dat de normen beschikbaar zijn voor alle belanghebbenden op wie de wetgeving van toepassing is.[44]

Ten aanzien van dynamische verwijzingen heeft de Europese Commissie de vraag opgeworpen of er sprake is van delegatie van wetgevend gezag aan de normalisatieinstelling.[45] Indien dat het geval is en indien wordt verwezen naar normalisatienormen met als gevolg dat gebruik hiervan verplicht is, acht de Europese Commissie het van belang dat er eenvormige regels voor normalisatiewerkzaamheden worden opgesteld. In een sector waarin gebruik van normen op basis van wettelijke bepalingen namelijk verplicht is geworden, kan gemakkelijk een monopoliepositie ontstaan indien er gebruikers zijn die geen lid zijn van de normalisatieinstelling en aan wie geen informatie wordt verstrekt.[46]

Ook dienen normalisatieinstellingen zich te conformeren aan de voorschriften van het EG-mededingingsrecht, met name waar het gaat om het vaststellen van het niveau van royalty's of andere commerciële voorwaarden voor het

42 Ook andere onbillijke contractuele voorwaarden kunnen gelden als misbruik, aldus de commissie.

43 Behoudens evt. mij overigens niet bekende gevallen van licentiëring.

44 Nr. 2.3.3, p. 7; nr. 5.2.4, p. 28: 'Normen die via de communautaire wetgeving zijn opgelegd (...) moeten op billijke, redelijke en non-discriminatoire voorwaarden beschikbaar zijn voor belanghebbenden in de Gemeenschap.'

45 Vgl. nr. 4.8.9, p. 22 van de mededeling.

46 Nr. 4.8.8./4.8.10, p. 22.

ter beschikking stellen van normen.[47] Misbruik van machtspositie zou kunnen resulteren in het opleggen van onbillijke aankoop- of verkoopprijzen.[48] Een onderneming kan ook een machtspositie op de markt van de eigen producten innemen.[49] Dit lijkt het NNI te doen, gelet op de hoge prijzen in vergelijking tot de prijzen die gelden voor overheidswetgeving.

Ten slotte stelt de Europese Commissie dat er communautaire maatregelen kunnen volgen indien een Europese normalisatieinstelling systematisch nalaat op non-discriminatoire wijze toegang te verlenen tot haar normen.[50] In dat geval moet de rechtspositie van die normalisatieinstelling krachtens het gemeenschapsrecht nader worden onderzocht.[51]

6 CONCLUSIE

Met dit hoofdstuk is beoogd de mededingingsrechtelijke omgeving te schetsen van de monopoliepositie waarin het NNI onmiskenbaar verkeert. Dit hoofdstuk is eigenlijk ten overvloede voor de gevallen waarop artikel 11 Aw reeds van toepassing is, maar kan niettemin van belang zijn met het oog op de implementatie van de Databankrichtlijn omdat nog niet duidelijk is of daarbij een met artikel 11 Aw vergelijkbaar artikel zal worden opgenomen. Bovendien is dit onderwerp van belang met betrekking tot de door het NNI uitgegeven aanverwante publicaties die niet onder artikel 11 Aw vallen.

Allereerst is de nieuwe Nederlandse Mededingingswet besproken, die uitgaat van een zogenaamd verbodssysteem, dat wil zeggen dat het ondernemingen met een economische machtspositie is verboden daarvan misbruik te maken (art. 24). Met betrekking tot het NNI (en NEC) is vastgesteld dat dit de enige normalisatieorganisatie is in Nederland, waardoor het in een monopoliepositie verkeert: hiermee is de machtspositie al gegeven. De positie van het NNI brengt bovendien met zich mee het zelf de prijzen kan bepalen en zelf de leveringsvoorwaarden kan vaststellen. De vraag of het NNI misbruik zou maken van deze positie is later behandeld aan de hand van artikel 86 EG-Verdrag en het *Magill*-arrest.

Alvorens hierop in te gaan is de mogelijkheid van een ontheffingsverzoek op basis van artikel 25 Mededingingswet besproken: ondernemingen die een taak hebben ten dienste van het algemeen belang kunnen eventueel een ontheffing van het verbod op misbruik verkrijgen van de mededingingsautoriteit. Voor het verlenen van een ontheffing geldt dat de hiervoor bedoelde taak moet kunnen worden afgeleid uit een wettelijk voorschrift, een besluit van een

47 Nr. 5.1.2, p. 24.
48 Nr. 5.1.6, p. 25.
49 Nr. 5.1.7, p. 25.
50 Nr. 6.3.3, p. 33.
51 Nr. 6.3.3, p. 33.

bestuursorgaan of uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten. Omdat het NNI in Nederland wordt aangemerkt als de centrale instantie op het gebied van normen en normalisatie is de mogelijkheid van ontheffing voor het NNI besproken. Hierbij is benadrukt dat het daarbij slechts gaat om de gevallen waarin gebruik is gemaakt van normalisatienormen in het kader van wetgeving; in de overige gevallen is het NNI een 'gewone' privaatrechtelijke instantie. Het NNI zou eventueel voor een ontheffing in aanmerking kunnen komen omdat uit het bestaan van de privaatrechtelijke overeenkomst met de staat, de daaruit voortvloeiende mandaten en de individuele normalisatieopdrachten in het kader van wetgeving en de daarbijbehorende projectgebonden subsidies, zou kunnen worden afgeleid dat er sprake is van een conglomeraat van regelgeving. Doordat het NNI echter twee petten draagt – als normalisator ten dienste van het algemeen belang en als uitgever van de normalisatienormen – is een beoordeling niet eenvoudig. De omstandigheid dat de wetgever wil dat de normalisatiekosten worden terugverdiend met de verkoop van de normen doet aan een op de uitgeversrol van het NNI betrokken beoordeling mijns inziens niet af: de mededingingsautoriteit is hieraan mijns inziens niet zonder meer gebonden.

Voor gevallen van dynamische verwijzing is de situatie duidelijker: in die gevallen is het NNI zelfstandig bestuursorgaan en heeft het (materieel gezien) publiekrechtelijke bevoegdheden overgedragen gekregen. In dit geval zal echter nog wel moeten worden beoordeeld of er sprake is van *misbruik* van machtspositie en of dit misbruik gerechtvaardigd is.

Met betrekking tot het Europese kartelrecht, dat van belang is in verband met het voorgaan boven de intellectuele eigendomsrechten in gevallen van misbruik van machtspositie van (para-)auteursrechtelijke informatiemonopolies, is artikel 86 EG-Verdrag besproken. De uitoefening van intellectuele eigendomsrechten levert niet vanzelfsprekend misbruik op, maar wel in bijzondere omstandigheden. In dit kader is het *Magill*-arrest besproken dat ook naar Nederlands mededingingsrecht richtinggevend lijkt. Het NNI pretendeert het exclusieve recht te hebben met betrekking tot de door het instituut zelf uitgegeven normen en aanverwante publicaties. Het NNI is de enige bron hiervan in Nederland en heeft daarmee dus een machtspositie. Het NNI ondervindt geen concurrentie van anderen en kan dus zelf de tarieven bepalen van de publicaties van normen. Daarenboven verkrijgt het NNI subsidies van de overheid. De tarieven die het NNI hanteert, zijn aanzienlijk. De kosten van een enkel normblad liggen tussen de *f* 32,50 en *f* 400. In andere landen zijn de normen volgens Tweede-Kamerlid Van Zuijlen (zo goed als) gratis. Een voorbeeld hiervan vormt Frankrijk. De omstandigheden van het bestaan van een machtspositie en het uitoefenen van een exclusief recht op de publicaties in samenhang met de hoge tarieven, zouden in de lijn van het *Magill*-arrest misbruik van machtspositie kunnen opleveren. Ook de Europese Commissie geeft in haar *Mededeling Intellectuele Eigendomsrechten en Normalisatie* aan deze opvatting steun.