



DE TELEGROAF – NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO

Arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage d.d. 30 januari 2001.

Artikel 24 Mw; genregegevens.
(m.nt. mr M. Chatelin)

Feiten

De NOS en de publieke omroepen hebben dit civiele kort geding aangespannen omdat De Telegraaf in week 45 van 1998 was begonnen met het verspreiden van de gids TV Week met (wekelijkse) lijsten die radio- en televisieprogramma's bevatten, welke per dag chronologisch zijn gerangschikt voor de verschillende daarin vermelde 'genres'.

Op 5 januari 1999 heeft de president van de Rechtbank Den Haag geoordeeld dat de NOS c.s. zich met succes kan beroepen op geschriftenbescherming en heeft de uitga-ve verboden tot vier weken na de beslissing op het bezwaarschrift tegen het NMa-besluit van 10 september 1998. In dat NMa-besluit is vastgesteld dat de weigering van de NOS en de Holland Media Groep SA (verder: HMG) om wekelijkse programmaoverzichten beschikbaar te stellen misbruik van machtspositie oplevert.

Voor wat betreft de NOS wordt gesproken over het zogenaamde 'spoorboekje'. Hiermee wordt bedoeld de volledige, chronologisch en per zender gerangschikte (wekelijkse) lijsten met programma's van radio en televisie van de NOS en AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO (verder: de Omroepen). Daarnaast bestaan er buitenlandprogramma's of buitenlandlijsten van de Omroepen, die ongeveer drie weken voordat de omroepgidsen uitkomen naar buitenlandse kranten en tijdschriften worden gezonden.

Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft op 30 januari 2001 beslist op het hoger beroep van De Telegraaf tegen het kortgedingvonnis van 5 januari 1999. De Telegraaf heeft daartegen zeven grieven aangevoerd, met conclusie tot vernietiging van het vonnis en afwijzing van de vorderingen van de NOS en de Omroepen. De NOS en de Omroe-

pen hebben de grieven bestreden en hebben bij incidenteel appel vier (onvoorwaardelijke) grieven en een voorwaardelijke grief tegen het vonnis aangevoerd.

Beoordeling

Grief I is gericht tegen het vonnis voorzover daarin is gesteld, samengevat, dat De Telegraaf de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft verzocht de NOS te gelasten tegen marktconform tarief een licentie te verlenen voor het door haar gewenste gebruik van alle radio- en televisieprogrammegegevens.

Blijkens het besluit van de d-g NMa van 10 september 1998 heeft De Telegraaf de NMa verzocht de NOS en RTL/Veronica de HMG een last onder dwangsom op te leggen terzake van handelen in strijd met artikel 24 j° 56 lid 1 onder b van de Mededingingswet (Mw), waartoe zij heeft aangevoerd, samengevat, dat de NOS weigert aan haar de wekelijkse programmaoverzichten van de publieke Omroepen (het 'spoorboekje') ter beschikking te stellen.

Voorzover met de grief wordt betoogd dat in het vonnis ten onrechte is vermeld dat De Telegraaf een licentie heeft verzocht (welke volgens haar stellingen niet nodig is) en aldus niet de letterlijke tekst van haar klacht is weergegeven, is de grief gegrond, maar kan deze niet leiden tot vernietiging van het vonnis.

De onvoorwaardelijke incidentele grief I is gericht tegen het oordeel van de president dat lijsten met programmegegevens geen volledige auteursrechtelijke bescherming genieten.

Anders dan de NOS en de Omroepen betogen, is in dit verband uitsluitend de vraag van belang, of aan de op schrift gestelde lijsten met programmegegevens (zoals het 'spoorboekje' en de buitenlandlijsten) volledige auteursrechtelijke bescherming toekomt. Naar het voorlopig oordeel van het hof zijn deze lijsten met programmegegevens niet aan te merken als werken met een eigen, oorspronkelijk karakter die het persoonlijk stempel van de maker dragen. Immers, deze lijsten houden niet meer in dan een hoeveelheid feitelijke gegevens, terwijl, naar uit de processtukken is gebleken, de rangschikking onvoldoende getuigt van een persoonlijke visie en/of originaliteit van de maker.

Deze programmalijsten zijn derhalve niet aan te merken als werken van letterkunde, wetenschap of kunst waaraan volledige auteursrechtelijke bescherming toekomt.

Dit oordeel vindt steun in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel, dat tot de Omroepwet heeft geleid; daarin is immers – mede onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1965, NJ 1966, 116 – vermeld dat tot de groep ‘alle andere geschriften’ de geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter behoren, waarvan ook de radio- en televisieprogramma’s deel uitmaken. Deze grief faalt dan ook.

Hoewel de NOS en de Omroepen slechts meer subsidair een beroep op de bescherming ingevolge de Databankenwet hebben gedaan, gaat het hof eerst na of de programmegevens onder de omschrijving van ‘databank’ vallen. Artikel 1 Databankenwet luidt: *‘Voor de toepassing van het bepaalde bij of krachtens deze wet 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.’*

Uit de wettelijke omschrijving van databank en uit de tekst en de considerans van Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken¹ volgt dat de substantiële investering gericht moet zijn op het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van (de inhoud van) de databank. Noch in de richtlijn noch in de Databankenwet wordt omschreven wanneer een investering als ‘substantieel’ valt aan te merken.

De NOS en de Omroepen stellen dat het bedenken welke programma’s men wil gaan vervaardigen of aankopen, het programmeren, bewerken, onderhouden en up-to-date houden van het bestand in al zijn facetten zeer arbeidsintensief is en dat derhalve sprake is van substantiële investeringen. De Telegraaf betwist dit, waarbij zij verwijst naar het Verslag betreffende het wetsvoorstel dat tot de Databankenwet heeft geleid. Zij voert verder aan dat het bedrag van f 50.000,-, dat door de dagbladen gezamenlijk aan de NOS en de Omroepen wordt betaald wel kostendekkend zal zijn, aantoont dat van een substantiële investering geen sprake is. De NOS en de Omroepen hebben op dit laatste niet gereageerd. Processtukken, op grond waarvan aannemelijk is dat substantiële (geldelijke) investeringen zijn gedaan, zijn evenmin in het geding gebracht. Daarbij komt dat de Omroepen, waarvan de primaire taak is om landelijk radio- en televisie-uitzendingen te verzorgen, deze taak niet kunnen vervullen zonder programmegevens te verzamelen en programmalijsten op te stellen, waarbij, nu het tegendeel niet aannemelijk is geworden, moet worden aangenomen dat met het enkele opstellen van programmalijsten 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 televisieprogrammegevens niet meer zijn dan een spin-off van het programmeren van de zender (Parlementaire geschiedenis Databankenwet, Nota naar aanleiding van het Verslag (Tweede Kamer)). Volgens het hof is bij deze stand van zaken 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 programmegevens niet zijn aan te merken als een databank in de zin van de Databankenwet. Het vorenstaande brengt mee dat de programmegevens in beginsel voor geschriftenbescherming al dan niet in de zin van de Mediawet in aanmerking komen.

De principale grief II is gericht tegen de in het vonnis weergegeven uitleg van artikel 59 Mediawet. Partijen zijn verdeeld omtrent de beantwoording van de vraag of artikel 59 van de Mediawet² een materiële verruiming inhoudt ten opzichte van de bescherming van geschriften ingevolge de Auteurswet 1912, en zo ja welke.

Anders dan De Telegraaf meent, draagt de omstandigheid dat de Mediawet is gewijzigd bij de wet van 13 november 1997, Stb. 5441, tot wijziging van de Mediawet in verband met een herziening van de organisatiestructuur van de landelijke publieke omroep³ en de wet van 5 juli 1997, Stb. 691, tot wijziging van de bepalingen van de Mediawet, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 in verband met de liberalisering van de mediawetgeving⁴, niet tot voormeld oordeel bij, nu bij die wetswijzigingen artikel 59 ongewijzigd is gebleven.

De Telegraaf heeft onweersproken gesteld dat zij na de weigering van de NOS om het ‘spoorboekje’ aan haar ter beschikking te stellen, als alternatief is overgegaan tot publicatie van ‘genregegevens’ in een bij het dagblad ‘De Telegraaf’ behorende bijlage genaamd TV Week. Zij betoogt dat in dit geval, waarin de programmegevens per genre zijn gerangschikt, van ‘ontlening’ geen sprake is, zodat artikel 59 Mediawet (voor het overige) toepassing mist.

Dit betoog kan De Telegraaf niet baten. Onvoldoende is weersproken dat de genregegevens vallen onder ‘lijsten of andere opgaven van programma’s’ als bedoeld in artikel 59 Mediawet. De omstandigheid, dat de programmegevens in TV Week naar genre en de programmegevens in de geschriften van de Omroepen per zender en uitsluitend chronologisch zijn gerangschikt, brengt naar het voorlopig oordeel van het hof niet mee, dat reeds daarom van ontlening geen sprake is.

Nu de ‘genregegevens’ zijn aan te merken als ‘lijsten of andere opgaven van programma’s’ als bedoeld in de

1 Pb. EG 27 maart 1996, L 77/20.

2 Wet van 1987, Stb. 249.

3 Kamerstukken II 1996-1997, 25 216.

4 Kamerstukken II 1996-1997, 24 808.

Mediawet, worden deze ingevolge het bepaalde in artikel 59 van die wet vermoed te zijn ontleend aan geschriften inhoudende programmaopgaven voor radio- en televisie-uitzendingen. Op De Telegraaf c.s. rust dan ook de last van het leveren van tegenbewijs.

De Telegraaf heeft dienaangaande gesteld dat de 'genregegevens' door middel van vrije nieuwsgaring zijn verkregen, met name uit seizoenoverzichten, persberichten, advertenties en van het internet, waarbij tevens rekening is gehouden met de (gebruikelijke) horizontale programmering, volgens welke soaps, documentaires en films op vaste tijden worden uitgezonden.

De NOS en de Omroepen stellen zich daarentegen op het standpunt dat De Telegraaf haar programmagegevens, met name de buitenlandprogramma's, met enige aanpassingen, in TV Week heeft verveelvoudigd en openbaar gemaakt. Zij voeren onder meer aan dat TV Week foutjes in namen en tijden bevat, die ook voorkomen in de buitenlandlijsten. Hiertegenover hebben De Telegraaf c.s. aangevoerd dat dergelijke fouten ook voorkomen in persberichten met programmagegevens.

Hoewel het hof – theoretisch – niet uitgesloten acht dat 'genregegevens' volgens de door De Telegraaf aangegeven wijze en/of mede door deduceren en combineren tot stand kunnen worden gebracht, wordt *in casu* niet genoegzaam aannemelijk geacht dat de programma's als in TV Week ook werkelijk op die – omslachtige en tijdrovende – wijze tot stand zijn gebracht. Om na te gaan of van dit laatste sprake is, is nader onderzoek nodig. Daarvoor is evenwel in het kader van dit kort geding geen plaats. Dit brengt mee dat in dit geding ervan moet worden uitgegaan dat het tegenbewijs niet is geleverd en dat De Telegraaf de programmagegevens in TV Week heeft ontleend aan programmagegevens (met name de buitenlandprogramma's), ten aanzien waarvan in dit kort geding geen punt van discussie is geweest dat de Omroepen en de NOS de rechthebbenden daarop zijn.

Het voorgaande brengt tevens mee dat het subsidiaire beroep op 'gewone' geschriftenbescherming niet meer aan de orde behoeft te komen.

Misbruik van machtspositie

De principale grief V houdt in, dat de president ten onrechte geen beslissing heeft gegeven omtrent het verweer van De Telegraaf dat de NOS en de Omroepen misbruik maken van hun machtspositie, als bedoeld in artikel 24 Mw, en daartoe heeft overwogen dat hij niet wil vooruitlopen op de beslissing van de NMa op het bezwaarschrift in de klachtprocedure.

De Telegraaf heeft er in dit verband op gewezen dat de weigering van de NOS om het 'spoorboekje' aan haar tegen betaling van een marktconform tarief ter beschikking te stellen onrechtmatig is bevonden door de d-g NMa blijkens zijn besluit van 10 september 1998 en zijn rapport van 16 februari 2000.

De NOS en de Omroepen stellen zich evenwel op het standpunt dat de uitkomst van de procedure bij de NMa onzeker is, nu tegen de uitspraak van de NMa van 10 september 1998, al aangenomen dat dit als een besluit valt aan te merken, bezwaren zijn ingebracht. Naar hun mening dient de kortgedingrechter zich terughoudend op te stellen.

Naar het oordeel van het hof is de kortgedingrechter gehouden een voorlopige voorziening te geven, telkens wanneer zulks naar zijn oordeel gelet op de belangen van partijen, uit hoofde van onverwijlde spoed is vereist. Denkbaar is evenwel dat een beslissing van de civiele kortgedingrechter wordt aangehouden, indien op betrekkelijk korte termijn een besluit op bezwaar van de NMa kan worden verwacht.

In casu is, gelet op de mededelingen van partijen bij pleidooi, evenwel geen uitzicht op een spoedige beslissing omtrent de ingebrachte bezwaren. Het hof gaat daarom na of ten processe voldoende gegevens aanwezig zijn voor een inhoudelijk oordeel. Daarbij gaat het hof ervan uit dat het gevorderde gebod 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.

Dienaangaande is het volgende van belang. De NOS is op grond van artikel 16 van de Mediawet het samenwerkings- en coördinatieorgaan en onder meer belast met de coördinatie van de programma's van de instellingen die zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep, en met het verzorgen van een programma. Tot die instellingen behoren de Omroepen.

Overgenomen wordt hetgeen is vermeld onder 6 van het besluit/standpunt van de NMa van 10 september 1998 omtrent de hoedanigheid van 'ondernemer', de relevante productmarkt (de markt van weekoverzichten van radio- en televisieprogramma's), de relevante geografische markt (Nederland), al welke gegevens in dit kort geding door de NOS en de Omroepen op zichzelf niet zijn weersproken. Gelet hierop en op de eveneens onbestreden gegevens omtrent de marktaandelen waardoor de NOS in staat wordt geacht de instandhouding van een feitelijke mededinging op de markt te verhinderen, acht het hof voorshands aannemelijk dat de NOS dan wel de NOS en de Omroepen tezamen een economische machtspositie heeft/hebben.

Uit artikel 58 van de Mediawet volgt dat de instellingen die zendtijd voor landelijke omroep hebben verkregen, verplicht zijn de programmagegevens voorzover deze nodig zijn voor de opgaven in de programmabladen, ter beschikking van de NOS te stellen en dat zij moeten gedogen dat de NOS die gegevens ter verveelvoudiging en openbaarmaking ter beschikking stelt van de omroepverenigingen die zendtijd hebben verkregen, alsmede van anderen die daartoe een overeenkomst met de NOS hebben gesloten.

Uit de ten processe overgelegde stukken betreffende de NMa-procedure blijkt voorts dat de NOS – anders dan de

HMG – ondanks het bepaalde in het besluit/standpunt van 10 september 1998 niet bereid is gebleken met De Telegraaf in onderhandeling te treden over het ter beschikking stellen van het spoorboekje.

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 programmeergevens tegen een marktconforme vergoeding aan derden ter beschikking stelt.⁵ 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 programmeergevens 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.

Niet gebleken is dat door de NOS en/of de Omroepen dergelijke programmeergevens reeds aan derden, waaronder De Telegraaf, zijn verstrekt. Uit de omstandigheid dat TV Week niet compleet is en fouten in de programmeergevens bevat, leidt het hof af dat voor het op de markt brengen van een goed product tijdige levering van de juiste programmeergevens (het 'spoorboekje') onontbeerlijk is, terwijl niet aannemelijk is geworden dat er voor De Telegraaf een reële (uitwijk)mogelijkheid bestaat de programmeergevens anderszins te vergaren. 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. Door voormelde opstelling van de NOS en de Omroepen wordt elke mededinging op de desbetreffende markt uitgesloten.

Er is ook geen (objectieve) rechtvaardigingsgrond, nu niet aannemelijk is geworden 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.

Gezien het bovenstaande is naar het voorlopig oordeel van het hof thans sprake van een uitzonderlijke omstandigheid als bedoeld in de arresten van het Hof van Justitie EG van 6 april 1995, C-241/91 en C-242/91 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 programmeergevens aan De Telegraaf te leveren en zich in de gegeven omstandigheden blijven verzetten tegen de verveelvoudiging en openbaarmaking van programmeergevens in TV Week. 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. Het hof vernietigt het vonnis en wijst de vorderingen van de NOS en de Omroepen alsnog af.

Commentaar

Dit arrest maakt deel uit van de zich nu al meer dan drie jaar voortdurende kwestie tussen De Telegraaf en de NOS met als inzet de wekelijkse programmaoverzichten van de publieke omroepen (ook wel aangeduid als het 'spoorboekje'). De uitrookstrategie van de NOS is tot op heden succesvol gebleken getuige het feit dat De Telegraaf er niet in is geslaagd het spoorboekje te bemachtigen om zodoende de eigen TV Week volledig te laten zijn.

Mededingingsrechtelijk is met name interessant hetgeen het gerechtshof overweegt over artikel 24 Mw naar aanleiding van de grief dat de rechtbank ten onrechte geen beslissing heeft gegeven omtrent het verweer van De Telegraaf dat de NOS en de Omroepen misbruik maken van hun machtspositie. De president wilde niet vooruitlopen op de beslissing van de NMa.

Allereerst verdient opmerking het oordeel van het hof dat de kortgedingrechter in een zaak als deze gehouden is een voorlopige voorziening te geven, tenzij op betrekkelijk korte termijn een besluit op bezwaar van de NMa kan worden verwacht. Bij pleidooi is kennelijk gebleken dat een spoedige beslissing van de NMa niet waarschijnlijk was.

Ten tweede is opmerkelijk dat het hof zonder meer aannemelijk acht dat de NOS dan wel de NOS en de publieke omroepen tezamen een economische machtspositie heeft/hebben. Het hof neemt rechtstreeks over hetgeen is vermeld in het NMa-besluit van 10 september 1998 inzake de relevante productmarkt en relevante geografische markt – de markt van weekoverzichten van radio- en tv-programma's – met de kanttekening dat deze gegevens in het kort geding op zichzelf niet zijn weersproken. Ware dit wel gebeurd dan is niet ondenkbaar dat het hof tot het oordeel was gekomen dat voor de marktafbakening nader onderzoek vereist is en dat daarvoor in het kader van een kort geding geen plaats is. In dat geval zouden de vorderingen van de NOS en Omroepen niet op grond van het mededingingsrecht zijn afgewezen.

Ook ten aanzien van de vraag, of het weigeren de programmeergevens te verstrekken met een beroep op geschriftenbescherming ingevolge de Mediawet misbruik van machtspositie oplevert, is het hof kort door de bocht. Naar het – weliswaar voorlopig – oordeel van het hof is sprake van een uitzonderlijke omstandigheid als bedoeld in het arrest *Magill*⁶ en het arrest *Bronner*⁷. De programma-

⁵ Kamerstukken II 1996-1997, 24 808, nr. 37.

⁶ HvJ EG, gevoegde zaken C-241/91 en C-242/91, RTE en ITP vs. Commissie ('Magill'), Jur. 1995, 743.

⁷ HvJ EG, zaak C-7/97, Oscar Bronner vs. Mediaprint c.s. ('Bronner'), Jur. 1998, 7791.

gegevens zijn onontbeerlijk om de TV Week compleet en foutloos te maken. Niet aannemelijk is geworden dat De Telegraaf een reëel alternatief heeft en nu van het tegendeel niet is gebleken, wordt ervan uitgegaan dat van de zijde van de consument vraag is naar een uitgave van TV Week. Het hof voegt daar nog aan toe, dat door de opstelling van de NOS en de Omroepen elke mededinging op de desbetreffende markt wordt uitgesloten.

De hoofdregel waar het hof kennelijk op doelt is deze. Een weigering om een licentie te verlenen ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie, kan op zichzelf geen misbruik van die machtspositie opleveren.⁸ Het uitoefenen van het alleenrecht door de houder van een intellectueel eigendomsrecht kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden misbruik opleveren. In het arrest *Magill* bestonden de uitzonderlijke omstandigheden volgens het Hof van Justitie hieruit, dat de gewraakte weigering betrekking had op een product (informatie over de wekelijkse programma's van bepaalde tv-kanalen) waarvan de levering onontbeerlijk was voor de uitoefening van de betrokken activiteit (uitgave van een algemene tv-gids), in die zin, dat degene die de gids wenste aan te bieden zonder deze levering, de gids niet kon uitgeven en op de markt aanbieden. Deze weigering stond in de weg aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond. De weigering vond geen rechtvaardiging in objectieve overwegingen en zij sloot elke mededinging op de afgeleide markt uit.

Het arrest *Bronner*, waarin het Hof van Justitie de rechtspraak betreffende uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht toepast op de uitoefening van eender welk eigendomsrecht, bouwt voort op *Magill*. Van misbruik kan slechts sprake zijn wanneer niet alleen de weigering om een product of dienst te leveren elke mededinging op de markt van de verzoeker van de levering kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst of het product op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste. Het gaat erom dat geen reëel of potentieel alternatief bestaat.⁹ Daartoe zou op zijn minst moeten worden vastgesteld dat een alternatief niet economisch rendabel is.¹⁰

Het wellicht cruciale verschil met *Magill* is dat in die zaak programmegegevens onontbeerlijk waren omdat de weigering om die gegevens te leveren in de weg stond aan de introductie van een nieuw product, te weten een algemene tv-gids, waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag bestond.¹¹ De vraag is of de TV Week van De Telegraaf als een nieuw product is aan te merken. Het is niet de eerste algemene tv-gids. De consument heeft reeds keuze uit meerdere algemene tv-gidsen, weliswaar met de signatuur van een omroep, die een daadwerkelijk of potentieel substituut vormen. In dat geval is bovendien geen sprake van uitsluiting van elke mededinging omdat de omroepgidsen reeds met elkaar concurreren.

Zo het arrest *Bronner* hier al van toepassing zou zijn, in het geval van uitoefening van een intellectueel eigen-

domsrecht lijkt *Magill* immers reeds te voorzien, dan moet het onderzoek zich toespitsen op de vraag of De Telegraaf over een reëel of potentieel alternatief kan beschikken. In dat verband is interessant hetgeen het hof opmerkt in het kader van de vraag of De Telegraaf de programmegegevens in TV Week heeft ontleend aan programmegegevens als bedoeld in artikel 59 Mediawet. De Telegraaf heeft aangegeven dat genregegevens mede door deduceren en combineren tot stand kunnen worden gebracht. Het hof vindt dat niet aannemelijk omdat die methode omslachtig en tijdrovend zou zijn. Ingevolge *Bronner* had onderzocht kunnen worden in hoeverre die methode en eventuele alternatieve methoden economisch rendabel zijn of niet. Al blijft dat in het onderhavige geval een wat vreemde exercitie die beter tot zijn recht komt in situaties waar sprake is van natuurlijke monopolies.

Inmiddels heeft staatssecretaris Van der Ploeg van Cultuur laten weten dat hij wil dat de NOS en De Telegraaf snel tot overeenstemming komen over vrijgave van de programmegegevens van de omroepen tegen een redelijke prijs. Van der Ploeg heeft de NOS en De Telegraaf per brief gemaand om een overeenkomst te sluiten. Als beide partijen niet tot overeenstemming komen, zal de PvdA-bewindsman mogelijk op termijn wettelijke maatregelen nemen. Voor de staatssecretaris, die ontevreden is over de traagheid in dit dossier, is het duidelijk dat de NOS de gegevens tegen een redelijke prijs moet vrijgeven. 'Programmegegevens horen openbaar te zijn. Punt uit.' Hij noemde het 'onzin' dat de NOS en De Telegraaf al jarenlang in een juridische strijd verwickeld zijn.¹²

Het aspect van de redelijke vergoeding is in het NMa-besluit van 16 februari 2000 aan de orde gekomen.¹³ In dat verband is nog interessant dat in het onderhavige arrest wordt ingegaan op de vraag of sprake is van substantiële investeringen in de zin van de Databankenwet. Daarvan is volgens De Telegraaf geen sprake onder verwijzing naar het bedrag van 50.000 gulden dat door de dagbladen gezamenlijk aan de NOS en de Omroepen wordt betaald, welk bedrag naar De Telegraaf begrijpelijkerwijs aanneemt wel kostendekkend zal zijn. Het hof haakt hierop in met de opmerking dat de primaire taak van de omroepen is om landelijke radio- en televisie-uitzendingen te verzorgen. Met het enkele opstellen van programmalijsten zijn geen (afzonderlijke) substantiële investeringen in tijd, geld of anderszins gemoeid. Dat is niet meer dan een spin-off van het programmeren van de zender. Met deze vingerwijzing van het hof en de aansporing van staatssecretaris Van der Ploeg lijkt het einde van dit geschil in zicht te komen.

8 HvJ EG, zaak 238/87, Volvo, Jur. 1988, 6211, r.o. 7 en 8 en *Magill*, r.o. 49 en 50.

9 *Bronner*, r.o. 41.

10 *Bronner*, r.o. 46.

11 *Magill*, r.o. 54.

12 NRC Handelsblad van 19 maart 2001.

13 Zie NMa-besluit van 16 februari 2000, NV Holdingmaatschappij De Telegraaf vs. NOS en HMG, *M&M* 2000, p. 107, m.nt. M. Chatelin.