

**LJN-nummer: AQ1727 Zaaknr: AWB 03/132**

Bron: College van Beroep voor het Bedrijfsleven 's-Gravenhage  
Datum uitspraak: 15-07-2004  
Datum publicatie: 15-07-2004  
Soort zaak: bestuursrecht - bestuursrecht overig  
Soort procedure: hoger beroep

College van Beroep voor het bedrijfsleven

No. AWB 03/132 15 juli 2004  
9500 Mededingingswet

Uitspraak op het hoger beroep van:

de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: NOS), te Hilversum,  
tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2002, in het geding  
tussen de NOS en  
de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, te Den Haag, (hierna:  
d-g NMa)

gemachtigde van de NOS: mr. J.J. Feenstra, advocaat te Rotterdam,  
gemachtigden van de d-g NMa: mr. R. Ludding en mr. E.J. Daalder, beiden advocaat te  
Den Haag.

Aan het geding is tevens als partij deelgenomen door:  
N.V. Holding Maatschappij De Telegraaf (hierna: De Telegraaf), te Amsterdam,  
gemachtigde mr. J. Pel, advocaat te Amsterdam en  
Holland Media Groep S.A. (hierna: HMG), te Hilversum, gemachtigden: mr. O.W. Brouwer  
en mr. C.E. Schillemans, beiden advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

De NOS heeft bij brief van 20 januari 2003, ontvangen bij het College op 21 januari  
2003, hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna:  
de rechtbank) van 11 december 2002, kenmerk MEDED 01/2430 en 01/2474-RIP. Bij  
brief van 24 januari 2003 heeft de NOS de gronden van het hoger beroep aangevuld.

Bij brief van 7 februari 2003 heeft De Telegraaf het College laten weten gebruik te  
maken van de geboden gelegenheid om als partij aan het geding deel te nemen. Bij brief  
van

16 juli 2003 heeft HMG eveneens laten weten van die gelegenheid gebruik te maken.

Op 16 september 2003 heeft verweerder een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 17 oktober 2003 heeft HMG het College van haar zienswijze op de hoogte  
gebracht, terwijl De Telegraaf bij brief van 13 oktober 2003 van het geven van een  
schriftelijke uiteenzetting heeft afgezien.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 21 april 2004. Bij die gelegenheid  
hebben partijen hun standpunt toegelicht.

Zoals ter zitting besproken, is vervolgens het onderzoek bij beschikking van 7 mei 2004  
heropend teneinde partijen in de gelegenheid te stellen om te reageren op het op  
29 april 2004 gewezen arrest van het Hof van Justitie van de Europese  
Gemeenschappen, betreffende IMS Health GmbH & Co OHG en NDC Health GmbH & Co.  
KG, zaak

C-418/01 (IMS). Bij brieven van 28 mei 2004 hebben partijen, ieder voor zich, hun  
zienswijze aan het College kenbaar gemaakt. Partijen hebben vervolgens het College  
toestemming gegeven om zonder nadere zitting uitspraak te doen.

2. De grondslag van het geschil en de uitspraak van de rechtbank

Het beroep van de NOS bij de rechtbank was gericht tegen de beslissing van de d-g NMa op het bezwaar van de NOS tegen de oplegging aan laatstgenoemde van een last onder dwangsom. Deze last hield in de opdracht om aan De Telegraaf tegen een redelijke prijs de weekoverzichten van de (televisie)programmagegevens van de publieke omroepen ter beschikking te stellen.

Het standpunt van de d-g NMa was gebaseerd op het in artikel 24 van de Mededingingswet neergelegde verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie in combinatie met een tweetal arresten van het Hof van Justitie, respectievelijk van 6 april 1995, gevoegde zaken C-241 en C-242/91, RTE en ITP tegen de Commissie (Magill), Jur. 1995 p. I-743, en van 26 november 1998, Oscar Bronner GmbH & Co KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG c.s. zaak C-7/97 (Bronner), Jur. 1998, p. I-7791.

Voor een verdere weergave van het wettelijk kader, het ontstaan en de loop van het geding en de overwegingen van de rechtbank verwijst het College naar de bestreden uitspraak van de rechtbank, die is aangehecht aan deze uitspraak en geacht moet worden daarvan deel uit te maken.

Bij de bestreden uitspraak heeft de rechtbank het beroep van de NOS ongegrond verklaard.

### 3. Het standpunt van de NOS

De NOS heeft uiteengezet dat zij er vooral moeite mee heeft dat De Telegraaf de programmaoverzichten als bijlage wil voegen bij de zaterdageditie van haar dagblad en daarvoor niet een extra vergoeding aan de klant in rekening zal brengen. De omroepen kunnen op hun beurt niet een dagblad beginnen waarbij zij hun gegevens kunnen voegen. Daarom kunnen zij niet met De Telegraaf concurreren. Zij zullen massaal abonnees verliezen voor hun omroepbladen en daarmee de mogelijkheid om met hun leden te communiceren te loor zien gaan. Bovendien verliezen het product omroepblad en de omroepgegevens hun waarde. Dat leidt de NOS tot het standpunt dat zij haar gegevens, die zij in het algemeen wel aan derden ter beschikking wil stellen, eventueel ook voor publicatie op het internet, niet aan De Telegraaf wenst te verkopen.

De NOS ziet ook niet dat De Telegraaf met haar bijlage een nieuw product in de zin van het Magill-arrest op de markt zou brengen. Al met al acht de NOS haar weigering om de omroepgegevens aan de Telegraaf ter beschikking te stellen objectief gerechtvaardigd. De NOS heeft drie gronden aangevoerd die tot vernietiging van de uitspraak van de rechtbank zouden moeten leiden:

1. De rechtbank heeft, na terzijdestelling van cruciale onderdelen van de motivering van het bestreden besluit, nagelaten het besluit te vernietigen en heeft ten onrechte zelf ambtshalve andere argumenten aanwezig geacht voor de stelling dat het licentiebeleid van de NOS jegens De Telegraaf misbruik van machtspositie oplevert in de zin van artikel 24 Mededingingswet.

2. De rechtbank geeft een onjuiste interpretatie aan de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de verhouding tussen het mededingingsrecht en industriële eigendomsrechten (de Magill-doctrine). Hij komt ten onrechte en op onjuiste gronden tot de bevinding dat het licentiebeleid van de NOS jegens De Telegraaf misbruikmakend is in de zin van artikel 24 Mededingingswet en dat het besluit van de d-g NMa op dit punt juist is. Kort gezegd komt het erop neer dat de rechtbank, in navolging van de d-g NMa, ten onrechte niet inziet dat, waar het gaat om de vraag of weigering om het gebruik van intellectuele eigendomsrechten (hierna: IE-rechten) aan derden ter beschikking te stellen onrechtmatig zou kunnen zijn, niet slechts getoetst moet worden aan de vereisten gesteld in het Bronner-arrest, te weten:

- dat het gaat om ter beschikkingstelling van een voor de mededinging onontbeerlijke voorziening,
- dat voor de weigering daarvan geen objectieve rechtvaardiging bestaat en
- dat daardoor elke mededinging op de van belang zijnde markt wordt uitgesloten,

maar bovendien aan de eis dat de weigering er toe leidt dat een nieuw product geen toegang tot de markt zou kunnen krijgen.

3. Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat de NOS geen belang had bij haar grief tegen de beslissing van de d-g NMa om met toepassing van artikel 63, tweede lid, van de Mededingingswet, de oplegging van de last onder dwangsom niet hangende het beroep op te schorten.

In zijn reactie op het IMS-arrest heeft de NOS benadrukt dat daarin bevestigd is dat licentieweigering bij een exclusief IE-recht slechts dan onrechtmatig kan zijn als mede voldaan is aan de voorwaarde dat daardoor het op de markt verschijnen van een nieuw product verhinderd wordt. De bijlage bij de zaterdageditie van De Telegraaf kan niet als een dergelijk nieuw product worden aangemerkt. Het gaat in wezen om nog een televisieprogrammagids; een bestaand product. De verschijningsvorm als bijlage noch het kosteloze karakter kan aan die conclusie afdoen.

4. Het standpunt van de d-g NMa

De d-g NMa geeft aan het standpunt van de NOS dat een bijlage bij een krant, waarvoor niet een bijkomende vergoeding wordt gevraagd, als een gratis verstrekking moet worden beschouwd, onjuist te achten. Hij meent bovendien dat het mediawettelijk stelsel de omroepen niet belet adequaat tegen zo'n omroepbijlage te concurreren en dat er voor omroepen andere middelen zijn dan een omroepblad om met hun achterban te communiceren. Hij wijst voorts op de mogelijkheid om aan een licentie voorwaarden te verbinden die het verlies van de waarde van de omroepgegevens zou kunnen beperken. De d-g NMa wijst er daarnaast op dat het de rechtbank vrijstaat om met een enigszins van de daaraan ten grondslag liggende overwegingen afwijkende motivering een besluit in stand te laten. Zeker in een geval als het onderhavige, waarin de rechtbank met een iets van de redenering van de d-g NMa afwijkende juridische redenering net als de d-g NMa heeft geconcludeerd dat van misbruik van een economische machtspositie gesproken kan worden, is er geen reden om te oordelen dat het bestreden besluit vernietigd had moeten worden. De d-g NMa stelt zich op het standpunt dat in hoger beroep slechts de redenering van de rechtbank ter toetsing voorligt. Als die redenering stand houdt moet het hoger beroep ongegrond worden verklaard.

De d-g NMa neemt het standpunt in dat de arresten inzake Magill en Bronner gelijkelijk drie voorwaarden inhouden om een leveringsweigering van een dienst onrechtmatig te achten:

- de weigering sluit elke mededinging door de verzoeker uit,
- de gevraagde dienst is onontbeerlijk en
- de weigering valt niet objectief te rechtvaardigen.

Het door de NOS naar voren geschoven element van het beletten van de introductie van een nieuw product behoort naar de mening van de d-g NMa niet als een essentiële toetssteen te worden gezien. In de zaak Magill werd het als uitzonderlijke omstandigheid genoemd, maar ook andere uitzonderlijke omstandigheden kunnen tot het oordeel leiden dat een leveringsweigering onrechtmatig is.

Beslissend is naar het oordeel van de d-g NMa niet of een product nieuw is, maar of een product dat kan concurreren met de producten van de dominante onderneming of (in dit geval) ondernemingen, van de markt wordt geweerd.

Met betrekking tot de toepassing van artikel 63 Mededingingswet neemt de d-g NMa het standpunt in dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de NOS daardoor niet in haar belang is geschaad, nu eerst de voorzieningenrechter van de rechtbank en later de voorzieningenrechter van het College, de toepassing van artikel 63, tweede lid, gedurende de gehele beroeps- en hoger beroepsprocedure hebben geschorst.

Voor wat betreft de betekenis van het IMS-arrest zet de d-g NMa uiteen dat het criterium is of het gaat om een product waarnaar bij de consument een duidelijke vraag bestaat.

De voorwaarde dat de weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product moet worden geplaatst in de sleutel van artikel 82 (b) EG, dat als voorbeeld van misbruik noemt: "het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers". Een product als De Telegraaf wil gaan brengen, is nu niet op de markt aanwezig, terwijl er wel vraag naar is. De licentieweigering belet de toegang tot de markt van dit nieuwe product.

## 5. Het standpunt van de derden-partijen

HMG heeft zich in haar schriftelijke uiteenzetting vooral beroepen op de conclusie van advocaat-generaal A. Tizzano voor het Hof van Justitie in de IMS-zaak ter onderbouwing van haar standpunt dat in zaken van leveringsweigering, waarin het een IE-recht betreft, slechts tot misbruik van een machtspositie besloten kan worden als daardoor de introductie van een nieuw product wordt belemmerd. In het arrest van het Hof in die zaak ziet zij haar gelijk bevestigd.

De Telegraaf heeft afgezien van het indienen van een schriftelijke uiteenzetting. Ter zitting heeft zij beklemtoond dat artikel 24 Mededingingswet niet beschouwd kan worden als een nationale kopie van artikel 82 EG. Derhalve zijn de beleidspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie hooguit medebepalend voor de interpretatie van artikel 24, dat ook blijkens de wetsgeschiedenis beoogt de grondslag te vormen voor een bestendige nationale beleidspraktijk. Om die reden verzet De Telegraaf zich tegen de door de NOS in diverse fasen van de procedure bepleite mogelijkheid om in deze zaak prejudiciële vragen te stellen.

Voor wat betreft de betekenis van het IMS-arrest van het Hof van Justitie voor de onderhavige kwestie wijst De Telegraaf erop dat een product in mededingingsrechtelijke zin als nieuw beschouwd moet worden, als de consument aan een dergelijk product een duidelijke behoefte heeft. In die zin zou hier het feit dat de programmeergegevens in een bijlage bij De Telegraaf beschikbaar komen op een wijze die geheel los staat van enigerlei binding aan een (publieke) omroep, reden vormen om zo'n bijlage als een nieuw product aan te merken.

## 6. De beoordeling van het hoger beroep

In dit geding gaat het om de vraag of verweerder terecht geoordeeld heeft dat de NOS door te weigeren De Telegraaf toegang te geven tot de programmeergegevens van de Nederlandse omroepen, misbruik maakt van haar economische machtspositie.

Het College overweegt in de eerste plaats, ook naar aanleiding van de opmerking van De Telegraaf dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie niet zonder meer bepalend is voor het beoordelen van de toepassing van artikel 24 Mededingingswet, dat het Nederlandse mededingingsrecht in zo belangrijke mate op het Europese mededingingsrecht georiënteerd is, dat beslissingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg over de betekenis van begrippen als "misbruik" en "machtspositie" in beginsel ook voor de uitleg van het Nederlandse recht richtinggevend zijn. Voor die opvatting vindt het College mede steun in hetgeen is opgemerkt in de Memorie van Toelichting (TK 24707 nr. 3, p. 71):

" De formulering van de artikelen 1 (de omschrijving van het begrip machtspositie) en 24 stemt overeen met de beleidspraktijk van de Commissie en het Hof van Justitie van de EG. Die beleidspraktijk en jurisprudentie zullen mede bepalend zijn voor de interpretatie van deze artikelen. Het is bovendien de bedoeling dat ook bij de toepassing van die artikelen een bestendige nationale beleidspraktijk wordt ontwikkeld. De verwijtbaarheid van een inbreuk zal groter zijn naarmate uit de in andere gevallen genomen maatregelen of uit de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk of jurisprudentie valt af te leiden dat de betreffende gedraging een overtreding van het verbod vormt."

Het College overweegt voorts dat de d-g NMa zijn in het bestreden besluit ingenomen standpunt dat in een geval als het onderhavige het beletten van de introductie van een nieuw product niet als een essentieel element van het verbod van misbruik beschouwd zou moeten worden, gebaseerd heeft op zijn interpretatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie over de verhouding tussen het verbod van misbruik van een economische machtspositie en het intellectueel eigendomsrecht. Het besluit tot oplegging van de last berust dus niet op een beslissing om op dit punt bij de uitleg van in de Mededingingswet neergelegde begrippen een eigen lijn te volgen.

In het licht van het vorenstaande acht het College het bij de toetsing van de vraag of in dit geval de last terecht is opgelegd, aangewezen de criteria te hanteren die zijn neergelegd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de vraag

wanneer de weigering om een derde toegang te verlenen tot een door een IE-recht beschermd product als misbruik van een economische machtspositie dient te worden aangemerkt.

In het IMS-arrest is te dien aanzien het volgende overwogen:

"(...)

34. Het is vaste rechtspraak dat het alleenrecht van verveelvoudiging deel uitmaakt van de prerogatieven van de houder van een intellectueel eigendomsrecht, zodat 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 (arresten van 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, Jurispr. blz. 6211, punt 8, en Magill, reeds aangehaald, punt 49).

35. Uit die rechtspraak volgt evenwel dat de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren (reeds aangehaalde arresten Volvo, punt 9, en Magill, punt 50).

(...)

38. Opdat de weigering van een ondernemer, die houder is van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of een dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat het blijkens deze rechtspraak dat is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit.

(...)

De eerste voorwaarde, betreffende de introductie van een nieuw product

48. Zoals de advocaat-generaal in punt 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is deze voorwaarde ingegeven door de overweging dat bij de afweging van het belang van de bescherming van het intellectueel eigendomsrecht en van de vrijheid van economisch initiatief van de houder daarvan enerzijds en het belang van de bescherming van de vrije mededinging anderzijds, aan dit laatste enkel meer gewicht kan worden toegekend, indien de weigering om een licentie te verlenen de ontwikkeling van de afgeleide markt ten nadele van de consumenten belemmert.

49. De weigering van een onderneming met een machtspositie om toegang te verlenen tot een door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product, dat onontbeerlijk is om actief te zijn op een afgeleide markt, levert dus enkel misbruik op indien de onderneming die om de licentie heeft verzocht niet voornemens is zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het intellectueel eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat.

(...)"

Niet in geding is dat de programmagegevens waarop de gegeven last betrekking heeft, onderworpen zijn aan een regime van geschriftenbescherming ingevolge de Auteurswet 1912, nader vormgegeven in artikel 59 van de Mediawet en derhalve als beschermd door een IE-recht kunnen worden aangemerkt.

Met betrekking tot de dan te beantwoorden vraag of verweerder terecht geoordeeld heeft dat De Telegraaf door de weigering van een licentie belemmerd werd in zijn voornemen om een nieuw product op de markt voor wekelijkse programmabladen te introduceren, zodat er grond was de NOS een last onder dwangsom op te leggen, overweegt het College dat zulks uit de beschikbare stukken niet kan worden afgeleid. Voorzover De Telegraaf zich duidelijk over zijn plannen met de programmagegevens heeft uitgelaten heeft het College begrepen dat aan de vrijdag- en/of zaterdagkrant als bijlage een door De Telegraaf geproduceerd programmablad zou worden toegevoegd. Van een reden om

dit als nieuw product te kwalificeren, anders dan dat het een bijlage bij de krant zou zijn waarvoor niet apart betaling gevraagd zou worden, is het College uit de stukken en het verhandelde ter zitting niets gebleken. Het enkele feit dat het daarmee zou gaan om een programmagids die niet aan een omroep gelieerd is, is onvoldoende om het als een nieuw product te kwalificeren, temeer nu niet is duidelijk gemaakt waarom dit de aard van het product in aanmerkelijke mate zou veranderen.

De stelling dat reeds uit het bestaan van een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product kan worden afgeleid dat het als een nieuw product moet worden beschouwd, kan het College niet onderschrijven. Dit zou er in dit geval namelijk toe leiden dat een product reeds als nieuw kan worden beschouwd als het zich enkel van bestaande producten onderscheidt door een in belangrijke mate lagere prijs of doordat het samen met een ander product wordt aangeboden, hetgeen niet kan worden aanvaard.

Conclusie moet dan ook zijn dat ten tijde van het nemen van het bestreden besluit niet voldaan was aan de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende vereisten om de weigering van de NOS om de wekelijkse programmeergegevens aan De Telegraaf ter beschikking te stellen als misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet te kunnen beschouwen.

Daaruit volgt dat de bestreden uitspraak van de rechtbank voor vernietiging in aanmerking komt en dat het College, doende wat de rechtbank zou behoren te doen, het beroep van de NOS tegen het besluit van de d-g NMa van 3 oktober 2001 gegrond dient te verklaren. Met toepassing van artikel 8:72 van de Algemene wet bestuursrecht zal het College voorts zelf voorziende ook het primaire besluit van 16 februari 2000 herroepen, nu van een overtreding die oplegging van een last onder dwangsom zou rechtvaardigen, niet gebleken is.

Aan een beoordeling van de overige door de NOS aangevoerde grieven, waaronder ook de grief inzake toepassing van artikel 63, tweede lid Mededingingswet, komt het College gelet op het voorgaande, niet toe.

Het College zal tenslotte de d-g NMa veroordelen om de NOS de kosten te vergoeden die zij in verband met de behandeling van beroep en hoger beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. Voor de kosten in eerste instantie gemaakt stelt het College het bedrag vast op

€ 644,-. In hoger beroep komt daar € 805,- bij. Daarnaast dienen de door de NOS betaalde griffierechten te worden vergoed. De andere partijen dragen hun eigen kosten.

## 7. De beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- verklaart het beroep van de NOS gegrond;
- vernietigt het besluit van de d-g NMa van 3 oktober 2001;
- herroept het besluit van de d-g NMa van 16 februari 2000;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit;
- veroordeelt de d-g NMa in de proceskosten aan de zijde van de NOS, vastgesteld op € 1449,-

(zegge: veertienhonderdneegenenveertig euro) en wijst de Staat der Nederlanden aan als de rechtspersoon die

dit bedrag aan de NOS moet vergoeden;

- bepaalt dat de Staat der Nederlanden het door de NOS betaalde griffierecht ten bedrage van in totaal € 531,20

(zegge: vijfhonderdeenendertig euro en twintig cent) aan de NOS vergoedt.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. W.E. Doolaard en mr. J.A. Hagen, in tegenwoordigheid van mr. M.B.L. van der Weele, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 15 juli 2004.

w.g. C.M. Wolters w.g. M.B.L. van der Weele

