

“Eenieder wordt geacht de wet te kennen”: geldt dat ook voor NEN-normen?

Beperkt artikel 11 Auteurswet zich tot werken opgesteld en afkomstig van de openbare macht?

Mirjam Elferink*

In de kwestie Knooble/Staat en het Nederlands Normalisatie Instituut (NEN) te Delft heeft de Hoge Raad zich onlangs uitgesproken over de vraag of NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit wordt verwezen, algemeen verbindend zijn en of deze onder artikel 11 Auteurswet vallen.¹ Deze procedure vormt een principiële kwestie. Het gaat er namelijk om dat de wetgever bepaalde normen in regelgeving verplicht voorschrijft, terwijl om kennis te kunnen nemen van die verplichte normen betaald moet worden aan een derde, het NEN.² Hierbij geldt het beginsel dat de gebruiker betaalt: het zogenaamde profijtbeginsel.

Een van de rechtsvragen die voorlag in de onderhavige procedure was derhalve of deze praktijk wel strookt met artikel 11 Auteurswet. Dit artikel bepaalt dat op wetgeving geen auteursrecht rust. In onderstaand artikel zal ik enkele implicaties van deze uitspraak bespreken, waarbij ik in het bijzonder zal ingaan op de auteursrechtelijke aspecten daarvan.

* M.H. Elferink is redacteur van dit blad en auteur van het proefschrift: M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998. De auteur was in eerste aanleg namens Knooble betrokken bij de onderhavige procedure in de vorm van het afgeven van een expert opinion.

¹ Hoge Raad 22 juni 2012, LJN: BW0393; BIE 2012/65 m.nt. Vrendenburg, TBR 2012/150, m.nt. A.R. Neerhof; NJ 2012/397; Gst. 2012/87, m.nt. P.M.J. de Haan; AB 2012/228, m.nt. F.J. van Ommeren; JB 2012/178, m.nt. J.J.J. Sillen; RvdW 2012/887; RVR 2012/90; BR 2012/170, m.nt. C.N.J. Kortmann en I.O. den Hollander.

² Overigens is er tenminste één NEN-norm die wel gratis kan worden gedownload en dat betreft NEN 0512 (ontw.) (2004) met een Leidraad voor de viering van het Sint-Nicolaasfeest in Nederland (met o.m. richtlijnen voor aankomst en vertrek en voor het zetten van de schoen).

1. Inleiding

In de kern komt het oordeel van de Hoge Raad in bovengenoemde kwestie erop neer dat ‘verwezen’ NEN-normen niet kunnen worden gekwalificeerd als algemeen verbindende voorschriften in de (beperkte) zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet en dat de Staat daarom ook niet gehouden is de NEN-normen dienovereenkomstig bekend te maken. Dergelijke NEN-normen moeten echter – op straffe van sancties – wél worden opgevolgd door burgers. Zij binden de burger dus wel. Verder oordeelde de Hoge Raad dat het NNI geen onderdeel is van de openbare macht waardoor de ‘verwezen’ NEN-normen niet onder het criterium van artikel 11 Aw, “door de openbare macht uitgevaardigd”, vallen. Artikel 11 Aw luidt:

“Er bestaat geen auteursrecht op wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen.”

Daarom hoeven de NEN-normen niet gratis beschikbaar te worden gesteld, aldus de Hoge Raad. Op de achtergrond van deze procedure spelen grote economische (nationale en internationale) belangen. Het businessmodel van het NNI houdt in dat de investering in de vervaardiging van de NEN-normen moet worden terugverdiend door de opbrengst van de verkoop van deze normen. Daar is uiteraard wat voor te zeggen, maar gezien de wet en achtergrond van artikel 11 Aw is het de vraag of dit systeem kan worden volgehouden nu binnen het huidige kader van de Auteurswet geen plek is voor toepassing van het profijtbeginsel. Op algemeen verbindende regelgeving behoort geen ‘tol’ te rusten.

Een interessante juridische vraag die naar aanleiding van dit arrest rijst is de vraag of artikel 11 Aw zich beperkt tot werken waarvan de openbare macht de daadwerkelijke maker is, evenals sinds 2006 geldt voor artikel 15b Aw. Voordat ik daar aan toekom zal ik allereerst bespreken hoe het proces van verwijzing naar NEN-normen in zijn werk gaat, vervolgens of er auteursrecht op NEN-normen rust en daarna wat de juridische status van NEN-normen is na verwijzing. Tenslotte zal ik de ratio van artikel 11 Aw bespreken.

2. Verwijzingen in wetgeving

In mijn dissertatie heb ik onderzocht wat de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van (technische) normalisatienormen is, waarnaar in regelgeving wordt verwezen.³

De wetgever maakt namelijk veelvuldig gebruik van zogenaamde normalisatienormen bij de invulling van Nederlandse algemeen verbindende voorschriften, door hiernaar te verwijzen in regelgeving.⁴ Deze normen moeten op straffe van sancties worden nageleefd door de normadressanten. Het gaat daarbij om zogehe-

³ M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 1998.

⁴ Nota Normen, certificaten en open grenzen, *Kamerstukken II* 1994/95, 21 670, nr. 7-8.

ten NEN-normen die in Nederland worden vastgesteld en gepubliceerd door het Nederlands Normalisatie Instituut (voorheen NNI, thans NEN genaamd). Het NEN behoudt zich het auteursrecht op de NEN-normen voor. De normalisatienormen zijn uitsluitend bij het NEN verkrijgbaar tegen betaling van relatief hoge tarieven in vergelijking tot de prijzen die gelden voor overheidswetgeving. NEN-normen zijn opgesteld via zelfregulering. Zij zijn ontstaan op basis van vrijwillige afspraken tussen belanghebbenden over de eisen waaraan producten, processen, en meet- en keuringsmethoden moeten voldoen. Voorbeelden van normalisatie zijn: de A-reeks van papierformaten, maten van gloeilampfittingen, maten van kleinbeeldfilm en elektrische spanning (220/230 Volt). Het Bouwbesluit is een belangrijk praktijkvoorbeeld van een regeling waarin veelvuldig wordt verwezen naar NEN-normen. Hoe ziet zo'n verwijzing eruit? Een voorbeeld van een zogeheten 'dynamische'⁵ verwijzing in het Bouwbesluit 2003 (art. 2.3) voor de algemene sterkte van nieuwbouwconstructies luidt als volgt: "*Een uiterste grenstoestand van een hoofddraagconstructie wordt (...) niet overschreden bij bijzondere belastingcombinaties als bedoeld in NEN 6702. (...)*" Naast het Bouwbesluit zijn er heel veel andere regelingen waarin dit gebeurt (Warenwet, milieuwetgeving, Varkenswet). Deze verwijzing naar NEN-normen heeft een belangrijk voordeel voor de Staat: het formele wetgevingsproces kan worden vereenvoudigd en versneld.⁶ De wetgeving wordt flexibeler, omdat de normen waarnaar wordt verwezen relatief eenvoudig kunnen worden aangepast, terwijl de regelgeving waarin daarnaar wordt verwezen tegelijkertijd onveranderd kan blijven. Bovendien wordt de Staat daardoor ontlast van de taak om zelf allerlei technische regels en standaarden te ontwikkelen. Al sinds gebruik wordt gemaakt van de techniek van verwijzing naar normalisatienormen, bestaat onduidelijkheid over de juridische status van deze normen. Zo rijst de vraag of verwijzing in regelgeving invloed heeft op de – in beginsel – private status van de betreffende normen. Zijn betrokkenen verplicht de normen na te leven of dienen zij slechts ter aanbeveling? Hoe verhoudt het auteursrecht voorbehoud van het NEN en de tarieven die worden berekend voor de beschikbaarstelling van de NEN-normen zich tot artikel 11 Auteurswet (Aw)?⁷ Voordat ik aan bespreking hiervan toekom, behandel ik eerst een voorvraag: komen NEN-normen in aanmerking voor auteursrecht?

3. Zijn NEN-normen werken in auteursrechtelijke zin?

De vraag of NEN-normen werken in auteursrechtelijke zin zijn is nog niet eerder aan de orde geweest in een procedure en was evenmin onderdeel van de onderhavige procedure.⁸ Het komt aan op uitleg en toepassing van het auteursrechtelijke werkbegrip in de zin van art. 1 en 10 Aw. Voor het verkrijgen van auteursrechtelijke bescherming moet een werk voldoen aan de maatstaf van de werktoets uit het arrest *Van Dale/Romme* en beschikken over een voldoende *eigen en oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel* van de maker.⁹ Ten aanzien van NEN-normen laat deze maatstaf zich vertalen in de vraag of de inhoud ervan zich ook op andere wijze laat verwoorden of indelen, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het karakter van de norm als kenbron van technische informatie.

Hoe zien NEN-normen er uit? Bij een prototypische NEN-norm valt op dat niet alleen zuiver technische gegevens zijn weergegeven, maar ook berekeningsmethoden, waarbij verklarende teksten en toelichtingen zijn geschreven. Bovendien vertonen verschillende individuele NEN-normen een sterke gelijkenis met elkaar in opzet en structuur: men ziet een bepaald 'sjabloon'. Om de uniformiteit van uiterlijk, vorm en indeling van de NEN-normen te bevorderen heeft het NNI een leidraad samengesteld, die de deelnemers van normencommissies moeten opvolgen.¹⁰ Het doel en de strekking van NEN-normen blijkt bij uitstek functioneel te zijn. Eenvormigheid en doelmatigheid staan voorop, bovendien wordt bij normalisatie gestreefd naar een zo groot mogelijke mate van compactheid van de normen. Daarmee sluit normalisatie eigenlijk per definitie een 'eigen' karakter uit.

In het auteursrecht is het gemeengoed dat methoden, stijlen, technieken, wetenschappelijke vindingen en dergelijke als zodanig geen object van het auteursrecht kunnen zijn.¹¹ Maar op een NEN-norm in haar geheel zou wel degelijk auteursrecht kunnen rusten. De normopstellers hebben namelijk – hoewel beperkt – toch een bepaalde keuzevrijheid bij het opstellen van normen. Die wordt voornamelijk bepaald in een keuze voor het vereiste beschermingsniveau van de norm inzake gezondheid en veiligheid.

.....

5 Een dynamische verwijzing houdt in dat slechts naar het normnummer wordt verwezen en evt. de titel van de norm, maar niet naar de serie en/of de datum. Een statische verwijzing betekent dat verwezen wordt naar normnummer, de datum van uitgave en evt. titel en vindplaats. Bij een open verwijzing wordt aan normen gerefereerd zonder vermelding van titel, nummer en versie.

6 MDW-rapport *Normalisatie en Certificatie*, Achtergrondstudies Algemeen Wetgevingsbeleid deel 5, 's-Gravenhage: Ministeries van Justitie en Economische Zaken 1996, p. 17-18.

7 Bespreking van art. 15b Aw laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing, dit artikel is echter wel relevant voor de andere publicaties die NEN uitgeeft en die samenhangen met de NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen. Zie hfdst. 6 van Elferink 1998.

.....

8 Helaas kan ik in het bestek van deze bijdrage niet al te diep ingaan op deze kwestie, dus ik verwijs voor een uitgebreide onderbouwing daarvan naar mijn diss. Elferink 1998, Hfdst. 6.

9 Hoge Raad 4 januari 1991, NJ 1991, 608 m.nt. DWFV, AA 41 (1992)1, p. 31 HCJ, AMI 1991, p. 177 m.nt. JHS, CR 1991, p. 84 m.nt. Hugenholtz, IER 1991, nr. 38, p. 96 m.nt. FWG (*Van Dale/Romme*). Deze werktoets is bevestigd in het *Technip*-arrest van 24 februari 2006, AMI 2006/5, p. 153-165, m.nt. AQ. Vgl. ook Hoge Raad 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (*Lancôme/Kecofa*) en het *Endstra*-arrest Hoge Raad 3 mei 2008, NJ 2008, 556 m.nt. Dommering, waarin het criterium 'persoonlijk stempel' nader wordt ingevuld.

10 Nederlandse regels voor het opstellen van normen, Delft, NEN 2005.

11 Spoor/Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer: 2005, par. 3.7, p. 63 e.v.

In de zaak *Van Dale/Romme* had het Hof Amsterdam auteursrecht op een trefwoordenverzameling van de Van Dale aangenomen.¹² De Hoge Raad casseerde het arrest omdat het Hof kennelijk genoeg had genomen met een 'dunne' mate van oorspronkelijkheid. Het Hof Den Haag oordeelde vervolgens na terugverwijzing dat er een samenstel van keuzes aan de selectie van de trefwoordenverzameling ten grondslag heeft gelegen welke een persoonlijke visie van de maker tot uiting brengt.¹³ De subcriteria die het Haagse hof daarbij toepast hadden net zo goed tot een tegenovergestelde conclusie kunnen leiden. Niettemin kan aan de hand van die subcriteria verdedigd worden dat NEN-normen in hun geheel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kunnen komen, zij het dat dit mijns inziens een uiterst 'dunne' bescherming zou zijn. Bovendien zal dit per individuele NEN-norm kunnen verschillen.

4. Juridische status NEN-normen

In de afgelopen decennia laaide de discussie over de publiekrechtelijke status van NEN-normen met enige regelmaat op. De stelling die ik in mijn dissertatie heb verdedigd is dat door in regelgeving te verwijzen naar private normalisatienormen een koppeling plaatsvindt tussen zelfregulering en wetgeving. Deze categorie 'verwezen' normen verkrijgt hiermee de status van zogenaamde 'algemeen verbindende voorschriften'.¹⁴ Doordat normalisatienormen door verwijzing in regelgeving de status van algemeen verbindende voorschriften verkrijgen, vallen ze onder artikel 11 Auteurswet dat bepaalt dat er op wetgeving geen auteursrecht rust.¹⁵ Dit heeft tot gevolg dat deze normalisatienormen door eenieder vrij verveelvoudigd en openbaar gemaakt (moeten) kunnen worden. Ik zal daar in de navolgende paragraaf dieper op ingaan. In 1998 leidde deze kwestie tot Kamervragen. De minister stelde zich destijds op het standpunt dat NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen geen algemeen verbindende voorschriften zijn, maar slechts 'voorschriften die op enigerlei wijze deel [gaan] uitmaken van het recht dat voor belanghebbenden kenbaar moet kunnen zijn, een 'publiekrechtelijk, algemeen geldend karakter' krijgen en 'een feitelijk, verplichtend karakter zijn gaan dragen'.¹⁶ Deze opvatting impliceert dat NEN-normen naar de mening van de minister wel bindend zijn, maar dat deze niet op de (grond)wettelijk voorgeschreven wijze bekend-

gemaakt hoeven te worden, zoals voor 'gewone wetten' wel het geval is.

Met deze vage kwalificaties miskende de minister het duidelijke systeem van de Grondwet. Daarin wordt namelijk slechts over drie categorieën bindende voorschriften gesproken: wetten, algemene maatregelen van bestuur en algemeen verbindende voorschriften. De minister leek destijds aan te nemen dat NEN-normen een categorie van voorschriften vormen die ligt tussen voorschriften met de status van algemeen verbindend voorschrift en voorschriften met het karakter van een niet-bindende aanbeveling. Een dergelijke categorie verbindende voorschriften wordt echter noch in de Grondwet, noch in de Bekendmakingswet genoemd. Destijds heb ik erop gewezen dat er een keuze had moeten worden gemaakt:

1. Óf de 'verwezen' NEN-normen worden als algemeen verbindende voorschriften geacht bindend te zijn voor burgers. Dan moeten ze dus ook op de voorgeschreven wijze worden gepubliceerd, zonder dat daarbij auteursrecht wordt uitgeoefend.

2. Óf er wordt conform de opvattingen van de minister aangenomen dat geen sprake is van algemeen verbindende voorschriften, hetgeen betekent dat NEN-normen niet volgens de bekendmakingsregels hoeven te worden gepubliceerd. In dat geval moet de minister tegelijkertijd zijn standpunt loslaten dat burgers op enigerlei wijze aan 'verwezen' NEN-normen zijn gebonden.

Helaas kiest de Hoge Raad in zijn recente arrest dezelfde lijn als de minister destijds. In de onderhavige procedure had Knooble cassatie ingesteld tegen het oordeel van het Hof dat een verwijzing naar NEN-normen in een algemeen verbindend voorschrift deze NEN-normen weliswaar maakt tot publiekrechtelijk algemeen geldende en de burgers bindende normen, maar niet tot algemeen verbindende voorschriften in de (beperkte) zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet. De Hoge Raad acht de klacht van Knooble ongegrond en bevestigt de uitspraak van het hof¹⁷, met de volgende overweging:

"(...) Waar NNI ook anderszins niet bij of krachtens de wet bevoegd is tot het vaststellen van algemeen verbindende regels, kunnen de NEN-normen niet worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften als bedoeld in art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet, ook niet voor zover het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit ernaar verwijzen (onderstrepingen van auteur). Het oordeel van het hof dat die verwijzing de desbetreffende NEN-normen niet tot algemeen verbindende voorschriften in de (beperkte) zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet maakt, die eerst van kracht worden na publicatie als geregeld in de Bekendmakingswet, is dus juist. De om-

¹² Hoge Raad 4 januari 1991, NJ 1991, 608, m.nt. DWFV.

¹³ Hof 's-Gravenhage 1 april 1993, NJ 1994, 58; AMI 1993, 134, m.nt. HCJ; IER 1993, p. 82 m. comm. Van Overbeek, p. 79-81; CR 1993, 165, m.nt. Hugenholtz.

¹⁴ M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 66. Dit betekent dat NEN-normen, net als de wetgeving die naar deze normen verwijst, moeten worden bekendgemaakt volgens de (grond)wettelijke bekendmakingsvoorschriften. Dat gebeurt nu –naar mijn mening ten onrechte– niet. Het is daarom de vraag of de kenbaarheid en de toegankelijkheid van deze normen voldoende gewaarborgd is.

¹⁵ Zie voor een uitgebreide onderbouwing Elferink 1998, p. 183-197.

¹⁶ *Aanhangsel Handelingen* 1998/99, nr. 601 en 581. Zie daarover ook M.H. Elferink, 'De juridische status van normalisatienormen', NJB 1998/28, p. 1317-1320.

¹⁷ Hof 's-Gravenhage 16 november 2010, JB 2011/77; TBR 2011/31, m.nt. A.R. Neerhof.

standigheid dat, zoals Knooble heeft aangevoerd, vooraf tussen de minister en NNI wordt afgestemd of een NEN-norm zal worden gebruikt voor verwijzing in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit, zodat de terminologie en de uitwerking van de norm door NNI wordt afgestemd op die wettelijke regelingen, maakt dit niet anders.” (r.o. 3.8)

Ook in Duitsland wordt veel gebruikgemaakt van de techniek van verwijzing naar normalisatienormen (DIN-normen).¹⁸ De principiële discussie over de juridische status van DIN-normen waarnaar in regelgeving wordt verwezen is bij onze oosterburen zowel in literatuur¹⁹ als in rechtspraak al veel eerder gevoerd, tot en met het *Bundesverfassungsgericht* (Bverfg) aan toe.²⁰ Hoewel dit niet uitdrukkelijk in rechtspraak is bevestigd, wordt er in Duitsland van uitgegaan dat DIN-normen in beginsel auteursrechtelijk beschermd zijn op grond van par. 2 UrhG.²¹ Het Duitse equivalent van artikel 11 (en 15b) Auteurswet is § 5 Urheberrechtsgesetz (UrhG).²² Daarin is geregeld dat bepaalde van de overheid afkomstige werken (‘amtliche Werke’) zoals wetten, verordeningen, interne overheidsvoorschriften en van overheidswege gedane bekendmakingen van auteursrechtelijke bescherming zijn uitgesloten. De Duitse rechter nam het algemeen belang van auteursrechtvrijdom op de DIN-normen zeer hoog op. Het Bverfg oordeelde zelfs dat de DIN-Normen grondwettelijk als private Normwerken gezien worden, maar dat desondanks de verwijzing naar die private normen in ‘overheidswerken’ tot uitsluiting van auteursrecht in par. 5 UrhG leidt. Tegen deze lijn in jurisprudentie is in 2003 een apart lid drie aan het Duitse equivalent van art. 11 Aw – § 5 UrhG – toegevoegd waarin wordt bepaald dat het auteursrecht op de DIN-normen niet verloren gaat, wanneer naar de betreffende DIN-normen wordt verwezen in wet- en regelgeving. Tegelijkertijd is er een dwanglicentie in de wet opgenomen op grond waarvan de auteursrechthebbende (of haar exclusieve licentienemer) verplicht is om iedere uitgever op passende voorwaarden een recht tot verveelvoudiging en verspreiding te verlenen. § 5 UrhG lid 3 luidt:

“Das Urheberrecht an privaten Normwerken wird durch die Absätze 1 und 2 nicht berührt, wenn Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder amtliche Bekanntmachungen auf sie verweisen, ohne ihren Wortlaut wiederzugeben. In diesem Fall ist der Urheber verpflichtet, jedem Verleger zu angemessenen Bedingungen ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung einzuräumen. Ist ein Dritter Inhaber des ausschließlichen Rechts zur Vervielfältigung und Verbreitung, so ist dieser zur Einräumung des Nutzungsrechts nach Satz 2 verpflichtet.”

Hoe is het in Nederland gesteld met de auteursrechtelijke status van NEN-normen?

5. Auteursrechtelijke status NEN-normen

Nu de Hoge Raad in de kwestie *Knooble/Staat* heeft overwogen dat de ‘verwezen’ NEN-normen niet zijn te kwalificeren als algemeen verbindende voorschriften, wordt eigenlijk niet meer toegekomen aan de vraag of deze NEN-normen na verwijzing onder artikel 11 Aw vallen. Nu Knooble had aangevoerd dat de verwezen NEN-normen onder artikel 11 Aw vallen, wijdde de Hoge Raad hier echter toch een overweging aan:

“Zoals hiervoor in 3.8 is overwogen, zijn die normen niet afkomstig van de openbare macht en kunnen die niet worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet. Zij kunnen daarom niet gelden als “door de openbare macht uitgevaardigd” als in artikel 11 Auteurswet bedoeld. (onderstrepingen van auteur)”

De Hoge Raad komt tot deze conclusie omdat het NNI formeel gezien niet is uitgerust met wetgevende bevoegdheid en de ‘verwezen’ NEN-normen om die reden niet als algemeen verbindende voorschriften vallen aan te merken. Bedoelt de Hoge Raad hiermee dat slechts werken die door de openbare macht zelf zijn opgesteld onder de toepassing van artikel 11 Aw vallen?

Beperkt artikel 11 Aw zich tot werken afkomstig van de openbare macht?

De omstandigheid dat het de Staat zelf is die feitelijk beslist om in wetgeving naar NEN-normen te verwijzen, maakt dit oordeel volgens de Hoge Raad niet anders. Dit vind ik onbegrijpelijk. De omstandigheid dat NEN-normen niet door de overheid zelf worden opgesteld zou namelijk voor deze beslissing niet moeten uitmaken. De minister beslist immers – tot op detailniveau – over de verwijzing naar NEN-normen en of de Staat deze nu zelf heeft opgesteld of niet: de Staat beslist uiteindelijk over verwijzing hiernaar in wetgeving en maakt daarmee de betreffende norm tot de zijne. Daarmee onderschrijft de openbare macht toch zeker de inhoud van die normen als ware het wetgeving van haar zelf afkomstig? De openbare macht is op dat moment bovendien de inhoudelijke bron van de regels en dient deze dus op overeenkomstige wijze als geldt voor ‘gewone’ van het Rijk afkomstige regelgeving, beschikbaar te stellen aan de burgers.

18 Zie voor een nadere bespreking van de Duitse kwestie: M.H. Elferink, Auteursrecht op normalisatienormen *revisited*, in: D.J.G. Visser en F.W.F. Verkade (red.), Een eigen, oorspronkelijk karakter (Sporo-bundel), 2007, p. 79-90 en hoofdstuk 5 van mijn dissertatie, Elferink 1998, p. 121-149.

19 Zie daarvoor hoofdstuk 5 van mijn dissertatie, Elferink 1998, p. 121-149.

20 BGH 30 juni 1983, GRUR 1984, p. 117-119 (VOB/C); BGH 26 april 1990, GRUR 1990, p. 1003-1005 (DIN-Normen); Bverfg, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschl. V. 29.7.1998- BvR 1143/90, GRUR 1999/3, p. 226-230.

21 Voor een toelichting daarop verwijs ik naar Hfdst. 5, par. 2 van mijn diss. Elferink 1998, p. 122-127.

22 § 5 UrhG: (1) Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen genießen keinen urheberrechtlichen Schutz. (2) Das gleiche gilt für andere amtliche Werke, die im amtlichen Interesse zur allgemeinen Kenntnisnahme veröffentlicht worden sind, mit der Einschränkung, dass die Bestimmungen über Änderungsverbot und Quellenangabe in § 62 Abs. 1 bis 3 und § 63 Abs. 1 und 2 entsprechend anzuwenden sind.

Ratio art. 11 Aw²³

De ratio van artikel 11 Aw is gelegen in het adagium: *“eenieder wordt geacht de wet te kennen.”*²⁴ Deze ‘juridische fictie’²⁵ is de pendant van de ongeschreven regel dat niemand zich in beginsel op onbekendheid met de wet kan beroepen. Wil de overheid de burgers aan dit adagium kunnen houden dan moeten er door de overheid wel voorwaarden worden geschapen waardoor iedere burger in elk geval in de gelegenheid wordt gesteld om kennis te kunnen nemen van de wet. Hiermee hangt samen dat voor afschriften van wetgeving door de wetgevende autoriteiten geen hoge, laat staan excessieve bedragen mogen worden gevraagd.²⁶ Wetgeving zou daarom – althans in uitgangspunt – kosteloos dan wel tegen kostprijs toegankelijk moeten zijn en derhalve worden gefinancierd uit de algemene middelen. Ditzelfde geldt naar mijn mening voor NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen. Ook Hugenholtz²⁷ meent dat een informatiemonopolie ten aanzien van technische normen maatschappelijk onwenselijk is. Ook hij meent dat het algemeen belang ten aanzien van dergelijke informatieproducten vereist dat zij na publicatie algemeen toegankelijk zijn.²⁸

De wetgeschiedenis van artikel 11 Aw geeft een en ander duidelijk weer. In de Memorie van Toelichting bij de Auteurswet van 1912 wordt vermeld:

“Dit artikel is, behoudens eenige wijzigingen, die geene toelichting schijnen te behoeven, ontleend aan art. 4 der bestaande wet.”

De Auteurswet van 1881

De parlementaire geschiedenis van de bedoelde “bestaande wet”, de Wet van den 28sten Juni 1881 tot regeling van het Auteursrecht (Stb. 1881, 124), is hierdoor van belang voor de uitleg van artikel 11 Aw 1912. Uit de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor artikel 4 van die wet van 1881 blijkt dat één en ander verder in de tijd is terug te voeren op een Koninklijk Besluit (KB) uit 1822 en een arrest van de Hoge Raad uit 1840. Koning Willem I had bij Koninklijk Besluit van 1822 bepaald dat de staat het recht kon voorbehouden om staatsstukken te drukken en uit te geven; een zogenaamd “Staatskopijregt.”²⁹ De Hoge Raad bepaalde echter in 1840 dat een verbod op nadruk niet kon gelden voor

landswetten en staatsstukken en dat dit besluit buiten werking moest worden gesteld.³⁰

De Memorie van Toelichting bij het voorstel tot ontwerp van de Auteurswet in 1877 vermeldt – naar aanleiding van het zgn. principiële “Staatskopijregt” arrest uit 1840 – dat het openbaar belang meebrengt:

*“(...) dat de Staat in den regel geen uitsluitend auteursregt doe gelden, en aan ieder vrijlate ter algemeene kennis te brengen hetgeen hij wenscht en onderstelt dat aan niemand onbekend zij(..).”*³¹

Dat art. 11 Auteurswet zich vooral richt op de aard van de in art. 11 Aw bedoelde werken, blijkt onder meer uit de gekozen bewoordingen in het Voorloopig Verslag:

*“Men achtte het integendeel in het openbaar belang wenschelijk dat datgene, wat door de Regering tot voorlichting en onderrigting der ingezetenen ter algemeene kennis wordt gebragt, zooveel mogelijk – zij het dan ook door nadruk – verspreid worde.”*³²

In de Memorie van Beantwoording³³ benadrukt de regering bovendien nog dat “eene onbeperkte publiciteit” zwaarder weegt dan andere betrokken belangen.

De ratio van art. 11 Auteurswet is dus gelegen in de democratische eis dat de in art. 11 Aw bedoelde werken “zonder verdere overheidsbemoeienis zo ruim mogelijk verspreid kunnen worden, en met name geen voorwerp kunnen zijn van geheimhouding door diezelfde overheid, of voorwerp van selectieve openbaarmaking.”³⁴ Deze ratio is bovendien bevestigd in het arrest *Staat/Den Ouden*.³⁵ Een concurrerende uitgever had het Binnenvaartpolitiereglement gekopieerd en de toenmalige Staatsdrukkerij ageerde hiertegen. De Hoge Raad oordeelde dit niet onrechtmatig, mede omdat:

“...de teksten daarvan gemeengoed behoren te zijn en dat daarom in beginsel vrijheid dient te bestaan ter zake van activiteiten ter verspreiding van die teksten onder het publiek. (r.o. 3.3)”

Uit hetgeen hiervoor is weergegeven, blijkt nergens dat het in het geval van artikel 11 Aw zou moeten gaan om wie de daadwerkelijke maker van de werken is. Integendeel, er moet juist worden gekeken naar de aard van de in art. 11 bedoelde werken, ongeacht wie de maker is. Daarbij geldt uiteraard wel dat de openbare macht deze werken moet hebben uitgevaardigd, maar dat is iets anders dan dat de openbare macht de werken zelf moet hebben opgesteld. Dat de openbare macht in de regel wetteksten zelf zal opstellen, ligt overigens voor de hand, maar de onderhavige situatie waarbij de wet-

23 De Berner Conventie geeft de lidstaten overigens de vrijheid om de auteursrechtelijke bescherming van officiële teksten te regelen. Art. 2 lid 4 BC spreekt uitdrukkelijk over officiële teksten van wetgevende of juridische aard.

24 ‘Nemo ius ignorare censetur’ is het oude Latijnse gezegde, hetgeen wordt vertaald met ‘Ieder wordt geacht het recht te kennen.’ Zie: P.A.A. van Velzen, Verslag van het symposium ‘Eenieder wordt geacht de wet te kennen: fictie en werkelijkheid’, *Regelmaat* 1994-1, p. 47.

25 Zie daarover D.W.F. Verkade, ‘Gemeengoed van het gansche volk’, in: SDU-jaarverslag *De transformatie*, ‘s-Gravenhage: SDU 1995, p. 16-17.

26 Elferink 1998, p. 187.

27 P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. UVA), Kluwer: Deventer 1989, p. 177.

28 Idem.

29 Besluit van 2 juli 1822 betreffende het doen drukken en uitgeven van staatsstukken door particulieren, *Stb.* 16.

30 Zie verder over deze principiële zaak: Elferink 1998, p. 184-186.

31 Hand. Staten-Generaal 1876-1877. Bijlage 202, p. 3.

32 Hand. Staten-Generaal 1877-1878. Bijlage 25, p. 3.

33 Hand. Staten-Generaal 1880-1881. Bijlage 15, p. 3.

34 Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* 2005, p. 137.

35 Hoge Raad 20 november 1987, NJ 1988, 311, m.nt. LWH.

gever in wetgeving gebruikmaakt van via zelfregulering opgestelde NEN-normen is geen uitzondering. Dit figuur doet zich vaker voor. Denk bijvoorbeeld – naast het Bouwbesluit – aan de Warenwetgeving of milieuwetgeving.

Dus: in alle gevallen waar het gaat om werken die door de openbare macht zijn uitgevaardigd en die door die uitvaardiging zijn verheven tot wet, kan de conclusie niet anders luiden dan dat art. 11 Aw van toepassing is. Het algemeen belang vereist een onbelemmerde mogelijkheid tot kennisname van de hier bedoelde werken, die zoveel mogelijk onder de publieke aandacht moeten kunnen worden gebracht.³⁶ Het is immers een fundamenteel beginsel van onze rechtsstaat dat naar de geest van ons democratisch stelsel de kiezers geïnformeerd behoren te worden door de door hen gekozen volksvertegenwoordiging.³⁷ Evenals dat geldt voor ‘gewone’ van de overheid afkomstige wetgeving, zou dat dus voor de NEN-normen die door verwijzing onderdeel zijn geworden van het Bouwbesluit moeten gelden. Helaas heeft de Hoge Raad anders beslist.

Ook de tekst van art. 11 Aw geeft *geen enkele indicatie* dat de openbare macht zelf de daadwerkelijke maker van de werken moet zijn. Daarentegen laat de tekst van art. 11 Aw geen enkel misverstand bestaan over de strekking: ‘er bestaat géén auteursrecht op wetten, (...)’. Ook de plaatsing van art. 11 Aw in paragraaf 3 van hoofdstuk I van de wet (‘De werken waarop [geen] auteursrecht bestaat’) en niet in paragraaf 6 (‘De beperkingen van het auteursrecht’) duidt erop dat nadrukkelijk bedoeld is om wetgeving vrij te laten van auteursrecht. Ook hieruit blijkt dat de toepasselijkheid van art. 11 Aw zich juist niet beperkt tot werken waarvan de openbare macht zelf de maker is, maar dat het criterium is welke aard de daar bedoelde werken hebben. Daarbij maakt het niets uit wie de maker is, maar gaat het erom of een werk al dan niet door de openbare macht is *uitgevaardigd*.

Een bijkomend argument dat pleit tegen een beperkte uitleg van art. 11 Aw is bovendien dat de wetgever kennelijk geen aanleiding heeft gezien om art. 11 Aw – evenals is geschied voor art. 15b Aw – in dezelfde zin te wijzigen. Art. 15b Aw is immers bij wetswijziging van 2006 aangepast in die zin dat de toepassing van art. 15b is beperkt tot werken die door of vanwege de openbare macht openbaar gemaakt zijn dan wel waarvan de openbare macht maker of rechtverkrijgende is. Nu art. 11 Aw niet in diezelfde ronde en in diezelfde zin is aangepast, blijkt mijns inziens ook daaruit de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om wetten vrij te laten van auteursrecht *ongeacht* wie de maker daarvan is.

Ook in de rechtspraak wordt steun gevonden voor de conclusie dat art. 11 Aw zich niet beperkt tot werken waarvan de openbare macht daadwerkelijk zelf de maker is. Dit blijkt uit de zaak *Registratietekst Roche*³⁸, waarin zich een enigszins vergelijkbaar geval voordoet.

Uitvaardiging

Volgens art. 11 Aw gaat het om wetten die “door de openbare macht uitgevaardigd” zijn. Het auteursrecht *vervalt* op het moment van uitvaardiging.³⁹ De vraag is wat onder uitvaardiging moet worden verstaan. Vanuit auteursrechtelijke hoek is er weinig over dit begrip opgemerkt. Gerbrandy⁴⁰ meent dat “voor de toepasselijkheid van art. 11 beslissend [is] of de handeling verricht is waardoor uiteindelijk het stuk uit het stadium van ‘ontwerp’ overgaat in dat van wet of verordening; bij wetten is dat de handtekening des Konings.” Het stuk dient zich bovendien als wet aan wanneer het is gepubliceerd in het *Staatsblad*.⁴¹

Volgens Van Dale betekent ‘uitvaardigen’: “*met gezag, als bevel of voorschrift van zich doen uitgaan*.” Een document wordt dus uitgevaardigd door een openbare macht door dit als bevel of voorschrift van zich te doen uitgaan of af te kondigen. Uitvaardiging zegt dus alleen iets over het *moment* waarop een document wordt verheven tot wet en over de *status* die het dan verkrijgt: het zegt *niets* over de maker van het document.

De aanwijzing van NEN-normen door de Minister in een ministeriële regeling, valt mijns inziens zonder meer onder het begrip ‘uitvaardigen’. Immers, de strekking van de aanwijzing door de minister is nu juist de betrokken NEN-norm te promoveren tot bevel of (algemeen verbindend) voorschrift.⁴² Dat blijkt ook uit de eigen bewoordingen van de wetgever in de MvT bij de Woningwet:

“Dit artikel biedt de grondslag voor het bij (of krachtens) het Bouwbesluit verwijzen naar de in dit artikel genoemde documenten. Een dergelijke verwijzing heeft tot gevolg, dat een langs privaatrechtelijke weg tot stand gekomen document een *publiekrechtelijk*,

38 Pres. Rb. Breda 10 juli 1996, IER 1996-5, nr. 34, p. 191; Informatierecht/AMI 1997, p. 39-42, m.nt. Grosheide. Het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen (CBG) houdt registers bij voor de registratie van geneesmiddelen. Het CBG wordt aangemerkt als een instelling waaraan overheidstaken zijn toevertrouwd. Roche levert aan het CBG een tekst (IB-tekst geheten) met de kenmerken van een geneesmiddel, die door het CBG dient te worden goedgekeurd. De goedgekeurde teksten liggen bij het CBG ter openbare inzage. Vervolgens brengt Roche deze teksten in verkorte vorm als bijsluiterteksten van geneesmiddelen in Nederland op de markt. Roche beriep zich op auteursrechtelijke dan wel geschriftenbescherming van haar registratie- of bijsluiterteksten. De president van de rechtbank Breda heeft beslist dat de IB-registratieteksten onderdeel uitmaken van de administratieve beslissingen van het CBG en daarom vrij zijn van auteursrecht op grond van art. 11 Aw. Dat de tekst in concept afkomstig was van onderneming Roche deed daaraan niet af.

39 Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 138. Elferink 1998, p. 191.

40 Gerbrandy 1988, p. 120.

41 Elferink 1998, p. 192.

42 Elferink 1998, p. 194.

36 Gerbrandy 1988, p. 119; Van Lingene 1990, nr. 20, p. 65.

37 Elferink 1998, p. 188-189.

algemeen geldend karakter krijgt. Het verwijzen naar (...) [NEN-normen; ME] heeft tot resultaat dat bij het bouwen moet worden voldaan aan de in die normen gestelde eisen. *Dit betekent dat die normen niet in het Bouwbesluit behoeven te worden gegeven dan wel dat die eisen in de plaats treden van in het Bouwbesluit gegeven voorschriften.*"⁴³

Daarbij komt dat de mededeling van deze aanwijzingen door de minister in de Staatscourant nu juist geschiedt omdat de wetgever naar eigen zeggen meent dat deze normen "op enigerlei wijze deel zijn gaan uitmaken van het recht, dat voor belanghebbenden kenbaar moet kunnen zijn."⁴⁴ Als de wetgever wil dat de NEN-normen kenbaar zijn behoren er ook geen auteursrechtelijke drempels te worden opgeworpen.

6. Tot besluit

De Hoge Raad heeft in de kwestie Knooble/Staat en NNI helaas geoordeeld dat de 'verwezen' NEN-normen niet zijn te kwalificeren als algemeen verbindende voorschriften, maar dat het wel algemeen geldende publiekrechtelijke normen zijn. Gevolg van deze uitspraak is dat de 'verwezen' NEN-normen niet onder artikel 11 Aw vallen en dat de huidige praktijk in Nederland gehandhaafd blijft: de gebruiker betaalt. Deze praktijk verdraagt zich mijns inziens niet met het materiële karakter van de 'verwezen' NEN-normen en de ratio van artikel 11 Aw. Het gaat er niet zozeer om dat het profijtbeginnsel wordt gehanteerd, want daar valt – gezien de economische belangen die met het normenproces gemoeid zijn best wat voor te zeggen – maar dat er wordt gehandeld in strijd met de fundamentele beginselen van onze rechtsstaat en dat de toegankelijkheid van de – verplichte – NEN-normen in het geding is. Op algemeen verbindende regelgeving behoort geen tol te rusten. Deze systeemfout zit naar mijn mening bij de overheid en niet bij het NNI. De overheid zal het NNI dan ook dienen te compenseren voor een opgedroogde financieringsbron. Hoewel, er blijven waarschijnlijk nog genoeg 'private normen' over waarmee de investering door de opbrengst van de verkoop van deze normen kan worden terugverdiend.

Met deze uitspraak is helaas geen einde gekomen aan de tweeslachtige houding van de overheid die schijnbaar wel de lusten, maar niet de lasten van de – via zelfregulering opgestelde – normalisatienormen wil dragen. De Hoge Raad lijkt bovendien te accepteren dat er een nieuwe categorie de burgers bindende regelgeving is geïntroduceerd, waarin de Grondwet niet voorziet en die niet voldoet aan de rechtstatelijke vereisten die gelden voor 'gewone' van de overheid afkomstige regelgeving. Vinden we dat met zijn allen wenselijk?

Gelukkig is de wetgever weer aan zet: het kabinet heeft in een kabinetsreactie op het project Kenbaarheid van Normen en Normalisatie aan de Tweede Kamer⁴⁵ laten weten dat normen waarnaar in wettelijke voorschriften dwingend wordt verwezen per 1 januari 2014 gratis beschikbaar worden gesteld.⁴⁶

Enschede, januari 2013

⁴³ *Kamerstukken II 1986-1987, 20 066, nr. 3, p. 38 (MvT Woningwet).*
⁴⁴ *Kamerstukken II 1985/86, 19 583, nr. 3, p. 5 (MvT Bekendmakingswet)*

⁴⁵ Brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 30 juni 2011, inzake Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie.
⁴⁶ In alle andere gevallen – waarin naar normen wordt verwezen, maar waarin men zelf mag kiezen om die al dan niet op te volgen omdat men mogelijk op een andere wijze aan de betreffende norm kan voldoen – blijft het kabinet van mening dat het de eigen keuze is van eenieder om die kennis in te kopen bij het NEN.