

Nr. 1 Knooble/Staat e.a.

Hoge Raad 22 juni 2012

11/01017

RM/MD

(mrs. A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven, C.A. Streefkerk en C.E. Drion)

'Verwezen' NEN-normen kunnen niet worden gekwalificeerd als algemeen verbindende voorschriften in de (beperkte) zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet. Daarom is de Staat niet gehouden de NEN-normen dienovereenkomstig bekend te maken. Dergelijke NEN-normen moeten echter wel worden nageleefd door de burgers. Voorts overweegt 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. Daarom hoeven de NEN-normen niet gratis beschikbaar te worden gesteld, aldus de Hoge Raad.

Arrest in de zaak van:

Knooble BV, gevestigd te Arnhem, eiseres tot cassatie, advocaat: mr. M.E. Gelpke,

tegen

1. De Staat der Nederlanden (Ministerie van Infrastructuur en Milieu), zetelende te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, advocaten: mr. M.W. Scheltema en mr. S.M. Kingma,
2. Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut, gevestigd te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, advocaat: aanvankelijk mr. R.A.A. Duk, thans mr. P.A. Ruig.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Knooble, de Staat en NNI.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 274010/HA ZA 06-3308 van de rechtbank 's-Gravenhage van 31 december 2008;
- b. de arresten in de zaak 200.029.693/01 en 200.031.136/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 9 juni 2009 en 16 november 2010.

Het arrest van het hof van 16 november 2010 is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 16 november 2010 heeft Knooble beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De Staat en NNI hebben afzonderlijk geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor Knooble en de Staat zowel mondeling als schriftelijk toegelicht door hun advocaten. Namens NNI is de zaak mondeling en schriftelijk toegelicht door mr. V. Rörsch, advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.

Bij brieven van 13 april 2012 hebben mr. Gelpke namens Knooble en mr. V. Rörsch, advocaat te Amsterdam, namens NNI op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:

- (i) Knooble houdt zich bezig met advisering over en de begeleiding van bouwprojecten. Via haar website verstrekt zij informatie die van nut is voor het voorbereiden en uitvoeren van bouwprojecten.
- (ii) De Stichting Nederlands Normalisatie-Instituut (hierna: NNI) stelt zich ten doel normalisatie te bewerkstelligen, normen tot stand te brengen en te onderhouden en de invoering van normen te bevorderen. Normalisatie is daarbij beschreven als het proces waarbij regels op vrijwillige basis tot stand komen door overeenstemming tussen belanghebbende partijen.
- (iii) De in het kader van NNI tot stand gekomen normen worden aangeduid als 'NEN-normen'. Zij kunnen ten kantore van NNI worden ingezien. NNI stelt de NEN-normen tegen betaling ter beschikking en behoudt zich daarbij het auteursrecht voor.
- (iv) In art. 2 Woningwet is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bouwvoorschriften kunnen worden gegeven. Op grond van art. 3 Woningwet kan daarbij worden verwezen naar (onderdelen van) normen. In dit verband wordt ingevolge art. 1 lid 1, aanhef en onder h (tot 1 oktober 2010: onder i) Woningwet verstaan onder 'norm': een document, uitgegeven door een deskundig, onafhankelijk instituut, waarin wordt omschreven aan welke eisen een bouw materiaal, bouwdeel of bouwconstructie moet voldoen dan wel waarin een omschrijving wordt gegeven van een keurings-, meet- of berekeningsmethode.
- (v) In het Bouwbesluit 2003 (dat inmiddels is vervangen door het Bouwbesluit 2012, en dat hierna kortheidshalve zal worden aangeduid als het Bouwbesluit) en de daarop gebaseerde Regeling Bouwbesluit 2003 (die inmiddels is vervangen door de Regeling Bouwbesluit 2012, en die hierna kortheidshalve zal worden aangeduid als de Regeling Bouwbesluit) wordt op een groot aantal plaatsen verwezen naar NEN-normen, veelal (maar niet uitsluitend) om de methode vast te leggen waarmee moet worden bepaald of aan de in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit gestelde voorschriften is voldaan.
- (vi) De Staat heeft de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, niet in het Staatsblad, de Staatscourant of anderszins bekendgemaakt.

3.2 Knooble heeft de Staat en NNI in rechte betrokken en, na wijziging van eis in hoger beroep, zakelijk weergegeven, gevorderd:

1. dat voor recht zal worden verklaard, *primair* dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit is verwezen, althans de inhoud daarvan, niet verbindend zijn omdat het algemeen verbindende voorschriften zijn die niet overeenkomstig de bepalingen van de Bekendmakingswet bekend zijn gemaakt en derhalve niet in werking zijn getreden of,

subsidiar dat deze NEN-normen, althans de inhoud daarvan, geen onderdeel uitmaken van het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit en voor de geadresseerden niet algemeen verbindend zijn;

2. dat voor recht zal worden verklaard dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit is verwezen, althans de inhoud daarvan, wat betreft de kale tekst van die normen, op grond van art. 11 Auteurswet vrij zijn van auteursrechten;

3. dat de Staat respectievelijk NNI zal worden bevolen een exemplaar van alle NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of in de Regeling Bouwbesluit is verwezen, althans de inhoud daarvan, op schrift of digitaal, aan Knooble ter beschikking te stellen, los van de vraag of deze algemeen verbindende voorschriften reeds in werking zijn getreden.

3.3 De rechtbank heeft uitsluitend de vordering onder 1 *primair* toegewezen. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van Knooble, zoals gewijzigd in hoger beroep, afgewezen.

3.4 Het hof heeft in rov. 7 vooropgesteld – in cassatie niet met concrete klachten bestreden – dat NEN-normen als volgt tot stand komen: nadat is gesignaleerd dat aan een norm op een bepaald gebied behoefte is, wordt een NEN-norm ontworpen door een normcommissie, bestaande uit vertegenwoordigers van organisaties die belang hebben bij de totstandkoming van die norm, zoals producenten, handelaren, gebruikers, overheden of consumentenorganisaties. NNI bemiddelt bij het afwegen van de verschillende belangen, zorgt voor neutrale procesbegeleiding en bewaakt de consistentie met de reeds bestaande normen. Het ontwerp van de norm wordt gepubliceerd voor een openbare kritiekronde.

Na verwerking van eventuele kritiek wordt de NEN-norm door de normcommissie op basis van consensus vastgesteld. NNI beheert de vastgestelde normen en verzorgt de terbeschikkingstelling van de NEN-normen aan belanghebbenden tegen betaling en onder voorbehoud van auteursrecht. Van de NEN-normen kunnen belangstellenden bovendien in de bibliotheek van NNI kennisnemen.

3.5 Het hof heeft de afwijzing van de vorderingen van Knooble, als in hoger beroep gewijzigd, doen steunen op de navolgende gronden.

De Woningwet (waarbij het hof kennelijk het oog heeft op de art. 2 en 3) voorziet erin dat in uitvoeringsregelingen kan worden verwezen naar normen als de NEN-normen. De verwijzing in die uitvoeringsregelingen, die algemeen verbindende voorschriften zijn (het Bouwbesluit en de daarop gebaseerde Regeling Bouwbesluit), naar NEN-normen, maakt die normen weliswaar tot publiekrechtelijk algemeen geldende normen (bijvoorbeeld als norm waaraan ten minste of op een gelijkwaardige wijze moet zijn voldaan), maar niet tot algemeen verbindende voorschriften in de (beperkt) zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet. Voor dat laatste zou nodig zijn dat die normen zijn vastgesteld op grond van een regelgevende bevoegdheid. De NEN-normen voldoen niet aan die eis, omdat zij niet zijn vastgesteld door het tot regelgeving bevoegde orgaan dat het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit heeft vastgesteld, maar op grond van (privaatrechtelijke) afspraken door vertegenwoordigers van organisaties die belang hebben bij een door een ieder te gebruiken standaard en die geen publiekrechtelijke regelgevende bevoegdheid hebben (rov. 8).

Dat vertegenwoordigers van regelgevende organen vaststelling of wijziging van NEN-normen zouden kunnen initiëren of deel zouden kunnen uitmaken van normcommissies brengt niet mee dat NNI als private organisatie regelgevende bevoegdheid heeft. De verwijzing door een regelgevend orgaan naar de (op grond van privaatrechtelijke afspraken) uitgevaardigde NEN-normen die die normen daardoor algemeen doet gelden, leidt er evenmin toe dat NNI regelgevende bevoegdheid heeft (rov. 9).

Niet alle naar buiten werkende, algemeen geldende, normen zijn algemeen verbindende voorschriften in de zin der wet, en de wetgever kan ook nimmer hebben bedoeld dat de onderhavige NEN-normen zodanige voorschriften zijn. Dat is al duidelijk doordat veel van deze NEN-normen geen enkele eis stellen, maar slechts (technische) reken-, meet- of regelmethoden standaardiseren. De standaard waarmee bepaald wordt of aan het algemeen verbindende voorschrift wordt voldaan, vormt niet zelf het algemeen verbindende voorschrift, ook niet wanneer een wetgever in een algemeen verbindend voorschrift naar die standaard verwijst en die standaard zo binnen het toetsingskader trekt (rov. 10).

Daarnaast geldt ingevolge art. 1.5 van het Bouwbesluit dat aan de NEN-normen waarnaar wordt verwezen, niet hoeft te worden voldaan voor zover anders dan door toepassing daarvan een ten minste gelijkwaardig resultaat als met het voorschrift beoogd kan worden bereikt (rov. 11).

Ook overigens ziet het hof geen aanleiding tot een ander oordeel. De NEN-normen zijn gericht tot personen en bedrijven die zich beroepshalve met het bouwen bezighouden en de kosten van het kennisnemen en het navolgen van de NEN-normen worden verdisconteerd in het ontwerp-, bouw- en onderhoudsproces. Van de NEN-normen kan bij NNI worden kennisgenomen en zij zijn tegen betaling bij NNI te verkrijgen. Op deze wijze wordt voldoende bekendheid aan de NEN-normen gegeven. Niet is gesteld of gebleken dat dit stelsel maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen heeft of dat bedrijven zoals Knooble daardoor in hun voortbestaan worden bedreigd (rov. 12).

De omstandigheid dat, zoals Knooble heeft aangevoerd, velen adhesie hebben betuigd aan haar standpunt en dat vanuit de samenleving erop wordt aangedrongen dat de overheid 'verwezen normen' kosteloos ter beschikking dient te stellen, brengt het hof niet tot een ander oordeel. Een dergelijke stelselwijziging dient door de wetgever tot stand te worden gebracht en valt buiten de rechtsvormende taak van de rechter (rov. 13).

De NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen moeten derhalve weliswaar worden beschouwd als algemeen geldend, maar de bepalingen van de Bekendmakingswet zijn daarop niet van toepassing. De Staat heeft geen voor hem geldende regels inzake de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften geschonden. De vorderingen van Knooble onder I *primair* en *subsidiar* zullen worden afgewezen (rov. 14).

De NEN-normen zijn door NNI bekendgemaakt ('uitgevaardigd'). Knooble heeft niet onderbouwd gesteld dat NNI ook dan als onderdeel van de openbare macht zou moeten worden beschouwd indien de desbetreffende NEN-normen niet kunnen worden geacht te zijn vastgesteld in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit. Ook het tweede onderdeel van de vordering van Knooble zal daarom worden afgewezen (rov. 15).

De aan de derde en de vierde vordering van Knooble ten grondslag liggende uitgangspunten zijn op grond van het bovenstaande onjuist, zodat ook die vorderingen niet voor toewijzing in aanmerking komen (rov. 16).

3.6 Onderdeel 1a klaagt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden of een onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan de vorderingen en stellingen van Knooble, door in de rov. 7-15 van zijn arrest ervan uit te gaan dat Knooble haar vorderingen baseert op de stelling dat de NEN-normen die door NNI zijn vastgesteld op zichzelf genomen zouden zijn aan te merken als algemeen verbindende voorschriften die zijn vastgesteld door NNI als daartoe bevoegd publiekrechtelijk orgaan met regelgevende bevoegdheden en die overeenkomstig de Bekendmakingswet moeten worden bekendgemaakt alvorens zij in werking kunnen treden. De klacht mist feitelijke grondslag omdat noch uit de genoemde overwegin-

gen van het hof noch overigens uit zijn arrest kan worden afgeleid dat het hof het ervoor hield dat Knooble haar vorderingen baseert op een stelling van die strekking.

3.7 Onderdeel 1b betreft de kern van het geschil.

Het klaagt dat 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 normen, maar niet tot algemeen verbindende voorschriften in de (beperkte) zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet, onjuist is en betoogt dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, althans de relevante gedeelten daarvan, door die verwijzing een onlosmakelijk onderdeel worden van de desbetreffende algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet en de Bekendmakingswet, en dat ingevolge art. 1.4 van het Bouwbesluit hetzelfde geldt voor NEN-normen die op grond van de Europese richtlijn bouwproducten zijn vervangen door NEN-EN normen (die afkomstig zijn van een Europees Normalisatie Instituut).

3.8 De klacht is ongegrond. De in art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet bedoelde algemeen verbindende voorschriften zijn naar buiten werkende, de burgers bindende, regels die uitgaan van een orgaan dat de bevoegdheid tot die regelgeving aan de wet in formele zin ontleent. Art. 2 Woningwet voorziet erin dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur technische voorschriften worden gegeven omtrent, onder meer, het bouwen van een bouwwerk. Art. 3 Woningwet voegt daaraan toe dat bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in art. 2 kan worden verwezen naar, onder meer, normen of delen van normen. Art. 3 beoogt hiermee, zoals bevestigd wordt door de parlementaire geschiedenis als geciteerd in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder nrs. 3.16-3.18, niet het instituut dat die normen opstelt, bevoegd te maken tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. 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. 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 omstandigheid 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.

3.9 Onderdeel 1c gaat ervan uit dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, behoren tot de van de centrale overheid afkomstige algemeen verbindende voorschriften (materiële wetgeving). Uit het voorgaande volgt dat dit uitgangspunt onjuist is, zodat de klacht van het onderdeel dat het hof miskend heeft dat slechts een uitdrukkelijke wetsbepaling of een uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Bekendmakingswet of de Woningwet ondubbelzinnig blijkende bedoeling van de wetgever die is neergelegd in een formele wetsbepaling, zou kunnen bewerkstelligen dat die normen niet met inachtneming van de Bekendmakingswet behoeven te worden gepubliceerd, geen doel kan treffen.

3.10 De door het onderdeel, alsmede door onderdeel 2, gehuldigde opvatting dat op grond van art. 11 Auteurswet geen auteursrecht rust op de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit en de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, is onjuist. Zoals hiervoor in 3.8 is overwogen, zijn die normen niet afkomstig van de openbare macht en kunnen die niet worden aangemerkt als algemeen ver-

bindende voorschriften in de zin van de Grondwet of de Bekendmakingswet. Zij kunnen daarom niet gelden als 'door de openbare macht uitgevaardigd' als in art. 11 Auteurswet bedoeld.

3.11 Onderdeel 1d mist naast de onderdelen 1a-1c zelfstandige betekenis.

3.12 Onderdeel 1e klaagt dat het hof ten onrechte de vordering (onder 1 subsidiair) dat voor recht zal worden verklaard dat de NEN-normen waarnaar is verwezen, voor de geadresseerden niet algemeen verbindend zijn, heeft afgewezen. Het onderdeel is ongegrond. Het hof heeft, met juistheid, geoordeeld dat er algemeen geldende normen zijn die niet tevens 'algemeen verbindend voorschrift' zijn in de zin van de Bekendmakingswet, en dat het in deze zaak om zodanige normen gaat. In het verlengde daarvan heeft het hof terecht de onder 1 subsidiair ingestelde vordering afgewezen.

3.13 Op het voorgaande stuiten ook de overige klachten van onderdeel 2, alsmede die van onderdeel 3 af.

3.14 NNI heeft aanspraak gemaakt op vergoeding van proceskosten op de voet van art. 1019h Rv., omdat zij, naar de kern genomen, verweer voert ter handhaving van haar intellectuele eigendomsrechten. Die, door Knooble betwiste, aanspraak is gegrond, nu NNI, die op het standpunt staat dat zij auteursrechthebbende is ten aanzien van de NEN-normen, in cassatie verweer heeft gevoerd teneinde te voorkomen dat op vordering van Knooble voor recht zal worden verklaard dat de NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit of de Regeling Bouwbesluit wordt verwezen, vrij zijn van auteursrechten.

Knooble heeft tevens betoogd dat, zo art. 1019h in dit geding al toepassing kan vinden, NNI heeft nagelaten duidelijk te maken welk deel van de door haar opgevoerde kosten betrekking heeft op de auteursrechtelijke aspecten van de zaak. Dit betoog, dat kennelijk ertoe strekt dat zij slechts in een deel van de kosten van NNI op de voet van art. 1019h zou behoren te worden veroordeeld, mist doel omdat de op art. 89 lid 4 Grondwet en art. 3 en 4 Bekendmakingswet betrekking hebbende geschilpunten bepalend zijn voor de uitkomst van het auteursrechtelijke geschilpunt (zie hiervoor onder 3.10).

3.15 NNI acht een bedrag aan proceskosten van € 60.000,- redelijk en evenredig. Knooble heeft het door NNI gespecificeerde bedrag niet gemotiveerd bestreden, zodat de aan de zijde van NNI gevallen proceskosten als hierna te melden zullen worden toegevoegd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verworpt het beroep;
- veroordeelt Knooble in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 781,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris en aan de zijde van NNI op € 60.000,-.

De conclusie van A-G Langemeijer is te vinden op LJN BW0393, red.

Noot

M.H. Elferink
Mr. dr. M.H. Elferink is advocaat te Enschede.

In deze procedure heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de vraag of NEN-normen waarnaar in het Bouwbesluit wordt verwezen, algemeen verbindend zijn en of deze onder artikel 11 Auteurs-

wet (Aw) vallen.¹ In de kern komt het oordeel van de Hoge Raad 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.

Om die reden hoeven de normen niet gratis beschikbaar te worden gesteld. Dat is de uitkomst van de proefprocedure tussen Knooble enerzijds en de Staat en het Nederlands Normalisatie Instituut (NEN, voorheen NNI) aan de andere kant.² De problematiek die ten grondslag ligt aan de onderhavige procedure vormt een principiële kwestie. De kern van het geschil is 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.³ Hierbij geldt het beginsel dat de gebruiker betaalt: het zogenaamde 'profijtbeginnsel'. Een van de rechtsvragen was hoe het auteursrechtvoorbehoud van het NEN en de tarieven die worden berekend voor de beschikbaarstelling van de NEN-normen zich verhouden tot artikel 11 Aw. Artikel 11 Aw bepaalt namelijk dat op wetgeving geen auteursrecht rust. De ratio daarachter is gelegen in het adagium 'eenieder wordt geacht de wet te kennen'. Wil de overheid de burgers aan dit adagium kunnen houden dan moeten er door de overheid voorwaarden worden geschapen waardoor iedere burger in elk geval in de gelegenheid wordt gesteld om kennis te kunnen nemen van de wet. Wetgeving zou daarom – althans in uitgangspunt – kosteloos (dan wel tegen kostprijs) toegankelijk moeten zijn en derhalve moeten worden gefinancierd uit de algemene middelen. Ditzelfde geldt naar mijn mening voor (delen van) NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen. In mijn dissertatie heb ik verdedigd dat normen waarnaar in wetgeving zoals het Bouwbesluit wordt verwezen door die verwijzing de status van algemeen verbindende voorschriften verkrijgen.⁴ Doordat de normen, die in beginsel van private aard zijn, door de verwijzing in wetgeving van 'kleur verschieten' vallen ze onder artikel 11 Aw.

Een vraag die hieraan voorafgaat is of NEN-normen überhaupt in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming. De

vraag of NEN-normen werken in auteursrechtelijke zin zijn 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 werktuets uit het arrest *Van Dale/Romme* en beschikken over een voldoende eigen en oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel van de maker.⁵ Daarvoor moeten individuele NEN-normen worden beoordeeld. Hoe zien deze eruit? In normdocumenten worden niet alleen zuiver technische gegevens weergegeven, maar ook berekeningsmethoden, waarbij verklarende teksten en toelichtingen zijn geschreven. Als men diverse NEN-normen met elkaar vergelijkt valt op dat deze qua opzet en structuur sterk op elkaar lijken. De NEN-normen lijken te zijn opgesteld volgens 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.⁶ 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.⁷ Maar op een NEN-norm in haar geheel zou wel 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. In mijn dissertatie ben ik destijds tot de conclusie gekomen dat aan de hand van de beslissing van het Haagse Hof⁸ in de zaak *Van Dale/Romme*,⁹ waarbij een 'dunne' mate van oorspronkelijkheid voldoende werd geacht voor het verlenen van auteursrechtelijke bescherming op de trefwoordenverzameling van Van Dale's woordenboek, verdedigd zou kunnen worden dat ook NEN-normen vatbaar zijn voor auteursrecht.¹⁰ Dit zal overigens per individuele NEN-norm kunnen verschillen.

Al sinds gebruik wordt gemaakt van de techniek van verwijzing naar normalisatienormen, bestond onduidelijkheid over de juridische status van deze normen en laaide de discussie over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van NEN-normen met enige regelmaat op.¹¹ In 1998 leidde deze kwestie tot Kamervragen.¹² Zo rees 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? Helaas kon de minister daarop toen geen

1 HR 22 juni 2012, *I/JN* BW0393; *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 In Duitsland is deze principiële discussie met betrekking tot DIN-normen waarnaar in overheidsdocumenten wordt verwezen al veel eerder gevoerd, tot en met het Bundesverfassungsgericht: *VerfGE* 29 juli 1998, *ZUM* 1998, 926 ff. Uitkomst van die procedures was – kort door de bocht – dat verwijzing naar DIN-normen in regelgeving leidde tot verlies van auteursrecht. Tegen deze lijn in jurisprudentie in is in 2003 een apart derde lid 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 veelelvoudiging en verspreiding te verlenen. Zie hierover M.H. Elferink, 'Auteursrecht op normalisatienormen revisited', in: D.J.G. Visser en D.W.F. Verkade (red.), *Een eigen, oorspronkelijk karakter* (Sporoobundel), 2007, p. 79-90.

3 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).

4 Zie M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteurs-*

rechtelijke status van normalisatienormen, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1998, hfdst. 3.

5 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 m.nt. D.W.F. Verkade, *AA* 41 (1992)1, p. 31 m.nt. H. Cohen Jehoram, *AMI* 1991, p. 177 m.nt. Spoor, *CR* 1991, p. 84 m.nt. Hugenholtz, *IER* 1991, nr. 38, p. 96 m.nt. Grosheide (*Van Dale/Romme*). Deze werktuets is bevestigd in het *Technip*-arrest van 24 februari 2006, *AMI* 2006/5, p. 153-165, m.nt. A.A. Quaadvlieg. Vgl. ook HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 585 (*Lancôme/Kecofa*) en het *Endstra*-arrest HR 3 mei 2008, *NJ* 2008, 556 m.nt. E.J. Dommering, waarin het criterium 'persoonlijk stempel' nader wordt ingevuld.

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

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

8 Hof Den Haag 1 april 1993, *NJ* 1994, 58; *AMI* 1993, 134, m.nt. H. Cohen Jehoram; *IER* 1993, p. 82 m. comm. Van Overbeek, p. 79-81; *CR* 1993, 165, m.nt. P.B. Hugenholtz.

9 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608, m.nt. D.W.F. Verkade.

10 Elferink, *a.w.*, p. 153-167.

11 Elferink, *a.w.*

12 *Aanhangsel Handelingen II* 1998/99, nr. 605, ingediend naar aanleiding van mijn dissertatie op 10 december 1998 door de leden Rehwinkel (PvdA) en Van Dok-Van Weele (PvdA) en Middelkoop (GPV) en de antwoorden daarop: *Aanhangsel Handelingen* 1998/99, nr. 601 en 581. Zie ook de aanvullende vragen: *Kamerstukken II* 1998/99, vragen 895 en 2989908000. Zie daarover ook M.H. Elferink, 'De juridische status van normalisatienormen', *NJB* 1998/28, p. 1317-1320.

bevredigend antwoord geven. Hij stelde zich 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'.¹³ 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 bekendgemaakt hoeven te worden, zoals voor 'gewone wetten' wel het geval is.

Met deze vage kwalificaties miskende de minister mijns inziens 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.¹⁴ Destijds heb ik erop gewezen dat er mijns inziens 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 casatie 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 Hof, 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. 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 omstandigheid dat, zoals Knooble heeft aangevoerd, vooraf tussen de minister en NNI wordt afgestemd op 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) (onderstreping MHE)

Verder voert Knooble aan dat er op grond van artikel 11 Aw geen auteursrecht rust op de 'verwezen' NEN-normen. De Hoge Raad oordeelt hierover als volgt:

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. (onderstreping MHE)

Volgens de hiervoor aangehaalde rechtsoverwegingen komt de Hoge Raad 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. De omstandigheid dat het de Staat zelf is die feitelijk – tot op detailniveau – beslist om in wetgeving naar bindende NEN-normen te verwijzen, maakt dit oordeel niet anders. Dat vind ik onbegrijpelijk. Het feit dat NEN-normen niet door de overheid zelf worden opgesteld zou voor deze beslissing mijns inziens niet moeten uitmaken. Of de Staat deze nu zelf heeft opgesteld of niet: de Staat beslist uiteindelijk over de verwijzing hiernaar in wetgeving. Daarmee vindt – hoe dan ook – een koppeling plaats tussen zelfregulering en wetgeving.

Deze uitspraak van de Hoge Raad is overigens de eerste in een civielrechtelijke procedure over deze materie. Gelijksortige vragen waren eerder al onderwerp van procedures voor de bestuursrechter. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 2 februari 2011¹⁵ – overigens in lijn met het arrest van het Hof Den Haag¹⁶ in de onderhavige kwestie – dat NEN-normen geen algemeen verbindende voorschriften zijn die vanwege het Rijk zijn vastgesteld. Door de verwijzing ernaar in het Bouwbesluit 2003 zijn deze normen desondanks wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels, aldus de Afdeling. De kenbaarheid is voldoende verzekerd als deze ter inzage liggen bij het NEN en zonder belemmering geraadpleegd kunnen worden, aldus de Afdeling. Ter inzage legging in de bibliotheek van het NNI volstaat dus volgens de Afdeling. Wat er onder 'zonder belemmering' moet worden verstaan, wordt echter niet duidelijk. Degene die wel eens een NEN-norm heeft bekeken, weet overigens dat men van alleen inzage daarin niet veel wijzer wordt: het gaat in de regel om dikke boekwerken met veelal technische formules.

In een tweetal latere gelijksoortige uitspraken van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: CBB) lijkt het criterium 'zonder belemmering' nader te worden geconcretiseerd. Het CBB is namelijk van mening dat een auteursrechtelijke vergoeding zoals het NNI die vraagt voor de aanschaf van de NEN-normen geen wezenlijke belemmering vormt om kennis te kunnen nemen van die norm.¹⁷ Dat de prijs van NEN-normen al of niet een wezenlijke belemmering vormt voor de kenbaarheid en toegankelijkheid van NEN-normen is mijns inziens niet het criterium dat moet worden aangelegd. Het gaat er om dat er binnen het systeem van de Auteurswet geen plaats is voor toepassing van het profijtbeginsel ten aanzien van de NEN-normen waarnaar in wetgeving wordt verwezen en die bedoeld zijn om de burgers te binden.

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 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.¹⁸ Een teleurstellende uitspraak

13 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.

14 De minister leek 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.

15 ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan; JB 2011/65, m.nt. J.M.F.H. Theunissen; TBR 2011/47, m.nt. A.R. Neerhof.

16 Hof Den Haag 16 november 2010, IER 2011/43, m.nt. C. Stuurman.

17 Soortgelijke zaken: CBB 16 april 2012, AB 2012, 252 m.nt. H. Peters en CBB 16 april 2012, BR 2012, 110 m.nt. P.M.J. de Haan.

18 Vgl. in dezelfde zin Theunissen in zijn noot bij ABRvS 2 februari 2011, JB 2011/65.

die mijns inziens geen recht doet aan het materiële karakter van 'verwezen' NEN-normen en aan de feitelijke situatie dat burgers gebonden zijn aan deze normen. Het gaat er niet zozeer om dat het profijtbeginsel wordt gehanteerd, 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. Gedwongen winkelnering bij het NEN past daar mijns inziens niet bij.

Het is overigens nog niet te laat om een einde te maken aan deze praktijk: het kabinet is immers weer aan zet. Het kabinet heeft in een kabinetsreactie op het project kenbaarheid van normen en normalisatie aan de Tweede Kamer¹⁹ laten weten dat normen waarnaar in wettelijke voorschriften dwingend wordt verwezen per 1 januari 2014 gratis beschikbaar worden gesteld. 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.

19 Brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 30 juni 2011, inzake Kabinetsreactie op kenbaarheid van normen en normalisatie.

Nr. 2 Nanada/Golden Earring

Rechtbank Amsterdam 9 mei 2012
(mrs. I.H.J. Konings, A.R.P.J. Davids en L.R. Wisse)
zaaknummer / rolnummer: 496699 / HA ZA 11-2296

Contractuele verplichting van een muzikuitgever om inspanningen te verrichten op het gebied van de administratie, promotie en exploitatie van muziekwerken. De muzikanten hebben de overeenkomsten met de muzikuitgever buitengerechtelijk ontbonden zonder voorafgaande ingebrekestelling. Anders dan bij de administratieve werkzaamheden is de rechtbank bij de promotie- en exploitatiewerkzaamheden van oordeel dat, mocht komen vast te staan dat de muzikuitgever deze verplichtingen niet naar behoren is nagekomen, wel sprake is van een blijvende onmogelijkheid in de nakoming van deze inspanningsverplichting. Het is onmogelijk om de gestelde tekortkoming, die ziet op inspanningen die in het verleden hadden moeten plaatsvinden en in die jaren tot resultaten hadden moeten leiden, alsnog te herstellen. Ingevolge de artikelen 6:81 en 6:265 lid 2 BW was geen voorafgaande ingebrekestelling vereist.

De rechtbank laat de muzikuitgever toe tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen geachte stelling dat hij de uit hoofde van de muziek-uitgaveovereenkomsten op hem rustende promotie- en exploitatie-inspanningen niet naar behoren heeft verricht.

Vonnis van in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nanada Music BV, gevestigd te Hilversum,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid New Dayglow BV, gevestigd te Hilversum,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nada Music BV, gevestigd te Hilversum,
4. Willem Jan van Kooten, wonende te Loosdrecht, eisers, advocaat mr. A. van Hees te Amsterdam,

tegen

1. George Jan Kooymans, wonende te Rijkevorsel (België),
2. Marinus Gerritsen, wonende te Voorburg,
3. Barry Andres Hay, wonende te Rif Marie (Curaçao),
4. Cornelis Johannes Zuiderwijk, wonende te 's-Gravenhage, gedaagden, advocaat mr. M.T.M. Koedooder te Amsterdam.

Eiseressen 1 tot en met 3 zullen hierna ieder afzonderlijk Nanada, New Dayglow, Nada en gezamenlijk Nanada c.s. worden genoemd. Eiser sub 4 zal hierna Van Kooten worden genoemd. Nanada c.s. en Van Kooten zullen gezamenlijk worden aangeduid als eisers. Gedaagden zullen hierna ieder afzonderlijk Kooymans, Gerritsen, Hay en Zuiderwijk en gezamenlijk Kooymans c.s. worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 20 juli 2011 met producties;
- de conclusie van antwoord met producties;
- het ambtshalve gewezen tussenvonnis van 26 oktober 2011, waarin een comparitie van partijen is gelast;
- het proces-verbaal van comparitie van 9 februari 2012 met de daarin genoemde stukken.

[...]

2. De feiten

2.1. Nanada, New Dayglow en Nada vormen gezamenlijk een muzikuitgeverij die zich bezighoudt met de exploitatie, administratie en het beheer van muzikuitgave-rechten op muziekwerken in binnen- en buitenland. Nanada, New Dayglow en Nada zijn opgericht door Van Kooten. Red Bullet BV (hierna: Red Bullet) is een platenmaatschappij en houdt zich (onder meer) bezig met de exploitatie van masterrechten op geluidsopnamen. Red Bullet is eveneens opgericht door Van Kooten. Nanada c.s. en Red Bullet zijn gevestigd op hetzelfde adres en werken met elkaar samen.

2.2. Kooymans, Gerritsen, Hay en Zuiderwijk vormen gezamenlijk de Nederlandse popgroep Golden Earring. Kooymans, Gerritsen, Hay en Zuiderwijk zijn afzonderlijk, gezamenlijk dan wel samen met derden componist, tekstdichter en/of auteur van diverse muziekwerken.

2.3. Op enig moment in de periode van 1971 tot en met 1991 heeft Kooymans c.s. de muzikuitgave-rechten van een aantal van zijn muziekwerken, zoals nader omschreven in de aanvullende productie 37 van de zijde van eisers (hierna: de muziekwerken), voor de duur van het auteursrecht overgedragen aan (juridische entiteiten gelieerd aan) Nanada, New Dayglow en/of Nada (hierna kortweg: Nanada c.s.). Nanada c.s. dient ingevolge de in dat kader gesloten muzikuitgave-overeenkomsten zorg te dragen voor de promotie, exploitatie en administratie van de betreffende muziekwerken.

Niet alle uitgaverechten op muziekwerken van Kooymans c.s. zijn ondergebracht bij Nanada c.s. De uitgaverechten van de internationale hits 'Radar Love', 'When the Lady Smiles' en 'Twilight Zone' zijn bijvoorbeeld ondergebracht bij Snamyook Music, de eigen muzikuitgeverij van Kooymans. De masterrechten op de opnamen van 'Radar Love', 'When the Lady Smiles' en 'Twilight Zone' zijn eigendom van Red Bullet.

2.4. De muzikuitgaverechten in beheer van New Dayglow en Nada zijn bij overeenkomst van 2 oktober 1991 (voor zover mogelijk op grond van de onderliggende uitgave-overeenkomsten) samen met alle andere activa van deze vennootschappen in economische zin overgedragen aan Nanada.

2.5. Kooymans c.s. en Nanada c.s. zijn beiden aangesloten bij de collectieve beheersorganisatie Buma/Stemra. Buma bemiddelt in de