



Universiteit
Leiden
The Netherlands

annotatie bij Hof Den Haag 4 september 2003 (Scientology/Spaink en providers)

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2003). annotatie bij Hof Den Haag 4 september 2003 (Scientology/Spaink en providers). *Mediaforum*, 341-342. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5116>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5116>

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

IO

oktober 2003
vijftiende jaargang

Het Wob-dossier van de kabinets-formatie

Wouter Hins

**Elektronische gedragscodes:
een voorbeeld uit de praktijk**

Leonie Siemerink

Reactie op 'Het Wassenaarse fotogra-fieverbod'

Dylan Griffiths

Naschrift

Jit Peters

Jurisprudentie 44-50

Nr. 44 EHRM 10 juli 2003, Murphy vs. Ierland m.nt. A.J. Nieuwenhuis • Nr. 45 Hof Den Haag 4 september 2003, Scientology vs. Karin Spink en Providers m.nt. D.J.G. Visser • Nr. 46 Vزر. Rb. Den Haag 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken m.nt. A.W. Hins • Nr. 47 Vزر. Rb. Den Haag 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken m.nt. A.W. Hins • Nr. 48 Vزر. Rb. Den Haag 16 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Econo-mische Zaken m.nt. A.W. Hins • Nr. 49 ABRvS 23 juli 2003, CvdM vs. IJmond TV m.nt. J. van den Beukel • Nr. 50 CBB 28 mei 2003, OPTA vs. Versatel en KPN m.nt. K.J.M. Mortelmans

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (vmc), en verschijnt tien maal per jaar.
Bestuur vmc: Prof. mr. J. J. C. Kabel (voorzitter), Dr. N. A. N. M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. J. J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Boxtel (secretaris), Mr. C. E. Drion, Mr. J. F. Haeck, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H. M. C. Zeinstra.
www.communicatierecht.nl

Mediaforum wordt in opdracht van de vmc uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2003-10, p. 280-287; bij jurisprudentie Mediaforum 2003-10 nr. 43)
ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R. D. Chavannes, Mr. M. J. Geus, Mr. A. W. Hins, Mr. G. J. Kemper (voorzitter), Prof. mr. K. J. M. Mortelmans, Mr. A. J. Nieuwenhuis, Mr. A. T. Ottow, Prof. mr. H. J. de Ru, en Mr. C. J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C. J. Flentrop-Turner, Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@jur.uva.nl

Opmaak

De Elementen vof, Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Facturering vindt plaats jaarlijks in het eerste kwartaal. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar, bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

Leden vmc: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 69,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 34,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adres- of naamswijziging van leden schriftelijk of per e-mail opgeven bij: Administratiekantoor Van Eijk, Vlasstraat 11, 5712 RP Someren, e-mail: adm.eijk@wxs.nl

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

Losse nummers: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs € 8,85.

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 2003 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Nederlands

uitgeversvei

Groep uitgever

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

Vijftiende jaargang

nummer 10

oktober 2003

Inhoud

317 **Opinie**

Het Wob-dossier van de kabinetsformatie
Wouter Hins

318 **Artikel**

Elektronische gedragscodes: een voorbeeld uit de praktijk
Leonie Siemerink

324 **Artikel**

Reactie op 'Het Wassenaarse fotografie-verbod'
Dylan Griffiths

Naschrift

Jit Peters

326 **Documentatie**

Rechtspraak
Binnenland
Agenda

Jurisprudentie

332 Nr. 44 EHRM 10 juli 2003, Murphy vs. Ierland m.nt. A. J. Nieuwenhuis

337 Nr. 45 Hof Den Haag 4 september 2003, Scientology vs. Karin Spink en Providers m.nt. D. J. G. Visser

343 Nr. 46 Vzr. Rb. Den Haag 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken m.nt. A. W. Hins

345 Nr. 47 Vzr. Rb. Den Haag 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken m.nt. A. W. Hins

347 Nr. 48 Vzr. Rb. Den Haag 16 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Economische Zaken m.nt. A. W. Hins

349 Nr. 49 ABRvS 23 juli 2003, CvdM vs. IJmond TV m.nt. J. van den Beukel

351 351 Nr. 50 CBB 28 mei 2003, OPTA vs. Versatel en KPN m.nt. K. J. M. Mortelmans



Verschenen op 11 september

GEEN BEELDEN GEEN NIEUWS

Beeldbeperkingen in oud en nieuw auteursrecht

Marcel de Zwaan

ISBN 9075727844, 212 pagina's ing.

Prijs € 27,50 (incl btw, excl verzendkosten)

'Niet sinds de moord op John F. Kennedy in 1963 heeft een gebeurtenis de media wereldwijd zo gedomineerd als de terreuraanslagen van 11 september 2001. Behalve de ernst van het nieuws speelde daarbij ook de beschikbaarheid van beeldmateriaal een rol. Omdat de aanslagen plaats hadden op een stralende ochtend in een stad waar veel journalisten wonen behoren ze tot de best gedocumenteerde ooit. De aanslag op het Pentagon waarvan geen 'live'-beeldmateriaal beschikbaar is, staat al veel minder in het geheugen gegrift.' (NRC 11 september 2002)

Geen beelden geen nieuws: waarvan geen beelden bestaan is niet gebeurd; de nieuws waarde van een gebeurtenis daalt wanneer er geen beelden van zijn. Foto's, video's en filmbeelden leveren bovendien het bewijs. Vanuit dat besef was het ook dat het Amerikaanse leger in de meest recente Golfoorlog het fenomeen van de embedded journalists introduceerde en in een later stadium de beelden van de gesneuvelde zonen van Saddam zo welbewust verspreide. De 'beelduitingsvrijheid' is in de nieuwsvoorziening van onschatbaar belang.

Niet alleen de privacybescherming, maar ook het auteursrecht stelt grenzen aan de vrijheid om beelden te maken en over te nemen. In de ruimte die het auteursrecht biedt aan de uitingsvrijheid worden woord en beeld niet gelijk behandeld. Waar bijvoorbeeld weinigen twijfelen aan de vrijheid een tekst aan te mogen halen, slaat de schrik om het hart wanneer men een beeld wil citeren. In het kader van de nieuwsvoorziening mogen de media op grond van een andere beperking van het auteursrecht nieuwsberichten van elkaar overnemen, maar foto's: no-way.

Wat is het essentiële verschil tussen beeld en woord? En waarom valt nieuws buiten het auteursrecht, maar nieuwsfoto's niet? Waarom kapitale bedragen betalen voor beelden die gratis mogen

worden overgenomen? Waarom is voor een foto op de cover bijna altijd toestemming vereist? Uit wat voor programma's mag je overnemen en hoeveel precies? Mogen zonder toestemming ook archiefbeelden worden gebruikt in een actuele reportage? Waarom kan het beeld niet door het woord worden vervangen en omgekeerd? Waarom stelt de Auteurswet soms andere eisen aan het mogen overnemen van beelden dan aan het overnemen van teksten? Waarom trekt de praktijk zich weinig tot niets aan van het bestaan van de wettelijke beperkingen?

Dit zijn vragen die Marcel de Zwaan in dit boek wil beantwoorden. Hij doet dat aan de hand van heel veel boeiende voorbeelden. Wie kreeg De Telegraaf en SBS zo ver heel veel geld te betalen voor beelden van een dansende, mogelijk licht beschenken Maxima, beelden die ze gewoon gratis hadden mogen gebruiken? En waarom betaalden de media 20.000 dollar per minuut Bin Laden aan Al Jazeera voor het exclusieve beeldmateriaal, terwijl de Arabische nieuwszender de video's waarschijnlijk voor niets kreeg toegespeeld? Veel aandacht krijgt de vernieuwing van de Auteurswet die najaar 2003 in de Tweede Kamer wordt behandeld. Als deze wet wordt aanvaard is het in de reclame, de kunst, de entertainment en de nieuwsvoorziening in ieder geval gemakkelijker beeldmateriaal te vervaardigen en over te nemen.

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416,
1017 BZ Amsterdam,
T 020-627 6609 • F 020-638 3817,
e-mail: info@cram.nl, of te bestellen via www.cram.nl

zoekt voor haar telecompraktijk een

ADVOCAAT OF TELECOMJURIST

(m/v)

met minstens 5 jaar werkervaring

voor het opzetten en uitbouwen van een sectie telecommunicatierecht.

Van de kandidaat wordt verwacht dat hij, naast het bundelen en aansturen van de bestaande praktijk van het kantoor in het telecommunicatierecht en aanverwante rechtsgebieden, een uitdaging ziet in het uitbouwen van de nationale en internationale praktijk op dit gebied.

Goede commerciële vaardigheden zijn daarbij zeer relevant. Aantoonbare ervaring en/of belangstelling voor het telecommunicatierecht, mededingingsrecht en/of de rechtspraktijk in de telecombranche strekken tot aanbeveling.

CMS Derks Star Busmann is één van de grootste juridische dienstverleners in Nederland en maakt deel uit van CMS Transnational Legal Services. De intensieve samenwerking met de andere Europese CMS-kantoren maakt versterking van de telecompraktijk in Nederland tegelijk kansrijk en noodzakelijk. Hiervoor is dan ook alle noodzakelijke ondersteuning, coaching en zonodig opleiding beschikbaar.

De kandidaat opereert in nauwe samenwerking met de sectie Informatietechnologie/IE en zal werkzaam zijn in het kantoor te Utrecht of te Amsterdam.

Voor meer informatie kunt u contact opnemen met mr H. Struik, tel. 030-2121631,
e-mail: h.struik@cmsderks.nl.

Uw sollicitatiebrief met uitgebreid c.v. kunt u zenden aan

de heer P.H. Porcelijn
hoofd Personeel & Organisatie
Postbus 85250
3508 AG Utrecht
e-mail: p.porcelijn@cmsderks.nl

Het Wob-dossier van de kabinetsformatie

Opinie

Wouter Hins*

NRC Handelsblad heeft een reputatie op te houden als het gaat om het onthullen van documenten uit een kabinetsformatie. Zowel in 1982 als in 1986 wist de krant belangrijke successen te boeken in procedures op grond van de Wob.¹ Tegenstander was meestal de minister van Algemene Zaken, die als voormalig formateur en minister-president het formatiedossier bewaart. Wat betreft de vorming van het kabinet Lubbers II in 1986 wist NRC Handelsblad onder meer de volgende stukken te bemachtigen: ongeveer 200 amendementen van de fracties van CDA en VVD op het concept-regeerakkoord, berekeningen van het Centraal Plan Bureau en tal van ambtelijke analyses. Men zou dus kunnen denken dat de voortekenen gunstig waren toen de chef van de Haagse NRC-redactie, M. Kranenburg, dit jaar een Wob-verzoek indiende om informatie te krijgen over de vorming van het kabinet-Balkenende II. Kranenburg vroeg om stukken uit zowel de informatie Donner en Leijnse (onderhandelingen CDA en PvdA) als de informatie Hoekstra en Korthals Altes (onderhandelingen CDA, VVD en D66). De stukken zijn echter geweigerd en een viertal procedures bij de voorzieningenrechter van de Haagse rechtbank heeft daar geen verandering in gebracht.

Vreemd is dat de vier uitspraken tot op heden niet zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, terwijl ze interessant genoeg zijn.² Belangrijk zijn bijvoorbeeld twee uitspraken van 4 juli 2003, waaruit blijkt dat de minister van Algemene Zaken de stelling betrof: 'ik kan de gevraagde stukken niet geven, want ik heb ze gewoon niet'. Om wat voor een soort documenten ging het? Enerzijds om doorrekeningen van het Centraal Plan Bureau ten behoeve van de informatie Donner en Leijnse en anderzijds om amendementen die de fracties van CDA, VVD en D66 op 15 mei 2003 indienden op het ontwerp-regeerakkoord. Hetzelfde soort stukken als die welke in 1986 werden verkregen! Kennelijk hebben de kabinetsinformatie Donner en Leijnse, resp. Hoekstra en Korthals Altes, na afloop van hun werkzaamheden de dossiers niet in hun geheel overgedragen aan de minister van Algemene Zaken. De voorzieningenrechter heeft daar begrip voor. Hij overwoog:

De voorzieningenrechter is hierbij tot de overtuiging gekomen dat (in)formatiegevers geen bestuursorgaan zijn die onder enige ministeriële verantwoordelijkheid vallen. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor de samenstelling van het door hen over te dragen (in)formatiedossier. Voorts bestaat er geen hiërarchische relatie tussen verweerder en de (in)formatiegevers. Verweerder kan de (in)formatiegevers derhalve niet opdragen bepaalde stukken aan het dossier toe te voegen.

Van alle manieren om Wob-aanspraken af te weren is het niet bewaren van een document de meest drastische. Volgens artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob kan een verzoek om informatie alleen worden ingediend als een document bij een bestuursorgaan 'berust'. Sedert de uitspraak ARRVs 5 decem-

ber 1986, AB 1987, 525, staat vast dat 'berusten' feitelijk moet worden uitgelegd. In deze procedure had de minister van Algemene Zaken tevergeefs het verweer gevoerd dat hij de documenten van de kabinetsformatie slechts toevallig op zijn departement bewaarde. Een jaar later vond de parlementaire behandeling plaats van het wetsvoorstel dat zou leiden tot de huidige Wob. Er werd nog wat nagekaart over de nederlaag bij de Afdeling. In de Memorie van Antwoord suggereerde premier Lubbers dat kabinets(in)formatiegevers in de toekomst maar wat terughoudender moesten worden met het opnemen van stukken in het dossier. De minister van Algemene Zaken zou alleen een 'kerndossier' moeten ontvangen, dat niet meer stukken bevat 'dan noodzakelijk is voor de politieke verantwoording die de optredende minister-president voor het formatieverloop in de Tweede Kamer aflegt'.³

Deze tactische tip van premier Lubbers is in 2003 opgevolgd. Documenten uit de 'mislukte' informatie van Donner en Leijnse zijn maar voor een klein gedeelte op het ministerie van Algemene Zaken terecht gekomen en documenten uit de 'geslaagde' informatie van Hoekstra en Korthals Altes in ieder geval onvolledig. Vanuit een oogpunt van ministeriële verantwoordelijkheid is dat verklaarbaar. In de praktijk legt een nieuwe minister-president alleen verantwoording af voor zijn eigen optreden als formateur en voor het overnemen van die resultaten van voorgaande formatieperiodes die deel uitmaken van de grondslag van zijn kabinet.⁴ Vanuit een oogpunt van openbaarheid van bestuur is het weglaten van informatie echter bedenkelijk. Later kan immers blijken dat ook de verdwenen stukken wel degelijk relevant waren. Zij zijn dan verspreid over allerlei privé-archieven, secretariaten van Kamerfracties of misschien zelfs vernietigd. Toekomstige historici zullen zich over deze werkwijze nog gaan verbijten. En dat allemaal om te voorkomen dat nieuwsgierige burgers zich wellicht met succes kunnen beroepen op de Wob? Waarom zou iemand die gelijk heeft, geen gelijk mogen krijgen?

Bovendien kent de Wob genoeg middelen om tot geheimhouding te besluiten. De Haagse voorzieningenrechter overwoog op 16 juli 2003 dat een document voor de kabinets(in)formatie niet is opgesteld ten behoeve van bestuurlijke besluitvorming, maar ten behoeve van een politiek proces. Daardoor zou geen sprake zijn van een 'bestuurlijke aangelegenheid' als bedoeld in artikel 3 van de Wob. Mij lijkt dit onderscheid erg gekunsteld, maar artikel 10 Wob biedt een prima mogelijkheid om het belang van openbaarheid af te wegen tegen andere belangen (zie o.a. het tweede lid onder g). Wat vandaag nodig is ter bescherming van de vertrouwelijkheid van onderhandelingen, is dat volgend jaar – of over tien jaar – misschien niet meer. Wanneer houdt die koudwatervrees voor openbaarheid toch eens op? Zo erg waren de gevolgen in 1986 toch niet?

* Mr. A.W. Hins is verbonden aan de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht van de UvA. Hij is tevens redacteur van dit blad.

1 Zie o.a. ARRVs 27 juli 1982, AB 1983, 126 m.nt. H.J. de Ru en ARRVs 5 december 1986, AB 1987, 525 m.nt. H.J. de Ru.

2 Drie van de vier uitspraken zijn integraal afgedrukt in deze aflevering van Mediaforum. Niet afgedrukt is Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 juli 2003, M. Kranenburg vs. minister AZ (reg.nr. AWB 03/2425 en 03/2426 WOB). De inhoud van

deze vierde uitspraak wordt kort beschreven in de noot onder Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 juli 2003.

3 Kamerstukken II, 1987-1988, 19859, nr. 6, p. 17 (MvA). Zie ook Kamerstukken II, 1988-1989, 19 859, nr. 9, p. 11-12 (Nota n.a.v. Eindverslag).

4 Aldus het rapport van de Staatscommissie Relatie kiezers-beleidsvorming (staatscommissie-Biesheuvel) uit 1984, par. 2.7.

Elektronische gedragscodes: een voorbeeld uit de praktijk

Elektronische gedragscodes waaraan Internet Service Providers (ISP's) en hun klanten zich onderwerpen staan in dit artikel centraal. Als het aan de wetgever ligt wordt met betrekking tot het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg het begrip 'gedragscode' in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Wat precies onder dit begrip dient te worden verstaan is echter onduidelijk. Gedragscodes zijn belangrijke instrumenten voor zelfregulering van ISP's. Een criterium om te bepalen wat wel en wat geen gedragscodes zijn conform het BW en duidelijkheid over hoe een ISP zijn klanten over gedragscodes moet informeren zijn daarom noodzakelijk.

Leonie Siemerink*

Inleiding

In het Nederlandse wetsvoorstel Aanpassingswet e-commerce¹ wordt in artikel 6:227b lid 1 sub e BW het volgende over gedragscodes bepaald:

Voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt verstrekt degene die een dienst van de informatiemaatschappij verleent als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW de wederpartij ten minste op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie over de gedragscodes waaraan hij zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de wederpartij langs elektronische weg te raadplegen zijn.

Gedurende de tijd dat de dienstverlener deze informatie niet heeft verstrekt, kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden.² Een Internet Service Provider (hierna: ISP) verleent diensten van de informatiemaatschappij en dient daarom indien hij zich heeft onderworpen aan gedragscodes daarover zijn (aspirant-)klanten te informeren en de gedragscodes elektronisch raadpleegbaar te maken. Deze ontwerpbevestiging voor het BW roept een aantal vragen op. Welke juridische status hebben gedragscodes,³ wat is hun relatie tot de elektronische overeenkomst en hoe dient een klant te worden geïnformeerd over gedragscodes?

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt ingegaan op ISP's en ISP-overeenkomsten. Vervolgens komen algemene voorwaarden van ISP's aan de orde. Daarna beschrijf ik gedragscodes die ISP's hanteren en ga ik in op de juridische sta-

tus van deze gedragscodes en de relatie tot de ISP-overeenkomst. In de daaropvolgende paragraaf worden de vereisten van artikel 6:227b lid 1 sub e BW toegepast op de ISP-praktijk en wordt een antwoord gegeven op de vraag hoe een ISP zijn klanten rechtens dient te informeren over gedragscodes. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

ISP-overeenkomsten

De Internet Service Provider (ISP) bestaat juridisch gezien niet. Dat wil zeggen: in Nederlandse noch Europese wetgeving wordt het begrip ISP gebruikt. De Europese richtlijn e-commerce gebruikt het begrip 'verlener van diensten van de informatiemaatschappij'⁴ en die definitie lijkt te worden overgenomen in de Nederlandse implementatie wetgeving.⁵ Een ISP dient te worden opgevat als een verlener van diensten van de informatiemaatschappij. Toegang tot internet wordt mogelijk gemaakt door internetproviders, maar in de praktijk doen zij meer dan enkel toegang verschaffen. Het blijkt dat de aard en omvang van de rol van een internetprovider een groot aantal variaties kunnen laten zien. Daarom presenteren de meeste internet-providers zich tegenwoordig als Internet Service Providers (ISP's). Een ISP kan verschillende functies vervullen. Deze functies kunnen kort worden weergegeven als informatie doorgeven (*access*), informatie opslaan (*hosting*), informatie bewerken en ondersteunen (*extra value*) en informatie aanbieden (*content*).⁶ In de praktijk is de dienstverlening van ISP's meestal een mengvorm van deze verschillende functies. Welke functies een ISP precies moet verrichten hangt in beginsel af

* Mr. L.A.R. Siemerink is als onderzoeker verbonden aan de afdeling Recht en Informatica van de Universiteit Leiden. Met dank aan mr. J.J. van der Schaaf.

1 Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG L 178), *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 197, nr. 1-3 (wetsvoorstel Aanpassingswet e-commerce). Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, PbEG

L178 van 17 juli 2000 (richtlijn e-commerce).

2 Zie artikel 6:227b lid 5 BW wetsvoorstel Aanpassingswet e-commerce.

3 In het algemene deel van de Memorie van Toelichting wordt wel aandacht besteed aan gedragscodes in praktische, maar niet zozeer juridische zin. *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 197 nr. 1-3, p. 31.

4 Artikel 2 sub a en b richtlijn e-commerce.

5 Zie artikel 3:15d lid 3 BW wetsvoorstel Aanpassingswet e-commerce. Overigens is de termijn van implementatie van de richtlijn e-commerce reeds op 17 januari 2002 verstreken, zie artikel 22 richtlijn e-commerce.

6 Zie L.A.R. Siemerink, 'Aansprakelijkheid serviceprovider van geval tot geval anders', *Automatisering Gids* 14 september 2001, p. 19.

van de inhoud en strekking van een overeenkomst die met de ISP wordt gesloten.

In de praktijk sluiten klant en ISP een overeenkomst die ertoe strekt toegang te verkrijgen tot, gebruik te maken van de toepassingen via, of informatie te plaatsen op het internet. Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en een aanvaarding daarvan.⁷ Via de *portal site* (functie content)⁸ van een ISP is het grotendeels mogelijk om een ISP-overeenkomst elektronisch af te sluiten.⁹ Een ISP die zich richt op de consumentenmarkt biedt op zijn website een standaardabonnement aan welke meestal bestaat uit het volgende dienstenpakket:¹⁰ internettoegang, e-mail, website (homepage), nieuwsgroepen, chat en helpdesk. Een klant die gebruik wil maken van het aangeboden dienstenpakket op de website van de ISP aanvaardt het aanbod van de ISP.¹¹ Door zijn persoonsgegevens (meestal naam, voorletters, achternaam, straat en nummer, postcode, plaats en telefoonnummer) op het webformulier op de website van de ISP in te vullen kan een aspirant-klant zich aanmelden. Veelal dienen op dit webformulier ook de na de totstandkoming door de klant te gebruiken loginnaam, wachtwoord en e-mailadres te worden ingevuld. Vervolgens dient de aspirant-klant meestal uitdrukkelijk de door de ISP gehanteerde algemene voorwaarden te aanvaarden alvorens verder te kunnen gaan met zijn elektronische aanmelding. Daarna kan door verzending van het webformulier met behulp van een muis-klik op 'OK' onderaan het webformulier, het aanbod van de ISP door de klant worden aanvaard en komt een ISP-overeenkomst tot stand.¹²

Algemene voorwaarden en ISP's

In artikel 6:231 BW zijn de begripsbepalingen van de algemene voorwaarden regeling neergelegd. Indien aan de begripsbepalingen is voldaan is afdeling 6.5.3 'Algemene voorwaarden' van toepassing. Algemene voorwaarden zijn een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van een prestatie aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.¹³ Uit deze definitie blijkt dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen bedingen die algemene voorwaarden zijn en bedingen die dat niet zijn, ook wel de kernbedingen genoemd. Een kernbeding is een beding dat de kern van de prestatie weergeeft. De algemene voorwaarden samen met het kernbeding (of de kernbedingen) vormen de overeenkomst. De kernbedingen van een ISP-overeenkomst

zijn de door de klant te betalen prijs en de door de ISP te verrichten functies access, hosting, extra value en/of content. Uit de definitie valt ook op te maken dat de voorwaarden voor meermalig gebruik moeten zijn bestemd. De gebruiker, degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt, is in dit geval de ISP. Degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard is de wederpartij van de ISP.¹⁴ In dit artikel ga ik er van uit dat de wederpartij van de ISP een consument is.

ISP's kunnen bij het afsluiten van overeenkomsten gebruik maken van algemene voorwaarden, hetgeen vrijwel alle ISP's doen. In algemene voorwaarden kunnen allerlei details worden opgenomen die vervolgens deel gaan uitmaken van de overeenkomst. Indien de consument via de website van een ISP een ISP-overeenkomst heeft afgesloten zijn het grotendeels elektronische algemene voorwaarden die door de ISP van toepassing zijn verklaard. In de praktijk gaat de wederpartij gewoonlijk met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden akkoord zonder deze te lezen en zich op hun betekenis te bezinnen. Het probleem is gelegen in het gegeven dat algemene voorwaarden als onredelijk te beschouwen bedingen kunnen bevatten. Afdeling 6.5.3 biedt de wederpartij mogelijkheden om tegen onredelijk bezwarende bedingen op te treden.¹⁵ Voorbeelden van onredelijk bezwarende bedingen zijn te vinden in de zogenaamde zwarte en grijze lijst.¹⁶ Van deze consumentenbescherming kan niet contractueel worden afgeweken, want afdeling 6.5.3 is van dwingend recht.

Nogal wat gebruikers van algemene voorwaarden, die betrekking hebben op producten of diensten voor consumenten, maken gebruik van de mogelijkheid om binnen het kader van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden (CCA) van de Sociaal Economische Raad (SER)¹⁷ in overleg met consumentenorganisaties tot overeenstemming te komen over de inhoud van hun algemene voorwaarden.¹⁸ De Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ) van de SER heeft tot taak het bevorderen van overleg tussen consumenten- en brancheorganisaties over algemene voorwaarden. Doel van dit overleg is te komen tot algemene voorwaarden waarin op evenwichtige wijze rekening wordt gehouden met de belangen van de ondernemer en die van de consument.¹⁹ Veel Nederlandse ISP's zijn aangesloten bij de Nederlandse Vereniging van Internetproviders (NLIP).²⁰ Binnen de SER in overleg met de NLIP en de Consumentenbond wordt gewerkt aan het samenstellen van branchespecifieke algemene voorwaarden.²¹ Doel van de branchespecifieke algemene voorwaarden is het streven naar

7 Artikel 6:217 lid 1 BW.

8 Een portalsite is in gewoon Nederlands een startpagina of portaal. Voorbeelden van portalsites van ISP's zijn: www.xs4all.nl en www.planet.nl.

9 Zie L.A.R. Siemerink, 'ISP's en de Wet overeenkomsten op afstand', *TvC* 2002/3, p. 178-192.

10 Sommige ISP's hanteren de term 'producten' voor de verschillende dienstenpakketten die zij aanbieden. Deze term is juridisch gezien niet erg gelukkig gekozen omdat geen sprake is van een product in de zin van artikel 6:187 lid 1 BW. Het gaat immers niet om roerende zaken maar om diensten. Het is daarom beter om de term 'dienstenpakket' te hanteren.

11 Hierbij ga ik ervan uit dat het een daadwerkelijk aanbod betreft en geen uitnodiging tot het doen van een aanbod.

12 Aan de vraag wanneer de ISP-overeenkomst precies tot stand komt wordt in dit artikel geen aandacht besteed.

13 In de aanpassingswet e-commerce wordt in artikel 6:231 sub a BW het woord 'schriftelijke' geschrapt. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan artikel 10 lid 3 richtlijn e-commerce. De definitie van algemene voorwaarden wordt aangepast aan een elektronische omgeving: algemene voorwaarden kunnen ook elektronische bedingen zijn.

14 Artikel 6:231 sub b BW voor gebruiker en sub c voor wederpartij.

15 Zie artikel 6:233 sub a BW.

16 Artikel 6:236 en 6:237 BW.

17 Zie www.ser.nl.

18 Voorbeelden zijn de Fenex-condities (Nederlandse Expeditie voorwaarden), BOVAG-voorwaarden (autoverkoop) en de algemene voorwaarden waterrecreatie (HISWA).

19 In meer dan twintig branches van het bedrijfsleven zijn dit soort afspraken gemaakt. Op de procedure van het overleg is het Protocol Overleg Algemene Voorwaarden van toepassing, dat regels bevat voor de samenstelling van de overleggroepen, de evaluatie van de algemene voorwaarden en voor conflict-situaties. Als voorbeeld voor in algemene voorwaarden te gebruiken bedingen is een handleiding opgesteld. Zie www.ser.nl.

20 Zie www.nlip.nl.

21 De Consumentenbond heeft in februari 2000 het voorstel gedaan om binnen de SER in overleg met de drie brancheorganisaties NLIP, ICT-Nederland en Vereniging van Centrale Antenne-inrichtingen (VECAI) te komen tot een set basisvoorwaarden, waarin de belangrijkste algemene punten worden geregeld, zoals het totstandkomen van de overeenkomst, de beëindiging, de betaling en de klachten- en geschillenregeling. Het overleg in het kader van de CZ is in augustus 2000 gestart. Daartoe heeft de CZ van de SER gestreefd

een meer eenduidige uniforme formulering van in algemene voorwaarden voorkomende bedingen, de branchespecifieke algemene voorwaarden hebben echter geen formele status. Tot op heden zijn nog geen definitieve algemene voorwaarden voor de ISP-branchen tot stand gekomen.

Gedragscodes in de Nederlandse ISP-praktijk

In het algemeen worden concrete verplichtingen voor consumenten geregeld in algemene voorwaarden, terwijl gedragscodes nadere invulling van verplichtingen beogen te scheppen. Een gedragscode heeft het doel om gedrag te reguleren, maar de opstellers van gedragscodes beogen dat te doen op een ander niveau dan in een overeenkomst.²² Regels in gedragscodes worden in het algemeen niet geacht dezelfde mate van binding te hebben als de regels in een overeenkomst. De benaming van 'gedragscode' is niet doorslaggevend voor de juridische kwalificatie van gedragsregels. Onder de benaming 'gedragscode' kunnen derhalve best delen van een overeenkomst schuil gaan.²³ Dat kan slechts zo zijn indien de verbintenissen die ontstaan voldoende bepaalbaar zijn in de zin van artikel 6:227 BW. Die bepaalbaarheid hangt af van de formulering van de gedragsregels die een gedragscode bevat. Dat is in een digitale context niet anders. Hoewel er niet veel uitspraken zijn over de juridische status van gedragscodes, kan op basis van lagere rechtspraak worden gezegd dat gedragscodes niet de kern van de overeenkomst kunnen aantasten of mede kunnen bepalen.²⁴ Vast staat dit echter nog niet, en het is wachten op een uitspraak in hoogste instantie.

Bij een nadere bestudering van de inhoud van de algemene voorwaarden die ISP's in hun overeenkomsten hanteren blijkt dat ISP's in algemene voorwaarden altijd naar gedragscodes verwijzen. Deze bestudering heeft plaatsgevonden door middel van het raadplegen van de elektronische algemene voorwaarden via de portal sites (functie content) van verschillende ISP's.²⁵ In de meeste gevallen waarin ISP's gedragscodes hanteren, worden deze gebruikt om regels uit de algemene voorwaarden in te vullen. Waarschijnlijk het bekendste voorbeeld is de zogenaamde *Netiquette*. Hetzelfde gebeurt in *acceptable of fair use policies*. De meeste ISP's zijn aangesloten bij de NLIP, die ook een gedragscode heeft opgesteld. De term 'gedragscode' wordt in de ISP-praktijk dan ook in ieder geval op drie manie-

ren gebruikt: *Netiquette*, *acceptable of fair use policy* en de NLIP-gedragscode.²⁶ Elk hebben zij een ander geldingsbereik en kennen zij eigen normen. Hieronder worden deze door ISP's in de praktijk gehanteerde gedragscodes beschreven.

Netiquette

In het begin van zijn ontwikkeling werd het internet beschouwd als een separate wereld met eigen regels en eigen sancties. Die regels waren met name neergelegd in zogenaamde *Requests For Comments* (hierna: RFC's).²⁷ Deze regels bevatten technische eisen voor een goede werking van het internet en ook een serie gedragsregels waaraan gebruikers van het internet zich dienen te houden. Die laatste staan bekend als de *Netiquette*, naar analogie van *etiquette*.²⁸ *Netiquette* bevat de algemeen aanvaarde waarden en normen die gelden voor communicatie over het internet als zodanig. De *Netiquette Guidelines*, zoals het document officieel is genoemd, zijn opgesteld in het Engels en bieden een minimumpakket gedragsregels die organisaties en particulieren kunnen overnemen en aanpassen voor eigen gebruik. Zelfstandig beschouwd bevat de *Netiquette* niet in voldoende mate bepaalbare rechten en plichten. De NLIP heeft een Nederlandse vertaling en bewerking laten maken 'Netiquette Richtlijnen NLIP'.²⁹ Naar de *Netiquette* wordt door ISP's nog steeds verwezen in hun algemene voorwaarden.

De bepalingen in de *Netiquette* zijn zeer divers van aard en soms ook erg vaag of juist te voor de hand liggend. Het betreft allemaal gedragsregels voor de klant. Er zijn regels voor gebruik van e-mail en newsgroups, maar ook bijvoorbeeld regels met betrekking tot taalgebruik op internet. Bij de afdwingbaarheid van deze gedragsregels uit de *Netiquette* kunnen vraagtekens worden geplaatst. De status van de *Netiquette* is niet duidelijk. ISP's noemen eigen gedragsregels soms ook gewoon *Netiquette*. Het is dus niet altijd duidelijk welke bron bedoeld wordt en hoe die bron te vinden is. Dat de *Netiquette* mag worden aangepast voor eigen gebruik duidt niet op transparantie. Duidelijk is dat in een Nederlandse overeenkomst niet rechtsgeldig kan worden verwezen naar een Engels document; toch doen bijna alle ISP's dat. Het is de vraag of een Nederlandse vertaling van een van oorsprong Engelse tekst wel voldoet.³⁰ De *Netiquette* wordt op dit moment minder goed toegepast dan zou kunnen, het juridisch effect ervan is daardoor minder groot. In de interpretatie

naar een evenwichtige basis van rechten en verplichtingen voor ondernemer en consument in de sector elektronische communicatienetwerken (E-netwerken). De CZ stelde zich voor dat een aantal van de bepalingen binnen elk van die branchespecifieke algemene voorwaarden uniform zijn in de gehele sector. Het doel was om tweezijdige branchespecifieke algemene voorwaarden tot stand te laten komen in de gehele sector: Gemeenschappelijke bepalingen in de sector elektronische communicatienetwerken (GeBeps). De organisaties ICT-Nederland en VECAI zijn inmiddels uit het overleg gestapt, de NLIP is nog in onderhandeling met de Consumentenbond en SER.

22 Een bekend voorbeeld van een Nederlandse gedragscode is de door Stichting ECP.nl ontwikkelde 'Modelgedragscode voor elektronisch zakendoen', november 2001, E-commerce Platform Nederland (ECP.nl), te raadplegen op www.ecp.nl. De benaming 'modelgedragscode' suggereert, naar analogie van het modelcontract, dat het hier gaat om een direct gebruiksklare voorbeeldvorm van een gedragscode. Naar haar inhoud is de Modelgedragscode ECP.nl echter niet direct gebruiksklaar, omdat zij keuzes openlaat. Het is daarom beter om te spreken van gedragscode model, naar analogie van het contract model waarin verschillende elkaar uitsluitende bedingen kunnen zijn opgenomen, dan van een modelgedragscode. Het is echter de vraag of deze 'Modelgedragscode' moet worden opgevat als een gedragscode conform artikel 6:227b lid 1 sub e bw.

23 Een definitie van 'gedragscode' ontbreekt in het Nederlandse privaatrecht, de rechtsfiguur is wel bekend uit het Nederlandse privacy recht. Voor privacy gedragscodes geldt een eigen regime. Zie daarover de brochure *Gedragscodes*,

bescherming van persoonsgegevens door zelfregulering, van het College Bescherming Persoonsgegevens, oktober 2002, te downloaden op www.cbpbweb.nl.

24 Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 19 februari 2002, niet gepubliceerd, r.o. 3.3 (*Tolken/Staat*); Rb. Utrecht 23 maart 2000, niet gepubliceerd (*Staat/LaRoche*).

25 Om een beeld te verkrijgen is gekeken naar de volgende ISP's: XS4ALL, Planet Internet, Het Net, Freeler, Wanadoo, Tiscali, Casema, Chello, Home, HCCNet en Demon. Ook het concept van de branchespecifieke algemene voorwaarden in het kader van de SER verwijst naar gedragscodes.

26 Dat wil niet zeggen dat deze drie vormen te kwalificeren zijn als gedragscodes in de juridische zin van het woord, noch dat een andere indeling in soorten wordt verworpen.

27 RFC staat voor Request For Comment; deze bevatten informatie over internet-standaarden. Zie [ftp://ripe.net/rfc/](http://ripe.net/rfc/). Het systeem van de RFC's bestaat sinds 7 april 1969. Voor alle technische en organisatorische RFC's zie <http://www.rfc-editor.org/>.

28 Netwerk-etiquette. Sommige ISP's spreken van netiquette of net-etiquette, al dan niet met een hoofdletter. Waarschijnlijk wordt steeds hetzelfde bedoeld, RFC 1855 van 19 oktober 1995, zie [ftp://ftp.ripe.net/rfc/rfc1855.txt](http://ftp.ripe.net/rfc/rfc1855.txt).

29 Deze vertaling en bewerking van de *Netiquette* van maart 2001 is raadpleegbaar via www.nlip.nl.

30 In de praktijk kan dat vooral problemen geven wanneer de Engelse tekst voor een andere uitleg vatbaar is dan de Nederlandse. Om dit risico te beperken kan expliciet worden verwezen naar de Nederlandse vertaling van de *Netiquette*.

bij open normen, zoals de norm 'handelen zoals een zorgvuldig internetgebruiker betaamt', zou de Netiquette een rol kunnen spelen.

In Nederland is iets meer duidelijkheid gekomen over de juridische status van bepaalde regels uit de Netiquette die betrekking hebben op spam. Het Hof Amsterdam overwoog in de zaak AbFab tegen XS4ALL het volgende:

*'4.6,7 (...) komt (...) onvoldoende gewicht toe aan de door XS4ALL genoemde 'net-etiquette' zoals blijkend uit een aantal RFC's; onbestreden is dat die regels vooral voortkomen uit de wereld van de internetproviders zelf.'*³¹

Daarnaast zijn er buitenlandse vonnissen bekend waarin wel status wordt toegekend aan de RFC's.³² Een Franse rechter ging daarbij het verst door te concluderen dat deelname aan het internet verkeer een impliciete instemming met de Netiquette veronderstelt. Dat laatste is na deze uitspraak vrijwel zeker van de baan. Toch is de status van de Netiquette niet volledig uitgekristalliseerd. Onduidelijk is nog wat het Hof Amsterdam heeft bedoeld met de zinsnede 'uit de wereld van de internetproviders zelf'. Ten eerste is dat feitelijk niet geheel juist.³³ Daarnaast is ook de juridische consequentie van deze opmerking onduidelijk.³⁴

Acceptable of fair use policies

Naast Netiquette wordt door ISP's in algemene voorwaarden verwezen naar zogenaamde fair use policies of acceptable use policies. Een dergelijke policy bevat regels die, zoals de naam al aangeeft, het gedrag van de klant beogen te reguleren: beleid voor aanvaardbaar en redelijk gebruik door de klant van internetdiensten. In die zin zou men denken dat een policy een typisch voorbeeld is van een gedragscode. De praktijk leert echter dat deze policies vaak als integraal onderdeel van de overeenkomst worden bestempeld. Overigens hanteren niet alle ISP's dergelijke policies. Daarentegen hebben sommige ISP's voor elke dienst (e-mail, nieuwsgroepen, homepage) een aparte policy opgesteld.

De fair use of acceptable use policies zijn, hoewel de aanduiding misschien anders doet vermoeden, in het Nederlands opgesteld. Fair use/acceptable use van het systeem van de ISP en het internet is belangrijk. Redelijkheid en billijkheid brengen mee dat ook op het internet bepaald gedrag en bepaalde gedragssituaties van mensen niet kunnen worden getolereerd. De policies bevatten voor een groot deel de materie die de Netiquette ook bevat en daarnaast gedragsregels die andere ISP's in hun algemene voorwaarden bij de verplichtingen van de klant

hebben opgenomen. Ook hier gaat het om gedragsregels die aan de klant worden opgelegd. In deze policies is in het algemeen sprake van meer bepaalbare rechten en plichten dan in de Netiquette. De status van deze policies is niet geheel duidelijk, mede omdat sommige ISP's dergelijke gedragsregels integraal in hun algemene voorwaarden opnemen terwijl andere ISP's verwijzen naar policies. De sancties die gelden indien een klant niet voldoet aan de gedragsregels neergelegd in deze policies zijn door ISP's integraal in de algemene voorwaarden opgenomen.

NLIP-gedragscode

De NLIP heeft een gedragscode opgesteld, de NLIP-gedragscode, welke onderdeel is van het 'NLIP-kwaliteitsbeleid voor ISP's'.³⁵ Deze is gericht op het ondubbelzinnig vastleggen van belangrijke elementen in de relatie ISP – consument. De gedragscode geldt voor alle 55 ISP's die zijn aangesloten bij de NLIP. Alle leden onderschrijven met hun lidmaatschap de NLIP-gedragscode; de meeste ISP's die lid zijn van de NLIP verwijzen echter niet naar de NLIP-gedragscode. De gedragscode is kort, maar bevat een bepaling over het briefgeheim, een bepaling over privacy en verwijzingen naar een klachtenregeling, een regeling voor een geschillencommissie en een verwijzing naar de Netiquette.³⁶ Het zou logischer zijn geweest als de NLIP verwijst naar de door haar gemaakte Nederlandse bewerking van de Netiquette 'Netiquette Richtlijnen NLIP'. Voor zover ISP's zijn aangesloten bij de NLIP zijn zij dus 'verplicht' om de Netiquette over te nemen. Er is echter in de NLIP-gedragscode geen verwijzing naar de elektronische vindplaats van RFC 1855 opgenomen. Bij nadere bestudering van de inhoud van de NLIP-gedragscode blijkt dat het voornamelijk gedragsregels voor de ISP betreft waar de ISP zich aan dient te houden en slechts enkele gedragsregels voor de klant. Ook hier is sprake van een meer algemeen document met weinig juridische status.

Naast de NLIP-gedragscode zijn zogenaamde *recommended security practices* ontwikkeld.³⁷ Deze best practices bevatten security aanbevelingen welke zijn vastgesteld door bestuur en leden van de NLIP. Tenslotte kent de NLIP nog een regeling voor een keurmerk die met name betrekking heeft op de kwaliteit van de dienstverlening. NLIP-leden kunnen ervoor kiezen om dit keurmerk te voeren; het is dus niet verplicht. De NLIP is geen toezichthouder op de naleving van de gedragsregels en de branche kent geen eigen systeem van tuchtrecht. De NLIP heeft geen (formeel) wettelijke basis en kan daarom niet meer doen dan iedere andere vereniging. Zij kan slechts het lidmaatschap van de branchevereniging schorsen of een lid dat de gedragsregels (aantoonbaar) niet naleeft royeren. De NLIP heeft daarnaast de mogelijkheid een strafklacht bij justitie in te dienen.³⁸

31 Hof Amsterdam 18 juli 2002, rolnummer 468/02, (AbFab/XS4ALL), *Mediaforum* 2002/9, p. 293-298 m.nt. Q. Kroes; JAVI 2002/2, p. 63-65 m.nt. A. Lodder; *Computerrecht* 2002/5, p. 299-309 m.nt. J.J.C. Kabel.

32 In producties bij de pleitnotities van XS4ALL tegen AbFab van 22 februari 2002 is een Franse zaak toegevoegd, zie <http://www.xs4all.nl/nieuws/overzicht/pleitnota/producties.html>. Ook wordt een Canadese zaak gemeld in: J.E.J. Prins en S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Studiepoeket Privaatrecht nr. 61, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 91.

33 De request for comments komen tot stand door discussie tussen internetgebruikers waaraan in beginsel iedereen kan deelnemen. Uiteindelijk verwerkt een redacteur de commentaren tot een lopende tekst. Zie over de precieze totstandkoming, '30 years of RFC's', 7 april 1999, RFC editor et al., [ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc2555.txt](http://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc2555.txt).

34 XS4ALL heeft beroep in cassatie ingesteld in deze zaak. Zie dagvaarding van XS4ALL aan AbFab van 16 september 2002, te raadplegen op <http://www.xs4all/nieuws/overzicht/cassatieabfab.pdf>.

35 Het NLIP-kwaliteitsbeleid voor ISP's bestaat verder uit een klachtenregeling, een geschillencommissie, security: recommended practices en een facultatief

keurmerk, zie www.nlip.nl. Naast de gedragscode heeft de NLIP ook gebruik gemaakt van andere vormen van zelfregulering: meldpunten. Momenteel functioneren drie van dergelijke meldpunten: Meldpunt kinderporno, Meldpunt discriminatie op internet en Meldpunt overig illegaal materiaal. De eerste twee functioneren als website en de laatste via een e-mailadres, zie www.nlip.nl. Meldpunten zijn naar hun aard geen gedragscodes, het instellen van een meldpunt is immers nog niet het stellen van een norm voor gedrag. Wanneer echter een branche of bedrijf formuleert wanneer zij van het meldpunt gebruik maakt, buiten de wettelijke plichten daartoe en buiten de overeenkomst, kan wel sprake zijn van een gedragscode.

36 De NLIP-gedragscode telt slechts 6 artikelen, genummerd G1-G6. Artikelen G3-G5 bevatten verwijzingen naar de genoemde andere regelingen. NLIP-gedragscode, versie 2.0, datum van inwerkingtreding 23 november 1999, zie www.nlip.nl.

37 Daarvan wordt in de NLIP-gedragscode geen melding gemaakt. Misleitend genoeg is het onderschrijven van deze aanbevolen best practices wel verplicht om lid van de NLIP te kunnen worden want het is een verplicht onderdeel van het NLIP-kwaliteitsbeleid voor ISP's.

Vereisten artikel 6:227b lid 1 sub e BW toegepast op de ISP-praktijk

Voordat een overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt dient de ISP op grond van artikel 6:227b lid 1 sub e BW de klant op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie te verstrekken over de gedragscodes waaraan hij zich heeft onderworpen en de wijze waarop deze gedragscodes voor de klant langs elektronische weg te raadplegen zijn. Evenals in andere contractuele relaties, is contractsvrijheid het uitgangspunt in de relatie tussen consument en ISP. Die houdt in dat geen plicht bestaat om een overeenkomst aan te gaan, noch een verplichting tot het opnemen van een bepaalde inhoud in de overeenkomst of in algemene voorwaarden. Er bestaat dan ook geen plicht om een gedragscode te voeren, noch om er een te aanvaarden. Als echter een gedragscode wordt gevoerd maar daarvan wordt geen melding gemaakt, kan de overeenkomst ontbonden worden door de wederpartij. De nieuwe precontractuele informatplicht beschermt dus de positie van de consument en verzwaart die van de ondernemer die de gedragscode heeft onderschreven.

Het is de vraag of de drie vormen van 'gedragscodes', waarnaar ISP's in hun algemene voorwaarden verwijzen, ook een gedragscode zijn zoals in het wetsvoorstel Aanpassingswet e-commerce bedoeld. Het is onduidelijk wat de wetgever bedoelt met 'de gedragscodes waar hij zich aan heeft onderworpen', aangezien dit noch in het wetsontwerp zelf, noch in de memorie van toelichting wordt beschreven. Aangenomen mag worden dat in het geval van de ISP worden bedoeld gedragscodes die zijn gericht op zelfregulering van de diensten waarop de ISP-overeenkomst betrekking heeft. De in de vorige paragraaf beschreven gedragscodes hebben betrekking op zelfregulering van diensten van de ISP-overeenkomst. De NLIP-gedragscode is een gedragscode waaraan de ISP zich onderwerpt, maar waarin ook gedragingen voor de klant zijn neergelegd. De Netiquette en fair use of acceptable use policies zijn gedragscodes waarvan de ISP wil dat zijn klanten zich eraan onderwerpen. De NLIP-gedragscode valt in ieder geval onder artikel 6:227b lid 1 sub e BW; van de andere twee gedragscodes is het twijfelachtig. Voor alle drie gedragscodes bekijk ik wanneer ze daadwerkelijk onderdeel gaan uitmaken van de ISP-overeenkomst.

Het aangaan van een gedragscode blijkt in het algemeen uit een verwijzing naar de code in de (hoofd)overeenkomst of in algemene voorwaarden of door middel van een verwijzing op de website. In zekere mate is bij ISP's de 'gelaagde normstelling'³⁸ populair, waarmee wordt bedoeld het doorverwijzen naar andere documenten in de algemene voorwaarden. ISP's verwijzen meestal door middel van een hyperlink in hun elektronische algemene voorwaarden naar bovengenoemde gedragscodes. Het is de vraag wanneer sprake is van op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze informatie verstrekken over de wijze waarop de gedragscodes langs elektronische weg te raadplegen zijn en wanneer gedragscodes onderdeel worden van een ISP-overeenkomst. Hieronder wordt dit voor de drie door ISP's in de praktijk gehanteerde gedragscodes onderzocht.

Netiquette

In de praktijk komen verschillende wijzen van verwijzing naar de Netiquette voor. In de eerste plaats het plaatsen van de

Netiquette op de eigen site van de ISP, op een nieuwe pagina of op dezelfde pagina als de algemene voorwaarden. Deze vorm van verwijzing voldoet in de praktijk goed. Het risico voor het niet functioneren van de pagina's waarop de Netiquette staat komt vanzelfsprekend voor rekening van de ISP. Dat wordt niet anders indien een hyperlink naar een adres buiten de site wijst. Indien de gedragscode niet raadpleegbaar is langs deze weg, is de klant geen redelijke mogelijkheid geboden tot het kennisnemen van die gedragscode. Het probleem rijst indien zonder meer naar 'de Netiquette' wordt verwezen, zonder dat daarbij een tekst of hyperlink is opgenomen. Er bestaan verschillende versies van de Netiquette, een ISP mag en kan de Netiquette immers zelf aanpassen en de NLIP heeft een Nederlandse vertaling van de Netiquette laten maken. Het is dan de vraag naar welke versie de ISP precies verwijst. Doorverwijzing naar de Netiquette zonder duidelijke markering van versie, vermelding van datum, bron, etc. is onvoldoende en kan ook bezwaarlijk worden tegengeworpen in de relatie met consumenten. Het document kan steeds van inhoud veranderen. Het noemen van een datum of versie van de Netiquette kan, naast het noemen van een vertaling en eventueel prioriteitsregel, dit probleem voorkomen. Van nieuwe versies alsmede nieuwe vertalingen moet de klant ook steeds op een redelijke wijze kennis kunnen nemen. Aangezien de inhoud van de Netiquette algemeen is en daarmee de juridische status ervan gering is, is mijns inziens een redelijke mogelijkheid van elektronische verwijzing tot raadpleging van de Netiquette geboden door middel van een duidelijke hyperlink naar de Netiquette. Deze verwijzing moet op het eigen systeem van de ISP zijn opgeslagen en door middel van het aanklikken van de hyperlink moet de desbetreffende tekst in het Nederlands voor de klant leesbaar zijn, met de mogelijkheid om de tekst te printen. Indien er een nieuwe versie van deze Netiquette komt, dient dat aan de klanten te worden medegedeeld, samen met de mogelijkheid om op redelijke wijze kennis te kunnen nemen van de nieuwe versie. De Netiquette dient niet te worden beschouwd als een onderdeel van de ISP-overeenkomst.

Acceptable of fair use policies

Verwijzing naar fair use policies of acceptable use policies ligt weer net even anders omdat hier geen sprake is van een algemeen document als de Netiquette, maar van een document dat specifiek door de ISP is opgesteld en daarmee meer juridische status heeft. De vraag is dan of deze policies niet integraal dienen te worden opgenomen in de algemene voorwaarden of dat er een redelijke methode van verwijzing is. Als een fair use policy wordt gehanteerd dient de ISP er in ieder geval naar te verwijzen, of op zijn site, of in de algemene voorwaarden, met een duidelijke markering van versie, vermelding van datum, bron etc. Indien de gebruikersvoorwaarden zo essentieel zijn dat ze een uitwerking geven van de kernbedingen, dan moeten ze als onderdeel van de overeenkomst worden beschouwd. Indien het bij deze policies gaat om bepaalde gebruikersvoorwaarden van specifieke internetdiensten kan in de artikelen in de algemene voorwaarden over de internetdiensten worden doorverwezen naar deze aanvullende voorwaarden, maar daarbij dient dan mijns inziens te worden voldaan aan de vereisten welke gelden als ware er sprake van een tweede set algemene voorwaarden waarnaar in de hoofdvormen wordt verwezen.³⁹ Dergelijke policies dienen dan te worden aanvaard door de klant om onderdeel te

³⁸ Op grond van bijvoorbeeld gesignaleerde computervrederebreuk (artikel 139 Sr) Deze mogelijkheid wordt expliciet in artikel III van de security practices genoemd.

³⁹ Deze term heb ik ontleend aan de presentatie van C. Stuurman tijdens het symposium ISP-contracten en aansprakelijkheid op 11 september 2002. Voor een verslag van het symposium zie *Computerrecht* 2003/1 p. 100-102 en *JAVI* 2003/1 p. 41.

worden van de overeenkomst. De mogelijkheid van doorverwijzen naar policies is dus afhankelijk van de inhoud. Mij lijkt het daarom beter om gebruikersvoorwaarden neergelegd in acceptable use of fair use policies die verstrekken de gevolgen kunnen hebben voor de klant, integraal in de algemene voorwaarden op te nemen. Indien echter de gebruikersvoorwaarden van zo algemene aard zijn als die in de Netiquette zal, net als bij de Netiquette, een duidelijke hyperlink welke op het eigen systeem van de ISP is opgeslagen en leesbaar wordt voor de klant door middel van het aanklikken van de hyperlink met daarbij de mogelijkheid om de tekst te printen ook volstaan. Indien de policies worden gewijzigd dient dit aan de klant te worden medegedeeld, samen met de mogelijkheid om op redelijke wijze kennis te nemen van de gewijzigde policies.

NLIP-gedragscode

De branchespecifieke gedragscode bevat een verwijzing naar de Netiquette; daarmee ontstaat een normstelling van drie lagen. Een punt bij de gelaagdheid is de leesbaarheid en duidelijkheid. Indien een ISP zich aan gedragscodes heeft onderworpen dient hij dit en de vindplaats van de gedragscodes te melden aan de aspirant-klant op grond van artikel 6:227b lid 1 sub e BW. Leden van de NLIP hebben zich onderworpen aan de NLIP-gedragscode en zullen dit moeten melden. Wat toegankelijk maken betreft kan met een duidelijke hyperlink op de website of in de elektronische algemene voorwaarden naar de NLIP-gedragscode met markering van versie, datum, bron etc. worden volstaan. Daarbij is het veiliger indien de ISP de NLIP-gedragscode op zijn eigen systeem opslaat dan wanneer hij linkt naar de NLIP-website.⁴¹ Indien de hyperlink niet functioneert is de klant bevoegd de gesloten overeenkomst te ontbinden. Leden van de NLIP hebben zich onderworpen aan de NLIP-gedragscode, echter uit het praktijk onderzoek is gebleken dat niet alle ISP's dat melden aan hun klanten.⁴² Een klant kan dan de overeenkomst ontbinden. De ISP heeft wel de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst, binnen een bepaalde termijn, de gedragscode alsnog in kennis te laten stellen van de klant. Indien de NLIP-gedragscode gewijzigd wordt dient de ISP dit en de vindplaats van de gewijzigde gedragscode te melden aan de klant.

In artikel 6:227b lid 5 BW wordt als sanctie gesteld dat zolang de betreffende informatie niet is verstrekt, de wederpartij de overeenkomst kan ontbinden. Ervan uitgaande dat juridisch bindende bepalingen in de algemene voorwaarden worden opgenomen en daarmee deel uitmaken van de overeenkomst, vloeien er uit gedragscodes geen concrete rechten of verplichtingen voort en lijkt mij de sanctie van ontbinding buiten proporties. Het rechtsgevolg van ontbinding is niet passend bij de rechtsverhouding. Het is de vraag of deze sanctie de gebruikers, in dit geval de ISP's, niet te zwaar belast met risico.⁴³ De risicoverdeling tussen ondernemer en consument in een online situatie wordt door deze bepaling verstoord. De klant kan immers zonder opgave van redenen een online gesloten overeenkomst met een ISP ontbinden omdat de server waarop een gedragscode staat, mogelijk geheel buiten de schuld van de ISP, 'down' is. Dat is nadelig voor de ISP, die een extra risico loopt, maar ook voor de klant is ontbinding in de praktijk niet altijd bevredi-

gend. Het bewijs voor de stelling dat een gedragscode niet kan worden geraadpleegd is in de praktijk niet altijd makkelijk te geven. En indien de klant erin slaagt dit bewijs te leveren ontstaan door de ontbinding ongedaanmakingsverbintenissen tussen de ISP en de klant, indien reeds een deel van de (ontbonden) verbintenis is uitgevoerd. Het uitvoeren van dergelijke verbintenissen kan ook weer kosten met zich meebrengen.

Conclusie

De betekenis van 'gedragscode' in het wetsvoorstel Aanpassingswet e-commerce is niet helder. Noch in het wetsvoorstel zelf, noch in de Memorie van Toelichting staat een definitie van een gedragscode. Er dient een criterium te komen aan de hand waarvan kan worden bepaald of iets een gedragscode is conform de wet of niet. Daarnaast is onduidelijk of artikel 6:227b lid 1 sub e BW alleen betrekking heeft op gedragscodes waaraan de gebruiker, in dit geval de ISP, zich onderwerpt of ook op gedragscodes waaraan de klant zich onderwerpt. Waarschijnlijk worden alleen de eerste bedoeld, terwijl juist voor de tweede meer duidelijkheid gewenst is omdat een gebruiker wil dat deze gedragscodes als onderdeel van de overeenkomst worden beschouwd en aan het niet naleven van de gedragscodes door de wederpartij sancties verbindt.

ISP's verwijzen in algemene voorwaarden in ieder geval naar de volgende gedragscodes: Netiquette, fair en acceptable use policies en NLIP-gedragscode. De vraag hoe een ISP zijn klant moet informeren over gedragscodes waar hij zich aan onderwerpt – NLIP-gedragscode – dient beantwoord te worden aan de hand van artikel 6:227b lid 1 sub e BW. De ISP kan volstaan met een goed te onderscheiden hyperlink op zijn site of in de elektronische algemene voorwaarden met vermelding van versie, datum, bron, etc. naar de NLIP-gedragscode. De sanctie van ontbinding neergelegd in artikel 6:227b lid 5 BW is echter buiten proporties. De vraag hoe een ISP zijn klant moet informeren over gedragscodes waar de klant zich aan dient te houden moet mijns inziens worden beantwoord aan de hand van de inhoud van de gedragscodes. Zijn ze van zodanige algemene aard – de Netiquette – dan kan met een verwijzing in de algemene voorwaarden worden volstaan onder vermelding van versie, datum, bron, etc. en de gedragscode op het eigen systeem van de ISP is opgeslagen en dat door middel van het aanklikken van de hyperlink de desbetreffende tekst in het Nederlands voor de klant leesbaar is met de mogelijkheid om de tekst te printen. Het blijft dan echter onduidelijk welke juridische status moet worden toegekend aan dergelijke gedragscodes. Indien een ISP wil dat een gedragscode of bepalingen uit de gedragscode juridisch bindend zijn – fair use of acceptable use policies – is de algemene voorwaarden regeling van toepassing om deze gedragscodes onderdeel te doen zijn van de ISP-overeenkomst, of dienen de gedragsregels integraal in de algemene voorwaarden te worden opgenomen.

⁴⁰ Zie over doorverwijzing naar andere algemene voorwaarden B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Studiepocket Privaatrecht nr. 48, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 74-75 en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en de mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2001, p. 19-20.

⁴¹ www.nlip.nl.

⁴² De volgende ISP's zijn onderzocht: XS4ALL, Planet Internet, Het Net, Freeler,

Wanadoo, Tiscali, Casema, Chello, Home, HCCNet, en Demon. Voor leden van de NLIP zie www.nlip.nl.

⁴³ Ontbinding is een sanctie die ook wordt gehanteerd bij niet naleving van de precontractuele plichten die reeds gelden op grond van de Wet overeenkomsten op afstand. Ook daar is het de vraag of de sanctie de gebruikers niet te zwaar belast. Zie L.A.R. Siemerink, 'ISP's en de Wet overeenkomsten op afstand', *TvC* 2002/3, p. 178-192.

Reactie op ‘Het Wassenaarse fotografieverbod’

Reactie

Dylan Griffiths*

In Mediaforum 2003-9 zette prof. mr. J.A. Peters uiteen waarom de motivatie in de zaak NVJ vs. Wassenaar (Vzr. Rb. Den Haag 6 augustus 2003) ‘revolutio-nair’ te noemen is, met name vanwege het gebruik door de rechter van artikel 7 Grondwet en zijn afweging tussen privacy en vrijheid van meningsuiting.

Professor Peters heeft in het verleden belangrijke bijdragen geleverd aan de gedachtevorming in Nederland over het recht op vrije meningsuiting.¹ Ik was dus verheugd, toen ik in de vorige *Mediaforum* een artikel van zijn hand aantrof over de zaak van het Wassenaarse fotografieverbod,² waarbij ik als advocaat van de Nederlandse Vereniging van Journalisten en het Nederlands Genootschap van Hoofdredacteuren betrokken ben geweest. Des te teleurstellender was het te moeten constateren dat Peters de essentie lijkt te hebben gemist van wat er verkeerd was aan de Wassenaarse verordening. Ik vind het belangrijk op zijn artikel te reageren, omdat Peters niet de enige is die door een gebrekkig begrip van waar het in deze zaak om ging, de verleiding niet heeft kunnen weerstaan zich er badinerend over uit te laten, als betrof deze slechts een belangenafweging tussen ‘het recht van journalisten de groei van Máxima’s buik te volgen’, zoals Peters schrijft, en de privacy van het kroonprinselijk paar.

Daar ging het nu juist niet om. Kern van de zaak was dat de verordening van de gemeente Wassenaar te ver ging: zij verbood méér dan nodig was om de privacy van Willem Alexander en Máxima te beschermen. NVJ en Genootschap kwamen op voor het recht van journalisten om hun werk te doen zonder bij voorbaat getroffen te worden door een algemene verbodsbepaling, die elke rechterlijke belangenafweging uitsluit.

Het recht op vrije meningsuiting is in de eerste plaats een recht van de burger tegen de overheid. Achtergrondgedachte: een openbaar debat dat vrij is van overheidsinmenging, waarborgt een zo onbelemmerd mogelijk verloopende publieke kennis- en ideeënontwikkeling en daar is de samenleving als geheel – ondanks de ergernissen die vrije discussie ook meebrengt – op de lange termijn bij gebaat. Gezien deze achtergrond is het logisch dat nieuwsgaring, als primaire bron van informatie ten behoeve van het openbare debat, in de bescherming van meningsuiting deelt.

Veel van de rechtspraak over vrije meningsuiting gaat echter niet over gevallen van rechtstreekse manipulatie door de overheid van het openbare debat, maar betreft geschillen tussen

burgers onderling: de een ageert tegen een publicatie van de ander, stellende – bijvoorbeeld – dat die publicatie inbreuk maakt op zijn privacy. Die ander beroept zich dan op zijn recht op vrije meningsuiting, dat geschonden zou worden als de rechter de vordering van de gelaedeerde toewijst. Artikel 10 EVRM schrijft voor dat de rechter in zo’n zaak beoordeelt of de door de eisende partij gevraagde beperking van de vrije meningsuiting noodzakelijk is in een democratische samenleving, ter bescherming van de privacy van de gelaedeerde. Die vraag kan alleen van geval tot geval, per (voorgenomen) publicatie, beantwoord worden, alle omstandigheden van de concrete zaak die voorligt in aanmerking nemende.

Maar hier ging het niet om zo’n geschil tussen burgers over een concrete publicatie, maar om een klassiek geval van directe overheidsbemoeienis met de publieke informatievoorziening. De gemeente Wassenaar mat zichzelf de bevoegdheid aan te bepalen op wat voor manier de media aan het recht op nieuwsgaring invulling zouden geven.³ Peters benadert deze zaak alsof de rechter hier, zoals in voornoemde geschillen tussen burgers onderling, een belangenafweging in concreto moest maken tussen vrije meningsuiting enerzijds en privacy anderzijds. Hij schrijft dat de rechter de vrijheid van meningsuiting, ten opzichte van de privacy, het zwaarst heeft laten wegen. Maar daar is, met alle respect voor Peters, geen sprake van. De kern van het probleem met de Wassenaarse verordening was nu juist dat deze elke belangenafweging onmogelijk maakte. De rechter zou nooit toekomen aan beoordeling, volgens bovengenoemde systematiek, van een concrete foto, want álle foto’s waren verboden, ook foto’s die weliswaar het privé-leven van het kroonprinselijk paar betroffen maar bij kennisneming waarvan onmiskenbaar een publiek belang bestond,⁴ en zelfs foto’s waarvan vast stond dat deze volstrekt géén inbreuk maakten op de privacy van de bewoners van de Eikenhorst.

In een democratische samenleving moeten overheidsmaatregelen die de publieke informatievoorziening (kunnen) beïnvloeden, zo überhaupt toegestaan, in ieder geval *fine tuned* zijn. De botte bijl van de gemeente Wassenaar voldeed niet aan dat criterium.

* Mr. D. Griffiths is advocaat bij Höcker Rueb Doeleman te Amsterdam.

1 In het bijzonder in zijn proefschrift *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, diss. Leiden, 1981.

2 J.A. Peters, ‘Het Wassenaarse fotografieverbod’, *Mediaforum* 2003-9, p. 273.

3 Heel wat anders is, dat de eigenaar van een stuk grond, met gebruikmaking van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden, zijn eigendom voor het publiek kan afsluiten (of mensen die een camera bij zich hebben kan weigeren). De rechter was dus helemaal niet ‘de weg kwijt’, zoals Peters beweert, toen hij relevant achtte dat het Koninklijk Huis ter bescherming van zijn privacy een groter deel van het perceel voor het publiek had kunnen afsluiten of voorwaarden had kunnen stellen aan de toegankelijkheid. Anders dan Peters, zag de rechter het

principiële verschil in tussen die mogelijkheid en wat er gebeurd was in de casus die hij moest beoordelen: hier bepaalde de overheid waar aan (visuele) nieuwsgaring mocht worden gedaan.

4 Hoewel onnodig ter staving van de principiële onjuistheid van het fotografieverbod, toch een voorbeeld van zo’n ‘nuttige’ foto. De baby is op komst. Vader Zorreguieta komt natuurlijk ook op bezoek. Niks aan de hand, het is immers een ‘pure privé-kwestie’. Ook als hem gevraagd wordt of er op officieel niveau echt geen enkel contact zal zijn tussen vertegenwoordigers van Nederland en de heer Zorreguieta antwoordt de minister president dat dat ‘niet aan de orde is’. Een dag later wordt de minister president gefotografeerd als hij voor de deur van Eikenhorst 4 uit een auto stapt en Zorreguieta de hand drukt.

Laat ik voorop stellen dat Griffiths en ik het eens blijken te zijn over de conclusie dat het fotografieverbod van Wassenaar een te botte bijl was en de verordening van Wassenaar te ver ging. Ook zijn we het eens dat nieuwsgaring, als primaire bron van informatie ten behoeve van het openbare debat, deelt in de bescherming van meningsuiting. Dat is al heel wat.

Mijn kritiek op de rechter betrof dus in essentie niet zijn einduitspraak maar de redenering waarom de verordening onverbindend is. Te makkelijk schaaft de rechter de hele nieuwsgaring onder artikel 7 Grondwet, zonder daarbij dan aan te haken aan de bestaande jurisprudentie. Ik had me maar beperkt tot artikel 10 EVRM. Echter anders dan Griffiths schijnt te suggereren vindt ook bij een beperking door de overheid van de vrijheid van meningsuiting, inclusief het recht van vrije nieuwsgaring, altijd een belangenafweging plaats door de rechter. Daartoe dwingt ook de systematiek van artikel 10 EVRM. Dat doet de rechter, die Griffiths zo verdedigt, in dit geval ook. 'In wezen gaat het in deze zaak om twee conflicterende grondrechten, te weten enerzijds het recht op vrijheid van meningsuiting- inclusief het recht op vrije nieuwsgaring- en anderzijds het recht op eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer'. Dan toetst de rechter aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Tot zover niets mis met de redenering.

Raakt hij dan de weg kwijt? Wie schiet er wat mee op wanneer een groter deel van het perceel voor het publiek wordt afgesloten? Niet de fotografen, niet het nieuwsgierige publiek en ik zeker ook niet als eenvoudige wandelaar. Kortom: een reëel alternatief voor een verbod?

Eerder heb ik al eens een pleidooi gehouden om de aard van de meningsuiting mee te wegen bij de bescherming die de uiting zou moeten genieten. Hoe meer de uiting in het belang is van het publieke debat, hoe absoluter de bescherming zou moeten zijn en hoe minder ruimte er zou moeten zijn voor een belangenafweging. Uit een eerdere publicatie¹ leek het erop dat Griffiths ook door deze, op Meiklejohn's theorie geïnspireerde, gedachte was toegedaan en dat lijkt hij nog steeds. Immers een 'nuttige' foto van een handdruk tussen 'de schoonvader' en de minister president voor de deur van Eikenhorst is politiek nieuws. Daar heeft Griffiths een punt.

¹ Dylan Griffiths, 'Beslissen zonder belangenafweging' *NJB* 2002, p. 835.

Laurens Dragstra, Lars Huisman, Annetje Ottow en Gerard Schuijt

Met medewerking van Annemarie Jansen

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een  is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: €0,50 per pagina, met een minimum van €7,- per bestelling. Faxtoeslag €11,50. Prijzen zijn exclusief BTW.

Integraal in de Jurisprudentiebijlage: J

EHRM 8 juli 2003, Caroline von Hannover vs. Duitsland, www.echr.coe.int (appl. no 59320/00)

Privacybescherming · Uitingenvrijheid · Public figures

Prinses Caroline van Hannover, dochter van prins Rainier III van Monaco, klaagt over beslissingen van het Duitse Bundesverfassungsgericht, waardoor zij naar haar oordeel niet beschermd wordt tegen aantasting van haar privé-leven door publicatie van foto's in diverse tijdschriften. De Duitse rechter verbodt die publicaties niet. Daarbij nam de Duitse rechter in aanmerking dat de prinses een 'absolute Person der Zeitgeschichte' is, welk begrip niet beperkt is tot personen van politiek en historisch belang. Ook nam de Duitse rechter onder meer in aanmerking dat de bewuste foto's gemaakt waren op openbare plekken. Het EHRM overweegt op de klacht dat zij serieuze kwesties van feitelijke en juridische aard aan de orde stelt, die niet opgelost kunnen worden in dit stadium van het onderzoek, maar een onderzoek ten gronde vereisen. Het Hof verklaart de klacht ontvankelijk en heeft inmiddels een hoorzitting bepaald op 6 november 2003.

EHRM 10 juli 2003, Murphy vs. Ierland, nr. 44 m.nt. A.J. Nieuwenhuis J

Art. 9 EVRM · Art. 10 EVRM · Religieuze reclame

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2003-9, p. 288

HvJ EG 21 januari 2003, Bacardi-Martini SAS vs. Newcastle United Football Company, NJ 2003, 464.

Vrij verkeer van diensten · Alcoholreclame
Voetbalwedstrijd tussen Engelse club Newcastle en het Franse Metz wordt rechtstreeks uitgezonden op televisie in zowel Engeland als Frankrijk. De geplande reclame van Bacardi-Martini tijdens de wedstrijd voldoet aan de regels voor reclame voor alcoholische dranken in Engeland doch niet aan zulke regels in Frankrijk. Kort voor de wedstrijd laat Newcastle daarom de reclame verwijderen. Bacardi-Martini eist schadevergoeding en voert aan dat de Franse regels in strijd zijn met art. 59 van het EG-Verdrag, daar zij een beperking inhouden van de grensoverschrijdende dienstverrichtingen. De High Court acht het niet passend om als Engelse rechterlijke instantie uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een Franse wet met art. 59 EG-Verdrag en verzoekt om een prejudiciële beslissing. Het Europese Hof bepaalt dat het niet over elementen beschikt

waaruit de noodzaak blijkt om zich uit te spreken over de verenigbaarheid met het Verdrag van een wettelijke regeling van een andere lidstaat dan die van de verwijzende rechter. Het Hof verklaart de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk.

HvJEG 12 juni 2003, Schmidberger vs. Oostenrijk, www.curia.eu.int (zaak C-112/00)

Vrij goederenverkeer · Vrijheid van meningsuiting

Oostenrijk ondernam niets tegen een dertigjarige blokkade van de A13 (Brenner-route). De Vereniging Transitforum Austria Tirol wilde daarmee protesteren tegen de vervuiling van het gevoelige Alpengebied door het toenemende vrachtverkeer op de snelweg. Oostenrijk trad niet op tegen de blokkade op grond van de vrijheid van meningsuiting waar de demonstranten zich op beriepen. De grondrechten maken een integrerend deel uit van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Alle omstandigheden in aanmerking genomen (duur van de blokkade, doel van de blokkade betrof niet het vrij verkeer als zodanig, maatregelen ter beperking van de schade, geen gevaar voor de veiligheid) konden de nationale autoriteiten, gelet op de ruime beoordelingsbevoegdheid, redelijkerwijze van oordeel zijn dat de nagestreefde doeleinden niet op andere wijze konden worden bereikt.

HR 10 juni 2003 (strafkamer), www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AF6437)

Kinderporno · Seksuele gedraging

Het Hof oordeelde dat een videoband met een op zichzelf onschuldige afbeelding van een naakte jongen en een naakte meisje op een strand door langdurig en suggestief inzoomen op de geslachtsdelen van de jongen en het meisje tot een seksuele gedraging is geworden. De Hoge Raad casseert. De bepaling van art. 240b (oud) Sr strekt er blijkens de wetsgeschiedenis toe om kinderen te beschermen tegen seksuele exploitatie. Aan de beelden op een videoband van naakte kinderen op een strand die op zichzelf geen afbeeldingen van seksuele gedragingen in de zin van die bepaling bevatten, liggen geen seksuele gedragingen ten grondslag waartoe die kinderen zijn gebracht.

Hof Amsterdam 6 augustus 2003, Strafzaak Gemeenteraadslid Van Kouwen, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AI0892)

Schending ambtsgeheim · Wob

Het College van B&W in Houten heeft financiële informatie terzake van een bouwproject vertrouwelijk ter inzage gelegd voor een werkgroep van de gemeenteraad. Uit deze informatie bleek dat aan de initiatiefnemer van het bouwproject – ruime – compensatie werd geboden voor inkrimping van dit project. Raadslid Van Kouwen heeft aangedrongen op nadere toelichting over het vertrouwelijk karakter van deze zaak en na

uitblijven daarvan een aantal memo's op de website van Groen Links geplaatst, waarin delen van de vertrouwelijke informatie zijn opgenomen. Het OM vervolgt Van Kouwen wegens schending van zijn ambtsgeheim. Door Van Kouwen wordt aangevoerd dat de begrippen 'geheim' en 'vertrouwelijk' niet geheel dezelfde inhoud hebben en dat de betreffende informatie niet onder zijn geheimhoudingsplicht valt. Het Hof oordeelt echter dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat deze begrippen een heel verschillende inhoud hebben. Voorts voert Van Kouwen aan dat de betreffende informatie in strijd met art. 10 Wob als vertrouwelijk is bestempeld. Het Hof stelt aan de hand van een analyse van de administratieve rechtspraak terzake van art. 10 vast dat bescherming van zowel bedrijfsgegevens van de initiatiefnemer van het bouwproject als het belang van de gemeente een beroep van de gemeente op art. 10 rechtvaardigen. Het ten laste gelegde wordt bewezen verklaard en Van Kouwen strafbaar. Geen straf wordt opgelegd, omdat Van Kouwen uit oprechte bezorgdheid handelde en – evenals de gemeente Houten – geleerd heeft van de gebeurtenissen. Daarin ligt de winst van Van Kouwen optreden voor de democratische rechtsstaat.

Hof Arnhem 2 september 2003, De Lotto vs. Ladbroke, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AJ9996)

Gokken op internet · Vrij verkeer van diensten

Hoger beroep van Vzr. Rb. Arnhem 27 januari 2003 (zie *Mediaforum* 2003-3, p. 89) waarin Ladbroke werd geboden het aan Nederlandse ingezetenen in Nederland onmogelijk te maken deel te nemen aan bepaalde kansspelen op Internet. Het Hof bekrachtigt het vonnis grotendeels, maar past op verdring van De Lotto het dictum onder 1 (gebodomschrijving) aan. Het Hof oordeelt dat het in het Verenigd Koninkrijk gevestigde Ladbroke haar website mede specifiek richt op Nederland, zodat de Wet op de Kansspelen van toepassing is. Het gebod brengt weliswaar een beperking met zich mee van het vrij verkeer van diensten, maar deze is gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang (inperken fraudegevoeligheid en excessieve goklust) Het gebod is daarom niet in strijd met art. 49 van het EG-Verdrag. Ladbroke handelt onrechtmatig jegens De Lotto, aangezien zij zich door overtreding van het wettelijk verbod een ongeoorloofde voorsprong verschaft ten opzichte van De Lotto.

Hof Den Haag 4 september 2003, Scientology vs. ISP's en Spaink, nr. 45 m.nt. D.J.G. Visser J

Citaatrecht · Auteursrecht · Uitingenvrijheid · Aansprakelijkheid providers

Karin Spaink heeft op haar website fragmenten geplaatst uit geschriften van de Church of Scientology ter illustratie van een relaas waarin zij de praktijken van Scientology aan de kaak stelt. Scientology vordert een verbod

op grond van het auteursrecht. De Rechtbank (Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999, p. 205) oordeelde dat er sprake was van inbreuk, alsmede dat ook de Internet Service Providers (ISP's) aansprakelijk zijn. Naar het oordeel van de rechtbank zijn ISP's namelijk aansprakelijk zodra zij van de auteursrechtinbreuk in kennis worden gesteld en aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen. Bij het hof zijn twee middelen naar voren gebracht ter vernietiging van het vonnis. Allereerst zou Spaink een beroep toekomen op het citaatrecht. Het hof oordeelt echter dat daarvoor niet voldaan is aan de voorwaarde dat de geschriften 'rechtmatig openbaar gemaakt' zijn. Weliswaar zijn de geschriften aan ongeveer 25.000 volgelingen – onder strikte geheimhouding – ter inzage aangeboden, dit betekent echter niet dat deze rechtmatig zijn openbaargemaakt in de zin van art. 15a Aw. Die openbaarmaking ziet namelijk op het voor het eerst aan het publiek ter beschikking stellen, waarbij de eis van rechtmatigheid betekent 'met toestemming van de rechthebbende'. Het tweede middel houdt in dat de uitoefening van het auteursrecht door Scientology in strijd is met art. 10 EVRM. Het hof is na bestudering van diverse overgelegde stukken van oordeel dat Scientology de verwerping van democratische waarden niet schuwt en beoogt macht uit te oefenen over haar leden. De door Spaink beoogde informatieverstreking over de gang van zaken bij Scientology wordt ondersteund en geloofwaardig gemaakt door de citaten uit de geschriften. Onder die omstandigheden moet het auteursrecht van Scientology wijken voor het belang van informatieverstreking ex art. 10 EVRM van Spaink. Voor wat betreft de aansprakelijkheid van ISP's geldt nog dat deze slechts de technische faciliteiten bieden om openbaarmaking van gegevens door anderen mogelijk te maken. Zij maken dan ook niet zelf openbaar. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen alsnog af.

Rb. Alkmaar 13 augustus 2003, Verscholen Dorp vs. Belangenvereniging Gedupeerde Recreanten, *www.rechtspraak.nl* (LJN-nr. AI1806)

Onrechtmatige website

Eiseres exploiteert onder andere campings en bungalowparken. Gedaagde heeft in 2001 onder de domeinnaam 'campingmaffia.nl' een website geactiveerd, waarmee zij 'het publiek op de hoogte wil houden van de activiteiten van de campingmaffia'. Op de website staat onder andere een lijst met ondernemingen die zich schuldig zouden maken aan bizarre huurverhogingen, plotselinge huur-opzeggingen, wurgcontracten, pesterijen en intimidatie. Op vordering van een aantal recreanten, die eigenaar zijn van een bungalow of caravan bij eiseres, heeft de Pres. Rb. Alkmaar op 25 oktober 2001 een verbod en rectificatie voor drie maanden bevolen. Gedaagde heeft bij de rectificatie op haar website aangegeven dat 'campingmaffia.nl' spoedig terug komt in vernieuwde vorm'. Thans is de website echter ontoegankelijk. Eiseres vordert nu een blijvend verbod op de oude content en een verbod voor de toekomst op verwijzingen naar eiseres op de website van gedaagde. Deze vorderingen worden afgewezen. Eiseres heeft geen belang bij de eerste vordering, vanwege de eerdere uitspraak en het verstreken tijdsver-

loop zonder overtreding daarvan. Een verbod voor de toekomst dient in het licht van de art. 10 EVRM-jurisprudentie met terughoudendheid te worden toegepast. De Vzr. ziet geen aanleiding voor een dergelijk verbod.

Rb. Amsterdam 6 mei 2003 (politierechter), *rechtspraak.nl* (LJN-nr. AI1826)

Majesteitsschennis · Uitingsvrijheid

Verdachte heeft op 2 februari 2003 op de Dam in Amsterdam met een poster op een bord gelopen met de tekst 'Aan mw. Zorreguieta en aan de (domme) prins Willem Alexander. Dit is niet zomaar een mening. Deze doden wachten nog op gerechtigheid. Zij zijn de doden waaraan 'pappa' Zorreguieta medeschuldig is. Ook al blijft hij ontkennen: hij is medeplichtig aan genocide. Jullie leugenachtige ontkenning van het bestaan van deze doden, van de tienduizenden ontvoerde en doodgefolterde burgers in Argentinië is nog erger. Het laat zien hoe bedorven en amoreel jullie zijn. Ik kots mijn walging in jullie gezichten. En ik wens jullie geen rust. Gerechtigheid zal geschieden'. Op de poster waren ook schedels en resten van dode lichamen afgebeeld. Volgens de politierechter had de verdachte nobele motieven, maar hij heeft zich willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat hij de kroonprins zou beledigen. De tekst en de illustratie zijn beledigend omdat de prins erdoor in zijn waardigheid is getroffen en in zijn eer en goede naam aangetast. De veroordeling beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte, te weten het koningshuis en de leden daarvan te beschermen. Deze beperking van de uitingsvrijheid is proportioneel ten opzichte van het beoogde doel. € 250 boete.

Rb. Rotterdam 5 juni 2003, Tele2 vs. OPTA (reg.nrs.: Awb 03/1378, 1379 en 1380 TELECOM T1) ☒

Telecommunicatie · Niet tijdige beslissing op bezwaar · art. 7:10, lid 1 Awb

Vaststaat dat OPTA in strijd met art. 7:10, lid 1 Awb niet tijdig heeft beslist op de bezwaarschriften van Tele2 tegen de besluiten van OPTA van 4 december 2000, 29 juni 2001 en 27 juni 2002 met betrekking tot de interconnectierieven van KPN Telecom. OPTA dient alsnog binnen 6 weken een beslissing op bezwaar te nemen.

Vzr. Rb. Alkmaar 29 augustus 2003, KPN en Meweka vs. Multikabel, *www.rechtspraak.nl* (LJN-nr. AI1606)

Onrechtmatige reclame · Rectificatie

Kabelbedrijf Multikabel voert een reclamecampagne, waar onder meer wordt gemeld: 'Activeer daarom vandaag nog gratis uw kabel aansluiting voor ADSL-internet. (...) ADSL in Noord-Holland. Een makke met Multikabel'. KPN en service provider Meweka vorderen een verbod op het doen van reclame-uitingen waarin Multikabel suggereert dat zij ADSL-internet via de kabel aanbiedt, alsmede een rectificatie. De vorderingen worden toegewezen. De Vzr. oordeelt dat internet via de kabel taalkundig niet onder het begrip ADSL valt (de 'l' van line staat uitsluitend voor telefoonlijn). Daarnaast is het begrip ADSL uitsluitend ontwikkeld ten behoeve van internet via telefoonlij-

nen, juist als tegenhanger van internet via de kabel. De wijze waarop Multikabel de aanduiding ADSL bezigt, namelijk als blikvanger, betreft het op zodanige wijze inhaken op de succesformule ADSL, dat haar handelen als onrechtmatig jegens eisers moet worden gekwalificeerd.

Vzr. Rb. Amsterdam 28 april 2003, KPN Telecom vs. UPC Nederland en Chello Broadband ☒

Vergelijkende reclame · Verbod · Rectificatie

UPC start in maart 2003 een reclamecampagne rond het thema 'Chello is ADSL van KPN te snel af'. KPN vordert staking van de campagne en rectificatie in verschillende dagbladen. De rechter verklaart dat indien gekozen wordt voor het vermelden van vergelijkende gegevens, deze vergelijkende gegevens ook juist moeten zijn. Verder dienen geen gegevens te worden weggelaten die voor de consument noodzakelijk zijn om een keuze te kunnen maken. Nu UPC/Chello ter zitting heeft meegedeeld dat de reclamecampagnes binnenkort stoppen en de misleidende elementen zullen worden aangepast heeft een verbod geen toegevoegde waarde. De slogan 'Chello is ADSL van KPN te snel af' kan niet als onnodig denigrerend worden aangemerkt; het betreft een woordspeling en de claim is in zijn algemeenheid juist. Dat Chello, na upgradering door KPN, feitelijk slechts 1,8 keer zo snel is als ADSL van KPN in plaats van de beweerde 2 keer is een dermate gering verschil dat het een rectificatie niet rechtvaardigt. Nu KPN UPC niet eerder op haar campagne heeft aangesproken is KPN niet voortvarend opgetreden. KPN heeft de schade dan ook mede aan zichzelf te danken.

Vzr. Rb. Amsterdam 3 juli 2003, Brandt vs. Aalders, KGK 2003, 1646

Publicatieverbod biografie

Zoon eist verbod van biografie over zijn moeder, de dubbelspionne Leonie Brandt-Pütz. De eis wordt afgewezen. Geen schending van de privacy, geen onjuistheden, niet onnodig grievend.

Vzr. Rb. Amsterdam 11 september 2003, Endstra vs. De Telegraaf, *www.rechtspraak.nl* (LJN-nr. AJ9995)

Perspublicatie · Bronbescherming · Rectificatie

De Telegraaf beroept zich voor haar bewering op een viertal anonieme bronnen die zij niet wil prijs geven, hetgeen haar goed recht is. De consequentie daarvan is echter wel dat die noch voor eiser noch voor de voorzieningenrechter controleerbare bronnen niet kunnen bijdragen aan de door De Telegraaf te verschaffen feitelijke onderbouwing van de bewering. Zij zullen die dan ook op andere wijze aannemelijk moeten maken. Met betrekking tot de suggestie dat eiser direct of indirect betrokken is geweest bij een aantal moordaanslagen oordeelt de voorzieningenrechter dat het een niet feitelijk onderbouwde, lichtvaardige beschuldiging is van ernstige aard. Dit moet worden gerectificeerd. Een derde bewering betreft een oud citaat die al door tal van media is overgenomen, waartegen eiser niet is opgetreden.

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken, nr. 46 m.nt. A.W.Hins J

WOB · Doorrekeningen CPB

Kranenburg, redacteur van *NRC Handelsblad*, heeft met een beroep op de WOB de minister van Algemene Zaken verzocht om overlegging van de doorrekeningen van het Centraal Plan Bureau (CPB) ten behoeve van de gevoerde formatieonderhandelingen tussen de fracties van CDA en PvdA onder leiding van de informateurs Donner en Leijnse. De minister heeft niet aan het verzoek kunnen voldoen omdat volgens hem de gevraagde documenten niet bij of onder het ministerie van Algemene Zaken berusten. Naar het oordeel van de rechter vormt deze bewering geen deugdelijke motivering. Ter zitting heeft de minister het bestreden besluit nader gemotiveerd en de rechter overtuigd van het feit dat (in)formateurs geen bestuursorgaan zijn die onder enige ministeriële verantwoordelijkheid vallen. Er bestaat geen hiërarchische relatie tussen de minister en de (in)formateurs. De minister kan de (in)formateurs derhalve niet opdragen bepaalde stukken aan het dossier toe te voegen. De rechter acht het aannemelijk dat de gevraagde stukken zich niet bevinden in het dossier dat bij de minister berust, laat de rechtsgevolgen van het ondeugdelijk gemotiveerde besluit in stand en ziet geen aanleiding voor een voorlopige voorziening op grond van art. 8:81 Awb.

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken ☒

WOB · Amendementen regeerakkoord

Kranenburg, redacteur van *NRC Handelsblad*, verzoekt met een beroep op de WOB de minister van Algemene Zaken om overlegging van de amendementen die de Tweede Kamerfracties van CDA, VVD en D66 hebben ingediend op het ontwerp regeerakkoord dat de onderhandelaren van deze fracties slooten. De minister verklaart niet aan het verzoek te kunnen voldoen omdat de gevraagde documenten niet bij of onder het ministerie van Algemene Zaken berusten. Naar het oordeel van de rechter vormt deze bewering geen deugdelijke motivering. Ter zitting heeft de minister het bestreden besluit nader gemotiveerd en de rechter overtuigd van het feit dat (in)formateurs geen bestuursorgaan zijn die onder enige ministeriële verantwoordelijkheid vallen. Er bestaat geen hiërarchische relatie tussen de minister en de (in)formateurs. De minister kan de (in)formateurs derhalve niet opdragen bepaalde stukken aan het dossier toe te voegen. De minister kan de motivering van het bestreden besluit nog aanvullen bij de nog te nemen beslissing op bezwaarschrift en de rechter ziet dan ook geen aanleiding te oordelen dat het bestreden besluit, onder aanvulling van de motivering, in bezwaar geen stand zou houden. De gevorderde voorlopige voorziening uit art. 8:81 Awb wordt geweigerd.

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken, nr. 47 m.nt. A.W.Hins J

WOB · Brief secretaris-generaal

Kranenburg, redacteur van *NRC Handelsblad*, verzoekt met een beroep op de WOB de

minister van Algemene Zaken om overlegging van de brief van de secretaris-generaal van het ministerie van Algemene Zaken aan de overige secretarissen-generaal, waarin hij de procedurele gang van zaken rond de kabinetsformatie en de betrokkenheid van de diverse departementen daarbij beschrijft. De minister verklaart dat het verzoek betrekking heeft op een brief van de minister-president, welke op grond van art. 11 WOB niet verstrekt wordt. Volgens de rechter staat vast dat het onderhavige stuk betrekking heeft op informatieverstrekking in het kader van de (in)formatie van de minister-president aan zijn collega ministers. Gesteld kan worden dat de brief een intern karakter heeft, waarbij het gaat om het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid. Van een evident onrechtmatig besluit van de minister is dan ook geen sprake en de rechter weigert de voorlopige voorziening uit art. 8:81 Awb.

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 juli 2003, Kranenburg vs. Minister van Economische Zaken, nr. 48 m.nt. A.W.Hins J

WOB · Doorrekeningen CPB · Eindvoorstel CDA

Kranenburg, redacteur van *NRC Handelsblad*, verzoekt met een beroep op de WOB de minister van Economische Zaken om overlegging van de doorrekeningen van het CPB ten behoeve van de formatieonderhandelingen die onder leiding van de informateurs Donner en Leijnse zijn gevoerd tussen de fracties van CDA en PvdA, het eindvoorstel van CDA-zijde en de onderliggende stukken bij dat CDA-voorstel. De minister weigert de doorrekeningen en de onderliggende stukken te verstrekken en deelt mee dat het CDA-eindvoorstel niet kan worden verstrekt omdat dit niet bij hem berust en hij er niet de beschikking over heeft. De rechter bepaalt dat de informatie in de CPB-doorrekeningen en de onderliggende stukken bij het CDA-eindvoorstel geen bestuurlijke aangelegenheid betreffen. De (in)formatieonderhandelingen vormen slechts onderdeel van het politieke proces voorafgaand aan de totstandkoming van het nieuwe bestuur. De rechter is bovendien van oordeel dat de motivering van de minister ten aanzien van het CDA-eindvoorstel voldoende is. De minister heeft op goede gronden overwogen dat de in de WOB neergelegde verplichtingen niet zo ver gaan dat de minister het stuk ten behoeve van Kranenburg zou moeten opvragen.

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 4 augustus 2003, US Telecom vs. Staat, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. A10852)

Publicatie gegevens website · Verkeersinformatie

De Staat heeft er bewust voor gekozen de distributie van verkeersinformatie over te laten aan de markt en zijn beleid daarop ingericht. Hiertoe heeft zij een contract afgesloten met US Telecom (handelende onder de naam 'De Verkeersinformatiedienst'). De Verkeersinformatiedienst betreft tegen betaling verkeersinformatie van Rijkswaterstaat op basis waarvan zij diverse commerciële diensten aanbiedt. Door zelf verkeersinformatie te publiceren op een website handelt De Staat

onzorgvuldig jegens De Verkeersinformatiedienst. Temeer nu door De Verkeersinformatiedienst forse investeringen zijn gedaan om haar producten op de markt te brengen.

Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 september 2003, WHM Holding vs. Endemol ☒

Auteursrecht · Geheimhoudingsovereenkomst · Format

WHM heeft in april 2000 een idee gepresenteerd aan onder andere John de Mol, nadat deze een geheimhoudingsovereenkomst had ondertekend. Dit idee behelst het uitdrukken van een opinie in een koers waarop gespeculeerd kan worden. Endemol heeft laten weten af te zien van verder onderzoek naar gezamenlijke ontwikkeling van dit idee. Medio 2003 heeft Endemol aangekondigd een spel te lanceren onder de naam 'Sterrenbeurs', waarbij gespeculeerd kan worden met aandelen in bekende Nederlanders. WHM vordert een verbod op grond van inbreuk op het auteursrecht op het format WHM en wegens strijd met de geheimhoudingsovereenkomst. De vordering wordt afgewezen. Het stopzetten van het spel Sterrenbeurs en het niet doorgaan van geplande televisie-uitzendingen zal voor Endemol leiden tot een schadepost van ten minste € 4 miljoen. Een afweging van belangen van partijen brengt dan ook mee dat het verbod slechts toegewezen kan worden als met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te verwachten valt dat de bodemrechter deze vordering zal toewijzen. Dat geval doet zich niet voor. Niet duidelijk is wat precies de kenmerken van het format/idee van WHM zijn. Evenmin is duidelijk in hoeverre Sterrenbeurs daarmee precies overeenstemt en/of verschilt.

Vzr. Rb. Haarlem 11 september 2003, Pessers vs. Lycos ☒

Onrechtmatige publicatie · Internetprovider · Gegevens over websitehouder

Schadelijke publicatie op internetsite over postzegelhandelaar. Deze wil onder meer dat de provider de persoonsgegevens van de websitehouder bekend aan hem maakt. De Vzr. overweegt dat een provider op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gehouden kan zijn zijn medewerking te verlenen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens homepage onrechtmatig handelt. Indien er belang is dat verstrekking van NAW-gegevens rechtvaardigt, de ernst van de inbreuk opheffing van de anonimiteit rechtvaardigt, het doel dat met de verstrekking wordt nagestreefd niet langs andere, minder ingrijpende weg kan worden bereikt en de verstrekking in de mate die is beoogd evenredig is aan het nagestreefde doel, is er sprake van zo'n situatie.

Vzr. Rb. Utrecht 31 juli 2003, Holland Casino vs. Peak Entertainment, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. A10977)

Wet op de kansspelen · Onrechtmatige daad · Vrij verkeer van diensten

Holland Casino, als enige vergunninghouder voor Nederland voor het exploiteren van speelcasino's, komt op tegen het aanbieden van kansspelen via het internet door Peak

Entertainment. Peak handelt in strijd met de Wet op de kansspelen. Ook al bevindt haar virtuele casino zich niet in Nederland, de deelname wordt aangeboden aan personen in Nederland. Een verbod aan Peak deze diensten in Nederland aan te bieden is niet in strijd met het EG-Verdrag omdat genoemde wet het verlenen van een vergunning voor interactieve kansspelen in het geheel niet mogelijk maakt, dus Holland Casino wordt niet bevoordeeld ten opzichte van Peak. Door een voorsprong te nemen Holland Casino door thans reeds interactieve kansspelen in Nederland aan te bieden handelt Peak onrechtmatig jegens Holland Casino, terwijl Peak onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt gebonden te zijn aan dezelfde of vergelijkbaar strenge voorwaarden die thans gelden voor Holland Casino.

Vzr. Rb. Zutphen 14 juli 2003, Gemeente Eibergen vs. X, KG 2003, 186

Ingezonden brief · Rectificatie · Weerwoord

In een ingezonden brief in huis-aan-huisblad beschuldigt X de gemeente van frauduleus handelen bij het toewijzen van bouwka- vels. De brief geeft volgens de Vzr. uiting aan gevoel van onvrede over het gebrek aan transparantie in het toewijzingsbeleid. Het staat hem in beginsel vrij die mening te uiten. De gebezigde bewoordingen tenderen in de richting van frauduleuze praktijken, maar dat brengt nog niet mee dat de publicatie onrechtmatig is. De bewoordingen zijn als zodanig niet onnodig grievend. Rectificatie te zwaar middel. Een weerwoord van de gemeente in het blad zou passend geweest zijn, te meer nu in het blad de discussie tus- sen partijen op gang is gekomen.

ABRvS 23 juli 2003, Commissariaat voor de Media vs. IJmond TV, nr. 49 m.nt. J. van den Beukel J

Mediawet · Doorgifte programma's · Bevoegdheid Commissariaat

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2003-9, p. 292

ABRvS 3 september 2003, X vs. Minister van Jus- titie, *www.rechtspraak.nl* (LJN-nr. AI1749)

Wob · Privacy verzoeker

De Minister van Justitie heeft geweigerd aan X geluidsopnames op grond van de Wob openbaar te maken. Deze geluidsopnames zijn gebruikt door de recherche in het kader van een tegen X ingestelde strafvervolgning. De Minister stelt dat het belang van de eer- biediging van de persoonlijke levenssfeer van X en derden zwaarder dient te wegen dan het belang van openbaarmaking. Toe- wijzing van het verzoek zou betekenen dat bijvoorbeeld ook journalisten van de opna- me kennis kunnen nemen. Voor wat betreft de privacy van X zelf geldt dat deze door het Wob-verzoek in te dienen nu juist uitdruk- kelijk te kennen geeft geen prijs te stellen op bescherming daarvan. Na beluistering van de opname oordeelt de RvS dat ook de priva- cy van derden niet dermate wordt geschaad bij openbaarmaking dat dit belang zwaarder weegt dan het belang van openbaarheid. Ver- nietiging besluit van de minister.

CBB 28 mei 2003, OPTA en Versatel vs. KPN, nr. 50 m.nt. K.J.M. Mortelmans J

Telecommunicatie · Bevoegdheid OPTA · Kortingsstarieven

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2003-9, p. 292.

CBB 23 juli 2003, VZG Communications vs. OPTA (AWB 02/1642) ☒

Telecommunicatie · Registratie · Begrip besluit Awb

In het besluit van OPTA van 30 november 2000 overweegt OPTA dat zij van oordeel is dat VZG Communications openbare tele- communicatiediensten als bedoeld in art. 2.1, lid 1 Telecommunicatiewet aanbiedt en derhalve registratieplichtig is. Het CBB is van oordeel dat de rechtbank heeft miskend dat deze overweging van OPTA een niet- appellabel rechtsoordeel inhoudt. Het CBB is van oordeel dat slechts in zeer bijzondere gevallen een rechtsoordeel als een op zich- zelf staande publiekrechtelijke handeling kan worden beschouwd (zie AB 1998/437). Een zodanig uitzonderingsgeval doet zich hier niet voor. OPTA en de rechtbank hadden het bezwaar en het beroep van VZG Commu- nications niet-ontvankelijk dienen te verklar- en.

CBB 27 augustus 2003, KPN vs OPTA (AWB 02/320) ☒

Telecommunicatie · OPTA · Vergoedingen

Nu de Telecommunicatiewet aan de aanwij- zing van een marktpartij als partij met aan- merkelijke marktmacht extra verplichtingen verbindt, welke verplichtingen vervolgens ook extra toezicht en toezichtskosten met zich brengen, is er naar het oordeel van het CBB geen grond voor het oordeel dat de Staatssecretaris niet in redelijkheid in de Regeling vergoedingen OPTA 1999 II (*Stcrt.* 1999, 62) heeft kunnen neerleggen dat deze toezichtskosten geheel voor rekening komen van de als zodanig aangewezen partij en (niet) mede de marktpartijen die niet als zodanig zijn aangewezen. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat deze rege- ling onverbindend moet worden geacht.

Binnenland

Wijziging Mediawet (1)

De regering heeft op 5 september 2003 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Mediawet met het oog op verbetering van de openheid en continuïteit van de landelijke publieke omroep. Het wets- voorstel kan worden gezien als een reactie op de concessiewet (*Stb.* 2000, 138). Bij deze wet zijn de statusverschillen (A, B of C) tussen omroepen afgeschaft en sindsdien moeten alle omroepverenigingen minimaal 300.000 leden hebben om in het bestel te mogen blij- ven. Aspirant-omroepverenigingen kunnen toetreden bij 50.000 leden, genieten dan 5 jaar de aspirant-status en dienen vervolgens binnen die 5 jaar door te groeien naar 300.000 leden. Dit stelsel beoogt grotere openheid en diversiteit in het bestel te brengen, maar heeft harde consequenties. Nieuw toegetroeden omroepverenigingen moeten binnen betrek- kelijk korte tijd heel hard groeien en voor bestaande omroepverenigingen van wie het ledental daalt tot onder de 300.000 valt

onverbiddelijk het doek. Volgens de regering zijn deze consequenties van de huidige wet onwenselijk en disproportioneel. Daarom wordt in het onderhavige wetsvoorstel het volgende voorgesteld: aspirant-omroepver- enigingen die voor 5 jaar een voorlopige erkenning hebben gekregen en die daadwer- kelijk een vernieuwende bijdrage aan de lan- delijke publieke omroep blijken te leveren, kunnen aansluitend voor een erkenning in aanmerking komen wanneer zij minstens 150.000 leden hebben. Vervolgens kunnen deze omroepverenigingen doorgroeien naar 300.000 leden, maar indien dit aantal niet gehaald wordt, blijven ze in het bestel op basis van minimaal 150.000 leden. Een omroepvereniging met tussen de 150.000 en 300.000 leden heeft dan recht op de helft van de hoeveelheid zendtijd en middelen die een vereniging met 300.000 of meer leden heeft. Bestaande omroepverenigingen die onder de 300.000 leden zakken vallen niet direct weg, maar houden een plaats in het bestel, uiter- aard met evenredig minder zendtijd en mid- delen. De regering erkent dat in zekere zin sprake is van herintroductie van de oude sta- tusverschillen, maar noemt een volledige terugkeer naar het oude systeem een stap te ver.

Kamerstukken II 2002/03, 29 030, nr. 1-3.

Wijziging Mediawet (2)

De regering heeft op 8 september 2003 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Mediawet in verband met de verlaging van de overheidsbijdrage. Het voorstel beoogt een wijziging van art. 111 lid 2 en 3 Mediawet, waarbij het minimale niveau van de rijksomroepbijdrage (het basisbedrag vermeerderd met de jaarlijkse index) wordt verminderd met het bedrag van de structurele verlaging van € 81,148 mil- joen vanaf 2007. De kortingen voor de jaren 2004-2006 worden geregeld in een over- gangsartikel in Hoofdstuk XI van de Media- wet. Dit artikel zal op 1 januari 2007 komen te vervallen. Door het wetsvoorstel worden tevens enige technische wijzigingen aange- bracht in de artikelen 109 en 109a van de Mediawet. Deze aanpassingen beogen bin- nen de bestaande verantwoordelijkheidsver- deling tussen het Commissariaat voor de Media en de raad van bestuur van de NOS verduidelijking aan te brengen ten aanzien van het nemen van beslissingen omtrent het terugvorderen van aan omroepinstellingen beschikbaar gestelde gelden die voor een ander doel dan waarvoor ze gegeven waren, zijn gebruikt.

Kamerstukken II 2002/03, 29 032, nr. 1-3.

Wijziging WOB

De regering heeft op 4 april 2003 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur, de Wet milieubeheer en enige ande- re wetten. Met dit wetsvoorstel wordt beoogd de noodzakelijke maatregelen te treffen ter uitvoering van het Verdrag van Aarhus (voluit: Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaan- gelegenheden, zie *Trb.* 2001, 73). Een belang- rijke pijler van dit verdrag is dat elke burger het recht krijgt om op zijn verzoek inzage te krijgen in milieu-informatie die bij de over- heid berust (passieve openbaarheid). Daar- naast moet ook de overheid zelf informatie beschikbaar stellen (actieve openbaarheid). In het kort komt het wetsvoorstel erop neer dat het algemene beschermingsniveau van

de WOB wordt opgetrokken naar het niveau van het verdrag. Hiertoe worden enkele procedurele bepalingen van de WOB in algemene zin (dus niet enkel voor milieu-informatie) aangepast aan het verdrag. Voorts worden enkele van de reeds bestaande algemene uitzonderingsgronden gerelativeerd voor milieu-informatie en worden enige specifiek voor milieu-informatie geldende uitzonderingsgronden opgenomen. Tenslotte worden enkele specifiek voor milieu-informatie geldende materiële bepalingen opgenomen in Hoofdstuk 19 van de Wet milieu-beheer, dat thans reeds bepalingen over openbaarheid bevat.

Kamerstukken II 2002/03, 28 835, nr. 1-3.

Klokkenluiders in het bedrijfsleven

Het Tweede-Kamerlid Van Gent (Groen Links) heeft op 15 juli 2003 een initiatiefwetsvoorstel aanhangig gemaakt tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers ter bescherming van klokkenluiders. De Stichting van de Arbeid heeft vrijwillige gedragsregels opgesteld naar het voorbeeld van de regeling ter bescherming van klokkenluidende ambtenaren, maar het kamerlid meent dat alleen een wettelijke regeling bescherming voor klokkenluiders kan waarborgen.

Kamerstukken II 2002/03, 28 990, nr. 1-3.

Implementatie ONP-richtlijnen

Op 15 april 2003 diende de regering bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel in tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van zes Europese richtlijnen die tezamen een nieuw ONP-kader vormen (zie *Mediaforum* 2003-6, p. 202). Bij Nota van Wijziging van 8 september 2003 is dit wetsvoorstel op diverse punten gewijzigd. Deze Nota van Wijziging bevat 35 onderdelen en beslaat maar liefst 26 pagina's.

Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 13.

Frequentiebeleid

Minister Brinkhorst van EZ heeft op 5 september 2003 een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin hij enige vragen beantwoordt die gesteld waren tijdens een Algemeen Overleg over de verdeling van radiofrequenties. In de brief gaat de minister achtereenvolgens in op:

1. Klachten over de ontvangst van de publieke omroepen.
2. Het verdere verloop van de technische implementatie.
3. De haalbaarheid van programmering van Radio 1 op middengolffrequentie 747 AM. Hierom was gevraagd in de motie Atsma (zie *Mediaforum* 2003-9, p. 294).
4. De kosten van het zero-base project.
5. De mogelijkheid van frequentieruimte voor radiopiraten.

Kamerstukken II 2002/03, 24 095, nr. 151.

Vergunningen Wireless Local Loop

Onder Wireless Local Loop (WLL) wordt verstaan: digitale radiosystemen gebaseerd op multipoint technologie waarmee radioverbindingen in duplex gerealiseerd kunnen worden tussen een vast centraal punt en meerdere vast opgestelde aansluitpunten. Voor deze systemen is in het Nationaal Frequentieplan 2002 frequentieruimte beschikbaar gesteld. De beschikbare frequentieruimte is verdeeld over twee vergunningen, waarvan de eerste een looptijd van 12 jaar heeft en de tweede een looptijd tot en met 31 december 2007. Minister Brinkhorst van EZ

heeft bij Bekendmaking van 20 augustus 2003 medegedeeld dat de frequenties voor WLL geveild zullen worden. In de op dezelfde datum vastgestelde Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor WLL is vastgelegd hoe een aanvraag voor een vergunning moet worden gedaan, welke gegevens moeten worden overgelegd en aan welke van de in art. 6 Fb genoemde toelatingseisen een aanvrager moet voldoen. Tevens worden regels gesteld omtrent de wijze waarop de veiling plaats zal hebben. Twee ontwerpvergunningen (kavel A en kavel B) zijn in de *Staatscourant* gepubliceerd.

Stcrt. 2003, 162, p. 17 en p. 20-21.

Instellingsbesluit Nationale Frequentiecommissie

Volgens het Nationaal Frequentieplan 2002 is de Nationale Frequentiecommissie (NFC) een adviesorgaan op het gebied van frequentiebeheer waarin met vitale overheidstaken en de publieke omroep belaste overheidsorganisaties en het ministerie van OCW zitting hebben. De samenstelling en de taak van de NFC zoals vastgelegd in het Besluit Nationale Frequentiecommissie (*Stcrt.* 1990, 81), sloten hier niet meer bij aan. Daarom heeft minister Brinkhorst van EZ op 15 augustus 2003 genoemd besluit ingetrokken en de NFC opnieuw ingesteld.

Stcrt. 2003, 161, p. 7.

Collectieve verkoop uitzendrechten voetbal

In antwoord op schriftelijke vragen van het kamerlid Atsma (CDA) geeft minister Brinkhorst van EZ aan dat de waarnemend directeur-generaal van de NMa in een persbericht van 30 juli 2003 heeft aangegeven het bezwaar tegen het NMa-besluit van 19 november 2002 ongegrond te verklaren. In dit eerdere besluit oordeelde de NMa dat collectieve verkoop van de uitzendrechten voor live-voetbalwedstrijden in strijd is met de Mededingingswet en dat de door Eredivisie NV gevraagde vrijstelling werd geweigerd (zie *Mediaforum* 2003-2, p. 57). Atsma wilde onder meer weten welke stappen het kabinet had genomen naar aanleiding van een door hem ingediende en door de Tweede Kamer aangenomen motie. De minister gaf hierop aan dat hij op 3 juli 2003 samen met de staatssecretaris van VWS een gesprek had gehad met een delegatie van de KNVB en Eredivisie NV. Tijdens het gesprek heeft de minister de KNVB en de clubs opgeroepen ter bewerkstelling van de solidariteit (in de vorm van herverdeling onder de clubs van de inkomsten uit de verkoop van tv-rechten) bij de NMa een voorstel neer te leggen. Tot nu toe is echter geen enkel concreet voorstel voor een solidariteitsregeling bij de NMa binnengekomen en dat valt het kabinet niet aan te rekenen. Het kabinet zal in september 2003 met een tussenstand komen betreffende het thema 'wel of geen afzonderlijk afgewingskader voor sport in het mededingingsrecht'. Hierbij zullen diverse recente mededingingszaken aangaande voetbal op Europees niveau (UEFA, Bundesliga, Premier League) betrokken worden. De Kamer had voorts in de motie Atsma het kabinet opgeroepen om, in afwachting van een mededingingsrechtelijke status aparte voor sport, er bij de NMa op aan te dringen om de besluitvorming inzake de televisierechten op te schorten. Daarin heeft de NMa volgens de minister echter een eigen verantwoordelijkheid. In de rest van zijn antwoorden gaat

de minister in op het voornemen dat de Europese Commissie heeft bekendgemaakt ten aanzien van de voetbalrechten in de Bundesliga 1 en 2. Omdat het hier slechts gaat om een voornemen, kan slechts globaal worden ingegaan op de verhouding tussen het NMa-besluit en het Commissie-besluit. Een verschil is echter evident, en dat is dat het in de Duitse zaak gaat om de collectieve verkoop van live-wedstrijden in twee pakketten, terwijl het in de Nederlandse zaak om één pakket ging. Verder hebben Duitse clubs de mogelijkheid om wedstrijden die buiten de collectieve verkoop vallen of niet worden uitgezonden, individueel te verkopen. Op de overeenkomsten en verschillen zal het kabinet nader ingaan in de eerder genoemde tussenstand. De minister geeft tenslotte aan dat hij niet van plan is er bij de NMa op aan te dringen om haar besluit te heroverwegen. Nu de NMa het bezwaarschrift ongegrond heeft verklaard ligt de zaak immers niet meer bij haar. De partijen kunnen zich nu tot de rechter wenden.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1824. Zie voor de motie Atsma Kamerstukken II 2002/03, 28 887, nr. 4. Zie ook Mediaforum 2003-9, p. 294-295.

Mogelijke overname Canal+ door UPC

In antwoord op schriftelijke vragen van het kamerlid Bakker (D66) schrijft minister Brinkhorst van EZ dat hij kennis heeft genomen van een artikel in de *Volkskrant* waarin werd gemeld dat UPC overweegt om abonneetelevisiebedrijf Canal+ en satellietbedrijf Canal digital over te nemen. Indien het inderdaad tot een dergelijke overname komt, moet deze volgens de bewindsman op grond van art. 34 Mededingingswet getoetst worden door de NMa wanneer de overname binnen het bereik van deze wet valt. Het beslissende criterium daarbij is of economische machtsposities ontstaan of versterkt worden. Of dat het geval is kan de minister zonder nader onderzoek niet beoordelen. Dat is dan ook de taak van de NMa. De bewindsman gaat er vanuit dat de NMa bij een concentratietoets zal bekijken of de greep van UPC op bijvoorbeeld de mogelijk relevante markt voor betaaltelevisie niet te groot wordt en de keuze voor de consument niet te beperkt. In het vervolg van zijn antwoorden meldt de minister nog dat de UEFA, om concurrentie te bevorderen, de uitzendrechten van de Champions League in afzonderlijke pakketten voor het open net en voor betaaltelevisie heeft verkocht. UPC heeft de exclusieve rechten voor betaaltelevisie verworven, terwijl de exclusieve rechten voor het open net reeds door de NOS waren verworven (tot en met medio 2006). De NOS zendt de belangrijkste wedstrijd per speel-dag rechtstreeks op het open net uit. Daaronder zijn in elk geval de wedstrijden van de Nederlandse clubs en de finale. De andere wedstrijden worden direct daarna in samenvatting uitgezonden. Hiermee wordt voldaan aan de doelstellingen van de Europese regels en een en ander is geheel conform de Nederlandse evenementenlijst.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1867.

Reprorecht

De kamerleden Aptroot en Luchtenveld (VVD), De Wit (SP) en Ten Hoopen (CDA) hebben allen schriftelijke vragen gesteld aan minister Donner van Justitie over het reprorecht en de werkwijze van de Stichting Reprorecht. Deze organisatie is onder meer belast met het innen en verdelen van vergoedingen voor reprografische veeleelvoudi-

gingen door bedrijven. De minister geeft in zijn antwoorden op de vragen van de VVD-kamerleden aan dat het hem bekend is dat er nogal wat klachten zijn ingediend betreffende de wijze waarop de Stichting factureert. Deze klachten worden op dit moment behandeld en gedurende de behandeling wordt de inning van de vergoedingen bij degenen die een reactie hebben ingestuurd, opgeschort. In de rest van zijn antwoord gaat de bewindsman onder meer in op de redenen waarom de Stichting Reprorecht is aangewezen als de rechtspersoon die met uitsluiting van anderen belast is met de inning en verdeling van vergoedingen voor reprografische verveelvoudigingen door bedrijven. Ook bespreekt hij de wijze waarop de facturen worden vastgesteld. Daarbij tekent hij aan dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat de werkwijze van de Stichting onrechtmatig of misleidend is, of dat er sprake is van 'pro forma facturen'. In antwoord op de vragen van het SP-kamerlid schrijft de minister dat de kosten voor de uitvoering en handhaving van het reprorecht geheel ten laste komen van de Stichting. Deze bekostigt een en ander vanuit de geïnde vergoedingen en de overheid draagt daaraan in het geheel niet bij. De bewindsman schrijft voorts dat bij de totstandkoming van het nieuwe reprorecht de mogelijkheid van een heffing op kopieerapparatuur expliciet is overwogen. Belangrijk bezwaar tegen deze heffing is dat het verband tussen de vergoeding en de repartitie ontbreekt. De heffing levert op zichzelf geen relevante gegevens op voor de verdeling van de geïnde gelden, waardoor steekproeven en nader onderzoek naar kopieergedrag noodzakelijk zijn. Een heffing op apparatuur zou bovendien onrechtvaardig zijn: ook wanneer met het apparaat geen of slechts weinig reprorechtelijke kopieën worden gemaakt moet een vergoeding voor auteursrechten worden betaald. Besloten is dus om niet voor deze heffing te kiezen. Ook de mogelijkheid van een opslag op de prijs van auteursrechtelijk beschermde werken is overwogen, maar uiteindelijk weggestrept. Vervolgens laat de minister weten dat de reprorechtregeling geen betrekking heeft op digitale kopieën, daar deze uitsluitend ziet op fotokopiëren, dus van papier naar papier. Digitale kopieën vormen wel een verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet 1912, waarvoor de toestemming van de rechthebbende vereist blijft. Tenslotte geeft minister Donner in antwoord op de vragen van het CDA-kamerlid aan dat bedrijven die van mening zijn dat de berekening van het kopieervolume onjuist is, daarvan melding kunnen maken bij de Stichting, waarna deze een nieuwe vergoeding berekent. De bewindsman gaat ervan uit dat de Stichting, met name in de invoeringsfase van het nieuwe reprorecht, ruimhartig om zal gaan met ingediende bezwaren en de aanvankelijk verstuurde facturen nog eens tegen het licht zal houden.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1804-1806.

Registreren advocatengesprekken

Het kamerlid De Wit (SP) wilde van minister Donner van Justitie weten of hij de conclusie van het CBP deelde dat het opnemen via telefonische taps en registreren van advocatengesprekken 'onrechtmatig' is en dat het een fundamenteel recht is om geheime advocatengesprekken te voeren. De minister antwoordde hierop dat hij de conclusie dat de huidige werkwijze ten aanzien van het opnemen en registreren van advocatenge-

Studiemiddag VMC: Medialogica

De Vereniging voor Media- en Communicatierecht wijdt zijn najaarsbijeenkomst op 28 november in het Trippenhuis te Amsterdam aan het thema Mediatoezicht (aanvang 14.00 uur). Aanleiding is het rapport Medialogica van de Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, een onafhankelijk adviesorgaan van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, over 'het krachtenveld tussen burgers, media en politiek'. Het publieke debat wordt volgens de Raad steeds meer bepaald door de mogelijkheden en begrenzingen van de massamedia, vooral televisie. Kortom door medialogica. Medialogica valt volgens het rapport niet meer terug te draaien maar heeft naast positieve onmiskenbaar ook negatieve kanten. Om daaraan tegenwicht te bieden, staat de RMO een onder meer voor ogen:

1. Actieve vrijheid: de overheid bevordert pluriformiteit en gaat 'overconcentratie' tegen;
2. Publieke verantwoording: media-organisaties kunnen zich sterker en veel actiever dan nu naar de burgers verantwoorden.

Op de studiemiddag staat de tweede trap centraal. De RMO doet een groot aantal concrete aanbevelingen zoals een wettelijke regeling van het redactiestatuut, het instellen van consumentenpanels bij de omroep en 'meer tanden voor de Raad voor de Journalistiek'. Ook dienen de media zelfregulering in de vorm van een media-ombudsman ter hand te nemen. Zo niet, dan zou een 'voorportaal' voor klachten over media bij de rechter moeten worden ingesteld. In gelijke zin moet de overheid zich krachtig inzetten voor de oprichting van een 'mediawatch instituut' als de sector zelf daar niet toe komt. Andere aanbevelingen betreffen een kwaliteitscharter en public hearings als instrumenten om 'de verantwoording over nieuwskeuzes, interpretatie en commentaar' door media vorm te geven. Aan die aanbevelingen en de daaraan ten grondslag liggende veronderstellingen zijn nogal wat grondrechtelijke en andere juridische vragen verbonden. Op de studiemiddag zullen de voorstellen worden toegelicht, onderworpen worden aan een grondrechtelijke beschouwing en getoetst worden door een vertegenwoordiger van de rechterlijke macht en een vanuit de praktijk.

sprekken onrechtmatig is, niet deelde. Op grond van art. 126aa Sr is het opnemen en kennisnemen van als bijvangst onderschepte communicatie met geheimhouders toegestaan. Het gaat hierbij dus om de situatie dat niet de telefoon van de advocaat wordt getapt, maar die van de verdachte en dat de verdachte contact heeft met een geheimhouder. Kennisname van de communicatie vindt slechts plaats om uit te maken of de gecommuniceerde mededelingen vallen onder het verschoningsrecht van art. 218 Sv. Of een mededeling onder dit verschoningsrecht valt, hangt af van de inhoud van de mededeling, en dus niet enkel van het feit dat een geheimhouder aan het gesprek deelneemt. Staat vast dat de informatie onder het verschoningsrecht valt, dan wordt deze op last van de officier van justitie vernietigd. De minister ziet in het rapport van het CBP geen aanleiding om afstand te nemen van de uitgangspunten van de huidige wettelijke regeling. Zijns inziens past het door het CBP aanbevolen systeem van nummerherkenning ter selectie van gesprekken niet binnen de systematiek van de wet. Het is immers mogelijk dat anderen dan de verschoningsgerechtigden gebruik maken van een 'beschermde' communicatieaansluiting met het oogmerk te voorkomen dat de communicatie ter beschikking komt van opsporingsambtenaren. Het uitsluiten van telefoongesprekken met een bepaald nummer stuit bovendien op technische bezwaren. De bewindsman ziet kortom geen reden voor een wetswijziging.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1728.

Tarieven kabelmaatschappijen

In antwoord op schriftelijke vragen van het

kamerlid De Wit (SP) bevestigt staatssecretaris Van der Laan van OCW dat op grond van art. 82j Mediawet bij algemene maatregel van bestuur een maximumtarief kan worden vastgesteld dat kabelmaatschappij UPC aan abonnees in rekening mag brengen voor de kabelaansluiting en de ontvangst van het standaardpakket. Of er aanleiding is van de bevoegdheden ex art. 82j gebruik te maken, is afhankelijk van de uitkomsten van een onderzoek van OPTA en NMa inzake de kabeltarieven. De staatssecretaris voegt daar nog aan toe dat bij de privatisering van de kabelbedrijven tussen enkele gemeenten en kabelexploitanten nadere afspraken zijn gemaakt over de tariefstelling van kabelabonnements.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1865.

Agenda

Spitsuurstudie 'Nieuw Auteursrecht in de praktijk'

Nieuwe cursus met praktische invalshoek. Woensdag 5 november 2003, van 14.45 tot 21 uur, Holiday Inn Amsterdam. Docenten: Prof. mr. Antoon Quaadvlieg, mr. Gijsbert Brunt, mr. Christiaan Alberdingk Thijm en mr. Kamiel Koelman. Onderwerpen: Actualiteiten auteursrecht en databankenrecht; bescherming van technische voorzieningen; nieuwe en aangescherpte beperkingen; nieuwe media.

Cursusprijs € 550 (excl. BTW) inclusief kosten van documentatiemateriaal, koffie, thee en diner. Informatie en aanmelden Kluwer Opleidingen: tel: 0570-647190; fax: 0570-636941; e-mail: opleidingen@kluwer.nl; internet: www.kluweropleidingen.nl.

Nr 44 Murphy vs. Ierland

EHRM 10 juli 2003 (Application no. 44179/98)

(This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.)

European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of Mr G. Ress, President, Mr L. Caflisch, Mr P. Kuris, Mr R. Türmen, Mr B. Zupancic, Mr J. Hedigan, Mrs H.S. Greve, judges, and Mr V. Berger, Section Registrar.

Having deliberated in private on 7 November 2002 and 19 June 2003, Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE
(1-6)

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE (7-18)

Dominee Murphy is verbonden aan het 'Irish Faith Centre', een op de bijbel gebaseerde christelijke instelling in Dublin. In 1995 wil deze instelling het lokale commerciële radiostation een advertentie met de volgende tekst doen uitzenden:

What think ye of Christ? Would you, like Peter, only say that he is the son of the living God? Have you ever exposed yourself to the historical facts about Christ? The Irish Faith Centre are presenting for Easter week an hour long video by Dr Jean Scott Phd on the evidence of the resurrection from Monday 10th - Saturday 15th April every night at 8.30 and Easter Sunday at 11.30am and also live by satellite at 7.30 pm.

Het radiostation was bereid de advertentie uit te zenden maar de Independent Radio and Television Commission ("IRTC") stond dat echter niet toe. De IRTC baseerde zich op section 10(3) van de Radio and Television Act 1988.

In de daarop volgende juridische procedure oordeelde het High Court dat de wet uit 1988 een redelijke beperking van het grondrecht te communiceren bevatte en er voldoende reden was voor een dergelijk verbod. Daarbij wees het Hof er onder meer op dat religieuze reclame, ook te zien als poging tot bekering, door mensen met een andere godsdienstige overtuiging als kwetsend ervaren kan worden. Godsdienstige verschillen liggen namelijk uiterst gevoelig in Ierland, aldus het High Court. Het Supreme Court verwierp het beroep van Murphy. Onder verwijzing naar de proportionaliteitsstoets van het EHRM oordeelde het Hof de onderhavige beperking proportioneel, nu zij alleen ziet op betaalde advertenties op radio en televisie.

II. RELEVANT LAW (19-32)

A. Ierse Grondwet:

Art. 40:

3. 1° *The State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws defend and vindicate the personal rights of the citizen.*
6. 1° *The State guarantees liberty for the exercise of the following rights, subject to public order and morality:*
 - (i) *the right of the citizens to express freely their convictions and opinions.*

The education of public opinion being, however, a matter of such grave import to the common good, the State shall endeavour to ensure that organs of public opinion, such as the radio, the press, the cinema, while preserving their rightful liberty of expression, including criticism of Government policy, shall not be used to undermine public order or morality or the authority of the State. The publication or utterance of blasphemous, seditious, or indecent matter is an offence which shall be punishable in accordance with the law.

Article 44:

2. 1° *Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are, subject to public order and morality, guaranteed to every citizen.*
3. *The State shall not impose any disabilities or make any discrimination on the ground of religious profession, belief or status.*

B. Nationale wetgeving

Broadcasting Authority Act 1960 (deze wet stelt regels betreffende de nationale omroep RTE)
Section 20 (4)

The Authority shall not accept any advertisement which is directed towards any religious or political end or has any relation to any industrial dispute.

Section 18 of the 1960 Act is entitled "Impartiality" and provides as follows:

- (1) *It shall be the duty of the Authority to secure that, when it broadcasts any information, news or feature which relates to matters of public controversy or is the subject of current public debate, the information, news or feature is presented objectively and impartially and without any expression of the Authority's own views.*
- (2) *Nothing in this section shall prevent the Authority from transmitting political party broadcasts.*

Radio and Television Act 1988 (deze wet stelt regels betreffende andere omroepen dan de RTE en stelt de Independent Radio and Television Commission in (IRTC))
Section 9:

- (1) *Every sound broadcasting contractor shall ensure that –*
 - (a) *all news broadcast by him is reported and presented in an objective and impartial manner and without any expression of his own views;*
 - (b) *the broadcast treatment of current affairs, including matters which are either of public controversy or the subject of current public debate, is fair to all interests concerned and that the broadcast matter is presented in an objective and impartial manner and without any expression of his own views: Provided that should it prove impracticable in relation to a single broadcast to apply this paragraph, two or more related broadcasts may be considered as a whole, if the broadcasts are transmitted within a reasonable period of each other;*
- (...)
- (2) *Nothing in subsection (1) (a) or (1) (b) shall prevent a sound broadcasting contractor from transmitting political party broadcasts: Provided that a sound broadcasting contractor shall not, in the allocation of time for such broadcasts, give an unfair preference to any political party.*

Section 10(3) van de 1988 Act komt overeen met section 20 (4) van de 1960 Act en legt onafhankelijke omroepen dezelfde verplichting op als de RTE:

No advertisement shall be broadcast which is directed towards any religious or political end or which has any relation to an industrial dispute.

Inmiddels is de Ierse Omroepwet in 2001 gewijzigd. Deze Broadcasting Act 2001 ("the 2001 Act") verzacht het verbod van religieuze reclame in zoverre dat section 65 bepaalt:

Nothing in section 20(4) of the Act of 1960 or section 10(3) of the Act of 1988 (including either of those sections as applied by this Act) shall be construed as preventing the broadcasting of a notice of the fact

- (a) *that a particular religious newspaper, magazine or periodical is available for sale or supply, or*
- (b) *that any event or ceremony associated with any particular religion will take place,*

if the contents of the notice do not address the issue of the merits or otherwise of adhering to any religious faith or belief or of becoming a member of any religion or religious organisation.

C. Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989

The Directive co-ordinates certain provisions of Member States of the European Community on television broadcasting.
Article 12 of the Directive provides, inter alia, that television advertising shall not prejudice respect for human dignity, include any discrimination on grounds of race, sex or nationality or be offensive to religious or political beliefs.

THE LAW (33-82)

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 9 AND 10 OF THE CONVENTION

33. The applicant complains under Articles 9 and 10 about section 10(3) of the 1988 Act.

Article 9

1. *Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom ..., to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.*
2. *Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society (...), for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*

Article 10

1. *Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.*
2. *The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of ... public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, (...)*

A. The parties' submissions

1. The Government (34-45)
(...)
2. The applicant (46-59)
(...)

B. The Court's assessment

1. Interference

60. The Court notes that the applicant maintained that the application of section 10(3) of the 1988 Act in his case interfered with his rights guaranteed by Articles 9 and Article 10 of the Convention. While arguing that there had been no interference with his rights under either Article, the Government's submissions to the Court were, for the most part, expressed in terms of Article 10 of the Convention.

61. The Court considers that the matter essentially at issue in the present case is the applicant's exclusion from broadcasting an advertisement, an issue concerning primarily the regulation of his means of expression and not his profession or manifestation of his religion. It recalls that Article 10 protects not only the content and substance of information but also the means of dissemination since any restriction on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information (*Öztürk v. Turkey* [GC], no. 22479/93, § 49, ECHR 1999-VI). Accordingly, the Court is of the view that the applicant's complaint about the prohibition contained in section 10(3) of the 1988 Act falls to be examined under Article 10 of the Convention. Given the parties' submissions concerning the scope of that Article and the above-cited *Handyside* judgment (see, in particular, § 49), the Court reiterates that even expression which could be considered offensive, shocking or disturbing to the religious sensitivities of others falls within the scope of the protection of Article 10, the question for the Court being whether any restriction imposed on that expression complies with the provisions of that Article.

In addition, having regard to the fact that the applicant was prevented from broadcasting the advertisement as a result of the application of section 10(3) of the 1988 Act, there clearly has been an interference with his right to freedom of expression.

2. "Prescribed by law"

62. The parties did not dispute, and the Court considers it clear, that the prohibition applied to the applicant was set out in a clear and accessible manner in section 10(3) of the 1988 Act.

3. Legitimate aim

63. The Government maintained that the prohibition sought to ensure respect for the religious doctrines and beliefs of others so that the aims of the impugned provision were public order and safety together with the protection of the rights and freedoms of others.

While disputing the necessity of the statutory provision, the applicant did not directly contest that these aims had been pursued by the enactment of section 10(3) of the 1988 Act.

64. The Court does not see any reason to doubt that these were indeed the aims of the impugned legislation and considers that they constituted legitimate aims for the purposes of Article 10 § 2 of the Convention (the above-cited *Otto-Preminger-Institut* judgment, at § 47).

4. "Necessary in a democratic society"

(a) General principles

65. The Court recalls that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society. As paragraph 2 of Article 10 expressly recognises, however, the exercise of that freedom carries with it duties and responsibilities. Amongst them, in the context of religious beliefs, is the general requirement to ensure the peaceful enjoyment of the rights guaranteed under Article 9 to the holders of such beliefs including a duty to avoid as far as possible an expression that is, in regard to objects of veneration, gratuitously offensive to others and profane (the above-cited *Otto-Preminger-Institut* judgment, §§ 46, 47 and 49).

66. No restriction on freedom of expression, whether in the context of religious beliefs or in any other, can be compatible with Article 10 unless it satisfies, inter alia, the test of necessity as required by the second paragraph of that Article. In examining whether restrictions to the rights and freedoms guaranteed by the Convention can be considered "necessary in a democratic society" the Court has, however, consistently held that the Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation (the above-cited *Wingrove* judgment, § 53).

67. In this latter respect, there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest (see, mutatis mutandis, among many other authorities, *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, § 42; *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 43; and *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, judgment of 25 June 1992, Series A no. 239, § 63). However, a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion. Moreover, as in the field of morals, and perhaps to an even greater degree, there is no uniform European conception of the requirements of 'the protection of the rights of others' in relation to attacks on their religious convictions. What is likely to cause substantial offence to persons of a particular religious persuasion will vary significantly from time to time and from place to place, especially in an era characterised by an ever growing array of faiths and denominations. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements with regard to the rights of others as well as on the 'necessity' of a 'restriction' intended to protect from such material those whose deepest feelings and convictions would be seriously offended (the above-cited *Wingrove* judgment, at § 58).

The Court therefore observes that it is this margin of appreciation which distinguishes the present case from the above-cited case of *Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*. In the latter case, the Court considered that the advertisement prohibited concerned a matter of public interest to which a reduced margin of appreciation applied.

68. It is for the European Court to give a final ruling on the restriction's compatibility with the Convention and it will do so by assessing in the circumstances of a particular case, inter alia, whether the interference corresponded to a "pressing social need" and whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued". Indeed, such supervision can be considered to be all the more necessary given the rather open-ended notion of respect for the religious beliefs of others and the risks of excessive interferences with freedom of expression under the guise of action taken against allegedly offensive material.

In this regard, the scope of the restriction in the legislation is especially important. The Court's task in this case is therefore to determine whether the reasons relied on by the national authorities to justify the measures interfering with the applicant's freedom of expression are "relevant and sufficient" for the purposes of Article 10 § 2 of the Convention (the above-cited *Wingrove* judgment, §§ 53 and 58-59).

69. Moreover, it is recalled that the potential impact of the medium of expression concerned is an important factor in the consideration of the proportionality of an interference. The Court has acknowledged that account must be taken of the fact that the audio-visual media have a more immediate and powerful effect than the print media (*Jersild v. Denmark*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, § 31).

(b) The application of those principles to the present case

70. The Court notes at the outset that the nature and purpose of the expression contained in the relevant advertisement accords with it being treated as religious, as opposed to commercial, expression even if the applicant purchased the relevant broadcasting time (*Barthold v. Germany*, judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, § 58).

71. The main factor which the Government considered justified the impugned prohibition was the particular religious sensitivities in Irish society which they submitted were such that the broadcasting of any religious advertising could be considered offensive. The applicant agreed that Article 10 permitted restrictions of religious expression which would offend others' religious sensitivities but submitted that the Convention did not protect an individual from being exposed to a religious view simply because it did not accord with his or her own, noting that his advertisement was innocuous and completely inoffensive. In any event, he disputed the Government's assessment of contemporary religious sensitivities in Ireland.

72. The Court agrees that the concepts of pluralism, tolerance and broadmindedness on which any democratic society is based (the above-cited *Handyside* judgment, at § 49) mean that Article 10 does not, as such, envisage that an individual is to be protected from exposure to a religious view simply because it is not his or her own. However, the Court observes that it is not to be excluded that an expression, which is not on its face offensive, could have an offensive impact in certain circumstances. The question before the Court is therefore whether a prohibition of a certain type (advertising) of expression (religious) through a particular means (the broadcast media) can be justifiably prohibited in the particular circumstances of the case.

73. Turning therefore to the country-specific religious sensitivities relied on by the Government, the Court has noted that the Minister identified, during the debate on the introduction of section 20(4) of the 1960 Act, the potential impact on religious sensitivities as justifying prudence in the context of the broadcasting of religious advertising and he drew a distinction between advertising time which was purchased and programming (paragraph 22 above). Section 20(4) was then applied to independent broadcasters through section 10(3) of the 1988 Act, the provision at issue in the present case. The Court has noted that, during the detailed debate on a proposed dilution of section 10(3) in April 1999, the Minister emphasised at some length the extreme sensitivity of the question of broadcasting of religious advertising in Ireland and the consequent necessity to proceed towards any proposed amendment of section 10(3) with care and on the basis of a full consideration of the issues and options (paragraphs 27-28 above).

Moreover, the domestic courts found that the Government were entitled to be prudent in this context. In particular, the High Court considered relevant the fact that religion had been a divisive issue in Northern Ireland. It further considered that Irish people with religious beliefs tended to belong to a particular church so that religious advertising from a different church might be considered offensive and open to the interpretation of proselytism. Indeed, the High Court pointed out that it was the very fact that an advertisement was directed towards a religious end which might have been potentially offensive to the public. The Supreme Court also emphasised that the three subjects highlighted by section 10(3) of the 1988 Act concerned subjects which had proven "extremely divisive in Irish society in the past" and it also agreed that the Government had been entitled to take the view that Irish citizens would resent having advertisements touching on these topics broadcast into their homes and that such advertisements could lead to unrest.

74. The Court has also observed that the impugned provision was designed to correspond, and was indeed limited, to these particular concerns and that the bounds of the prohibition are an important consideration in the assessment of its proportionality (see paragraph 68 above).

The prohibition concerned only the audio-visual media. The State was, in the Court's view, entitled to be particularly wary of the potential for offence in the broadcasting context, such media being accepted by this Court (see paragraph 69) and acknowledged by the applicant, as having a more immediate, invasive and powerful impact including, as the Government and the High Court noted, on the passive recipient. He was consequently free to advertise the same matter in any of the print media (including local and national newspapers) and during public meetings and other assemblies.

Moreover, the prohibition related only to advertising. This Court considers that this limitation reflects a reasonable distinction made by the State between, on the one hand, purchasing broadcasting time to advertise and, on the other, coverage of religious matters through programming (including documentaries, debates, films, discussions and live coverage of religious events and occasions). Programming is not broadcast because a party has purchased airtime and, as outlined by the Government, must be impartial, neutral and balanced, the objective value of which obligation the parties did not dispute. The applicant retained the same right as any other citizen to participate in programmes on religious matters and to have services of his church broadcast in the audio-visual media. Advertising, however, tends to have a distinctly partial objective: it cannot be, and is not, therefore subject to the above-outlined principle of impartiality and the fact that advertising time is purchased would lean in favour of unbalanced usage by religious groups with larger resources and advertising.

Consequently, other than advertisements in the broadcast media, the applicant's religious expression was not otherwise restricted.

75. Such considerations provide, in the Court's view, highly "relevant reasons" justifying the Irish State's prohibition of the broadcasting of religious advertisements.

76. The applicant, however, also maintained that these reasons were not "sufficient" and, in particular, that the State could have achieved its aims by a more limited prohibition and, indeed, that it should have gone further than the limited dilution of the prohibition contained in section 65 of the 2001 Act. However, the Court considers persuasive the Government's argument that a complete or partial relaxation of the impugned prohibition would sit uneasily with the nature and level of the religious sensitivities outlined above and with the principle of neutrality in the broadcast media.

77. In the first place, the Court would accept that a provision allowing one religion, and not another, to advertise would be difficult to justify and that a provision which allowed the filtering by the State or any organ designated by it, on a case by case basis, of unacceptable or excessive religious advertising would be difficult to apply fairly, objectively and coherently (the above-cited case of *United Christian Broadcasters Ltd v. the United Kingdom*). There is, in this context, some force in the Government's argument that the exclusion of all religious groupings from broadcasting advertisements generates less discomfort than any filtering of the amount and content of such expression by such groupings.

The applicant suggested that such a filtering process is already applied through the application of the principle of neutrality to programmes and programming. However, and as the Court has noted above, the distinct nature of advertising and programming means that the regulatory tools employed for programming are not directly applicable to advertising. The applicant also referred to the fact that advertisements (other than those prohibited by the impugned provision) are already subjected to advertising standards control. The Court does not, however, consider that the same public sensitivities and issues of neutrality arise in the case of religious advertisements and those concerning, for example, commercial services, goods or products.

78. Secondly, the Court considers it reasonable for the State to consider it likely that even a limited freedom to advertise would benefit a dominant religion more than those religions with significantly less adherents and resources. Such a result would jar with the objective of promoting neutrality in broadcasting and, in particular, of ensuring

a “level playing field” for all religions in the medium considered to have the most powerful impact.

79. Thirdly, the applicant did not dispute the Government's concern that allowing limited religious advertising would result in unequal consequences for the national and independent broadcasters.

80. Fourthly, while the State has, subsequent to the facts of the present case, diluted section 10(3) of the 1988 Act (through section 65 of the 2001 Act), the Minister's comments in April 1999 together with the limited nature of the 2001 amendment do not undermine, and indeed are consistent with, the State's view of the religious sensitivities in Ireland in 1988 and its understanding of the consequent necessity for full reflection and prudence when considering any evolution including a relaxation of the provisions of section 10(3) of the 1988 Act. In addition, the nature of the assessment required by section 65 of the 2001 Act (whether or not the advertisement amounted only to an announcement of the fact that a religious publication is for sale or that a religious event will take place) has been clearly chosen for its relatively objective and, consequently, uncontroversial nature.

81. Finally, and as to the parties' submissions concerning the existence of similar prohibitions on the broadcasting of religious advertising in other countries, the Court observes that there appears to be no clear consensus between the Contracting States as to the manner in which to legislate for the broadcasting of religious advertisements. Certain States have similar prohibitions (for example, Greece, Switzerland and Portugal), certain prohibit religious advertisements considered offensive (for example, Spain and see also Council Directive 89/552/EEC) and certain have no legislative restriction (the Netherlands). There appears to be no “uniform conception of the requirements of the protection of the rights of others” in the context of the legislative regulation of the broadcasting of religious advertising (see paragraph 67 above).

82. In the circumstances, and given the margin of appreciation accorded to the State in such matters, the Court considers that the State has demonstrated that there were “relevant and sufficient” reasons justifying the interference with the applicant's freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention.

In consequence, it concludes that there has been no violation of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

Holds that there has been no violation of Article 10 of the Convention, under which Article the Court found the complaint was most appropriately considered.

Done in English, and notified in writing on 10 July 2003, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Vincent Berger
Registrar

Georg Ress
President

Noot

Aernout Nieuwenhuis

Mr. A.J. Nieuwenhuis is werkzaam bij de leerstoelgroep Staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam, is gelieerd aan het Instituut voor Informatierecht aldaar en is redacteur van dit blad.

1. De casus is op zich betrekkelijk simpel. De Ierse Omroepwet verbiedt onder meer het uitzenden van reclame met een godsdienstig doel. Dit verbod geldt niet alleen voor de nationale omroep RTE, maar ook voor onafhankelijke, al dan niet commerciële omroepen. Het EHRM komt unaniem tot het oordeel dat artikel 10 EVRM een dergelijke beperking van de uitingsvrijheid toestaat. De zaak en de redenering van het Hof noden tot enkele opmerkingen.

2. Ierland is een godsdienstig land. De Grondwet roept in de preambule de Heilige Drie-eenheid aan; de godsdienstvrijheid is uitgebreid vastgelegd in de grondwet; ook kent de grondwet een blasfemieverbod. Het wekt daarom verwondering dat in de nationale procedure het recht op uitingsvrijheid – en niet het recht op godsdienstvrijheid – de hoofdrol speelt. In de procedure bij het EHRM geldt hetzelfde. Artikel 9 EVRM wordt weliswaar aangestipt (60), maar het Hof beoordeelt het gewraakte verbod op grond van artikel 10 EVRM. De reden is

dat het verbod volgens het Hof in de eerste plaats het medium betreft en niet het belijden van of uiting geven aan de godsdienstige overtuiging als zodanig, en artikel 10 niet alleen de inhoud van de communicatie beschermt maar ook de middelen. Deze redenering is niet in alle opzichten glashelder. Het verbod ziet weliswaar op een bepaald medium, maar is beperkt tot uittalingen met een godsdienstige doel, meer in het bijzonder tot uittalingen waarin een godsdienstige overtuiging naar voren komt. Dat blijkt eens te meer uit de wetwijziging van 2001, die duidelijk maakt dat aankondigingen van godsdienstige evenementen wel zijn toegestaan, zolang die aankondigingen geen inhoud van godsdienstige aard bevatten. Bedoelt het Hof eigenlijk te zeggen dat omroepwetgeving steeds onder artikel 10 beoordeeld moet worden? Zou dat ook gelden voor een verbod om kerkdiensten uit te zenden? Kortom, grote stappen, snel thuis.

3. Door de beoordeling onder artikel 10 blijft de jurisprudentie o.g.v. artikel 9 buiten beeld. Daaruit blijkt dat ook het verkondigen van het geloof en het trachten te bekeren van andersdenkenden binnen bepaalde grenzen beschermd is (EHRM 25 mei 1993, Kokkinakis v. Greece, A 260, EHRM 24 februari 1998, Larissis v. Greece, A 363). Daarmee is niet gezegd dat een beoordeling onder art. 9 gunstiger uitgevallen zou zijn voor Murphy. Het Hof stelt juist uitdrukkelijk dat ze de beperking in het onderhavige geval minder strikt beoordeelt dan in Tierfabriken (Tierfabriken v. Switzerland, EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181 m.nt. E.J. Dommering; *Mediaforum* 2002-2, 3 m.nt. J.J.C. Kabel), omdat het in dat geval ging om een bijdrage aan het maatschappelijk debat. Laatstgenoemde zaak betrof een (ideële) reclame waarin de bio-industrie aan de kaak werd gesteld; de appreciatie-marge was daarom beduidend kleiner.

4. De redenering van het Hof hoeft niet per se te betekenen dat godsdienstige uittalingen op nationaal niveau minder bescherming krijgen dan bijdragen aan het maatschappelijk debat. Uit de redenering blijkt wel dat bijdragen aan het maatschappelijk debat de hoogst mogelijke bescherming dienen te krijgen. In de Nederlandse jurisprudentie lijkt juist de vrijheid van godsdienst als basis te dienen voor een grote ruimte voor het doen van kwetsende uittalingen. Het is in dit verband echter opvallend dat de Hoge Raad in recente zaken de ruimte voor godsdienstig geïnspireerde, kwetsende uittalingen steeds mede op het belang van het maatschappelijk debat baseert. Zie hiervoor HR 9 januari 2001 (*Van Dijke*), NJ 2001, 203 m.nt. J. de Hullu onder 2001, 204; *Mediaforum* 2001-2, nr. 7 m.nt. G.A.I. Schuijt; HR 9 januari 2001 (*Justitiekrant*), NJ 2001, 204 m.nt. J. de Hullu; HR 14 januari 2003 (*Dominee R.*), NJ 2003, 261 m.nt. P.A.M. Mevis.

5. Genoemde Nederlandse arresten maken overigens duidelijk dat godsdienst en maatschappelijk debat niet steeds twee gescheiden domeinen hoeven te zijn. Het Hof gaat daar in het voorliggende geval aan voorbij, mogelijk juist omdat de regeling ziet op reclames met een godsdienstig doel. Het argument dat het Hof slechts de beperking in concreto hoeft te toetsen snijdt in dezen minder hout (zie onder 8).

6. Het gewraakte verbod in de Ierse omroepwet is bedoeld om het kwetsen van godsdienstige gevoelens tegen te gaan. Daarmee is Ierland bij het EHRM aan het goede adres.

Het EHRM kent immers een verdragsmatige bescherming toe aan godsdienstige gevoeligheden. Dit uitgangspunt uit het *Preminger*-arrest (EHRM 20 september 1994, A295; NJ 1995, 366 m.nt. E.J. Dommering) is niet zonder kritiek gebleven maar lijkt toch school te maken.

7. In casu hebben we dus te maken met uittalingen die niet als bijdragen aan het publieke debat te beschouwen zijn en die godsdienstige gevoelens – kunnen – raken. Het is op zichzelf ook voorstelbaar dat er ook uittalingen bestaan die wél bijdragen aan het maatschappelijk debat en toch godsdienstige gevoelens raken. Het is voorlopig nog de vraag welk belang het Hof in dat geval voor laat gaan. Niet altijd zal de *Preminger*-tournure – de uittaling kwetst ernstig en dus is het geen serieuze bijdrage aan het maatschappelijk debat – mogelijk zijn.

8. Het EHRM accepteert in de voorliggende zaak dat het wettelijk verbod van reclame met een godsdienstig doel noodzakelijk is, ook al treft het verbod tevens onschuldige uittalingen, die geen godsdienstige gevoelens kwetsen. Het Hof laat zich betrekkelijk makkelijk overtuigen door het argument dat het maken van onderscheid tussen kwetsende en niet kwetsende reclame-uitlatingen met een godsdienstig doel aanleiding tot allerlei problemen zou kunnen vormen. De normale toetsing in concreto wordt daarmee vervangen door een afstandelijke en goedwillende toetsing in abstracto. Afstandelijk en goedwillend omdat men zich zou kunnen stellen dat een rechter de

abstracte norm juist strijdig acht met het recht op uitingsvrijheid omdat er ook onschuldige uitlatingen onder kunnen vallen.

9. Het EHRM toetst niet strikt. Integendeel, het laat zich leiden door een aantal zachte en boterzachte argumenten. Ik noem er een aantal. Het Hof acht het feit dat deze norm alleen voor de omroep – en niet voor de pers – geldt acceptabel, nu de audiovisuele media een sterkere en meer directe impact hebben (69). Indien men een dergelijk uitgangspunt al accepteert, dan zou het ook voor niet-reclame uitingen op de omroep moeten gelden. De directe en krachtige impact van godsdienstige opvattingen wordt immers niet opgeheven door de programmatische verplichting aandacht te geven aan verschillende gezindten. Het kwetsen van gevoelens kan eigenlijk alleen voorkomen worden door sterk afwijkende groeperingen met uitgesproken opvattingen niet of niet ongetemperd aan het woord te laten.

10. Het bijkomend argument dat het toelaten van godsdienstige reclame ertoe leidt dat de rijkste nominaties de aandacht van kijker en luisteraar zullen opeisen, komt gezocht voor. In de eerste plaats is

het moeilijk voorstelbaar dat de Ierse omroep niet relatief veel aandacht besteedt aan het katholieke geloof en de ontwikkelingen daarin. Andere denominaties zullen er daarmee vergeleken bekaaid afkomen. Dat is programmatisch zeker te verdedigen, maar het is vreemd bij het reclameverbod ineens te schermen met een geheel ander pluriformiteitsconcept. In de tweede plaats zou een dergelijk argument ook pleiten voor een verbod in de pers.

11. De benadering van de Ierse regering is ingegeven door het belang van de integratiefunctie van de omroep. Deze functie is zeker bij de publieke omroep niet te miskennen. Op grond daarvan kan het uitzenden van bepaalde programma's worden verdedigd. Het wordt echter anders wanneer deze functie tot een beperking van de omroepvrijheid leidt, zeker indien deze beperking ook geldt voor onafhankelijke aanbieders. Het EHRM laat zich wel erg makkelijk overtuigen door de Ierse regering. Voor marginale groeperingen met afwijkende opvattingen is reclame soms één van de weinige mogelijkheden om aandacht te trekken.

COMMUNICATIEGRONDRECHTEN

LODEWIJK ASSCHER

Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving.

Voldoet de huidige formulering van de communicatiegrondrechten (het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim) in een tijd van technologische turbulentie? Of geeft de informatiesamenleving aanleiding tot wijziging? In deze studie worden beide grondrechten in samenhang onderzocht. Daarnaast komen de diverse initiatieven om de Grondwet 'technology proof' te maken aan bod. Aandacht wordt ook besteed aan de bescherming van communicatiegrondrechten in internationaal (met name Europees) verband. Om de Europese en Nederlandse rechtsontwikkeling in een ander perspectief te kunnen plaatsen, wordt tevens het Amerikaanse recht ter zake bestudeerd.

ISBN 9075727097

Ingenaaid 268 pagina's

Prijs € 30 (inclusief btw, exclusief verzendkosten)

Verkrijgbaar bij de boekhandel of rechtstreeks bij:

Lodewijk Asscher

COMMUNICATIEGRONDRECHTEN

Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving

Otto Cramwinckel Uitgever

Het onderzoek mondt uit in een aantal aanbevelingen die bij een wijziging van de artikelen 7 en 13 van de Grondwet betrokken kunnen worden. Daarbij is gestreefd naar een evenwicht tussen technologieonafhankelijkheid en effectieve rechtsbescherming.

"Communicatiegrondrechten is een zeer informatief boek dat een uitstekend beknopt overzicht biedt van de geschiedenis van de vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim.

Ook de jongste discussies over deze rechten komen aan bod.

Asscher schrijft helder en legt juridische begrippen duidelijk uit, zonder in jargon te vervallen". (Netkwesities.nl)

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416 • 1017 BZ Amsterdam

telefoon 020-627 66 09 • fax: 020-638 38 17

e-mail: info@cram.nl • url: www.cram.nl

Nr 45 Scientology vs. Karin Spaink en Providers

Gerechtshof 's-Gravenhage 4 september 2003

Het Gerechtshof te 's-Gravenhage, kamer M C-5, heeft het volgende arrest gewezen in de zaak van:

1. het rechtspersoonlijkheid bezittende kerkgenootschap naar buitenlands recht Church of Spiritual Technology, gevestigd te Los Angeles, Verenigde Staten van Amerika,
2. het rechtspersoonlijkheid bezittende kerkgenootschap naar buitenlands recht Religious Technology Center, gevestigd te Los Angeles, Verenigde Staten van Amerika,
3. de rechtspersoon naar buitenlands recht New Era Publications International ApS, gevestigd te Kopenhagen, Denemarken,

hierna ook te noemen: Scientology, RTC en NEPI, dan wel gezamenlijk Scientology c.s., appellanten, tevens incidenteel geïntimeerden, procureur: mr. E. Grabandt, advocaat: mr. R. Hermans (Amsterdam),

tegen:

1. Dataweb BV, gevestigd te 's-Gravenhage,
2. de stichting Stichting Temporary, (voorheen Stichting XS4ALL), gevestigd te Amsterdam,
3. de stichting Stichting De Digitale Stad, gevestigd te Amsterdam,
4. Cistron Internet Services BV, gevestigd te Alphen aan den Rijn,
5. Internet Access Eindhoven BV, gevestigd te Eindhoven,
6. de vennootschap naar buitenlands recht Euronet Internet Inc., gevestigd te Wilmington, Verenigde Staten van Amerika,
7. Wirehub! Internet BV, gevestigd te Rotterdam,
8. de stichting Stichting Internet Access, gevestigd te Slochteren,
9. Roland Walter Vergeer, (handelende onder de naam B-Art Midden Nederland), wonende te Leidschendam,
10. de vennootschap onder firma Lunatech Research BV i.o., (voorheen de vennootschap onder firma Lunatech Research), gevestigd te Rotterdam,
11. Michael David Pentowski, vennoot van geïntimeerde sub 10, wonende te Rotterdam,
12. Peter Firth Munro, vennoot van geïntimeerde sub 10, wonende te Workingham, Verenigd Koninkrijk
13. Stefan Mark Arentz, vennoot van geïntimeerde sub 10, wonende te Schagen,
14. Peter Alexander Kaas, vennoot van geïntimeerde sub 10, wonende te Odijk, gemeente Bunnik,
15. de vennootschap onder firma Spirit Interactive Diensten BV i.o., gevestigd te Rotterdam,
16. NV Eneco, vennoot van geïntimeerde sub 15, gevestigd te Rotterdam,
17. Rotterdams Dagblad BV, vennoot van geïntimeerde sub 15, gevestigd te Rotterdam,
18. de gemeente Rotterdam (Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam), vennoot van geïntimeerde sub 15, zetelend te Rotterdam,
19. Metropolis Internet BV, gevestigd te Dordrecht,
20. Karin Spaink, wonende te Amsterdam,
21. B-Art Noord Nederland BV, gevestigd te 's-Gravenhage,
22. de stichting Stichting Telebyte, gevestigd te Nijmegen,

hierna ook te noemen: Karin Spaink (geïntimeerde sub 20) en de Providers (geïntimeerden sub 1 tot en met 5, 7 tot met 19, 21 en 22), geïntimeerden, Karin Spaink en de Providers tevens incidenteel appellanten, procureur: mr. W. Taekema, advocaten: mr. P.H. Bakker Schut en mr. J.C.H. van Manen (beiden te Amsterdam).

Het geding

Scientology c.s. zijn bij exploiten van 8 en 9 september 1999 in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen Scientology c.s. als eisers enerzijds en onder meer geïntimeerden als gedaagden anderzijds gewezen vonnis van 9 juni 1999. Zij hebben daartegen drie (onvoorwaardelijke) grieven en drie voorwaardelijke grieven aangevoerd.

De procedure tussen Scientology c.s. en geïntimeerde sub 6 is op 27 april 2000 geroyeerd. De Providers en Karin Spaink hebben de grieven bestreden. Zij hebben, incidenteel appellerend, acht grieven tegen het vonnis aangevoerd, welke door Scientology c.s. zijn bestreden.

Partijen hebben vervolgens hun standpunten doen bepleiten door hun voornoemde advocaten aan de hand van pleitnotities, waarna zij onder overlegging van hun processtukken arrest hebben gevraagd.

Becoordeling van het hoger beroep

1. Nu de procedure tegen geïntimeerde sub 6 is geroyeerd, behoeft daarop niet meer te worden beslist.

2. Het gaat in dit geding, kort aangeduid, om het volgende. In 1991 heeft Scientology tegen Steven Fishman, voormalig lid van Scientology, een procedure aangespannen. In die procedure heeft Fishman een schriftelijke partijverklaring (de zgn. Fishman Affidavit) ingebracht, met bijlagen waaronder vertrouwelijke delen uit de werken over de Scientology-leer en -organisatie, welke werken bekend zijn onder de naam Operating Thetan I tot en met Operating Thetan VII (hierna ook te noemen OT I tot en met OT VII). Karin Spaink heeft in 1995 de Fishman Affidavit met bijlagen waaronder vertrouwelijke delen uit de OT-werken, op haar websites bij (voorheen genaamd) XS4ALL en bij Planet Internet geplaatst. Nadat zij deze vóór 23 februari 1996 had verwijderd, heeft Karin Spaink haar eigen relaas over Scientology op haar websites (hierna aan te duiden als: website (in het enkelvoud)) gezet, in welk relaas enige citaten uit onder meer OT II, OT III en Ability zijn opgenomen (producties 19a, 19b en 19c in kort geding, overgelegd bij conclusie van antwoord van mr. Bakker Schut).

3. De door de rechtbank vastgestelde feiten, weergegeven onder 1 van het vonnis, zijn niet bestreden, zodat ook het hof van deze feiten zal uitgaan.

Dit brengt mee dat ook in hoger beroep ervan zal worden uitgaan dat de citaten uit OT II en OT III op de website van Karin Spaink overeenkomen met de desbetreffende teksten uit de originele werken OT II en OT III.

4. Scientology c.s. hebben in dit geding gevorderd, samengevat:

a) te verklaren voor recht dat de (in eerste aanleg gedaagde) providers door het zonder toestemming van hen (Scientology c.s.), als direct of indirect rechthebbenden, voor derden toegankelijk op door hen gecontroleerde, dan wel aan hen toebehorende computersystemen aanwezig hebben van

- 1) een verveelvoudiging van werken waarvan Scientology het auteursrecht bezit,
- 2) een 'link' welke bij activering veroorzaakt dat een verveelvoudiging van een werk waarvan Scientology het auteursrecht bezit wordt vertoond op het scherm van de gebruiker, zich schuldig maken aan een openbaarmaking en/of verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet 1912 (hierna: Aw) en/of onrechtmatig jegens hen handelen indien zij van de aanwezigheid van voornoemde documenten respectievelijk het bestaan van voornoemde 'link' op de hoogte zijn dan wel hadden behoren te zijn;

b) te verklaren voor recht dat de werken bekend onder de naam OT I tot en met OT VII, althans OT II en OT III niet rechtmatig zijn openbaar gemaakt in de zin van artikel 15a onder 1 Aw;

c) Karin Spaink te bevelen, op straffe van een dwangsom, iedere inbreuk op de auteursrechten van Scientology te staken en gestaakt te houden, waaronder iedere openbaarmaking en/of verveelvoudiging van de documenten Ability en OT I tot en met OT VII, althans van de documenten Ability, OT II en OT III;

d) de providers te bevelen, op straffe van dwangsommen, primair: iedere inbreuk op de auteursrechten van Scientology te staken en gestaakt te houden, waaronder iedere openbaarmaking en/of verveelvoudiging van de documenten Ability, OT I tot en met OT VII, althans van de documenten Ability, OT II en OT III;

subsidiair: zorg te dragen voor onmiddellijke verwijdering van inbreukmakende documenten, waaronder Ability en OT I tot en met OT VII, althans van de documenten Ability, OT II en OT III, zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid daarvan op hun computersysteem dan wel een door hen gecontroleerd computersysteem;

meer subsidiair: zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid van eerder genoemde inbreukmakende documenten op hun computersysteem dan wel een door hen gecontroleerd compu-

tersysteem, de desbetreffende gebruiker te verzoeken de inbreukmakende documenten onmiddellijk te verwijderen bij gebreke waarvan zij de gebruiker verdere toegang tot hun computersysteem zullen ontzeggen;

e) de providers te bevelen, op straffe van dwangsommen, Scientology c.s. te informeren over de namen en adressen van derden die via hun computersysteem of een door hen gecontroleerd computersysteem inbreukmakende documenten openbaar gemaakt of verveelvoudigd hebben, dan wel zullen openbaar maken of verveelvoudigen.

De rechtbank heeft bij het vonnis waarvan beroep de gevorderde verklaringen voor recht sub a) en de jegens de providers (met uitzondering van de vennootschap onder firma Lunatic Research en haar vennoten en Dutch Channel Ltd) gevorderde bevelen sub d) subsidiair en e) toegewezen als in het vonnis is vermeld, en heeft de vorderingen voor het overige afgewezen.

5. In hoger beroep is niet meer weersproken dat (delen van) de werken OT II, OT III en Ability een eigen, oorspronkelijk karakter bezitten en het persoonlijk stempel van de maker dragen en aldus auteursrechtelijk beschermd zijn.

In hoger beroep herhalen Karin Spink en de Providers hun betwisting dat het auteursrecht op de OT-werken toekomt aan Scientology. De rechtbank heeft overwogen, dat L. Ron Hubbard de auteursrechten op zijn werken bij testament heeft vermaakt aan de Trustee of Author's Family Trust B en dat blijkens de ten processe overgelegde akte van 'Assignment' met de daarbij behorende 'Attachment B' (productie 10 bij conclusie van eis in eerste aanleg van Scientology c.s.) de auteursrechten op OT I tot en met OT III, die in die akte worden vermeld, evenals het auteursrecht op Ability, zijn overgedragen aan Scientology, en dat aan RTC respectievelijk NEPI een licentie is verleend met betrekking tot (onder meer) OT II en OT III respectievelijk (onder meer) Ability. Nu Karin Spink en de Providers dit onvoldoende hebben weersproken, gaat het hof ervan uit dat Scientology, voor zover van belang, auteursrechthebbende is op de werken OT II, OT III en Ability en dat RTC en NEPI licentiehoudster zijn met betrekking tot OT II en OT III respectievelijk Ability.

Wat de overige werken betreft stellen Scientology c.s. onder 19 van hun memorie van antwoord in het incidenteel appel dat het feit dat in deze procedure alleen het auteursrecht van Scientology c.s. op de werken OT II, OT III en Ability is komen vast te staan niet afdoet aan de verplichting van de Providers om 'de verveelvoudiging van andere werken', waarop Scientology auteursrecht heeft, te verwijderen dan wel te blokkeren na ontvangst van een kennisgeving aan de juistheid waarvan in redelijkheid niet valt te twijfelen.

Daar Scientology c.s. ook in hoger beroep niet nader hebben onderbouwd dat zij rechthebbende(n) zijn op andere werken dan OT II, OT III en Ability, gaat het hof aan de vermeende inbreuk op die 'andere werken' voorbij.

6. Scientology c.s. hebben hun vorderingen (primair) gebaseerd op het recht zich te verzetten tegen het zonder toestemming openbaar maken en verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde werken waarvan zij het auteursrecht bezitten.

Hieronder zal worden nagegaan of er in het onderhavige geval sprake is van beperkingen op het auteursrecht, met name op grond van artikel 15a van de Auteurswet 1912 en artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna ook: EVRM), nu Karin Spink en de Providers hun beroep op deze beperkingen in hoger beroep hebben gehandhaafd. Het hof merkt in dit verband op dat het enkele overleggen van processtukken (al dan niet met producties) uit een eerder gevoerd kort geding en/of het zich daarop in algemene zin beroepen niet voldoende/voldoet aan het vereiste dat een partij die zich op bepaalde feiten en omstandigheden wil beroepen, dit op zodanige wijze moet doen dat voor de rechter voldoende duidelijk is wat als grondslag voor de vordering wordt voorgelegd en voor de wederpartij waarop zij haar verdediging dient af te stemmen (vgl. HR 31 december 1993, NJ 1994, 387 en HR 8 januari 1999, NJ 1999, 342).

7.1. Grief I in het principaal appel, gericht tegen rechtsoverweging 13 van het vonnis, betreft de afwijzing (en de motivering daarvan) van de gevorderde verklaring voor recht, inhoudende dat de desbetreffende OT-werken niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt in de zin van artikel 15a Aw.

7.2. Tussen partijen is niet in geschil dat (ook) de vraag, of de desbetreffende OT-werken (bijlagen van de Fishman Affidavit) waaruit Karin Spink op haar website heeft geciteerd, (eerder) rechtmatig openbaar zijn gemaakt, moet worden beoordeeld naar Nederlands recht, zijnde het recht van het land waar de auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen.

Volgens artikel 15a Aw (welke bepaling is ontleend aan artikel 10 lid 1 Berner Conventie) is het citeren uit een auteursrechtelijk beschermd werk geoorloofd mits wordt voldaan aan een aantal in de wet omschreven voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat het werk waaruit wordt geciteerd reeds rechtmatig openbaar is gemaakt. Tussen partijen bestaat er kennelijk geen verschil van mening over dat het relaas van Karin Spink op haar website aan de overige in artikel 15a Aw genoemde voorwaarden voldoet.

7.3. Niet weersproken is dat het door NEPI gepubliceerde werk Ability rechtmatig openbaar is gemaakt. Dit brengt mee dat het Karin Spink op grond van artikel 15a Aw vrij staat te citeren uit Ability, mits aan de andere wettelijke voorwaarden wordt voldaan.

7.4. Scientology c.s. stellen zich op het standpunt dat de OT-werken nooit eerder rechtmatig openbaar zijn gemaakt en dat aan Karin Spink ook geen toestemming is gegeven voor het citeren uit die werken. Die werken, aldus Scientology c.s., worden slechts in beveiligde ruimten ter inzage gegeven aan geselecteerde leden aan wie bovendien strikte geheimhouding is opgelegd. Volgens Scientology worden alleen die leden geselecteerd 'die een bepaald niveau van spiritualiteit hebben bereikt en die door de Church worden uitgenodigd deel te nemen aan religieuze bijeenkomsten waarbij beperkt gebruik wordt gemaakt van de OT-werken'.

7.5. Karin Spink en de Providers voeren aan dat de stukken OT II en OT III, die sinds de jaren 50 bestaan, geruime tijd binnen de Scientology-gemeenschap hebben gecirculeerd en dat leden, die het desbetreffende 'OT-level' hadden bereikt de documenten in hun bezit kregen (pleitnotities mr. Van Manen in eerste aanleg, 28). Zij beroepen zich op een verklaring van Robert Vaughn Young (zie Appendix p.115 e.v., KS-28, bij het Verweer van Karin Spink (productie 2c in kort geding, overgelegd bij conclusie van antwoord van mr. Bakker Schut) en de getuigenverklaring van Warren McShane, vice-president van RTC (kenbaar uit pagina's 52 en 53 van het door Scientology c.s. als productie 47 overgelegde Zweedse vonnis van 14 september 1998), dat ongeveer 20.000 tot 25.000 (en bij pleidooi in hoger beroep: minimaal 25.000) mensen OT II en OT III hebben gelezen, en op de pagina's 53 en 54 van dat vonnis.

Daarnaast stellen Karin Spink en de Providers dat de teksten openbaar zijn gemaakt doordat deze gedurende geruime tijd in de bibliotheek van het District Court for the Central District of California ter inzage hebben gelegen en daarvan tegen betaling afschriften verkrijgbaar waren (zie Memorandum Opinion van 30 augustus 1995 in RTC vs. Lerma (productie 2c in kort geding; Appendix, p. 33, KS-9, bij het Verweer van Karin Spink en voorts Memorandum Opinion and Order of the District Court Colorado van 15 september 1995 inzake F.A.C.T. NET/RTC (productie 3 in kort geding, overgelegd bij pleidooi in eerste aanleg door mr. Pors)).

Scientology c.s. weerspreken op zichzelf niet dat door de jaren heen een groot aantal personen heeft kennisgenomen van de OT II en OT III, maar voeren aan dat dit geschiedde onder strikte geheimhouding. Zij betwisten dat werken aan leden werden (mee)gegeven, en voeren aan dat, indien derden (waaronder gewezen leden) inzage van de geschriften hebben gekregen, dit op onrechtmatige wijze is geschied.

7.6. Scientology c.s. betogen dat de term 'openbaar gemaakt' in artikel 15a Aw de eerste openbaarmaking betreft; het gaat daarbij om het verschijnen, het toegankelijk maken van werken voor een algemeen publiek.

Karin Spink en de Providers beroepen zich wat de uitleg van 'openbaar gemaakt' in artikel 15a Aw betreft onder meer op artikel 12, lid 4 Aw en, naar het hof begrijpt, op artikel 12, lid 1, onder 2° Aw.

7.7. Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

Noch de Berner Conventie noch de Auteurswet 1912 geven een omschrijving van het (primaire) begrip 'openbaar maken' (of van 'verveelvoudigen'). Het begrip openbaar maken dient volgens de wetgever te worden verstaan naar zijn oorspronkelijke betekenis.

Wat in de eerste plaats moet worden verstaan onder 'het openbaar maken', waartoe de uitsluitende bevoegdheid een essentie is van het auteursrecht, behoeft de wet niet te bepalen. Ten aanzien van ieder soort van letterkundig, wetenschappelijk of kunstwerk geeft het woord zijn natuurlijk begrip duidelijk aan. Bij letterkundig en wetenschappelijke werken, die in een geschrift bestaan, betekent het in druk doen verschijnen en voor het publiek verkrijgbaar stellen, uitgeven. Evenzoo bij muziekstukken. Bij schilderijen en beeldhouwwerken moet men eronder verstaan, het inzien op enen tentoonstelling, voor het publiek toegankelijk. (...)
(memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Auteurswet 1912)

Omdat volgens de wetgever met het primaire begrip openbaar maken niet kan worden volstaan, is destijds daarnaast in de wet een aantal handelingen vermeld die 'mede' als openbaarmaking worden beschouwd (zie artikel 12 Aw).

De memorie van antwoord bij de wet tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie, *Stb.* 1985, 307 (Tweede Kamer, zitting 1982-83, 16 740, nr.7, pag. 8) houdt onder meer in: 'De eis van een rechtmatig openbaarmaking in artikel (thans) 15a is ontleend aan artikel 10, eerste lid van de Akte van Parijs van de Berner Conventie betreffende het citaatrecht en wordt daar gesteld omdat men het citaatrecht niet wilde laten gelden voor manuscripten of werken voor een beperkt publiek, maar alleen voor werken die tot het gehele publiek gericht zijn.'

7.8. Naar het oordeel van het hof is met 'openbaar gemaakt' in artikel 15a, lid 1 Aw dan ook bedoeld de eerste openbaarmaking in de oorspronkelijke betekenis. De openbaarmaking moet voorts rechtmatig zijn geweest.

Ten overvloede wordt voor het geval, dat ervan zou worden uitgegaan dat onder 'openbaar gemaakt' in artikel 15a Aw mede de uitbreidingen ingevolge artikel 12 Aw zijn begrepen, nog het volgende overwogen.

Artikel 12, lid 1 onder 2°, Aw is niet van toepassing, omdat die bepaling de verbreiding van werken betreft die – anders dan de werken OT II en OT III – (nog) niet in druk zijn verschenen (manuscripten). Het hof verwierpt het beroep op artikel 12, lid 4 Aw evenzeer. Deze bepaling heeft slechts betrekking op een voordracht, op- of uitvoering of voorstelling dan wel een tentoonstelling van een werk. Feiten en omstandigheden waaruit volgt dat daarvan bij de werken OT II en OT III sprake is geweest zijn door Karin Spaink en de Providers niet (genoegzaam) gesteld, noch is daarvan gebleken. Laatstbedoelde bepaling geeft overigens een omschrijving van aan de auteur voorbehouden exploitatiehandelingen en betreft dus niet het recht van eerste openbaarmaking (vgl. memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (Tweede kamer, zitting 1964-65, nr. 3) dat heeft geleid tot de wet van 27 oktober 1972 tot herziening van de Auteurswet 1912, *Stb.* 1972, 579).

7.9. Uit de processtukken blijkt dat de Fishman Affidavit met bijlagen gedurende een periode van ongeveer twee jaren ter inzage heeft gelegen in de bibliotheek van de District Court for the Central District of California en dat in die periode kopieën van dat document voor derden vrijelijk verkrijgbaar waren.

Hoewel uit de processtukken blijkt dat de Fishman Affidavit (met de bijlagen) via het internet is verspreid en aldus in het publieke domein is gekomen, moet op grond van de processtukken ervan worden uitgegaan dat daartoe noch door Scientology noch door Scientology c.s. toestemming is verleend, zodat het hof ervan zal uitgaan dat op deze wijze de documenten niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt.

7.10. Ten processe staat vast dat OT II en OT III vanaf de jaren '50 binnen Scientology zijn verspreid. Niet voldoende weersproken is voorts dat in de loop der jaren een groot aantal leden (het aantal van 20.000 à 25.000 is onvoldoende betwist) daarvan kennis heeft genomen. Verder is gebleken dat in elk geval thans de leden van Scientology zijn gebonden aan een geheimhoudingsverplichting en dat er sprake is van stringente beveiligingsmaatregelen op dit punt (zoals het hof op de bij pleidooi getoonde video-opname zelf heeft kunnen waarnemen). De juistheid van de – door Scientology c.s. betwiste – stelling van Karin Spaink en de Providers dat er in het verleden geen geheimhoudingsverplichting voor de leden gold en dat de OT-documenten vrijelijk binnen en buiten de Scientology-organisatie hebben gecirculeerd staat niet vast op grond van de processtukken. Daartoe zijn de verklaringen van Young en McShane te weinig concreet. Bovendien valt ook uit hun verklaringen af te leiden dat er wel een geheimhoudingsplicht was maar dat die niet of niet voldoende werd nageleefd.

Dit laatste is niet zonder meer gelijk te stellen aan een stilzwijgende toestemming om de documenten te verspreiden. Nu Karin Spaink en de Providers hun stelling onvoldoende hebben geconcretiseerd en/of onderbouwd en nu ook niet is gebleken dat wat het kennis nemen van OT II en OT III betreft er voor leden ook tegenover derden (niet-leden) geen geheimhoudingsplicht bestond en evenmin dat die documenten zonder beperking ook voor derden ter inzage waren, passeert het hof het bewijsaanbod van Karin Spaink en de Providers als onvoldoende gesubstantieerd en gaat het hof ervan uit dat de leden geen toestemming hadden die werken onbeperkt, dus ook onder derden, te verspreiden.

7.11. Het vorenstaande brengt mee dat aan de hierboven onder 7.2 genoemde voorwaarde van 'rechtmatig openbaar gemaakt', als bedoeld in artikel 15a Aw, niet is voldaan.

7.12. In het arrest HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 is onder meer overwogen:

3.6.2. (...) Wel is in paragraaf 6 van Hoofdstuk I van de Auteurswet 1912 een aantal beperkingen van het auteursrecht opgenomen, waaraan in de regel een afweging ten grondslag ligt van de belangen van de rechthebbende op het auteursrecht tegenover de maatschappelijke of economische belangen van anderen of tegen het algemeen belang. Deze uitdrukkelijke beperkingen sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen. Bij een zodanige afweging kan bij een of meer in de wet opgenomen beperkingen aansluiting worden gezocht.

In het genoemde arrest is beslist dat het wettelijk stelsel van de grenzen van het auteursrecht in de Auteurswet 1912 niet limitatief is. Het hof is evenwel van oordeel dat het stelsel van de Auteurswet (en de Berner Conventie) in dit geval geen ruimte biedt om de grenzen van het essentiële primaire begrip 'openbaar maken' en de term 'rechtmatig' in artikel 15a Aw ruimer te bemeten. Evenmin doet zich de omstandigheid voor, dat het belang niet is onderkend auteursrechtelijke beschermde werken beschikbaar te stellen om daaruit te citeren in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling.

Grief I in het principaal appel slaagt derhalve, maar kan gelet op hetgeen hierna zal worden overwogen niet tot vernietiging van het vonnis leiden.

8.1. Karin Spaink en de Providers betogen verder dat de uitoefening (en handhaving) van het auteursrecht door Scientology c.s. in strijd is met artikel 10 EVRM. Zij voeren aan dat Karin Spaink met het litigieuze relaas op haar website, waarin citaten uit de OT II, OT III (en Ability) voorkomen, heeft beoogd informatie te verstrekken over de Scientology-leer en -organisatie en te waarschuwen voor misstanden daarbij.

8.2. Ingevolge het tweede lid van artikel 10 EVRM kan het recht op informatievrijheid worden onderworpen aan beperkingen die in een democratische samenleving nodig zijn ter bescherming van onder meer de rechten van anderen. Onder die rechten valt in beginsel mede het auteursrecht, nu dit bij de wet is voorzien en dient ter bescherming van de rechten van anderen.

Denkbaar is dat er bijzondere gevallen zijn waarin de handhaving van het auteursrecht, zoals een inbreukverbod, moet wijken voor de informatievrijheid.

Hieronder zal worden nagegaan of in het onderhavige geval toewijzing van de vorderingen van Scientology c.s. – hetgeen leidt tot beperking van de informatievrijheid –, in een democratische samenleving nodig is, met andere woorden of deze beperking beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte ('pressing social need') en een gerechtvaardigd doel dient ('proportionate to the legitimate aim pursued'), waartoe – rekening houdende met alle omstandigheden van het geval – een proportionaliteitstoets/ belangenafweging dient plaats te vinden en waarbij aan de nationale autoriteiten een zekere beleidsvrijheid

('margin of appreciation') is overgelaten (vgl. EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146).

8.3. Met betrekking tot de leer en organisatie van Scientology c.s. en de gang van zaken bij de Scientology-organisatie is uit de – in zoverre niet voldoende weersproken – processtukken het volgende gebleken:

– Aangaande de Scientology-leer uit OT III:

Miljoen jaren geleden heeft Xenu, de kwade prins die over het Galactisch Universum heerste, een overbevolkingsprobleem opgelost door mensen naar de aarde te transporteren en twee kernbommen te laten exploderen, één op Las Palmas en één op Hawaï. Hun zielen ('Thetans') zwerven nog steeds op aarde. Wij zijn die Thetans, maar we zijn versuft en afgestompt; Scientology leert ons hoe mensen hun volledige vermogens kunnen terugkrijgen en de status 'Operating Thetan' kunnen bereiken. Een Operating Thetan kan mensen met gedachten bedwingen, heeft een bovenmatige intelligentie en kan met dieren en planten communiceren. Voorts hebben mensen trauma's ('engrammen'), vaak opgedaan in vorige levens, en die kun je weg krijgen via Scientology; ten slotte zijn er 'Body Thetans', die eveneens voor flinke problemen zorgen; en ook die kunnen aanhangers leren kwijt te raken. Helaas zijn er oneindig veel (zie pleitnota in kort geding van mr. Bakker Schut onder 1.a, waarnaar in zijn pleitnota in dit geding wordt verwezen).

– Voorts staat als niet voldoende weersproken vast dat de lessen in de Scientology-leer gepaard gaan met 'auditing'. Daarbij moeten leden van Scientology onder begeleiding van een leraar ('auditor') allerlei tegenstrijdige 'notions' herhalen of zich bepaalde incidenten voorstellen, terwijl zij tegelijkertijd een zogenaamde E-meter vasthouden, een soort leugendetector die hun reactie moet meten. Pas als de E-meter een gewenste uitslag geeft, mogen zij zich bezig houden met de volgende onderdelen van de leer.

– Een door de Bondsregering van Duitsland uitgegeven brochure (productie 18 in kort geding van mr. Bakker Schut) houdt onder meer in:

als voorwoord van de Duitse minister voor Familiezaken, Ouderen, Vrouwen en Jeugd:

Viele Bürgerinnen und Bürger, die sich von den bedenklichen Praktiken und Aktivitäten der Scientology-Organisation betroffen fühlen, wenden sich an mich mit der Bitte um Hilfe und Rat: junge Frauen und Männer, die durch Scientology ihre Berufsausbildung abgebrochen, ihren Beruf aufgegeben, ihre Familien verlassen haben und in materielle Schwierigkeiten geraten sind. (...) Diese Entwicklung erfüllt mich mit wachsender Sorge. Die Scientology-Organisation ist keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft, sondern ein weltweit operierendes, hemmungslos auf Gewinn ausgerichtete Unternehmen.

In de brochure is verder vermeld:

Um die einzige 'Wahrheit' zu bewahren, wird Kritik innerhalb des Systems nicht geduldet. Ein ausgeklügeltes Kontroll- und Überwachungssystem sorgt dafür, dass Abweichler erkannt und 'gehandhabt' werden können.

(...)
Die Gefahren für die Gesellschaft liegen in der Zielsetzung Scientologys, die bestehende Ordnung scientologisch zu beherrschen. Eine scientologisch geprägte Gesellschaft kennt keine Freiheitsrecht im Sinne des Grundgesetzes.

(...) Denn: Scientology ist nicht harmlos. Es ist auch keine Religions- oder Glaubensgemeinschaft. Es ist vielmehr eine auf unbedingte Gewinnmaximierung ausgerichtete wirtschaftliche Organisation, deren Ideologie totalitäre Züge trägt und deren Weltbild das Bundesarbeitsgericht als menschenverachtend bezeichnet hat.' (pag. 7)

Ziel der Scientology-Organisation ist die Erschaffung eines neuen Menschen scientologischer Prägung und einer neuen ausschliesslich nach scientologischen Richtlinien funktionierende Welt. Scientology strebt die Weltherrschaft an. Dies wird insbesondere aus Hubbards Aussagen zur 'bisherigen' Demokratie deutlich. Ohne zwischen den verschiedenen derzeit bekannten Demokratieformen zu unterscheiden, wird jedwede Demokratie als nutzlos beschrieben:

Ich sehe nicht, dass populäre Massnamen, Selbstverleugnung und Demokratie dem Menschen irgendetwas gebracht haben, ausser ihn weiter in den Schlamm zu stossen.'

Damit erhebt Scientology den Absolutanspruch auf den einzig wahren Heilsweg.' (pag. 15)

(...) Hubbard lehnt Recht als 'Anwendung des Gesetzes' ab. (...) Für ihn ist Recht nicht ein Normenkatalog zur Begründung von Rechten und Pflichten des Bürgers (...) Recht ist das, was Scientology weiterbringt.' (pag. 16).

– Een Affidavit van L. Ron Hubbard Jr., de oudste zoon van Hubbard (productie 9 in kort geding van mr. Bakker Schut) houdt onder meer in:

5. (...)

In connection with each and every corporation which we created under general heading of the 'Church of Scientology', my father always required all of the Directors and Officers of all corporations to give him undated signed resignations in advance which he held. In that manner he always has retained complete control over every corporation including its bank accounts.

(...)

7. *My father obtained the rights to the E-meter in 1952 from Volney Mathison. (...) My father learned about the E-meter from Mathison who developed it and my father fraudulently extracted those rights from Mathison so that my father could use it in Scientology auditing.*

8. *My father has always used the confidential information extracted from people during auditing sessions to intimidate, threaten and coerce them to do what he wanted, which often meant getting them to give him money.*

(...)

10. *My father's basic policies relating to 'suppressive persons', 'Fair Game', 'attack the attacker', etc. have always been and will always be an integral part of Scientology. The organizational structure of Scientology and the theories of Scientology cannot operate and Scientology would not be Scientology without such policies.*

My father and I discussed the basic theories of dealing with suppressive persons, such as what eventually became designated as the 'Fair Game Doctrine' on many occasions. These policies have never changed.

– De door Scientology c.s. niet weersproken Declaration van Vicki Aznaran (voormalig President van RTC) (productie 9 in kort geding van mr. Bakker Schut) houdt onder meer in:

(...)

22. *The legal strategy of Scientology and the existence of numerous potential legal problems, some of which are set forth below, were known to me when I was a staff member in Scientology. Enemies of Scientology are deemed to be 'suppressive persons' ('SPs'). One becomes a 'suppressive person' by doing a suppressive act, such as suing Scientology as a litigant or lawyer. In the jargon of Scientology, when one is 'declared' this means that one has been declared a 'suppressive person' and, therefore, may be harassed, hurt, damaged or destroyed without regard to truth, honesty or legal rights. It is considered acceptable within Scientology to lie, cheat, steal and commit illegal acts in the name of dealing with a 'suppressive person'*

23. *This practice or policy is sometimes referred to as the policy of 'fair game'. (...) The fair game policy was issued in the 1960s. It was never cancelled. A document was issued for public relations reasons that purportedly canceled 'fair game'; however, that document stated that it did not change the manner of handling persons declared 'SP'.*

8.4. Uit de door mr. Bakker Schut in het geding gebrachte producties 19a, 19b en 19c blijkt dat het relaas van Karin Spaink naast citaten van derden enkele citaten uit OT II en III bevat. Naar het oordeel van het hof moeten de citaten uit OT II en OT III worden gezien in de context van haar gehele relaas en is daarbij gebleken dat deze citaten, hoewel gering in aantal, de door haar beoogde informatieverstrekking over de Scientology-leer en de gang van zaken bij de Scientology-organisatie ondersteunen en geloofwaardig maken. Gesteld noch gebleken is dat zij daarmee (mede) een commercieel doel heeft beoogd.

Uit de hiervoor onder 8.3 vermelde teksten blijkt dat Scientology c.s. met hun leer en organisatie de verwerping van democratische waarden niet schuwen. Uit die teksten volgt tevens dat met de geheimhouding van OT II en OT III mede wordt beoogd macht uit te oefenen over leden van de Scientology-organisatie en discussie over de leer en praktijken van de Scientology-organisatie te verhinderen.

Als bijkomende omstandigheid geldt dat de documenten OT II en OT III door toedoen van voormeld District Court te Californië tijdelijk voor ieder verkrijgbaar waren, aldus in het publiek domein zijn geweest en in die periode op het internet zijn geplaatst.

Verder heeft het hof in aanmerking genomen dat het dwingen van de Providers om in dit geval de informatie van Karin Spaink te verwijderen of ontoegankelijk te maken disproportioneel is.

Naar 's hofs oordeel kan in deze bijzondere omstandigheden niet worden gezegd dat een beperking van de informatievrijheid op grond van de handhaving van het auteursrecht nodig is in de zin van artikel 10 EVRM en evenmin dat het belang van Karin Spaink en de Providers en het algemeen belang bij de informatievrijheid van artikel 10 lid 1 EVRM in verhouding tot dat van Scientology c.s. bij handhaving van hun auteursrecht in dit geval minder zwaar weegt. Derhalve behoort het eerstgenoemde belang niet te wijken voor het belang van Scientology c.s. en slaagt het beroep op artikel 10 lid 1 EVRM.

9. Voor zover Karin Spaink en de Providers een beroep doen op artikel 11 Aw, behoeft daarop gezien het vorenstaande niet meer te worden ingegaan.

10. Of door het plaatsen van de (gehele) Fishman Affidavit met bijlagen op de website al dan niet aan de eis van proportionaliteit is voldaan dan wel of artikel 10 lid 1 EVRM al dan niet moet wijken voor de beperking van het auteursrecht, kan naar het oordeel van het hof buiten beschouwing blijven op grond van het volgende. Naar vast staat heeft Karin Spaink de Fishman Affidavit met bijlagen in 1995 op de website geplaatst en vóór 23 februari 1996 daarvan verwijderd. Scientology c.s. hebben betoogd dat dit is geschied na sommatie en onder de druk van een kort geding. Nu Karin Spaink ook na het vonnis in kort geding en na het vonnis waarvan beroep (in welke beide gedingen een inbreukverbod jegens haar werd afgewezen) niet is overgegaan tot publikatie op enigerlei wijze van de Fishman Affidavit met bijlagen, acht het hof thans op dit punt geen dreiging meer aanwezig. Dit brengt mee dat het gevorderde inbreukverbod achterwege dient te blijven. Derhalve faalt de (voorwaardelijke) principale grief I, welke aan de orde is nu de desbetreffende voorwaarde is vervuld. De incidentele grief 6 behoeft geen behandeling.

11. De (voorwaardelijke) principale grief II houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de activiteiten van de providers geen relevante verveelvoudiging en/of openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 opleveren.

12. Naar het oordeel van hof verschaffen service-providers slechts de technische faciliteiten om openbaarmaking van gegevens door anderen mogelijk te maken. Het lijkt dan ook niet juist hen op één lijn te stellen met uitgevers die, naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken.

Dit oordeel is ook in overeenstemming met het Agreed Statement bij artikel 8 van het WIPO Auteursverdrag: 'It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the 'Berne Convention.'

Van auteursrechtinbreuk door verveelvoudiging en openbaarmaking door de Providers kan evenmin worden gesproken, nu de citaten van Karin Spaink in casu geen auteursinbreuk opleveren. Voor het overige hebben Scientology c.s. onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit het tegendeel kan blijken. De voorwaardelijke principale grief II kan niet tot vernietiging leiden.

13. Uit het vorenstaande vloeit voort dat Karin Spaink door haar relaas met de litigieuze citaten op haar website te plaatsen en geplaatst te houden geen inbreuk maakt op het auteursrecht. Evenmin is gebleken dat zij in de gegeven omstandigheden daarmee onrechtmatig heeft gehandeld. Feiten of omstandigheden, waaruit volgt dat zij zich anderszins onrechtmatig heeft gedragen, zijn onvoldoende onderbouwd.

Nu van inbreuk op het auteursrecht of onrechtmatig handelen van Karin Spaink te dien aanzien geen sprake is, is evenmin sprake van onrechtmatig handelen van de Providers met betrekking tot het relaas van Karin Spaink.

Gelet op hetgeen hierboven in rechtsoverweging 10 is overwogen, is er ook geen dreiging dat de (volledige) Fishman Affidavit met bijlagen op de servers van de providers zullen worden geplaatst.

Dit brengt mee dat de incidentele grief 1 slaagt, evenals de incidentele grieven 2, 3, 4 en 5 voor zover die zijn gebaseerd op beweerde onrechtmatige gedragingen van de Providers, zodat het vonnis niet in stand kan blijven. Voor het overige behoeft op de incidentele en principale grieven, evenals de overige stellingen en weren van partijen, bij gebrek aan belang, niet meer te worden ingegaan.

14. Aan het bewijsaanbod van partijen gaat het hof voorbij, nu dit niet terzake dienende is en/of onvoldoende gesubstantieerd en/of gespecificeerd.

15. De (voorwaardelijke) principale grief III en de incidentele grief VIII betreffen de in het vonnis uitgesproken compensatie van kosten. Het voorgaande brengt mee dat Scientology c.s. als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij zullen worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg en van het principaal en het incidenteel beroep. De (voorwaardelijke) principale grief III faalt dan ook, terwijl de incidentele grief VIII slaagt. Derhalve zal worden beslist als na te melden.

Beslissing

Het Gerechtshof:

in het incidenteel beroep:

– vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover de gevorderde verklaringen voor recht en de gevorderde bevelen (de in de inleidende dagvaarding vermelde vorderingen onder a, b, e subsidiair en f) jegens de Providers zijn toegewezen en de proceskosten zijn gecompenseerd; en te dien aanzien opnieuw rechtdoende;

– wijst af de vorderingen jegens de Providers (de in de appeldagvaarding vermelde vorderingen sub a, b, e en f);

– verwijst Scientology c.s. in de kosten van het geding in eerste aanleg en begroot deze aan de zijde van Karin Spaink en de providers op € 1.351,50;

– bekrachtigt het vonnis voor het overige;

– verwijst Scientology c.s. in de kosten van het incidenteel beroep en begroot deze tot op deze uitspraak aan de zijde van Karin Spaink en de Providers op € 1.156,50;

In het principaal beroep:

– verwerpt het beroep;

– verwijst Scientology c.s. in de kosten van het principaal beroep en begroot deze tot op deze uitspraak aan de zijde van Karin Spaink en de Providers op € 2.528,50.

Dit arrest is gewezen door mrs Fasseur-van Santen, Kiers-Becking en Ottevangers, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 4 september 2003, in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectueel eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

Artikel 15a Auteurswet bepaalt dat slechts geciteerd mag worden uit werken die rechtmatig zijn openbaar gemaakt. Mevrouw Karin Spaink heeft op haar website geciteerd uit documenten die door de rechthebbende, de Scientology-sekte, aan tienduizenden volgelingen beschikbaar zijn gesteld, evenwel op voorwaarde van strikte geheimhouding. De verdere feiten van deze inmiddels bijna acht jaar oude kwestie zijn te vinden in r.o. 2 van het arrest en in r.o. 1 van het vonnis (Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999, p. 205).

Het gerechtshof is van oordeel dat de betreffende documenten niet rechtmatig zijn openbaar gemaakt en dat derhalve niet aan alle voorwaarden van artikel 15a Auteurswet om te mogen citeren is voldaan. Dit oordeel lijkt mij juist. 'Openbaar maken' heeft in de Auteurswet verschillende betekenissen. In artikel 15a lid 1 heeft het de betekenis van *voor het eerst aan het publiek ter beschikking stellen of aan de openbaarheid prijsgeven*. Het verschilt daarmee wezenlijk van het 'openbaar maken' als verzamelbegrip voor verschillende handelingen die onder het exploitatie- en verbodsrecht van de auteur vallen. Het verschilt ook van het openbaar maken in de betekenis van het 'verbreiden' voordat het werk in druk is verschenen, genoemd in artikel 12 lid 1 sub 2 Auteurswet. De manier waarop deze openbaarmaking in de zin van artikel 15a Aw plaats vindt kan verschillen. Het kan door het verspreiden van exemplaren in druk, door voordracht in het openbaar, via uitzending of via internet. (Zie hierover: Visser, *Auteursrecht op toegang*, diss. 1997, p. 84–85).

De vorm van openbaar maken bedoeld in artikel 15a Aw hangt samen met de wens en de bedoeling van de auteursrechthebbende om zijn werk aan het algemene publiek prijs te geven. Dagboeken, vertrouwelijk brieven en bedrijfsgeheimen zullen meestal dan ook nooit in deze betekenis openbaar worden gemaakt. Aangezien het ook niet de bedoeling is dat wordt geciteerd uit dergelijke werken die, buiten de wil van de rechthebbende om, toch publiek zijn geworden, kent artikel 15a Aw het vereiste van 'rechtmatige' openbaarmaking. Het woord *rechtmatig* betekent in dit verband dan ook niets anders dan

met toestemming van de rechthebbende. Nu rechthebbende Scientology de bewuste documenten geheim wil houden en niet met haar toestemming aan het algemene publiek prijs heeft gegeven mag er niet uit worden geciteerd. Het feit dat deze documenten inmiddels op ruime schaal zonder haar toestemming openbaar zijn gemaakt brengt hierin geen verandering (zie *Auteursrecht op toegang*, p. 85). Is dit niet vreemd? Neen, naar mijn overtuiging is dit terecht de auteursrechtelijke regel. Als bijvoorbeeld een anonieme *onrechtmatige* publicatie op internet ertoe zou leiden dat er vervolgens *rechtmatig* uit geciteerd zou mogen worden zou de verbodsbevoegdheid van de rechthebbende al te gemakkelijk kunnen worden omzeild. Zo zouden commercieel belangrijke eerste openbaarmakingen zoals premières van films en lanceringen van boeken (denk aan Harry Potter) gefrustreerd kunnen worden door rechtmatig citeren uit onrechtmatig openbaar gemaakt werk.

Het feit dat de documenten wel aan tienduizenden volgelingen beschikbaar zijn gesteld brengt eveneens niet met zich mee dat ze daarmee met toestemming van de rechthebbende aan de openbaarheid zijn prijsgegeven. Ook dat is niet vreemd. Als een wereldwijd accountantskantoor vertrouwelijke informatie onder haar tienduizend werknemers verspreidt, is die daarmee nog niet rechtmatig openbaar gemaakt en dus mag er niet uit worden geciteerd.

Het hof onderzoekt (in r.o. 7.12), in het licht van het *Dior/Evora*-arrest, of het stelsel van de Auteurswet ruimte biedt om de begrippen 'openbaar maken' en 'rechtmatig' ruimer te interpreteren of dat de wetgever hier iets vergeten zou zijn. Dat is naar 's hofs oordeel niet het geval en ook dat lijkt mij juist.

Betekent dit dan niet dat het auteursrecht ook misbruikt zou kunnen worden om te voorkomen dat misstanden of andere ernstige feiten openbaar gemaakt worden? Ja. Daarom is het ook juist dat het gerechtshof in dit geval aan artikel 10 EVRM toetst en de citaten toch rechtmatig acht. Het hof citeert en motiveert uitgebreid om duidelijk te maken dat Scientology een sekte is met zeer bedenkelijke standpunten. Aangezien het maatschappelijk van groot belang is dat dit met behulp van citaten aan de kaak kan worden gesteld, leidt een afweging van het auteursrecht tegen de informatievrijheid in dit specifieke bijzondere geval tot het prevaleren van de uitingstvrijheid. Het is bij mijn weten de eerste keer dat in een Nederlandse auteursrechtzaak een toetsing aan het EVRM in het voordeel van de informatievrijheid uitvalt. Dat is een heugelijk feit en tot zover is het m.i. een zeer fraai arrest. Daarmee is overigens zeker niet gezegd dat een toetsing aan 10 EVRM steeds in het nadeel van het auteursrecht zou moeten uitvallen. Integendeel, in veruit de meeste gevallen moet het auteursrecht prevaleren. Als dat niet meer het geval is, zou de auteursrechtelijke regel moeten worden aangepast.

Minder verhelderend is m.i. het oordeel van het hof (in r.o. 12) over de (auteursrechtelijke) aansprakelijkheid van internet service providers (ISP's). De rechtbank had in de bestreden uitspraak in 1999 voor recht verklaard dat ISP's niet aansprakelijk zijn voor auteursrechtinbreuk door hun abonnees, tenzij zij op de hoogte worden gesteld van een inbreuk, aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet kan worden getwijfeld en zij vervolgens niet prompt actie ondernemen om de inbreuk te staken. Deze uitspraak – die anticipeerde op de regeling uit de toen nog niet vastgestelde Richtlijn Elektronische Handel – is vier jaar lang het belangrijkste aanknopingspunt geweest van het Nederlandse recht ten aanzien van provideraansprakelijkheid.

Het hof overweegt allereerst dat ISP's slechts technische faciliteiten verschaffen om openbaarmaking door anderen mogelijk te maken. 'Het lijkt dan ook niet juist hen op één lijn te stellen met uitgevers die, naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken.' Daarbij verwijst het hof naar het Agreed Statement bij artikel 8 van het WIPO-verdrag over 'the mere provision of physical facilities'. Betekent dit dat een ISP geen enkele verantwoordelijkheid draagt voor (bijvoorbeeld anonieme) auteursrechtinbreuk op zijn server? Dit kan niet waar zijn, onder andere in het licht van art. 12-14 van de Richtlijn Elektronische Handel. Het Hof zegt niets over de vraag of een ISP (op grond van artikel 6:162 BW) verplicht is inbreukmakende informatie te verwijderen, nadat hij van de aanwezigheid en het inbreukmakende karakter van die informatie op de hoogte is gesteld. De rechtbank had hier als gezegd achtenswaardige dingen over gezegd die wél in lijn zijn met de richtlijn Elektronische handel (zie *Mediaforum* 1999, p. 207, r.o. 16, slot). Is dat oordeel nu van de baan? Het hof vernietigt (ook) de verklaring voor recht van de rechtbank inhoudende dat ISP's desgevraagd inbreukmakende informatie moeten verwijderen. Het is mij echter niet duidelijk of het Hof dit doet omdat het oordeel van de

rechtbank over (mede)aansprakelijkheid van ISP's voor inbreuken op internet niet juist zou zijn, of omdat het Hof geen gevaar voor herhaling ziet en daarom (wegens gebrek aan belang?) deze verklaring voor recht afwijst. Het Hof overweegt aan het slot van r.o. 12 nog dat de ISP's geen auteursrechtinbreuk plegen omdat de citaten geen auteursrechtinbreuk opleveren. Dat is wat betreft die citaten uiteraard juist. Uit het vonnis van de rechtbank had ik echter begrepen dat de vordering tegen de ISP's (vooral ook) betrekking had op het feit dat de gewraakte documenten oorspronkelijk *in hun geheel* op de website van Spaink hadden gestaan en dat de ISP's ze op verzoek van Scientology hadden moeten verwijderen. Het hof meent dat zij in dit geval niet aan een oordeel over de modaliteiten van de aansprakelijkheid van providers behoefte toe te komen. Hoe het ook zij, binnenkort blijkt de regel waar de rechtbank op anticipeerde uit artikel 6:196c lid 4 en 5 BW (zie WV 28 197):

Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie, is niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij:

- a. niet weet en in geval van een schadevergoedingsactie niet redelijkerwijs behoort te weten dat de activiteit of informatie een onrechtmatig karakter heeft, dan wel*
 - b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt.*
- Het hiervoor bepaalde staat niet in de weg aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel.*

Nr 46 **Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken**

Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector bestuursrecht 4 juli 2003
Reg. nr. AWB 03/2594 WOB

Uitspraak als bedoeld in artikel 8:84 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening van M. Kranenburg, chef Haagse redactie NRC Handelsblad, wonende te Leiden, verzoeker, ten aanzien van het besluit van 6 juni 2003 van de minister van Algemene Zaken, verweerder, waarbij is medegedeeld dat de door verzoeker verzochte stukken niet kunnen worden overgelegd.

Zitting

Het verzoek is behandeld ter zitting van 26 juni 2003. Verzoeker is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde prof. mr. E. J. Dommering.

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. E. J. Daalder.

Beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening

Ingevolge art. 8:81 van de Awb kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Voor zover deze toetsing meebrengt dat het geschil in de bodemprocedure wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter daaromtrent een voorlopig karakter en is dat niet bindend voor de beslissing in die procedure.

Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting neemt de voorzieningenrechter het volgende als voldoende vaststaand aan.

Bij brief van 5 juni 2003 heeft verzoeker met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) verweerder verzocht om overlegging van de amendementen die de Tweede Kamerfracties van CDA, VVD en D66 op 15 mei 2003 hebben ingediend op het ontwerp regeerakkoord dat de onderhandelars van deze fracties sloten. Voor zover deze amendementen mondeling zijn ingebracht, heeft verzoeker verzocht dat deel van de notulen waarin deze zijn verwoord te verstrekken.

Bij besluit van 6 juni 2003 heeft verweerder medegedeeld aan dit verzoek niet te kunnen voldoen omdat de gevraagde documenten niet bij of onder het ministerie van Algemene Zaken berusten. Bij brief van 11 juni 2003 heeft verzoeker tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Tevens heeft hij bij brief van 12 juni 2003 de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Standpunten van partijen

Verzoeker heeft – samengevat – aangevoerd dat het ministerie van Algemene Zaken verantwoordelijk is voor de stukken van zowel een gelukte als een mislukte kabinetsformatie. Verzoeker stelt zich op het standpunt dat de gevraagde stukken bij het ministerie van Algemene Zaken gearchiveerd worden en dat derhalve de verantwoordelijkheid voor deze stukken bij verweerder ligt. Gemachtigde van eiser heeft hierbij verwezen naar jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State en naar kamerstukken waaruit dit zou blijken.

Gemachtigde van verweerder heeft – eveneens samengevat – gesteld dat voor het handelen van de informateur geen ministeriële verantwoordelijkheid bestaat. Eerst na een geslaagde formatie is er ministeriële verantwoordelijkheid van de minister-president voor het verloop van het formele (in)formatieproces. Voorts heeft hij aangevoerd dat de (in)formateur bepaalt welke stukken in het (in)formatiedossier worden opgenomen, dat slechts de in het dossier opgenomen documenten aan de minister van Algemene Zaken worden verstrekt

en dat de overige documenten buiten de werkingssfeer van de WOB blijven.

Overwegingen

Allereerst stelt de voorzieningenrechter vast dat niet in geschil is dat het bestreden besluit van 6 juni 2003 een besluit in het kader van de WOB is.

Vervolgens overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

Op grond van artikel 7:12 van de Awb dient de beslissing op het bezwaar te berusten op een deugdelijke motivering, die bij de bekendmaking van de beslissing wordt vermeld. In het bestreden besluit heeft verweerder slechts medegedeeld dat de gevraagde stukken niet bij of onder hem berusten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de enkele vermelding dat hij niet over de stukken beschikt onvoldoende. De voorzieningenrechter neemt hierbij in aanmerking dat op grond van door zowel eiser als verweerder aangehaalde jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State blijkt dat (in)formatiedocumenten kunnen berusten bij het ministerie van Algemene Zaken. De voorzieningenrechter komt dan ook tot de conclusie dat het bestreden besluit niet berust op een deugdelijke motivering.

Ter zitting heeft gemachtigde van verweerder het bestreden besluit nader gemotiveerd. Uit de door hem aangehaalde jurisprudentie en kamerstukken is de voorzieningenrechter duidelijk geworden hoe verweerder tot zijn standpunt, dat hij niet beschikt en niet kan beschikken over de gevraagde stukken, is gekomen. De voorzieningenrechter is hierbij tot de overtuiging gekomen dat (in)formateurs geen bestuursorgaan zijn die onder enige ministeriële verantwoordelijkheid vallen. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor de samenstelling van het door hen over te dragen (in)formatiedossier. Voorts bestaat geen hiërarchische relatie tussen verweerder en de (in)formateurs. Verweerder kan de (in)formateurs derhalve niet opdragen bepaalde stukken aan het dossier toe te voegen. De voorzieningenrechter acht het derhalve aannemelijk dat de gevraagde stukken zich niet bevinden in het dossier dat bij verweerder berust.

Nu verweerder de motivering van het bestreden besluit bij de nog te nemen beslissing op het bezwaarschrift van verzoeker in voren genoemde zin kan en mag aanvullen, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding te oordelen dat het bestreden besluit, onder aanvulling van de motivering, in bezwaar geen stand zou houden. Het verzoek om toepassing van artikel 8:81 van de Awb dient derhalve te worden afgewezen.

Van omstandigheden op grond waarvan één van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten, is de voorzieningenrechter niet gebleken. Beslist dient te worden als volgt.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, recht doende:

Wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

Aldus gegeven door mr. M. D. J. van Reenen-Stroebel, als voorzieningenrechter, en in het openbaar uitgesproken op 4 juli 2003, in tegenwoordigheid van de griffier mr. A. W. W. Koppe.

Noot

Wouter Hins

Mr. A. W. Hins is verbonden aan de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht van de UvA. Hij is tevens redacteur van dit blad.

1. In de opener van deze aflevering is uiteengezet hoe NRC Handelsblad in 1986 via een Wob-procedure afschriften wist te verwerven van amendementen op het concept-regeerakkoord van het kabinet-Lubbers II. Bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State voerde de toenmalige minister-president tevergeefs aan dat 'het hier stukken betreft die zijn gewisseld tussen niet als overheidsorganen in de zin van de Wet aan te merken personen en instanties, te weten enerzijds de (in)formateur en anderzijds onder meer de fracties van het CDA en de VVD, zodat ook om die reden betwijfeld moet worden of hier

sprake is van documenten in de zin van deze Wet.' De Afdeling verwierp dit verweer: 'Op welke wijze en met welke bedoelingen de desbetreffende stukken op diens Ministerie terecht zijn gekomen acht de Afd. in dit verband niet van belang, evenmin als de vraag in hoeverre verweerders bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de (in)formatie strekt.' Tenslotte overwoog de Afdeling dat de uitzondering voor documenten ten behoeve van intern beraad – thans artikel 11 van de Wob – zich niet voordeed. Zie ARRvS 5 december 1986, AB 1987, nr. 525 m.nt. H.J. de Ru.

2. In 2003 lukte het Kranenburg echter niet de amendementen van CDA, VVD en D66 op het concept-regeerakkoord van het kabinet-Balkenende II te verkrijgen. De reden is dat de kabinetsinformateurs Hoekstra en Korthals Altes, die leiding gaven aan de onderhandelingen tussen deze drie fracties, de amendementen niet in het dossier hebben opgenomen. Daardoor berusten de documenten nu niet bij de minister van Algemene Zaken en zijn zij – aldus de voorzieningenrechter – aan de werking van de Wob onttrokken. Kenmerkend is de afkeer van openbaarheid die de eerdere informateurs Donner en Leijnse ten toon spreidden. Toen de Tweede Kamer op 14 april 2003 plenair debatteerde over het mislukken van de onderhandelingen tussen CDA en PvdA, sprak de heer Donner de volgende woorden:

Ik heb aangegeven dat net als bij ieder ander onderhandelingsproces geheimhouding naar onze mening de essentie is van het informatieproces dat onlosmakelijk samenhangt met een systeem waarin geen van de partijen een meerderheid heeft en dus altijd op coalities berust. Partijen in dat proces moeten er absoluut op kunnen vertrouwen dat hun standpunten daarbij niet naar buiten komen. (...)

Dat het in het verleden mogelijk eens anders is gedaan, doet daaraan niet af. Een inbreuk op de wet bewijst niet dat de wet fout is.

(Handelingen II, 14 april 2003, p. 3694)

3. De Haagse voorzieningenrechter lijkt er vanuit te gaan dat de kabinetsinformateurs gehandeld hebben als privé-persoon en dat zij met de stukken mochten doen wat zij wilden. Het stond hen kennelijk vrij het dossier slechts gedeeltelijk af te staan aan de minister van Algemene Zaken. De rechter overweegt in dat verband dat er geen 'hiërarchische relatie' bestaat tussen de minister-president en de informateurs. Ik plaats vraagtekens bij dat privé-karakter. Welke gewone burger kan zijn intrek nemen in een ruimte van de Eerste Kamer, krijgt secretariële bijstand van het ministerie van Algemene Zaken en kan gratis ambtelijke adviezen inwinnen bij de overige ministeries? Kabinetsinformateurs zijn niet ondergeschikt aan de demissionaire minister-president, maar wel aan de Koningin. Hun activiteiten staan in het teken van de opdracht die de Koningin heeft geformuleerd. Het is dankzij deze opdracht, dat zij hun faciliteiten genieten. Ik zou zeggen dat kabinets(in)formateurs wel degelijk in een publieke hoedanigheid optreden. Het gevormde dossier is daarom geen privé-bezit, maar behoort de Staat der Nederlanden toe.

4. Heeft Kranenburg iets aan deze constatering? Niet als de gevraagde amendementen inmiddels in de papierversnipperaars zijn beland. Waar niets is, verliest de keizer zijn recht. Als de minister van Algemene Zaken echter een reële mogelijkheid heeft om de stukken alsnog over te laten brengen naar zijn ministerie, moet hij dat vooral niet nalaten. Enerzijds is dat van belang voor toekomstig historisch onderzoek. Anderzijds voor een 'goede en democratische bestuursvoering', als bedoeld in artikel 8 van de Wob. Daarmee is niet gezegd dat iedere persoonlijke krabbel bewaard moet blijven, maar teksten die bij de onderhandelingen onderwerp waren van serieus overleg kunnen bijdragen tot een beter begrip van het vastgestelde beleid. Ook is niet gezegd dat ieder onderdeel van het dossier meteen op straat moet liggen. Er kunnen goede argumenten zijn om het belang van de vertrouwelijkheid vooralsnog zwaarder te laten wegen dan het belang van openbaarheid. De mogelijkheid om later een andere afweging te maken, dient echter behouden te blijven.¹

¹ Een collega uit de redactie wijst erop dat het verwijderen van stukken uit het officiële dossier van de kabinetsformatie in schril contrast staat met het beleid van de overheid na de bouw-enquête. De aannemers hadden bedacht hun dossiers in privé-woningen te plaatsen. Als reactie hierop wil de regering een effectievere handhaving. In zijn commentaar op het jaarverslag NMa 2002 zegt de Minister van EZ (kamerstuk 28 600 XIII, nr. 57, p. 7): 'Zeer noodzakelijk is in mijn ogen de mogelijkheid voor de NMa om privé-woningen binnen te kunnen treden waar zich de bewijzen kunnen bevinden....'

Nr 47 **Kranenburg vs. Minister van Algemene Zaken**

Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector bestuursrecht 4 juli 2003
Reg. nr. AWB 03/2595 WOB

Uitspraak als bedoeld in artikel 8:84 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening van M. Kranenburg, chef Haagse redactie van het NRC Handelsblad, wonende te Leiden, verzoeker, ten aanzien van het besluit van 9 mei 2003 van de minister van Algemene Zaken, verweerder, waarbij verzoekers verzoek om openbaarheid van stukken is geweigerd.

Zitting

Het verzoek is behandeld ter zitting van 26 juni 2003. Verzoeker is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde prof. mr. E.J. Dommering. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. E.J. Daalder.

Beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening

Ingevolge artikel 8:81 van de Awb kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Voor zover deze toetsing meebrengt dat het geschil in de bodemprocedure wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter daaromtrent een voorlopig karakter en is dat niet bindend voor de beslissing in die procedure.

Op grond van het verhandelde ter zitting en de gedingstukken neemt de voorzieningenrechter het volgende als voldoende vaststaand aan.

Bij brief van 7 mei 2003 heeft verzoeker met een beroep op de Wet Openbaarheid van bestuurs (WOB) verzocht om overlegging van de brief van de secretaris-generaal van het ministerie van Algemene Zaken aan de overige secretarissen-generaal, waarin hij de procedurele gang van zaken rond de kabinetsformatie en de betrokkenheid van de diverse departementen daarbij beschrijft. Bij besluit van 9 mei 2003 heeft verweerder medegedeeld dat het verzoek betrekking had op een brief van de minister-president, welke op grond van artikel 11 van de WOB niet verstrekt zou worden.

Bij brief van 12 juni 2003 heeft verzoeker bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Tevens heeft hij bij brief van gelijke datum de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken ingediend. Bij die gelegenheid heeft verweerder met een beroep op artikel 8:29, eerste lid, van de Awb verzocht te bepalen dat uitsluitend de voorzieningenrechter kennis zal mogen nemen van de stukken die onderwerp zijn van het beroep. De voorzieningenrechter heeft de gemachtigde van eiser te kennen gegeven dat de beperking van de kennisname van de desbetreffende stukken gerechtvaardigd is. Gemachtigde van verzoeker heeft de op grond van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb gewaagde toestemming verleend.

Standpunten van partijen

Verweerder heeft aan bestreden besluit ten grondslag gelegd dat de onderhavige brief van de minister-president is gezonden aan zijn collega's om hen te informeren. De brief is derhalve opgesteld ten behoeve van intern beraad en bevat persoonlijke beleidsopvattingen. Het tweede onderdeel van de brief betreft een juridische opvatting en is geen staand beleid.

Gemachtigde van verzoeker heeft aangevoerd dat de gang van zaken bij een kabinetsformatie van openbaar belang is, zodat de procedureafspraken of aanwijzing daartoe niet kunnen worden aangemerkt als intern beraad.

Wettelijk kader

Artikel 11, eerste lid, van de WOB bepaalt dat in geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie wordt verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

Ingevolge het tweede lid kan over persoonlijke beleidsopvattingen met het oog op een goede en democratische bestuursvoering informatie worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder c, van de WOB dient onder intern beraad te worden verstaan: het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid.

Ingevolge artikel, aanhef en onder f, van de WOB dient onder persoonlijke beleidsopvatting te worden verstaan: een opvatting; voorstel, aanbeveling of conclusie van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten.

Overwegingen

De voorzieningenrechter stelt voorop dat naar vaste jurisprudentie niet snel dient te worden besloten tot het treffen van een voorlopige voorziening aanzien van het besluit om met een beroep op de WOB openbaarmaking van stukken te weigeren. Door zijn aard ontbeert zo'n voorziening immers een voorlopig karakter en beslecht het in feite het geschil definitief. Slechts als het besluit evident onrechtmatig is en onweerlegbaar sprake is van een aanspraak op openbaarmaking én de verzoeker daar voorts een spoedeisend belang bij heeft, is er ruimte voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Vast staat dat het onderhavige stuk betrekking heeft op informatieverstrekking in het kader van de (in)formatie van de minister-president aan zijn collega-ministers. In de memorie van antwoord betreffende de WOB p.13, is aangegeven dat het interne karakter van ten document wordt bepaald door het oogmerk waarmee het stuk is opgesteld. Gelet op de regelgeving en de bedoeling van de wetgever kan, naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter, gesteld worden dat de betroffen brief een intern karakter heeft, waarbij het gaat om het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid. Van een evident onrechtmatig besluit in vorenbedoelde zin is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dan ook geen sprake.

Wellicht ten overvloede merkt de voorzieningenrechter op dat twijfel mogelijk is over de vraag of het aangehechte deel bij de onderhavige brief kan worden aangemerkt als een persoonlijke beleidsopvatting. De voorzieningenrechter acht de weigering van openbaarmaking van dit onderdeel echter niet zodanig evident onrechtmatig dat toewijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening dient te volgen.

Op grond van het vorenstaande is de voorzieningenrechter tot het oordeel gekomen dat het verzoek om toepassing van artikel 8:81 van de Awb niet voor inwilliging in aanmerking komt.

De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding één van de partijen in de proceskosten te veroordelen.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, recht doende:

Wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

Aldus gegeven door mr. M.D.J. van Reenen-Stroebel; als voorzieningenrechter, en in het openbaar uitgesproken op 4 juli 2003, in tegenwoordigheid van de griffier mr. A.W.W. Koppe.

Noot

Wouter Hins

1. Het document dat in bovenstaande uitspraak centraal staat, is een brief van de minister-president over de procedurele gang van zaken rond kabinetsformaties. Kranenburg hoopte hierin munitie te kunnen vinden voor zijn Wob-procedures inzake de formatie van het kabinet-Balkenende II. De Haagse voorzieningenrechter wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af, omdat het document is opgesteld ten behoeve van intern beraad en persoonlijke beleidsopvattingen bevat (art. 11 Wob). Wel merkt de voorzieningenrechter op, dat twijfel mogelijk is over de vraag of de bijlage bij de brief kan worden aangemerkt als een persoonlijke beleidsopvatting. Die twijfel zou later door de minister-president worden gedeeld. Bij brief van 27 augustus 2003, kenmerk 03M459275, heeft de minister-president een beslissing genomen op het bezwaarschrift van Kranenburg. Het bezwaarschrift is ongegrond verklaard wat betreft de brief zelf, maar de bijlage is alsnog openbaar gemaakt. Sedert 27 augustus j.l. behoort dit stuk dus tot het publieke domein. De titel is veelzeggend: 'De (in)formatie en de Wob'. Onderscheid wordt gemaakt tussen de fasen vóór, tijdens en na de (in)formatie. Gezien de lopende Wob-procedure is vooral interessant om te lezen wat het normale beleid is met betrekking tot de derde fase.

2. Ik citeer de bijlage letterlijk:

Na de (in)formatie is er sprake van de archieven van de (in)formateurs. Naar aanleiding van de discussie en de gevoerde procedure rond de amendementen op het regeerakkoord van 1986, wordt sedertdien de volgende lijn gehanteerd. Het archief van de (in)formateurs wordt ondergebracht bij Algemene Zaken. Het gaat daarbij o.a. om de eindverslagen en het regeerakkoord alsmede om de onderliggende relevante stukken. Tevens wordt een lijst opgesteld met alle brieven en (ongevraagde) adviezen die zijn ontvangen. Deze lijst wordt met afschrift van alle relevante stukken aan de Tweede Kamer gezonden. De brieven en adviezen worden als bestanddeel van het formatie-archief eveneens in bewaring opgenomen in het archief van het ministerie van Algemene Zaken.

Een groot deel van de documenten wordt openbaar door toezending aan de Tweede Kamer en opname in de witte stukken. Het gaat daarbij om het eindverslag van de formateur, het regeerakkoord, de daarvoor relevante onderliggende stukken, de doorrekening van het regeerakkoord door het CPB alsmede een lijst van de aan de (in)formateurs toegezonden brieven, nota's en adviezen. Voor de niet aan de Tweede Kamer gezonden documenten geldt op het punt van de openbaarheid de Wob.

Informatie in bedrijf werkboek voor succesvol informatiebeheer

Margriet van Eck Poppe, Hessel van Oorschot, Raymond de Coninck, Pieke Hooghoff, Charles Citroen, Lian van Uden, Annemarie Rood, Anneke Smulders, Michel van Zijst, Jelke Nijboer en Erwin la Roi.

Voor ondernemers is informatie één van de belangrijkste succesfactoren, immers 'kennis is macht'. Maar hoe breng je de informatiehuishouding van je bedrijf op orde? Hoe doe je dat op een manier die goed uitvoerbaar is en die meer opbrengt dan het kost? Hoe voorkom je dat je belangrijke informatie misloopt?

Informatie in bedrijf biedt dé oplossing. In dit boek hebben ervaren informatiespecialisten hun kennis vertaald naar de praktijk van de ondernemer. Op heldere wijze laten ze stap voor stap zien welke informatie hij nodig heeft, hoe hij deze kan vergaren en hoe hij de verkregen informatie effectief kan gebruiken. Verder bevat het boek vele handige tips, lijstjes en schema's.

Informatie in bedrijf is geschreven vanuit de denkwereld en in de taal van de ondernemer.

Dat laatste maakt het boek onmisbaar voor iedere ondernemer die meer uit zijn bedrijf wil halen dankzij de juiste informatie. Een investering die u snel heeft terugverdiend.

ISBN 90 75727 682, 192 pagina's,
prijs € 24,90
(inclusief btw, exclusief verzendkosten)

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416
1017 BZ Amsterdam
telefoon 020-6276609
fax 020-6383817
e-mail info@cram.nl
www.cram.nl

Informatie
in Bedrijf:
werkboek voor
succesvol
informatiebeheer
Margriet van Eck Poppe

Otto Cramwinckel Uitgever

Nr 48 **Kranenburg vs. Minister van Economische Zaken**

Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, sector bestuursrecht 16 juli 2003
Reg nr. AWB 03/2561 WOB en AWB 03/2769 WOB

Uitspraak op het verzoek om een voorlopige voorziening van M. Kranenburg, chef Haagse redactie *NRC Handelsblad*, wonende te Leiden, verzoeker tevens eiser in de hoofdzaak, ten aanzien van het besluit van 1 juli 2003 van de minister Economische Zaken, verweerder, waarbij eisers bezwaren tegen het besluit van 17 juni 2003 ongegrond zijn verklaard.

Ontstaan en loop van het geding

Bij brief van 29 april 2003 heeft eiser met een beroep op de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB) verweerder verzocht om overlegging van

– de doorrekeningen van het onder verweerders departement vallende Centraal Planbureau (CPB) ten behoeve van de formatieonderhandelingen die onder leiding van de informateurs Donner en Leijnse zijn gevoerd tussen de fracties van CDA en PvdA hierna: de doorrekeningen van het CPB);

– het op het ministerie van Economische Zaken geformuleerde eindvoorstel van CDA-zijde van donderdag 10 april 2003 (hierna: het CDA-eindvoorstel);

– de onderliggende stukken bij dat CDA-eindvoorstel (hierna: EZ-notities).

Bij besluit van 17 juni 2003 heeft verweerder geweigerd de doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities te verstrekken en medegedeeld dat hij het CDA-eindvoorstel niet kan verstrekken omdat het CDA-eindvoorstel geen document is dat bij hem berust en waarover hij de beschikking heeft.

Bij brief van 23 juni 2003 heeft eiser tegen dat besluit bezwaar gemaakt. Tevens heeft hij bij brief van gelijke datum de voorzieningenrechter verzocht om een voorlopige voorziening.

Nadat eiser ervan had afgezien om op zijn bezwaren door verweerder te worden gehoord, heeft verweerder bij het thans bestreden besluit van 1 juli 2003 eisers bezwaren ongegrond verklaard.

Eiser heeft bij brief van 7 juli 2003, ingekomen op dezelfde datum, tegen dat besluit beroep ingesteld.

Op voet van artikel 8:81, vijfde lid, van de Awb heeft de voorzieningenrechter het verzoek om een voorlopige voorziening gelijk gesteld met een verzoek dat wordt gedaan hangende het beroep bij de rechtbank.

Ten aanzien van de overgelegde doorrekeningen van het CPB en de EZ-notitie heeft de voorzieningenrechter de verzochte beperking van de kennisneming tot de voorzieningenrechter gerechtvaardigd geacht. Eiser heeft de voorzieningenrechter reeds in het verzoekschrift toestemming verleend mede op basis van deze stukken uitspraak te doen.

Het verzoek om een voorlopige voorziening is behandeld ter zitting van 9 juli 2003. Verzoeker is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigden mr. S.A. Steinhauer en mr. A.J.H.W.M. Versteeg. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. E.J. Daalder, vergezeld van mr. C.S. Bol en de heer R. Morks.

Beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening

Ingevolge artikel 8:81 van die Awb kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Op grond van het bepaalde in artikel 8:86 van de Awb kan de voorzieningenrechter, indien het verzoek om een voorlopige voorziening

wordt gedaan indien beroep bij de rechtbank is ingesteld en de voorzieningenrechter van oordeel is dat na de zitting, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, van de Awb, nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak, onmiddellijk uitspraak doen in de hoofdzaak.

Er bestaat aanleiding om in dit geval van laatstgenoemde bevoegdheid gebruik te maken.

Standpunten van partijen

Eiser heeft – samengevat – aangevoerd dat de weigering om het CDA-eindvoorstel te verstrekken onvoldoende is gemotiveerd. Indien verweerder dit stuk niet heeft, had verweerder dat, bijvoorbeeld bij het CDA, moeten opvragen. Verweerder acht het in een democratische rechtsstaat onaanvaardbaar dat het CDA-eindvoorstel, dat een zo belangrijk onderdeel van het proces van regeringsvorming is geweest, niet bij (een bestuursorgaan van) de centrale overheid wordt bewaard. Eiser acht het in het bestreden besluit neergelegde standpunt dat de doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities geen bestuurlijke aangelegenheid naar een politiek proces betreffen onjuist. Informatie over de onderhandeling over een toekomstig kabinet acht eiser bij uitstek een bestuurlijke aangelegenheid.

Eiser is van mening dat het belang van openbaarmaking van de doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities zwaarder weegt dan het eventueel aanwezige belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van de bij het informatieproces betrokken personen in het bijzonder nu de kabinetsformatie is voltooid.

Verweerder heeft – eveneens samengevat – aangevoerd dat verweerder niet beschikt over het CDA-eindvoorstel en dat de WO slechts verplicht tot het helpen formuleren van een onduidelijk verzoek alsmede tot het doorsturen van een verzoek aan een ander bestuursorgaan wanneer bekend is dat dit (wellicht) over de gevraagde informatie beschikt. De in de WOB neergelegde verplichtingen gaan niet zover dat verweerder een document waarover hij niet beschikt bij een derde die dat document wel onder zich heeft moet opvragen.

Ten aanzien van de doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities heeft verweerder primair aangevoerd dat deze documenten geen bestuurlijke aangelegenheid in de zin van artikel 3, eerste lid, var, de WOB betreffen. (In)formatieonderhandelingen vormen onderdeel van het politieke proces in een democratie, niet van het bestuurlijke besluitvormingsproces. Subsidiair heeft verweerder aangevoerd dat het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van de betrokken partijen zwaarder weegt dan het belang van openbaarmaking.

Wettelijk kader

Ingevolge artikel 1 van de WOB – voorzover thans van belang – wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

- a. document: een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat;
- b. bestuurlijke aangelegenheid: een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereidingen de uitvoering ervan.

Artikel 3 van de WOB luidt als volgt:

1. Een ieder kan een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.
2. De verzoeker vermeldt bij zijn verzoek de bestuurlijke aangelegenheid of het daarop betrekking hebbend document, waarover hij informatie wenst te ontvangen.
3. Een verzoek om informatie wordt ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en ander g, van de WOB blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt, tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrekken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Overwegingen

Het CDA-eindvoorstel

De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder de weigering om het CDA-eindvoorstel over te leggen in het bestreden besluit afdoende heeft gemotiveerd door te stellen dat hij niet over dat stuk beschikt of heeft beschikt. Het feit dat ambtenaren van verweerders ministerie aan het CDA informatie hebben verstrekt ten behoeve van het opstellen van het CDA-eindvoorstel brengt immers niet mee dat verweerder beschikt of zou moeten beschikken over het op grond van die informatie door het CDA opgestelde eindvoorstel. Voorts heeft verweerder op goede gronden overwogen dat de in de WOB neergelegde verplichtingen niet zo ver gaan dat verweerder dat stuk ten behoeve van eiser, bijvoorbeeld bij het CDA, zou moeten opvragen.

De doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities

Aangezien deze documenten berusten onder verweerder is er sprake van documenten in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van de WOB en is op eisers verzoek om informatie de WOB van toepassing. Verweerder heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat het feit dat verweerder beschikt over deze documenten, die door onder zijn verantwoordelijkheid werkzame ambtenaren zijn opgesteld, niet als vanzelf meebrengt dat de informatie die is neergelegd in deze documenten een bestuurlijke aangelegenheid betreft als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de WOB.

De voorzieningenrechter is, gelet op de door verweerder aangehaalde jurisprudentie en kamerstukken tot de overtuiging gekomen dat informatie die in de doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities is vastgelegd geen bestuurlijke aangelegenheid betreft in de zin van artikel 3, eerste lid, van de WOB.

Verweerder heeft zich terecht en op juiste gronden op het standpunt gesteld dat de (in)formatie-onderhandelingen geen onderdeel vormen van het besluitvormingsproces, maar van het politieke proces voorafgaand aan de totstandkoming van het nieuwe bestuur; namelijk het nieuwe kabinet, en dat onder het bestuurlijke besluitvormingsproces in dit verband eerst valt het regeerakkoord en de uitvoering daarvan.

De doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities zijn opgesteld door ambtenaren van verweerders ministerie (waaronder het CPB) op het verzoek van de onderhandelende partijen en/of de informateurs, die kennelijk in het kader van de informatieonderhandelingen behoefte hadden aan technische informatie. Deze documenten zijn derhalve niet opgesteld ten behoeve van bestuurlijke besluitvorming maar ten behoeve van het politieke proces dat leidt tot de totstandkoming van een kabinet.

Daarbij heeft de voorzieningenrechter in aanmerking genomen dat de (in)formateurs, evenals de partijonderhandelaars, geen bestuursorgaan zijn die onder enige ministeriële verantwoordelijkheid vallen.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat verweerder openbaarmaking van de doorrekeningen van het CPB en de EZ-notities reeds heeft kunnen weigeren op de grond dat het hier niet gaat om in documenten neergelegde informatie over een bestuurlijke aangelegenheid. De subsidiaire grondslag van de weigering behoeft daarom geen nadere bespreking.

De voorzieningenrechter zal gelet op het voorgaande het beroep ongegrond verklaren. Nu reeds op het beroep wordt beslist, bestaat geen aanleiding tot het treffen van de gevraagde voorlopige voorziening. Het verzoek om toepassing van artikel 8:81 van de Awb dient derhalve te worden afgewezen.

Van omstandigheden op grond waarvan een van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten is de voorzieningenrechter niet gebleken.

Bestelling

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage, recht doende:

Verklaart het beroep ongegrond.

Wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Aldus gegeven door mr. M.D.J. van Reenen-Stroebel, als voorzieningenrechter, en in het openbaar uitgesproken op 16 juli 2003, in tegenwoordigheid van de griffier mr. J.A. Leijten.

Noot

Wouter Hins

1. Het is Kranenburg niet gelukt bij de minister van Algemene Zaken een kopie te bemachtigen van de berekeningen van het Centraal Plan Bureau, uitgevoerd ten behoeve van de formatie-onderhandelingen tussen CDA en PvdA. De minister van Algemene Zaken antwoordde dat hij het stuk niet in zijn bezit had. Volgens de voorzieningenrechter was dit antwoord te weinig gemotiveerd, maar na de mondelinge behandeling achtte zij aannemelijk dat de minister inderdaad niet beschikte over de berekeningen (Vzr. Rb 's-Gravenhage 4 juli 2003, AWB 03/2425 WOB en 03/2426 WOB). Anders dan bij de zaak over de amendementen op het concept-regeerakkoord stond echter een tweede weg open om het document op te vragen. Het Centraal Plan Bureau ressorteert onder de minister van Economische Zaken. Het Wob-verzoek om informatie kon dus ook worden gericht tot de laatstgenoemde minister als verantwoordelijke afzender. Inderdaad bleken de berekeningen van het CPB op het ministerie aanwezig, maar dit baatte Kranenburg niet. In navolging van de minister van Economische Zaken is de voorzieningenrechter van oordeel dat het desbetreffende document geen 'bestuurlijke aangelegenheid' betreft als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wob.

2. De voorzieningenrechter maakt in bovenstaande uitspraak onderscheid tussen een 'bestuurlijk' besluitvormingsproces en een 'politiek' proces voorafgaand aan de totstandkoming van het nieuwe kabinet. De berekeningen van het CPB waren opgesteld voor dit politieke proces en betroffen dus geen bestuurlijke aangelegenheid. Het is zeer de vraag of deze uitspraak te rijmen is met het oordeel van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State van 5 december 1986, AB 1987, nr. 525 m.nt. H.J. de Ru. Onder de 'overige' stukken die *NRC Handelsblad* toen met succes opeiste, bevonden zich onder meer 'de tussentijdse berekeningen van het Centraal Plan Bureau ten behoeve van de informatie'. Een uitzondering voor politieke processen is mij ook niet uit andere uitspraken over artikel 3 Wob bekend.

3. Een argument voor de minister zou eerder kunnen worden ontleend aan de uitspraak President Rb. Amsterdam 24 maart 1998, *Awb-katern* 1998, nr. 50 (aflevering 14). Het ging toen om de doorrekening van de financiële paragraaf van concept-verkiezingsprogramma's. De doorrekening was door het CPB vervaardigd op verzoek van diverse politieke partijen, die behoefte hadden aan vertrouwelijk advies. De president overwoog dat een politieke partij geen deel uitmaakt van de overheid, waardoor geen sprake was van een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van artikel 3 Wob. Er lijkt me echter een groot verschil te bestaan tussen berekeningen ten behoeve van een individuele politieke partij en berekeningen ten behoeve van een kabinetsinformatie. In het tweede geval is de relatie met het financiële beleid van het nieuwe kabinet veel sterker. Uiteraard geldt dit voor de doorrekening van een definitief regeerakkoord, maar ook de doorrekening van alternatieve versies kan een belangrijke functie hebben voor de beoordeling van toekomstig beleid. Ook de doelstelling van de adviesaanvraag is anders. Het advies wordt immers niet primair gevraagd om de belangen van de partij te dienen, maar de (financiële) belangen van de Staat. Een bestuurlijke aangelegenheid dus.

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 23 juli 2003

Uitspraak op het hoger beroep van:

het Commissariaat voor de Media, appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank te Haarlem van 5 december 2002 in het geding tussen:

de commanditaire vennootschap 'IJmond TV C.V.', gevestigd te Velsen-Noord

en

appellant.

1. Procesverloop

Bij besluit van 13 maart 2001 heeft appellant afwijzend beslist op het verzoek van IJmond TV C.V. (hierna: IJmond TV) om aan de naamloze vennootschap N.V. Casema (hierna: Casema) de bindende aanwijzing te geven om de doorgifte van het programma van IJmond TV naar de aangesloten op het omroepnetwerk van Casema in Beverwijk, Castricum, Heemskerk en Uitgeest na 1 december 2000 onder de huidige voorwaarden of andere vergelijkbare voorwaarden voort te zetten.

Bij besluit van 28 augustus 2001 heeft appellant het daartegen door IJmond TV gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 5 december 2002, verzonden op 19 december 2002, heeft de rechtbank te Haarlem (hierna: de rechtbank) het daartegen door IJmond TV ingestelde beroep gegrond verklaard, de bestreden beslissing op bezwaar vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief van 17 januari 2003, bij de Raad van State ingekomen op 20 januari 2003, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

Bij brief van 3 februari 2003 heeft IJmond TV van antwoord gediend.

Bij brief van 28 februari 2003 heeft Casema, die op de voet van artikel 8:26 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) in de gelegenheid is gesteld om als partij aan het geding deel te nemen, een memorie ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 mei 2003, waar appellant, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, is verschenen.

Voorts is als partij gehoord Casema, vertegenwoordigd door mr. J.J. Allen, advocaat te Den Haag.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 134, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mediawet is het Commissariaat voor de Media belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de hoofdstukken III tot en met VI, met uitzondering van de artikelen 18 tot en met 24, 31 tot en met 38, en 40 tot en met 41, 41b en 41c.

Ingevolge artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet (opgenomen in hoofdstuk VI van deze wet) stelt de gemeenteraad in gemeenten waar een omroepnetwerk aanwezig is een programmaraad in die de aanbieder van het omroepnetwerk adviseert welke programma's voor algemene omroep hij krachtens artikel 82i ten minste uitzendt naar alle aangesloten op het omroepnetwerk.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel kan een aanbieder van een omroepnetwerk slechts om zwaarwichtige redenen afwijken van het advies, bedoeld in het eerste lid.

2.2. Appellant heeft bij de beslissing op bezwaar zijn afwijzing van het verzoek om bestuurlijke handhaving van het bepaalde in de artikelen 82i en 82k van de Mediawet gehandhaafd. Daarbij heeft appellant – onder meer – overwogen dat hij ten aanzien van de beoordeling van de programmaraad om het programma van IJmond TV niet in

het geadviseerde basispakket op te nemen, het standpunt handhaaft dat het aan de programmaraad zelf is om tot een dergelijk oordeel te komen. Voorts heeft appellant daarbij overwogen dat hij toetst of de programmaraad de pluriformiteits eis, als opgenomen in artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet, in acht hebben genomen; de programmaraad is naar het oordeel van appellant in onderhavig geval in zijn advisering over het wettelijk minimumpakket uitgegaan van een voldoende pluriforme samenstelling.

2.3. De rechtbank heeft overwogen dat de vraag voorligt of de bevoegdheid van appellant tot bestuursrechtelijke handhaving op grond van het bepaalde in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet, zo ver strekt dat dat ook zou kunnen resulteren in het opleggen van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 135, eerste lid, van de Mediawet aan de netwerkaanbieder in gevallen waarin de netwerkaanbieder handelt overeenkomstig het advies. Deze vraag heeft de rechtbank ontkennend beantwoord, waarbij zij heeft overwogen dat de handhavingsbevoegdheid van appellant blijkens de redactie van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet is beperkt tot de norm dat de aanbieder van omroepnetwerken uitsluitend wegens zwaarwichtige redenen mag afwijken van het advies van de programmaraad inzake het minimumpakket. In dit geval wordt in de beslissing van Casema om IJmond TV niet in het minimumpakket op te nemen echter het advies van de programmaraad gevolgd, aldus de rechtbank, zodat in dit geval voor appellant niets viel te handhaven. Zij heeft in een passage in de Nota naar aanleiding van het verslag bij de totstandkoming van artikel 82k van de Mediawet (EK, 1996-1997, 24 808, nr. 227b, p. 5) steun voor dit oordeel gezien. De rechtbank heeft in de door appellant in de beslissing op bezwaar gehanteerde toepassing van artikel 134 van de Mediawet in samenhang met de artikelen 82i en 82k van de Mediawet, aanleiding gezien die beslissing vanwege strijd met artikel 7:12 van de Awb te vernietigen. Aangezien appellant naar het oordeel van de rechtbank bij de beslissing op bezwaar terecht, zij het op onjuiste gronden, zijn standpunt heeft gehandhaafd dat het verzoek om handhaving diende te worden afgewezen, heeft de rechtbank voorts aanleiding gezien om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb te bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand blijven.

2.4. Appellant bestrijdt dit oordeel van de rechtbank met succes.

De Afdeling stelt in dit verband voorop dat, waar appellant het verzoek van IJmond TV om handhaving heeft afgewezen, niet primair de vraag voorligt of uiteindelijk op grond van artikel 135, eerste lid, van de Mediawet een boete kon worden opgelegd, maar de vraag of er een bevoegdheid tot bestuursrechtelijke handhaving bestond.

Ingevolge het bepaalde in artikel 134, eerste lid, van de Mediawet is appellant onder meer belast met de bestuurlijke handhaving van Hoofdstuk VI van de Mediawet, in welk hoofdstuk artikel 82k van die wet is opgenomen. De Afdeling stelt vast dat dit artikel derhalve op grond van artikel 134, eerste lid, van de Mediawet valt binnen de omvang van de handhavingsbevoegdheid van appellant. Voorts staat vast dat IJmond TV appellant heeft verzocht om een bindende aanwijzing te geven om de doorgifte van haar programma te gelasten, welk verzoek appellant, gezien het geldende wettelijk kader, heeft kunnen opvatten als een verzoek om handhaving van artikel 82k van de Mediawet.

Gegeven het vorenstaande kan naar het oordeel van de Afdeling aan appellant niet de bevoegdheid worden ontzegd te beoordelen of al dan niet sprake is van een overtreding van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet, zowel in het geval een aanbieder van een omroepnetwerk is afgeweken van een advies van de programmaraad als in het geval een aanbieder van een omroepnetwerk conform het advies van de programmaraad heeft gehandeld. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Voorts valt niet in te zien dat de door de rechtbank geciteerde passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de totstandkoming van artikel 82k van de Mediawet steun biedt voor een ander oordeel. Uit die passage valt naar het oordeel van de Afdeling niet af te leiden dat louter in gevallen waarin door de aanbieder van een omroepnetwerk wordt afgeweken van het programmaraadadvies, appellant bevoegd is te beoordelen of al dan niet sprake is van een overtreding van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet.

De Afdeling komt tot de slotsom dat de rechtbank ten onrechte aanleiding heeft gezien de beslissing op bezwaar te vernietigen. De aangevallen uitspraak komt derhalve voor vernietiging in aanmerking.

De Afdeling ziet voorts geen grond voor het oordeel dat appellant niet in redelijkheid op de gronden als genoemd in de beslissing op

bezwaar tot zijn beslissing heeft kunnen komen om het verzoek van IJmond TV af te wijzen, mede gelet op het beleid dat appellant voerde, zoals thans vastgesteld in zijn beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet van 9 oktober 2001 (*Staatscourant* 2001, nr. 213). Voorts is, anders dan IJmond TV in beroep heeft betoogd, geen sprake van een besluit van appellant dat berust op een onderzoek naar feiten en omstandigheden door een adviseur in de zin van artikel 3:9 van de Awb. Daarbij komt dat IJmond TV geen concrete gegevens heeft aangedragen die appellant ertoe hadden moeten brengen een onderzoek in te stellen naar de samenstelling van de programmaraad.

2.5. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De Afdeling zal, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het inleidende beroep van IJmond TV alsnog ongegrond verklaren.

2.6. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank te Haarlem van 5 december 2002, registratienr. Awb 01-1440;

III. verklaart het door IJmond TV C.V. bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. J.H.B. van der Meer, Voorzitter, en mr. E.A. Alkema en mr. W. van den Brink, Leden, in tegenwoordigheid van mr. S. Zwemstra, ambtenaar van Staat.

Noot

Jilles van den Beukel

Mr. J. van den Beukel is werkzaam bij KPN Mobile en is redacteur van dit blad.

Deze uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State betreft een hoger beroep tegen een uitspraak van de rechtbank Haarlem, die eerder in *Mediaforum* is gepubliceerd.¹ Het gaat om IJmond TV, die niet in het advies van de programmaraad over het wettelijk basispakket wordt opgenomen. IJmond TV vraagt het Commissariaat voor de Media om een bindende aanwijzing aan de kabelexploitant Casema teneinde de doorgifte van IJmond TV voort te zetten. Casema had het advies van de programmaraad opgevolgd en de doorgifte van IJmond TV gestaakt. Volgens artikel 82k, tweede lid, Mediawet (Mw) mag een kabelexploitant wél afwijken van een advies van de programmaraad indien daar zwaarwichtige redenen voor zijn.² Casema was kennelijk in dit geval van mening dat er geen redenen waren om van het advies af te wijken. De principiële vraag die hier speelt is of het Commissariaat bevoegd is om tot toetsing van zwaarwichtige redenen over te gaan indien een kabelexploitant een advies opvolgt. De rechtbank is van mening dat het Commissariaat deze bevoegdheid niet heeft en baseert zich daarbij op een passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de totstandkoming van artikel 82k:³

Het Commissariaat voor de Media is belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen in de Mediawet, ook met betrekking tot kabelexploitanten. De adviesbevoegdheid van de programmaraad is geregeld in artikel 82k van de Mediawet. De kabelexploitant kan slechts om zwaarwegende redenen afwijken van het advies. (...) Indien de kabelexploitant op onterechte gronden wenst af te wijken van het advies is de samenstelling van het programmapakket op ondeugdelijke gronden geschied en kan dit worden getoetst door het Commissariaat. (...) Een programma-aanbieder die uiteindelijk niet in het programmapakket wordt opgenomen of waaraan onredelijke eisen gesteld worden, kan tot het moment dat artikel 82l van de Mediawet vervalt (volgens het geldende KB uiterlijk 1 januari 1998) een beroep doen op het Commissariaat. Hij kan ook gebruik maken van de procedurele mogelijkheden die de mededingingswetgeving biedt.

De Afdeling overweegt dat de handhaving van artikel 82k valt binnen de taakstelling van artikel 134, eerste lid, Mw waarin de bestuurlijke handhaving van hoofdstuk VI Mw wordt opgedragen aan het Commissariaat. Op grond hiervan kan aan het Commissariaat niet de bevoegdheid worden ontegenwoordigd een overtreding van artikel 82k te beoordelen zowel wanneer een kabelexploitant niet een advies heeft opgevolgd als wanneer een kabelexploitant dat wél heeft gedaan. Daarbij overweegt de Afdeling dat de door de rechtbank aangehaalde passage geen steun biedt aan een andere opvatting.

De Afdeling volgt Hins niet, die eerder heeft verdedigd dat het Commissariaat deze bevoegdheid niet heeft.⁴

Om met de geciteerde passage te beginnen, deze voegt weinig toe aan de wettelijke tekst zelf en gaat niet over de situatie dat een kabelexploitant wél het advies van de programmaraad opvolgt. Daarom biedt deze passage niet echt een basis voor de opvatting van de rechtbank, hetgeen door de Afdeling terecht wordt opgemerkt. Echter, de tekst van artikel 82k is vrij duidelijk: de programmaraad adviseert over de samenstelling van het basispakket en de kabelexploitant mag er alleen van afwijken indien daarvoor zwaarwichtige redenen zijn. Voor zover de handhavende bevoegdheid van het Commissariaat zich richt tot de kabelexploitant, lijkt de wettelijke tekst toch duidelijk beperkt te zijn tot de situatie dat de kabelexploitant zich niet houdt aan het advies. Deze beperking past bij de opzet en doelstelling van de programmaraad. Deze heeft het primaat voor het samenstellen van het basispakket. In beginsel moet een kabelexploitant dit advies opvolgen. Hierbij past niet dat de kabelexploitant zelfstandig toetst of de programmaraad haar werk goed heeft gedaan. Ook past hier niet bij dat de kabelexploitant kan worden geconfronteerd met handhavend optreden door het Commissariaat indien hij het advies van de programmaraad opvolgt. Dat zou ook een 'omweg' zijn voor waar het eigenlijk om gaat: of een basispakket pluriform is samengesteld zoals vereist in artikel 82k, vierde lid. Voor de handhaving van deze bepaling kan het Commissariaat zich direct richten tot de programmaraad, die immers de 'normadressaat' is. Een omweg is niet nodig.

Overigens vindt de opvatting van de Afdeling steun in het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet, dat een wijziging van artikel 82k bevat.⁵ Volgens de MvT wordt met de nieuwe formulering van artikel 82k verduidelijkt dat het Commissariaat sancties kan opleggen zowel in het geval van afwijken van een advies als in het geval van opvolgen van een advies. Dat is volgens de regering steeds de bedoeling geweest, aldus de MvT.

1 *Mediaforum* 2003-3, nr. 15 m.nt. J. van den Beukel.

2 Zie over de definitie van zwaarwichtige redenen *Mediaforum* 200311, nr. 2 en nr. 3, m.nt. J. van den Beukel.

3 EK 1996-1997, 24 808, nr. 227b, p. 5.

4 *Kompetenz-Kompetenz*, A.W. Hins, *Mediaforum* 2002-1, p. 1.

5 TK 2002-2003, 28 639, nrs. 1-3; zie ook de noot bij *Mediaforum* 2003-3, nr. 15.

Nr 50 OPTA vs. Versatel en KPN

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 28 mei 2003

Uitspraak op het hoger beroep van:

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, te 's-Gravenhage, gemachtigde: mr. E. J. Daalder, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 14 maart 2002 in de gedingen tussen Versatel Telecom International NV, gevestigd te Amsterdam

en

Koninklijke KPN NV, gevestigd te Groningen, alsmede KPN Telecom BV, gevestigd te Amsterdam,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, voornoemd.

Gemachtigde van Koninklijke KPN NV en KPN Telecom BV: mr. P.V. Eijssvoegel, advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

Op 26 april 2002 heeft het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA) een beroepsschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 14 maart 2002, verzonden 19 maart 2002, Reg. nrs. WTV 98/2144-SIMO en 98/2188-SIMO.

Bij deze uitspraak heeft de rechtbank beslist op de beroepen, die Versatel Telecom International NV (hierna: Versatel), respectievelijk Koninklijke KPN NV en KPN Telecom BV (hierna tezamen: KPN) hebben ingesteld tegen de besluiten van OPTA van 29 september 1998. Bij deze besluiten heeft OPTA de bezwaren ongegrond verklaard, die Versatel op 8 mei 1998 en KPN op 19 mei 1998 hebben gemaakt tegen het besluit van OPTA van 6 april 1998, waarbij aan KPN een aanwijzing gegeven is op grond van artikel 43, tweede lid, van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (hierna: Wet).

Versatel en KPN zijn door de rechtbank als partij toegelaten in elkaars beroepsprocedure tegen OPTA.

De rechtbank heeft het beroep van KPN gegrond verklaard en, zelf voorziende, ook het door KPN ingediende bezwaar gegrond verklaard en het besluit van 6 april 1998 herroepen. Het beroep van Versatel heeft de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard, waarbij zij OPTA heeft veroordeeld om de door Versatel gemaakte proceskosten te vergoeden.

Op 12 juni 2002 heeft OPTA de gronden van het beroep ingediend. Versatel en KPN zijn daarop in de gelegenheid gesteld een verweerschrift in te dienen. KPN heeft bij schrijven van 4 juli 2002 bericht van deze mogelijkheid geen gebruik te zullen maken. Versatel heeft niet op de uitnodiging gereageerd.

Op 5 maart 2003 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben de gemachtigden van OPTA en KPN hun zienswijze toegelicht. Versatel is niet verschenen.

2. De grondslag van het geschil

Voor een uitgebreid overzicht van de toepasselijke regelgeving en een uiteenzetting van de feiten die tot het geding geleid hebben, verwijst het College naar de uitspraak van de rechtbank, die aan deze uitspraak gehecht is.

3. De bestreden uitspraak

Het aan de rechtbank voorgelegde geschil heeft betrekking op de door OPTA op 6 april 1998 aan KPN gegeven aanwijzing om een aantal kortingsregelingen, die KPN aan zijn klanten op het gebied van de telefonie aanbood te beëindigen, dan wel het daarbij gehanteerde kortingspercentage te verlagen. Deze aanwijzing was uitgelokt door klachten van Versatel dat KPN in strijd met Richtlijn 95/62/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 13 december 1995, ONP-Spraakrichtlijn I, kortingen aanbood, die niet voldeden aan het vereiste van kostenoriëntatie.

De rechtbank heeft het door KPN aangevochten besluit vernietigd en het primaire besluit herroepen. Daartoe heeft zij samengevat en zakelijk weergegeven overwogen dat in artikel 12, eerste lid, van ONP-Spraakrichtlijn I bepaald is dat de nationale regelgevende organisaties ervoor zorgen, dat de telefoontarieven in overeenstemming zijn met de beginselen van transparantie en kostenoriëntering, welke laatste beginsel ook voor kortingen geldt, terwijl artikel 13 de lid-staten ertoe verplicht er zorg voor te dragen dat hun telecommunicatieorganisaties uiterlijk op 31 december 1996 een voor het in de praktijk brengen van artikel 12 geschikt kostentoerekeningssysteem hanteren en dat de naleving hiervan door een bevoegde organisatie wordt gecontroleerd. Uit deze bepalingen in onderlinge samenhang leidt de rechtbank af dat de nationaal regelgevende instantie, OPTA, de controle pas ter hand kon nemen, nadat een kostentoerekeningssysteem tot stand was gekomen. Genoemd systeem is eerst op 17 april 1998 goedgekeurd.

Gevolg van de visie van de rechtbank is dat KPN tot die tijd weliswaar verplicht was om kostengeoriënteerde tarieven in rekening te brengen, maar dat OPTA dat niet kon bewerkstelligen. Tot 17 april 1998 stond voor Versatel dus slechts de weg naar de civiele rechter open.

Artikel 5.4 van het Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie (hierna: Bart) heeft naar het oordeel van de rechtbank uitsluitend betrekking op tariefstijgingen en niet op tariefwijzigingen in het algemeen.

Naar het oordeel van de rechtbank had OPTA bij het nemen van het bestreden besluit onder ogen moeten zien, dat het primaire besluit derhalve onbevoegd genomen was.

Daar komt naar het oordeel van de rechtbank nog bij dat reeds op 26 februari 1998, dus nog voor het primaire besluit, Richtlijn 98/10 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie, ONP-Spraakrichtlijn II, tot stand gekomen was. Uit artikel 19 daarvan leidt de rechtbank af, dat kortingsregelingen volledig transparant moeten zijn, gepubliceerd moeten worden en overeenkomstig het beginsel van nondiscriminatie moeten worden toegepast, maar dat de eis van kostengeoriënteerdheid daar niet meer aan gesteld wordt. Nu ONP-Spraakrichtlijn II per 1 juli 1998 had moeten worden geïmplementeerd, had OPTA na die datum rekening hiermee moeten houden en het Bart zodanig moeten interpreteren, dat dit in overeenstemming met ONP-Spraakrichtlijn II aan kortingen niet de eis van kostengeoriënteerdheid stelde.

Vervolgens heeft de rechtbank geconstateerd dat, nu zij op grond van de voorgaande redenering het ten aanzien van KPN genomen besluit op bezwaar moest vernietigen en het primaire besluit moest herroepen, Versatel bij een nadere beoordeling van het ten aanzien van haar genomen besluit op bezwaar geen belang meer had. Gelet op genoemde redenering zou Versatel ten gevolge van de besluiten ook geen voor vergoeding in aanmerking komende schade geleden kunnen hebben, zodat een niet-ontvankelijk verklaring moest volgen. Wel werd Versatel een vergoeding van de proceskosten toegewezen.

4. Het standpunt van OPTA

OPTA heeft ter ondersteuning van het beroep – samengevat – het volgende tegen het bestreden besluit aangevoerd.

4.1 Allereerst betoogt OPTA dat de rechtbank met haar redenering buiten de grenzen van het geding is getreden, hetgeen strijd oplevert met artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). KPN had immers erkend, dat artikel 43 van de Wet een grondslag voor de betreffende aanwijzing bood. In elk geval heeft de rechtbank in strijd met een goede procesorde gehandeld, door partijen haar redenering niet voor te houden en geen gelegenheid te bieden daarop hun zienswijze naar voren te brengen.

4.2 Vervolgens voert zij aan, dat tussen partijen niet in geding is, dat de door KPN aangeboden kortingen aan de eis van kostenoriëntatie moeten voldoen en dat in deze procedure slechts de vraag aan de orde is, of OPTA bevoegd was bij niet voldoen aan die eis een aanwijzing te geven. Zij acht het een merkwaardige conclusie, dat KPN wel in strijd met de wet zou handelen, maar dat OPTA daartegen niet zou kunnen optreden.

4.3 OPTA kan zich niet verenigen met de gedachte van de rechtbank, dat de eis van kostengeoriënteerdheid niet zou gelden zolang geen kostentoerekeningssysteem tot stand gebracht was. OPTA ziet een kostentoerekeningssysteem meer als een hulpmiddel bij de controle, niet als een waarborg waaraan voldaan moet zijn voordat de eis van

kosten-georiënteerdheid zou gelden. In de ONP-Spraakrichtlijn is ook niet zo'n nauwe band tussen een kostentoerekeningssysteem en de eis van kostengeoriënteerdheid aangebracht, dat de eis niet zou kunnen bestaan zonder het systeem. Ook uit de bewoordingen van het Bart vloeit voort dat een kostentoerekeningssysteem het voldoen aan de eis van kostengeoriënteerdheid bevordert, doch daar geen voorwaarde voor is.

4.4 Tegen door KPN aan andere marktpartijen toegebrachte schade moet opgetreden kunnen worden. Nu het hier het misbruik van macht op een gereguleerde markt betreft is optreden door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Nma) minder geëigend te achten. Bovendien kan de wetgever niet gewild hebben, dat OPTA als gespecialiseerde toezichthouder zou moeten wijken voor de NMa.

4.5 Tenslotte meent OPTA dat de rechtbank ten onrechte geoordeeld heeft dat ONP-Spraakrichtlijn II in dit geding in de beoordeling betrokken moet worden. Genoemde richtlijn hoefde in april 1998 nog niet geïmplementeerd te zijn. Zij was nog maar net vastgesteld. Bovendien heeft de richtlijn geen directe werking en tenslotte kan de richtlijn ook niet geacht worden zich te verzetten tegen de eis, dat kortingen kostengeoriënteerd moeten zijn.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Het College stelt allereerst met de rechtbank vast, dat het hier aan de orde zijnde geschil uitsluitend betrekking heeft op de vraag of KPN over de periode van 6 april 1998 tot 1 januari 1999 de door hem geboden kortingen mocht aanbieden.

5.2 Aangaande de door OPTA opgeworpen vraag of de rechtbank bij haar uitspraak artikel 8:69 van de Awb niet heeft geschonden overweegt het College als volgt.

De rechtbank overweegt in haar uitspraak, dat zij 'met KPN, doch op enigszins andere grond', tot de conclusie gekomen is dat OPTA niet bevoegd was een aanwijzing op grond van artikel 43 van de Wet te geven. De rechtbank zet vervolgens uiteen, dat er geen sprake is van overtreding van het bepaalde in het Bart, zodat de grondslag voor zo'n aanwijzing ontbreekt.

KPN had het bestaan van een dergelijke grondslag voor het bestreden besluit inderdaad ter discussie gesteld. Haar betoog luidde kort samengevat, dat artikel 5.4 van het Bart een regeling inhield voor prijsaanpassingen, die zou gelden totdat een kostentoerekeningssysteem tot stand gebracht was en dat de kortingsregelingen daar niet mee in strijd waren. De rechtbank volgde KPN niet in haar redenering, omdat artikel 5.4. alleen voor verhoging van de prijs geschreven was, maar vond vervolgens een andere grondslag om te oordelen, dat de eis van kostengeoriënteerdheid pas met publiekrechtelijke middelen afgedwongen kon worden, nadat een kostentoerekeningssysteem tot stand gebracht was.

OPTA's standpunt, dat die grondslag door partijen niet ter discussie gesteld was, is dan ook feitelijk onjuist.

5.4 Ten onrechte meent OPTA, dat nu KPN geen hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank, de door haar niet aangevochten overwegingen van de rechtbank tussen partijen vast zouden staan en grondslag zouden moeten vormen voor de beslissing in hoger beroep. In hoger beroep moet het College de vraag beantwoorden of het in het dictum neergelegde oordeel van de rechtbank over het aan de rechtbank voorgelegde geschil of een daaruit los te maken onderdeel daarvan, gelet op hetgeen daartegen ingebracht is, in rechte stand kan houden. Noch het College, noch partijen zijn daarbij gebonden aan enige aan (het aangevochten deel van) de uitspraak ten grondslag gelegde overweging.

5.5 Het College is dus geroepen om te beoordelen of er voor OPTA een wettelijke grondslag bestond om de door KPN aangeboden kortingen te toetsen aan de eis, dat deze kostengeoriënteerd moesten zijn. Het College beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt daartoe als volgt.

Met de vaststelling van het gewijzigde Bart per 6 juli 1997 is ONP-Spraakrichtlijn I geïmplementeerd. In het Bart is ten aanzien van quantumkortingsregelingen geen uitdrukkelijke bepaling opgenomen.

Niettemin is het College van oordeel dat hetgeen in het Bart met betrekking tot tarieven bepaald is, mede betrekking heeft op het ver-

lenen van kortingen, die immers als een onderdeel van de tariefstelling beschouwd moeten worden. Voor dit standpunt vindt het College steun in het bepaalde in artikel 5.1 van het Bart, dat richtlijnen geeft voor de tariefstructuur, waarvan de eerste is, dat voor overeenkomstige vormen van dienstverlening in het gehele land dezelfde tarieven zullen gelden, waarbij objectieve kwalitatieve en kwantitatieve criteria worden gehanteerd, zoals verkeersvolume, tijdsduur, tijdstip, afstand en contractsduur. Kortingen vormen onmiskenbaar een onderdeel van die tariefstructuur. Zou anders worden geoordeeld dan kan van voor overeenkomstige vormen van dienstverlening in het gehele land geldende tarieven, waarbij objectieve kwalitatieve en kwantitatieve criteria worden gehanteerd, geen sprake zijn.

Consequentie daarvan is, dat de artikelen 5.2, 5.3 en 5.4. van het Bart rechtstreeks op de kortingen van toepassing zijn.

Gelet op het vorenstaande kan aan kortingen de eis van kostengeoriënteerdheid niet al gesteld worden op een moment, dat deze eis voor de tarieven nog niet ten volle geldt.

Derhalve is onjuist het standpunt, dat artikel 5.4 slechts betrekking heeft op een verhoging van de bestaande tarieven en dat voor wijziging van een korting op het bepaalde in artikel 5.2 kan worden teruggevallen.

5.6 De rechtbank heeft geoordeeld, dat OPTA voor de periode na 1 juli 1998 rekening had moeten houden met het bepaalde in ONP-Spraakrichtlijn II, omdat deze per 1 juli 1998 had moeten zijn geïmplementeerd en de betrokken bepalingen zodanig zijn geformuleerd dat daarin geen beletsel is gelegen om directe werking ervan aan te nemen. Het College onderschrijft deze zienswijze niet. Artikel 19 van ONP-Spraakrichtlijn II, dat aan kortingsregelingen uitsluitend de eis stelt dat deze volledig transparant zijn, gepubliceerd worden en overeenkomstig het beginsel van non-discriminatie worden toegepast, is niet zodanig concreet en onvoorwaardelijk geformuleerd, dat het zich in deze situatie zonder nadere implementatie voor toepassing zou lenen.

5.7 Het vorengaande overziende komt het College tot de conclusie, dat de uitspraak van de rechtbank, voorzover aangevochten, met verbetering van gronden in stand gelaten kan worden. Het hoger beroep wordt dan ook ongegrond verklaard. Het College acht geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

6. De beslissing

Het College verklaart het hoger beroep ongegrond.

Aldus gewezen door mr. D. Roemers, mr. W.E. Doolaard en mr. E.J.M. Heijs, in tegenwoordigheid van mr. R. Meijer, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 28 mei 2003.

Noot

Kamiel Mortelmans

Prof. Mr. K.J.M. Mortelmans is hoogleraar aan het Europa Instituut, Universiteit Utrecht, en redacteur van dit blad.

1. Deze uitspraak van het CBB beslecht een geschil uit 1996, de middeleeuwen in de telecommunicatiewereld: er was nog geen OPTA of NMa en er waren nog geen ONP-spraakrichtlijnen.

Het CBB verklaart het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (hierna: de rechtbank) van 14 maart 2002 ongegrond, maar het twijfelt aan een aantal overwegingen van de rechtbank. Bij mijn weten is de zeer uitvoerige uitspraak van de rechtbank (WTV 98/2144-SIMO en WTV 98/2188-SIMO) niet gepubliceerd. Een aantal dragende overwegingen wordt in deze annotatie geciteerd.

De interpretatie van EG-richtlijnen door het CBB, de hoogste telecommunicatierechter in Nederland, is van belang voor de toepassing van de elektronische communicatierichtlijnen in de 21ste eeuw: OPTA zal opgaan in de NMa en de ONP-richtlijnen zijn vervangen door het nieuwe EG-stelsel, dat op 25 juli 2003 moest zijn omgezet (zie K.J.M. Mortelmans, 'Waar bent u op 25 juli 2003', *Mediaforum* 2003, p. 153 en C. Borba Lefèvre, 'Doorwerking van de nieuwe richtlijnen voor elektronische communicatienetwerken en -diensten in het Nederlandse telecommunicatierecht', *Mediaforum* 2003, p. 232). In de

bijdrage van Borba-Lefèvre wordt in voetnoot 48 gerefereerd aan de uitspraken van de rechtbank en het CBB.

2. Versatel had bij brief van 28 oktober 1996 een klacht ingediend bij de EG-Commissie op grond van het feit dat KPN in strijd met artikel 82 EG 'misbruikelijk' lage kortingen zou aanbieden. Op 20 februari 1997 heeft Versatel zich tot de minister van Verkeer en Waterstaat gewend met het verzoek om, gelet op de ONP-spraakrichtlijn waarvan de omzettingstermijn op 13 december 1996 was verstreken, op te treden tegen de door KPN aangeboden kortingen, aangezien deze niet voldeden aan het vereiste van kostenoriëntatie.

Op 27 oktober 1997 heeft de Commissie een 'warning letter' aan KPN gezonden, waaruit naar voren komt dat de Commissie serieuze twijfels had over de conformiteit van de door KPN gehanteerde kortingsregels met het communautaire recht. Bij brief van 11 maart 1998 heeft de Commissie Versatel bericht dat zij de zaak overdroeg aan de Nederlandse autoriteiten, toen de minister van V&W, en heeft zij de behandeling van de klacht geschorst.

Na de inwerkingtreding van de OPTA-wet heeft OPTA per 1 augustus 1997 de behandeling van deze zaak overgenomen. Bij besluit van 6 april 1998 heeft OPTA aan KPN op grond van artikel 43 WTV een aanwijzing gegeven die betrekking had op het kortingssysteem. Al deze feiten haal ik uit de uitspraak van de rechtbank.

3. In deze zaak gaat het om de wijze waarop richtlijn 95/62 ONP-spraakrichtlijn I (PbEG 1995, L 321/6) en richtlijn 98/10 ONP-spraakrichtlijn II (PbEG 1998, L 101/24) door OPTA zijn toegepast en, vervolgens, om de rechterlijke controle op de aanwijzing van OPTA door de rechtbank Rotterdam en door het CBB.

De uitspraak van de hoogste telecomrechtbank geeft aan alle betrokkenen indicaties hoe deze rechter de niet-tijdige omzetting van de elektronische communicatierichtlijnen van 7 maart 2002 zou kunnen aanpakken.

Ik verwijs in dit verband ook naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 25 april 2003 in de zaak O2 en KPN Mobile vs. OPTA (Mediaforum 2003, p. 309, m.nt. A.T. Ottow).

Tussen de regels door, maar daarom niet minder belangrijk, is in deze zaak de vraag aan de orde of nationale rechters artikel 24 Mw en artikel 82 EG (ambtshalve) moeten toepassen. Dit onderwerp is om twee redenen actueel: de overgang van specifiek mededingingsrecht in de telecomsector naar algemeen mededingingsrecht en de grotere rol van de nationale rechter, na 1 mei 2004, datum van de inwerkingtreding van verordening 1/2003 (modernisering mededingingsbeleid).

Op beide punten wordt nader ingegaan. Technische punten, zoals de relatie tussen tarieven en kortingen, blijven buiten beschouwing.

4. Concreet gaat het in de zaak KPN/Versatel om het tijdstip waarop OPTA de bevoegdheid heeft – in de woorden van het CBB (zie 5.5) 'er een wettelijke grondslag bestond' om de door KPN aangeboden kortingen te toetsen aan de eis dat deze kortingen kostengeoriënteerd moeten zijn.

Ik maak dit onderscheid tussen 'bevoegdheid' en 'wettelijke grondslag' omdat het aangeeft dat OPTA haar bevoegdheden niet uit de wet, maar uit een EG-richtlijn zou kunnen halen (hierover J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2e druk, Nijmegen, 2002, p. 49-55).

In richtlijn 95/62 zit een kostengeoriënteerd systeem waarop de OPTA toezicht moest houden (bijvoorbeeld via aanwijzingen). Uit artikel 19 van richtlijn 98/10 heeft de rechtbank afgeleid dat dit systeem vervalst. Of dit een correcte interpretatie is, blijft in deze annotatie buiten beschouwing; de rechtbank gaat hiervan uit; het CBB laat dit in het midden.

5. Voor de beoordeling van het geschil zijn volgende data van belang: – 13 december 1995, goedkeuring richtlijn 95/62; – 30 december 1995, publicatie richtlijn 95/62 in het Pb. van de EG; – 19 januari 1996, inwerkingtreding richtlijn 95/62; – 13 december 1996, datum dat richtlijn 95/62 omgezet moest zijn; – 31 december 1996, datum dat lidstaten ervoor moesten zorgen dat hun telecomorganisaties met een kostentoerekenings-systeem werkt (zie artikel 13 richtlijn 95/62); – 6 juli 1997, vaststelling gewijzigd Besluit Algemene Richtlijnen Telecommunicatie 'Bart';

– 26 februari 1998, datum goedkeuring richtlijn 98/10; – 1 april 1998, publicatie richtlijn 98/10 in het *Publicatieblad* van de EG; – 6 april 1998, aanwijzing van de OPTA aan KPN voor de periode 6 april 1998 tot 1 januari 1999: 'besluit I'; – 17 april 1998, datum dat de OPTA het kostentoerekenings-systeem, voorzien in artikel 13, richtlijn 95/62, op basis van Bart, voor Nederland goedkeurde; – 21 april 1998, inwerkingtreding richtlijn 98/10 (zie artikel 33, richtlijn 95/62); – 30 juni 1998, datum dat richtlijn 95/62 wordt ingetrokken; – 1 juli 1998, datum dat richtlijn 98/10 omgezet moest zijn; – 2 september 1998, OPTA maakt op grond van Bart zijn 'Spraakoordeel' bekend; – 15 december 1998, datum dat richtlijn 98/10 in Nederland is omgezet (WTV werd Tw); Besluit ONP huurlijnen en telefonie (Boht).

6. Startpunt van deze reis door de tijd is 6 april 1998 en de vraag welke bevoegdheden OPTA die dag had om een uitspraak te doen over het optreden van KPN in de periode 6 april 1998 tot 1 januari 1999. Deze periode overspant, zoals blijkt uit het datumoverzicht, de werkings-sfeer in de tijd van twee EG-richtlijnen die op het cruciale punt niet in overeenstemming zijn met elkaar.

Het CBB resumeert de overwegingen van de rechtbank als volgt:

Uit deze bepalingen in onderlinge samenhang leidt de rechtbank af dat de nationaal regelgevende instantie, OPTA, de controle pas ter hand kon nemen, nadat het kostentoerekenings-systeem tot stand was gekomen. Genoemd systeem is eerst op 17 april 1998 goedgekeurd. Gevolg van deze visie van de rechtbank is dat KPN tot die tijd weliswaar verplicht was om kostengeoriënteerde tarieven in rekening te brengen, maar dat de OPTA dat niet kon bewerkstelligen. Tot 17 april 1998 stond voor Versatel, die bij de OPTA een klacht had ingediend tegen KPN, dus slechts de weg naar de civiele rechter open.

Dit resumé strookt niet helemaal met de uitspraak van de rechtbank zelf. Ik citeer de betreffende passages uit de uitspraak van de rechtbank:

Ten tweede miskent deze stelling van verweerder dat het vereiste van kostenoriëntatie – dat anders dan KPN heeft betoogd meteen vanaf 6 juli 1998 voor haar is gaan gelden – wel degelijk ook al vanaf dat moment jegens KPN kon worden geëffectueerd, zij het niet door middel van handhavend optreden van de toezichthouder maar door middel van een civielrechtelijke onrechtmatige-daadsactie van een concurrerende telecommunicatieonderneming (zoals Versatel) op grond van handelen in strijd met artikel 5.2, aanhef en onder a, van het Bart. Bovendien kon op grond van het algemene mededingingsrecht (artikel 82 EG en – vanaf 1 januari 1998 – artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw)) hetzij publiekrechtelijk hetzij civielrechtelijk worden geageerd tegen misbruikelijk laag geachte tarieven.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat verweerder bij het primaire besluit ten onrechte een aanwijzing rechtstreeks op grond van artikel 43, tweede lid, van de WTV aan KPN heeft gegeven. Verweerder was immers eerst bevoegd handhavend op te treden nadat overeenkomstig de procedure van artikel 5.2 van het Bart de tariefhoogte was vastgesteld, derhalve vanaf 2 september 1998. Waar besluit I daaraan voorbijgaat, kan het op die grond niet in stand blijven.

Uit het voorgaande volgt dat het beroep gegrond dient te worden verklaard en dat besluit I dient te worden vernietigd.

7. In deze overwegingen van de rechtbank wordt de datum van 6 juli 1998 genoemd. Uit de weergave door het CBB van de uitspraak van de rechtbank op dit punt blijkt dat het om 17 april 1998 gaat, de dag dat OPTA het kostentoerekenings-systeem goedkeurde.

Verder, en dit is belangrijker, zijn in deze versie van het CBB de verwijzing naar de eventuele toepassing van artikel 82 EG, de eerste stap in dit geschil (zie nr. 2), en naar artikel 24 Mw niet vermeld.

De rechtbank verwijst immers niet alleen naar de onrechtmatige-daadsactie, maar ook naar het algemene mededingingsrecht. Het mededingingsrecht kan publiekelijk via een klacht bij de Europese Commissie of de NMa, of privaatrechtelijk via een onrechtmatige-daadsactie bij de gewone rechter in stelling worden gebracht.

Bij het belang van het (door het CBB ondergeschoven) mededingingsrecht wordt kort stilgestaan, omdat, zoals hoger werd vermeld, de rol van de algemene en specifieke toezichthouders, en vervolgens van de rechters die hen controleren, met de herziening van het EG-mededingingsrecht, maar ook van het communicatierecht, in een nieuw daglicht komt te staan.

8. Toen Versatel in 1996 haar klacht bij de Europese Commissie indiende, waren de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet nog niet in werking getreden. De Brusselse route was de enige die concreet resultaat kon opleveren. Gelet op het misbruikstelsel van de oude mededingingswet, was de Haagse route, gelet op de inactiviteit van de kartelautoriteit (Ministerie van EZ) immers een doodlopende weg. De civiele rechter kon artikel 82 EG wel toepassen, maar uit onderzoek was gebleken dat hij niet stond te trappelen om deze met economische begrippen omgeven verdragsbepaling (relevante markt, machtspositie, misbruik, redelijke prijzen) toe te passen (I.W. VerLoren van Themaat, 'De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: "te ingewikkeld"?', SEW 1996, p. 156).

Vanaf 1 januari 1998 kan artikel 24 Mw (misbruik economische machtspositie) worden ingeroepen. Hierbij kunnen, zoals de rechtbank aangeeft, twee wegen bewandeld worden: de civielrechtelijke en de publieke.

Het was aan Versatel haar klacht bij de Commissie uit 1996 om te zetten in een klacht bij de NMa. Of zij dit gedaan heeft, is mij niet bekend. Deze stap lag niet voor de hand, omdat de specifieke toezichthouder, OPTA, nu juist voor dit soort akkefietjes ingesteld was. Versatel diende dan ook bij OPTA haar klacht in en kon in 1996/1997 niet bevroeden dat op het beschikbare moment (6 april 1998) OPTA nog geen aanwijzingsbevoegdheid had.

Ook kon Versatel bij de burgerlijke rechter een onrechtmatige-daads-actie starten en daarbij een beroep doen op artikel 82 EG of artikel 24 Mw. Of zij dit gedaan heeft, is mij niet bekend. Het belang van Versatel vervaagde in de loop der jaren. Dit valt ook af te leiden uit haar inactie bij het CBB.

9. Naar aanleiding van het obiter dictum van de rechtbank in de zaak OPTA/KPN komt de vraag naar ambtshalve toepassing van de mededingingsbepalingen door de administratieve rechter in het vizier. Had de rechtbank in plaats van dit obiter dictum op te nemen, de zaak mededingingsrechtelijk zelf ter hand moeten nemen?

In de zaak *Eco-Swiss/Benetton* (zaak C-126/97, *Jur.* 1999, I-3055) heeft het Hof van Justitie overwogen dat de EG-mededingingsbepalingen van openbare orde zijn en ambtshalve ingeroepen kunnen worden. In deze *civiele* zaak ging het om een arbitraal vonnis. In lijn met deze uitspraak is het arrest van het Hof Amsterdam (12 oktober 2000, *M&M* 2002, p. 110, m.nt. Leijten; *NJ* 2002, 111) In de zaak *Goos/Hanos* heeft het Hof Arnhem (1 augustus 2000, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 2000, p. 178) evenwel beslist dat artikel 6 Mw niet van openbare orde is (zie hierover E.W.F. Schotanus, 'Van openbare orde', *M&M*, 2002, p. 261).

Volgens mij kan de administratieve Rechtbank Rotterdam (om deze rechtbank gaat het immers) niet ambtshalve aan het algemene mededingingsrecht toetsen bij de beoordeling van een besluit van OPTA, omdat de grondslag van het geschil bepaald wordt door het besluit van OPTA. OPTA is bevoegd de telecommunicatiewetgeving toe te passen en niet de artikelen 81/82 EG, dan wel artikelen 6/24 Mw.

De Rechtbank Rotterdam kan alleen besluiten van OPTA vernietigen en eventueel zelf in de zaak voorzien. Als de rechtbank zelf in de zaak voorziet, moet de rechtbank wel de bevoegdheden van OPTA als vertrekpunt nemen. Een civiele rechter zou bijvoorbeeld een schadevergoeding kunnen opleggen of een verbod uitvaardigen aan KPN zich te onthouden van mededingingsrechtelijk onjuiste gedraging, desnoods onder bedreiging van een dwangsom.

Kortom, het vermelden door de rechtbank van de wegen die Versatel bij de civiele rechter kon bewandelen inclusief de toepassing van de mededingingsbepalingen, kon niet leiden tot een ambtshalve toepassing van de mededingingsbepalingen door de rechtbank.

10. Subsidiair geeft de Rechtbank een aantal overwegingen die betrekking hebben op directe werking en richtlijnconforme interpretatie. Deze overwegingen en de wijze waarmee het CBB er mee omspringt, zijn van groot belang voor de post-25/07/2003-problematiek. Voor de toepassing van deze technieken in het algemeen en de daarmee samenhangende jurisprudentie verwijs ik naar J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2e druk, Nijmegen, 2002, p. 137 en M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer, 2001.

11. Ik citeer de betreffende passage uit beide uitspraken:

De rechtbank:

Vervolgens is de rechtbank met KPN van oordeel dat verweerder reeds bij besluit I het bepaalde in de ONP-Spraakrichtlijn II had moeten verdisconteren. Gelet op artikel 19 en overweging 14 van de ONP-Spraakrichtlijn II moet worden vastgesteld dat onder die richtlijn het beginsel van kostenoriëntatie ten aanzien van kortingen is losgelaten. Verweerder lijkt zulks in het verweerschrift overigens ook te hebben erkend. Waar de ONP-Spraakrichtlijn II uiterlijk per 1 juli 1998 had moeten zijn geïmplementeerd en de betrokken bepalingen zodanig zijn geformuleerd dat daarin geen beletsel is gelegen om directe werking ervan aan te nemen, had verweerder zulks (ten gunste van KPN) moeten doen, althans had verweerder het Bart terzake richtlijnconform moeten uitleggen en toepassen. Aldus had verweerder bij de beslissing op het bezwaar van KPN omtrent de – rechtstreekse – toepassing van artikel 43, tweede lid, van de WTV moeten beoordelen of de betrokken kortingsregelingen voldeden aan de vereisten van artikel 19 van de ONP-Spraakrichtlijn II. Waar zulks bij besluit I achterwege is gebleven, kan het ook op die grond niet in stand blijven.

Het CBB is van oordeel dat artikel 19, richtlijn 98/10 'niet zodanig concreet en onvoorwaardelijk is geformuleerd, dat het zich in deze situatie zonder nadere implementatie voor toepassing zou lenen'. Ik interpreteer deze passage zo dat het CBB hier een oordeel uitspreekt over het ontbreken van rechtstreekse werking van artikel 19, richtlijn 98/10. De woorden 'niet zodanig concreet en onvoorwaardelijk geformuleerd' zijn de criteria die, sinds het arrest Van Gend en Loos voor verdragsbepalingen en sinds Van Duyn, zaak 41/74 en Becker, zaak 8/81 voor richtlijnen, bij het toekennen van rechtstreekse werking worden gebruikt (hierover Jans c.s., p. 91 en volgende). Het CBB geeft, volgens mij, geen oordeel over de richtlijnconforme interpretatie. Borba-Lefèvre (*Mediaforum* 2003, p. 235) leidt uit dit citaat van het CBB af, dat het CBB oordeelde dat de rechtbank geen richtlijnconforme interpretatie mocht toepassen. Op deze onduidelijke motivering wordt nader ingegaan (zie nr. 14).

12. Bij deze te lichtvoetige behandeling van twee essentiële technieken bij niet-tijdige omzetting van een EG-richtlijn kunnen enkele kanttekeningen geplaatst worden.

Ten eerste, de richtlijnconforme interpretatie. Het verdient aanbeveling bij niet tijdig omgezette richtlijnen eerst de techniek van richtlijnconforme interpretatie in te zetten en dan, zonodig, de techniek van directe werking. De stelling is gebaseerd op de principiële overweging dat het verzoeken (conforme uitleg) gaat boven conflicteren (directe werking) en op de praktische overweging dat conforme uitleg ook betrekking kan hebben op niet-direct werkende bepalingen.

Deze stelling haal ik niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierover is bij mijn weten nog geen uitspraak), maar uit de doctrine (in deze zin L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht. Een bonte lappendeken*, Lelystad, 1993, p. 68; K.J.M. Mortelmans en H.A.G. Temmink, *AAe* 1994, p. 857; J. H. Jans, en co., p. 145; R.H. Lauwaars en C.W.A. Timmermans, *Europees recht in kort bestek*, Deventer, zesde druk, 2003, p. 111) en uit de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak.

De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft in inmiddels vaste jurisprudentie (ingezet met ABRvS 31 maart 2000, *buitengebied Texel*, AB 2000,302, m.nt. Ch.W. Backers) bepaald dat richtlijnconforme uitleg als doorwerkinginstrument in beginsel voorrang heeft op directe werking. Het is merkwaardig dat het CBB deze voorrang kennelijk niet aanhangt of, nog sterker, in mijn visie niet eens aandacht besteedt aan conforme uitleg.

13. Ten tweede, de directe werking. Wat de rechtbank over de directe werking te berde brengt, is onduidelijk. Zij steunt in eerste instantie af op de directe werking van artikel 19 van de ONP-Spraakrichtlijn II, maar komt uit bij een richtlijnconforme uitleg. Het CBB komt ongemotiveerd tot de conclusie dat artikel 19 geen directe werking heeft. Het CBB noemt de criteria immers, maar past ze niet toe.

Artikel 19 luidt als volgt:

De lidstaten zorgen ervoor dat wanneer een organisatie overeenkomstig artikel 17 de plicht heeft haar tarieven te baseren op het beginsel van kostenoriëntering, kortingsregelingen voor gebruikers, met inbegrip van consumenten, volledig transparant zijn, gepubliceerd worden en overeenkomstig het beginsel van niet-discriminatie toegepast worden. De nationale regelgevende instanties kunnen eisen dat dergelijke kortingsregelingen worden gewijzigd of ingetrokken.

Vele elementen van deze bepaling (non-discriminatie, transparantie) zijn concreet en onvoorwaardelijk. Vermoedelijk liggen de voorwaarden en het niet-concreet zijn verscholen in het zeer uitvoerige artikel 17.

Sinds het arrest-Kraaijeveld (zaak C-92/95, *Jur.* 1996, I-5403) bevestigd in het arrest-Linster (zaak C-287/98, *Jur.* 2000, I-6917) erkent het Hof van Justitie ook directe werking van bepalingen die wat betreft de grenzen van de aan de staat gelaten beoordelingsvrijheid, onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Dit criterium is ruimer dan het klassieke criterium en het wordt (wederom) door de Afdeling met enige vrijmoedigheid toegepast. Bepalingen als 6, lid 2 Habitat-richtlijn (ABRvS 31 maart 2000, *Buitengebied Texel*, AB 2000, 302, m.nt. Ch.W. Backers en 9, lid 4 IPPC-richtlijn (ABRvS 13 november 2002, Hof van Twente, AB 2003, 26 en 27, m.nt. M.P. Jongma) worden door de Afdeling 'op eigen gezag' beschouwd als rechtstreeks werkend als bedoeld in *Kraaijeveld*, terwijl deze bepalingen zeker niet meer houvast voor toetsing bieden dan artikel 19 in de uitspraak van het CBB.

Vanuit deze optiek bekeken was er wat te zeggen voor het (niet uitgewerkte) oordeel van de rechtbank dat artikel 19, richtlijn 98/10 direct werkt. Als het CBB toch twijfels over houdt over de rechtstreekse werking, dan had hierover een vraag gesteld kunnen worden aan het Hof van Justitie. Dit is de manier om onduidelijkheden weg te werken (hierover uitvoerig S. Prechal en R.H. van Ooik, 'Het institutionele recht van de Europese unie en de Nederlandse rechter: het acquis in een notendop', *SEW* 2003, p. 348).

Overigens ontwijkt het CBB met het niet toekennen van directe werking aan artikel 19 richtlijn 98/10 de (Bermuda-)driehoeksverhoudingen. Richtlijnen die geen horizontale directe werking hebben (in casu Versatel versus KPN), kunnen wel verticaal direct werkend zijn (in casu Versatel versus OPTA). Het gevolg van de toekenning van verticale werking in dit soort casussen is dat de derde belanghebbende (in casu KPN) door de directe werking geraakt wordt (hierover uitvoerig S. Prechal en R.H. van Ooik, op.cit. p. 336; en Jans en co, op. cit. p. 113).

Deze driehoeksverhoudingen, die tot nu toe vooral in het milieu en aanbestedingsrecht speelden, worden vermoedelijk ook in het telecommunicatierecht en mededingingsrecht actueel.

In de CIF-zaak, die betrekking heeft op de bevoegdheden van de Italiaanse mededingingsautoriteit om actie te ondernemen tegen een onderneming waarvan het gedrag gedeeltelijk bepaald wordt door de nationale wetgever, komen de driehoeksverhoudingen in de conclusie van AG-Jacobs aan bod (zie zaak C-198/01, *CIF*, conclusie van 30 januari 2003, nr. 26). In de uitspraak van het Hof van Justitie van 9 september 2003 blijft dit punt onbesproken.

Borba-Lefèvre (*Mediaforum* 2003, p. 234 en volgende) gaat uitvoerig in op het verschil in rechtspositie bij (horizontale en verticale) directe werking, op de driehoeksverhoudingen en op de richtlijnconforme interpretatie. Zij heeft speciale aandacht voor de moeilijke positie van OPTA als toezichthouder en voor KPN als onderneming belast met taken van algemeen economisch belang (universele dienstverlening).

14. Ten derde en meer algemeen. Beide uitspraken in de zaak OPTA/KPN brengen mij tot de bedenking dat het zeer nuttig is in rechtsoverwegingen van nationale rechters die gestoeld zijn op EG-recht, concreet aan te geven welke EG-rechtspraak en welke EG-techniek (directe werking, richtlijnconforme interpretatie, enz.) gebruikt wordt.

Volgens de aanwijzingen voor de regelgeving moet de wetgever/omzetter duidelijk vermelden welk artikel van een richtlijn hij omzet (zie aanwijzing nr. 344: In de toelichting van een implementatieregeling wordt zo nauwkeurig mogelijk aangegeven hoe het desbetreffende communautaire besluit in de regeling is geïmplementeerd). Mutatis mutandis kan eenzelfde zorgvuldigheid van de rechter/toepasser worden gevraagd.

Naast de motiveringsplicht in het algemeen, rust, volgens mij, op de nationale rechter – en ik haal hierbij, met een knipoog naar de uitspraken van de Afdeling in de HMG-zaken (zie laatstelijk *Mediaforum* 2003, p. 280) artikel 10 EG van stal – de verplichting zijn overwegingen die betrekking hebben op EG-recht zo te formuleren, dat de betrokkenen in staat zijn de toepassing van het EG-recht te begrijpen en er naar te handelen.

Indien de rechtbank enkele arresten genoemd had waarin het Hof van Justitie de techniek van richtlijnconforme interpretatie had uit-

gewerkt, zoals zaak 80/86, *Kolpinghuis*, zaak C-106/89 *Marleasing* of zaak C-168/95, *Arcaro*, dan had het CBB een oordeel over het toepassen door de rechtbank van de techniek van richtlijnconforme interpretatie niet kunnen ontwijken.

Indien het CBB enkele arresten had genoemd waarin het Hof van Justitie ingaat op de directe werking van richtlijnen, zoals zaak 152/84, *Marshall*, zaak C-188/89 *Foster* of zaak C-72/95, *Kraaijeveld*, dan hadden de betrokkenen 'post-25/7/2003' hieruit kunnen afleiden wat in richtlijnen die betrekking hebben op telecommunicatie, de redenen zijn om aan een bepaling al dan niet directe werking toe te kennen.

15. Deze uitspraak van het CBB getuigt van een terughoudende houding bij het interpreteren en toepassen van EG-richtlijnen. Zoals onlangs aangegeven (*Mediaforum* 2003, p. 154), is er zeer weinig rechtspraak van het CBB over de techniek van richtlijnconforme interpretatie. Het CBB kreeg van de rechtbank een (imperfecte) voorzet, maar, in plaats van de hoek uit te kiezen en dan op doel te schieten, trapte het CBB over de bal.

Men mag hopen dat de hoogste telecommunicatierechter de pijlsnelle evolutie van dit vakgebied op de voet volgt. Het CBB heeft op 28 mei 2003, wetende dat vanaf 25 juli 2003 dit onderwerp zeer actueel zou worden, de kans laten liggen lijnen uit te zetten om de betrokkenen enige richting te geven in het elektronische communicatiemeras waarin iedereen zich nu bevindt.

Choice of Law in Copyright and Related Rights Alternatives to the Lex Protectionis

by Mireille van Eechoud

In this book Mireille van Eechoud clears the way to the formulation of conflict rules that reflect the purpose of copyright law- to protect creators and stimulate the production and use of information- without reverting to old-fashioned notions of territoriality. She shows how the applicable law can be determined for four distinct legal avenues of intellectual property law:

- Which exclusive rights exist in an intellectual creation and for how long;
- Who is considered to own such right;
- How can these rights be transferred; and
- What constitutes infringement of copyright and related rights.

Mireille van Eechoud shows how, when each of these questions is approached in the light of the different allocation principles used in modern choice of law, a new clarity begins to emerge that promises in time to build a set of conflict rules well suited to the unprecedented copyright and related rights issues that we find so difficult to resolve today. Her in-depth analysis draws in the classic multilateral conventions and treaties, underlying policies, technological and economic developments, utilitarian grounds versus justice considerations, and issues of infringement in the digital environment.

July 2003, 304 pp., hardbound

ISBN: 90-411-2071-8

Price: EUR 85.00 / USD 96.00 / GBP 59.50

INFORMATION LAW SERIES 12

Copyright Limitations and Contracts

An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright

by Lucie M.C.R. Guibault

Focusing on statutory copyright limitations that enshrine constitutional rights such as freedom of expression and privacy, foster dissemination of knowledge, safeguard competition, and protect authors from market failure, *Copyright Limitations and Contracts* clearly explains the rationale for these limitations and questions the legality of overriding them by contractual means. The author finds a complex array of factors clouding the emergence of coherent rules in the matter, among them the nature of the contract (e.g., fully negotiated vs. "shrink-wrap"), the respective interests of the parties involved, and the legislated policy of particular regimes. She points out that the United States' new Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA), which is likely to be adopted by many U.S. States and influence similar legislation in many other countries, leaves this crucial issue essentially unresolved.

Among the author's many startling insights is that, contrary to the commonly held notion that the Internet is a bastion of free speech, in fact it is now possible (via encryption technology) for the first time in human history to exercise absolute control over copyrighted material, even under circumstances of global mass distribution.

February 2002, 392 pp., hardbound

ISBN: 90-411-9867-9

Price: EUR 110.00 / USD 100.00 / GBP 69.00

INFORMATION LAW SERIES 9

Please contact our office at one of the following addresses or order from your bookseller:

For Europe and Rest of World:

Turpin Distribution Services Limited
Blackhorse Road, Letchworth, Herts SG6 1HN, United Kingdom
Telephone number: +44 1462 687556 (books)
Telephone number: +44 1462 687557 (journals)
Fax number: +44 1462 480947
e-mail: kluwerlaw@turpinintl.com

For USA, Canada, Central and South America:

Aspen Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle, Frederick, MD 21704, USA
Customer Care: 877-529-5427
Direct Dial Number: 301-698-7100
Fax number: 301-698-7159
e-mail: customer.care@aspenpubl.com

Visit our website at <http://www.kluwerlaw.com>

14.8.03



**KLUWER LAW
INTERNATIONAL**

THE HAGUE - LONDON - NEW YORK