



Universiteit
Leiden
The Netherlands

annotatie bij Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 2000 (Constance Sars/Fisher II)

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2000). annotatie bij Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 2000 (Constance Sars/Fisher II). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5110>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5110>

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

6

juni 2000
twaaelfde jaargang

Frequente problemen

Wouter Hins

De toewijzing van radiozendtijd in Vlaanderen: enkele positieve en negatieve signalen voor Nederland

Kamiel Mortelmans

Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie

Roel de Lange

Voorjaarsbijeenkomst VMC: Buitenlandse blikken op de kabel

Wieke Hoge

Jurisprudentie nr. 38-43

Radio Flandria • Damen vs. Minister
van Justitie • Berts vs. Minister van
Binnenlandse Zaken • Fisher vs.
Constance Sars • Kerktelefoon e.a. vs.
OPTA • Boehringer Ingelheim vs. Searle

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), Mr. L.F. Asscher (secretaris), Mr. R.A. Vecht (penningmeester), Mr. C. van Boxtel, Mr. C.E. Drion, Dr. N.A.N.M. van Eijk, Mr. F. Kuitenbrouwer, Mr. H.M. Linthorst en Mr. A.T. Ottow.

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

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 1999-5, p. 125-130; bij jurisprudentie Mediaforum 1999-5, nr. 25)

ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. M.J. Geus, Mr. A.W. Hins (voorzitter), Mr. drs. A.M.E. de Kroon (eindredactie), Prof. mr. K.J.M. Mortelmans, Mr. A.J. Nieuwenhuis, Prof. mr. H.J. de Ru en Mr. D.J.G. Visser.

Medewerkers

Prof. dr. J.C. Arnbak, Prof. mr. E.J. Dommering, Mr. M.M.M. van Eechoud, Prof. mr. F.W. Grosheide, Dr. M. Joosten, Prof. mr. J.J.C. Kabel, Mr. M.J.T. Linnemann, Mr. A.P.J.M. van Loon, Mr. W.C. van Manen, Prof. mr. J.M. de Meij, Mr. P. Mochel, Prof. mr. G.A.I. Schuijt, Prof. mr. J.H. Spoor, Prof. mr. D.W.F. Verkade en Prof. dr. D. Voorhoof.

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. drs. A.M.E. de Kroon, p/a Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, tel: 020-525 3370, fax: 020-525 3033, e-mail: adekroon@jur.uva.nl

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 f 125,- per lid per kalenderjaar (studenten f 75,-; rechtspersoon f 300,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adreswijziging e.d. voor vmc-leden bij secretaris vmc, Mr. L.F. Asscher, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX, Amsterdam, tel: 020-5253327, fax: 020-5253033, e-mail: asscher@jur.uva.nl

Niet-leden: f 195,- 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 f 19,50.

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

© 2000 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Nederlands

uitgeversverbond

**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

**Twaalfde jaargang
nummer 6
juni 2000**

Inhoud

- 191** **Opinie**
Frequente problemen
Wouter Hins
- 192** **Artikel**
De toewijzing van radiozendtijd in
Vlaanderen: enkele positieve en negatieve
signalen voor Nederland
Kamiel Mortelmans
- 197** **Bespreking**
Constitutionele convergentie van pers,
omroep en telecommunicatie
Roel de Lange
- 199** **Voorjaarsbijeenkomst VMC:**
Buitenlandse blikken op de kabel
Wieke Hoge
- 203** **Documentatie**
• Rechtspraak
• Binnenland
• Agenda
• Verschenen
- Jurisprudentie**
- 208** nr. 38 • Arbitragehof 2 februari 2000,
Radio Flandria m.nt. P.Valcke
- 212** nr. 39 • AB RvS 25 april 2000, Damen vs.
Minister van Justitie m.nt. A.W.
- 215** nr. 40 • AB RvS 25 april 2000, Berts vs.
Minister van Binnenlandse Zaken m.nt.
A.W. Hins
- 218** nr. 41 • Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 2000,
Fisher vs. Constance Sars m.nt. D.J.G. Visser
- 219** nr. 42 • Pres. Rb. Rotterdam 31 maart
2000, Kerktelefoon e.a. vs. OPTA m.nt.
A.W. Hins
- 223** nr. 43 • Codecommissie CGR 24 maart
2000, Boehringer Ingelheim vs. Searle
m.nt. M. de Cock Buning

Frequente problemen



Opinie
Wouter Hins

OP 19 MEI 2000 HEEFT DE MINISTERRAAD, zoals verwacht, besloten dat volgend jaar alle frequenties voor commerciële radio bij opbod verkocht gaan worden. Een 'zero base'-onderzoek heeft aangetoond dat in de FM-band acht frequentie-pakketten voor landelijke commerciële omroep kunnen worden gecreëerd. Het gezamenlijke luisterbereik van deze frequenties bedraagt 600% van de Nederlandse bevolking, een verdubbeling ten opzichte van de huidige situatie. Voor niet-landelijke commerciële omroep zal de frequentieruimte relatief nog sterker toenemen. Daarvoor ontstaat een gezamenlijk bereik van 120%, een verdrievoudiging ten opzichte van nu. De winnaars van de veiling staat een vergunning voor acht jaar te wachten.

Goed nieuws voor commerciële omroepen? Dat valt tegen. Sterker nog, de huidige marktleiders zijn laaiend en dreigen met een rechtszaak om de veiling tegen te houden. Bestaande stations, zoals Sky Radio en Radio 538, kregen hun laatste vergunning in 1997 voor de periode van 1 januari 1998 tot 1 september 2000. Er was veel gedoe omheen, maar op 11 november 1999 (*Mediaforum* 2000-1, nr. 4) bepaalde de Rechtbank te Rotterdam dat de tijdelijke verdeling rechtmatig was. Het ligt voor de hand dat de vergunningen met een jaar zullen worden verlengd, omdat de beoogde veiling om praktische redenen pas in het voorjaar van 2001 kan plaats vinden. Willen de zittende omroepen ook daarna in de ether blijven, dan moeten zij gaan meebieden op de veiling.

Daar wringt de schoen. Zittende omroepen hebben de afgelopen maanden regelmatig geprobeerd ambtenaren van Verkeer en Waterstaat en van OCenW ervan te overtuigen dat een veiling onrechtvaardig is. De Staat der Nederlanden werd ervan beschuldigd opgebouwde goodwill te willen onteigenen. Stel dat een vlieg op de muur had kunnen meeluisteren in het zaaltje waar vertegenwoordigers van Sky Radio in debat gingen met de ambtenaren van de twee ministeries. Het geïnteresseerde insect had dan wellicht de volgende discussie gehoord.

Sky Radio: Voordat Sky Radio begon uit te zenden op de frequentie 100.7 MHz was deze volstrekt onbekend bij het publiek. Wij hebben er wat van gemaakt. En nu komt de overheid aankloppen: 'Terug met die frequentie.' Dat is in strijd met alle beginselen van behoorlijk bestuur.

Ambtenaren: U heeft altijd geweten dat u een tijdelijke vergunning kreeg die onherroepelijk zou aflopen op 1 september 2000. Nooit is de verwachting gewekt dat er een recht op verlenging bestond. Wees blij dat u desondanks een jaar langer mag uitzenden.

Sky Radio: Wij hebben miljoenen gestoken in de bekendheid van de 100.7 MHz die nu veel meer waard is. Op een veiling moeten we dus extra betalen. Anders krijgt een concurrent ons publiek in de schoot geworpen. Wij worden gedwongen een sigaar uit eigen doos te betalen.

Ambtenaren: Succes heeft niets te maken met een streepje op het radiotoestel; het zijn de programma's die het hem doen. Er is geen enkele garantie dat een partij die op dezelfde frequentie gaat zitten hetzelfde succes heeft. Omgekeerd zullen de luisteraars van Sky haar heus wel volgen als zij twee streepjes verderop gaat uitzenden.

Sky Radio: U verwacht radio met televisie. Radio is een gewoontemedium. Mensen laten hun radio afgestemd staan en zappen niet. Als na de veiling iemand anders op de 100.7 MHz gaat uitzenden, krijgt hij automatisch onze luisteraars erbij. Je veilt niet alleen een frequentie, je veilt het bedrijf Sky Radio. Dat is een vorm van onteigening.

Ambtenaren: Het is onzin om te zeggen dat een radiofrequentie een bedrijf is. Als iemand op Vlieland een bakkerij voor vijf jaar huurt, de enige bakkerij op het eiland, kun je verwachten dat het schaarse goed na die termijn opnieuw wordt vergeven. Misschien aan de zittende huurder, maar misschien ook aan een ander.

Op het laatste argument zijn de ambtenaren kennelijk trots, want zij hebben het doorgegeven aan hun bewindslieden. In de *Volkskrant* van 12 mei 2000 maakte staatssecretaris Van der Ploeg van OCenW dezelfde vergelijking met een bakkerij op Vlieland. Staatssecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat heeft het in *De Telegraaf* van 20 mei 2000 ook al over het huren van een winkel voor een periode van vijf jaar. Is de vergelijking met het huren van bedrijfsruimte echter wel zo voordelig voor de Staat? Ik betwijfel het. Boek 7A van het BW bevat een aantal regels die nu juist de belangen van de huurder beschermen.

Lees maar mee in het BW. Als de huurder van bedrijfsruimte niet akkoord gaat met het einde van de overeenkomst na vijf jaar, moet de verhuurder een vordering instellen bij de kantonrechter. Deze kan de vordering tot beëindiging slechts in een beperkt aantal gevallen, zoals misbruik van het gehuurde, toewijzen (art. 1628 BW). Heeft het geschil tussen beide partijen alleen betrekking op een aanpassing van de huurprijs, dan kan de kantonrechter die prijs nader vaststellen. De ontwikkelingen op de markt sedert de laatste huurovereenkomst zijn daarbij doorslaggevend. Artikel 1626, derde lid, BW, bevat daarop een belangrijke uitzondering: De rechter zal een vordering tot verhoging van de huurprijs evenwel afwijzen voor zover deze is gegrond op verbeteringen van het gehuurde die door de huurder zijn aangebracht.

De Staat kan maar beter voor een ander anker gaan liggen. Vorig jaar moest de Hoge Raad oordelen over een geschil tussen de gemeente Coevorden en een particuliere B.V. Gasfabriek. De gemeente wilde de privaatrechtelijke concessie voor de gasfabriek niet verlengen en had dat voornemen tijdig aangekondigd. In kort geding poogde B.V. Gasfabriek een verlenging van de (dertigjarige) concessie af te dwingen. Bij de president van de rechtbank had zij geen succes, in hoger beroep bij het Hof Leeuwarden wel. De Hoge Raad oordeelde tenslotte dat de opzegging door de gemeente rechtsgeldig had plaats gevonden (HR 9 april 1999, NJ 2000, 219). Ook dit arrest heeft echter een schaduwzijde voor de Staat. De Hoge Raad liet namelijk meewegen dat de gemeente Coevorden op grond van de concessie-overeenkomst verplicht was de schade te vergoeden die B.V. Gasfabriek zou lijden. We weten niet wat de Hoge Raad zou hebben beslist als partijen op dat punt niets hadden afgesproken.

De toewijzing van radiozendtijd in Vlaanderen: enkele positieve en negatieve signalen voor Nederland

I Inleiding	In het onlangs gewezen arrest Radio Flandria geeft het Belgische Arbitragehof het (EG-)mededingingsrecht een grondwettelijke status, door het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel zeer extensief uit te leggen. Dat is een ook voor de Nederlandse rechtspraktijk interessante ontwikkeling. Op de interpretatie die het Arbitragehof geeft van EG-regels inzake mededinging en vrij verkeer valt overigens het nodige af te dingen.
Op 2 februari 2000 heeft het Belgische Arbitragehof een uitspraak gedaan inzake het beroep tot nietigverklaring van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de radio-omroep.¹ Dit beroep was ingesteld door een vennootschap naar Luxemburgs recht, Radio Flandria. Het aangevochten decreet verplicht commerciële radiozenders die via de ether uitzenden, zich te beperken tot het grondgebied van één of meer gemeenten of tot één agglomeratie, terwijl de publieke omroep, de V.R.T., zich tot de gehele Vlaamse Gemeenschap kan richten. Radio Flandria, een commerciële zender, gevestigd in het Groothertogdom Luxemburg, ontleent zijn argumentatie vooral aan bepalingen uit het EG-Verdrag. Met name is het verzoek gebaseerd op enerzijds de mededingingsbepalingen (artikelen 82 en 86 EG) en op anderzijds de bepalingen betreffende het vrije verkeer van vestiging en het vrij verrichten van diensten (artikelen 43 en 49 EG). Deze verdragsbepalingen worden gekoppeld aan de artikelen 10 en 11 van de Belgische grondwet.² Elke Belgische rechter heeft de bevoegdheid deze EG-verdragsbepalingen rechtstreeks toe te passen. Deze uitspraken kunnen evenwel niet leiden tot nietigheid van het betreffende decreet, maar alleen tot niet-toepasselijkheid ervan in de litigieuze zaak. Dit arrest is voor de Nederlandse rechtspraktijk om twee redenen van belang. Ten eerste bevat het interessante overwegingen over de grondwettelijke status van mededingingsbepalingen. Ten tweede geeft dit arrest een interpretatie van de EG-bepalingen van het vrije verkeer van diensten, de vrije vestiging en de mededinging die niet in overeenstemming is met recente Europese rechtspraak. Op beide punten wordt in deze bijdrage nader ingegaan. De belangrijkste passages van dit arrest zijn in dit nummer opgenomen, voorzien van een annotatie van P. Valcke.³ Zij gaat in op de Vlaamse en Belgische achtergronden van dit arrest en zij vermeldt ook de recente mediarechtelijke ontwikkelingen ter zake. In vogelvlucht komen deze ontwikkelingen er op neer dat de bijzondere publieke rol, die aan de publieke radio-omroep werd gegeven en die in dit arrest door het Arbitragehof wordt erkend, blijft gehandhaafd. Wel wordt aan de commerciële omroepen meer ruimte gegeven.	2 De constitutionalisering van het mededingingsbeleid Overweging B.4.2. illustreert de mogelijkheden van een constitutioneel hof, in casu het Belgische Arbitragehof, om de grondwet te koppelen aan de EG-bepalingen inzake vrij verkeer en mededinging. Het Arbitragehof interpreteert het non-discriminatiebeginsel zo breed, dat zijn interpretatie toelaat een oordeel te geven over de verenigbaarheid van Belgische overheidsmaatregelen, in casu een Vlaams decreet, met de EG-mededingingsbepalingen. Dit oordeel kan leiden tot nietigheid van het decreet. De overheid en de geliberaliseerde markten: een ménage à trois In zaken zoals Radio Flandria gaat het om de driehoeksverhouding tussen de <i>overheid</i> die via <i>overheidsondernemingen</i> algemene belangen nastreeft, zoals cultuur en pluriformiteit, maar tegelijkertijd, al dan niet onder druk van EG-liberaliseringsrichtlijnen, <i>commerciële ondernemingen</i> op de markt toelaat.⁴ Aan de (oud)-monopolist worden in veel gevallen bijzondere rechten toegekend. Deze situatie doet zich ook in Nederland voor, bijvoorbeeld in de telecommunicatie-, vervoers- en energiesector.⁵ Bij andere beleidsonderdelen, zoals het milieubeleid, vindt ook marktwerking plaats. Dit komt tot uiting bij het inzetten van meer marktconforme instrumenten, zoals convenanten. In deze convenanten en de regelgeving die ermee verband houdt, wordt aan bepaalde entiteiten een exclusief recht verleend. De afvalsector is hiervan een duidelijk voorbeeld.⁶ In dit waddenachtige gebied tussen ‘markt’ en ‘overheid’ zijn zowel het nationale als het Europese mededingingsrecht van toepassing. De nieuwe marktpartijen, in casu Radio Flandria, vallen de overheidsregeling aan die aan de overheidsonderneming, in casu V.R.T., bijzondere rechten geeft. Zij doen daarbij een beroep op artikel 82, juncto 86, lid 1 EG. Artikel 82 EG verbiedt misbruik van machtsposities en artikel 86, lid 1 EG bepaalt dat de lidstaten met betrekking tot de overheidsbedrijven en de ondernemingen, waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen maatregel nemen of handhaven die in strijd is met artikel 82 EG. Vervolgens brengt de overheidsonderneming artikel 86, lid 2 EG of het nationale equi-

¹ Deze uitspraak is gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 3 maart 2000.

² Deze extensieve uitleg van het gelijkheidsbeginsel is in lijn met eerdere rechtspraak, zie J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen 1990.

³ *Mediaforum* 2000-6, nr. 38.

⁴ Het gaat hier in essentie om drie entiteiten: de overheid, de oud-monopolist en de nieuwkomers. Het Nederlandse telecommunicatiebeleid inzake mobiele

telefonie illustreert dat bij verdere vrijmaking van de markt de onderlinge relaties nog ingewikkelder worden: KPN en Libertel versus de tweede en derde generatie nieuwkomers (Ben enz.).

⁵ Hierover M. van Twist & W. Veeneman (red.), *Marktwerking op weg*, Utrecht: Lemma 1999.

⁶ Zaak C-203/96, Dusseldorp, Jur. 1998 I-4075.

valent⁷ in stelling. Volgens artikel 86, lid 2 EG vallen ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing ervan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.

Mededinging en algemene belangen

Voor de rechter gaat het dan om een casus waar twee beleidsterreinen met elkaar conflicteren en waarbij een conflictregel een oplossing kan bieden. Het conflict heeft betrekking op enerzijds de werking van het mededingingsbeleid en anderzijds op de werking van ander beleid (cultuur, milieu, pluriformiteit van de media, sociaal beleid enz.). Deze laatste algemene belangen worden zo belangrijk gevonden dat zij in veel gevallen een plaats krijgen in de grondwet.

Het arrest Radio Flandria en de grondwettelijke status van het mededingingsrecht

In het arrest Radio Flandria wordt aan het mededingingsrecht, en met name aan het EG-mededingingsrecht, een grondwettelijke status gegeven. Dit gebeurt door een zeer extensieve toepassing van het gelijkheidsbeginsel, opgenomen in de artikelen 10 en 11 van de Belgische grondwet. Deze mogelijkheid om in de grondwet een mededingingsrechttoets te lezen is interessant, ook voor de Nederlandse rechtspraktijk. Deze nieuwe kijk op het nationale mededingingsrecht hangt samen met recente rechtspraak van het Hof van Justitie. In het arrest *Brentjens* is dit Hof ingegaan op de relatie tussen het EG-mededingingsbeleid en het EG-sociaal beleid.⁸

Nu de Nederlandse Mededingingswet zoveel mogelijk aansluit bij het EG-mededingingsrecht,⁹ komt de vraag aan de orde of deze Brentjens-benadering ook kan worden gevolgd bij de toepassing van de Nederlandse Mededingingswet.

De Brentjens-benadering en de afweging van mededingings- en sociale belangen

In het arrest *Brentjens* van het Hof van Justitie heeft het Hof van Justitie bepaalde cao’s buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht geplaatst. Het Hof deed dit op basis van een interpretatie van de algemene bepalingen in het EG-verdrag die betrekking hebben op de doelstellingen die dit verdrag nastreeft, en de middelen die daarvoor kunnen worden ingezet. De kernpassages luiden als volgt: ‘Vervolgens dient te worden bedacht dat volgens artikel 3, lid 1, sub g en i EG, het optreden van de Gemeenschap niet alleen “een regime omvat waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst”, maar ook “een beleid op sociaal gebied”. Artikel 2 EG bepaalt immers, dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft, “het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit” en van “een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming”’ (overweging 51).

Het Hof van Justitie vervolgt: ‘Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke

inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 81, lid 1 EG moesten houden’ (overweging 56). Het Hof van Justitie concludeert: ‘Uit een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het verdrag, gelezen in hun onderling verband, volgt derhalve, dat overeenkomsten met dergelijke doelstellingen, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners gesloten, wegens hun aard en doel moeten worden geacht niet onder artikel 81, lid 1 EG te vallen’ (overweging 57).

De draagwijdte van de Brentjens-benadering

Het arrest Brentjens heeft betrekking op een zaak waar cao’s centraal stonden. In de sociale paragraaf van het EG-verdrag, na Amsterdam (artikel 139 EG), wordt uitdrukkelijk op het belang van dit rechtsinstrument gewezen.

Wil er sprake zijn van een algemene Brentjens-benadering, dan moet de uitspraak van het Hof van Justitie ook van toepassing zijn op andere sectoren. Het is nog te vroeg om te concluderen dat dit inderdaad het geval is. Het arrest Brentjens is van zeer recente datum en heeft nog niet tot vervolgrechtspraak geleid. Toch zijn er enkele indicaties die aangeven dat het hier inderdaad om een nieuwe benadering kan gaan.

Wat milieubeleid betreft geven beleidsaanbevelingen van de Europese instellingen aan dat milieucovenanten een nuttig instrument zijn om milieubeleid te voeren.¹⁰ Dit aanknopingspunt kan meegenomen worden bij de beoordeling van milieucovenanten. Er moet daarbij wel gewezen worden op het feit dat de afspraken die gemaakt worden, in de milieusector vooral betrekking hebben op de goederen- en dienstenmarkten en niet op de arbeidsmarkt, zoals in de zaak Brentjens.

Voor sport zijn aanzetten merkbaar voor een Brentjens-benadering. In hun conclusies in de zaken Deliège en Lethonen hebben de advocaten-generaal overwogen dat bepaalde beperkingen die door sportbonden worden afgesproken, zoals selectie van nationale teams, bevordering van de amateursport, opleiding van jonge spelers, inherent zijn aan de sport en als zodanig niet onder de werking van het mededingingsrecht vallen.¹¹ De conclusies van beide advocaten-generaal zijn gewezen vóór de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Brentjens. Er is dus geen verwijzing naar deze uitspraak. De Europese Commissie heeft in een verslag aan de Europese Raad over de sociale functie van sport een vergelijkbare mening verkondigd als de beide advocaten-generaal.¹²

Bij onderwerpen die verband houden met de media, is de situatie gecompliceerder, omdat het hier niet alleen gaat om de relatie tussen het nationale beleid en het Europese recht, maar ook om de werking van het EVRM. Dit blijkt ook uit de zaak Radio Flandria, waar de relevante jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens werd ingeroepen.

Het belang van de Brentjens-benadering

Het Europese mededingingsrecht, en dit geldt ook voor het Nederlandse mededingingsrecht, heeft een algemene strekking. Dit wil zeggen dat overeenkomsten of machtsposities die betrekking hebben op een ‘niet-economisch’ beleidsonderdeel, zoals een bockenkartel, een milieucovenant, een collectieve arbeids-overeenkomst, het vestigingsbeleid van artsen enz. niet aan de werking van het mededingingsrecht ontsnappen, louter en alleen

⁷ Artikel 25 Mw, zoals ingeroepen in de NMa-zaak nr. 1, (*Telegraaf*/NOS). Zie *Mediaforum* 1998, p. 312.

⁸ Gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, *Jur.* 1999, p. I-6025. Hierover E.H.M. Loozen, ‘CAO s, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht’, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2000, p. 275.

⁹ Hierover P.J. Slot, ‘De Europeesrechtelijke achtergronden van de Mededingingswet’, in: P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 17.

¹⁰ Bijvoorbeeld de Resolutie van de Raad van 7 oktober 1997 inzake milieucovenanten, *PbEG* 1997, C 321.

¹¹ Conclusie van AG Cosmas in gevoegde zaken C-51/96 en C-191/97 ‘*Deliège*’; conclusie van AG Alber in zaak C-176/96 (*Lehtonen*). Het Hof kwam aan de behandeling van dit punt niet toe, omdat het van oordeel was dat het te weinig gegevens had om een oordeel te vormen.

¹² Verslag van de Commissie aan de Europese Raad, doc COM (1999) 644.

omdat het om de bescherming van de cultuur, het milieu, de gezondheid enz. gaat. Dit punt kwam bij de kamerbehandeling van de Mededingingswet expliciet aan de orde.¹³

Aan de andere kant beseffen de mededingingsautoriteiten dat een automatische toepassing van de mededingingsregels in niet-economische sectoren, zonder dat rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van deze sectoren tot weerstand leidt, niet alleen van het kartel, maar ook van de beleidsmakers in deze sectoren. Onder de oude Nederlandse Mededingingswet werd een ‘compromis’ bereikt, omdat de invulling van het algemeen belang werd verricht niet alleen door de Minister van Economische Zaken, maar ook door de minister die het mede aanging, bijvoorbeeld de Minister c.q. Staatssecretaris van Cultuur. In de nieuwe Mededingingswet moet de Directeur-Generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) deze afweging alleen maken.¹⁴

Zowel in Europees als in Nederlands verband worden dan ook talrijke oplossingen aangedragen om deze spanning tussen het ‘economische’ mededingingsrecht en ‘niet-economische’ belangen weg te werken of te verzachten.

In Nederland werden voor bepaalde sectoren oplossingen bedacht, zoals de tijdelijke ontheffing van het boekenkartel en de dagbladprijs, maar het principiële punt van de verhouding tussen economische belangen (mededinging) en niet-economische belangen blijft bestaan.¹⁵

De Brentjens-benadering schept de mogelijkheid door een afweging van mededingingsbelangen en andere algemene belangen bepaalde overeenkomsten niet onder de werkingssfeer van het mededingingsrecht te laten vallen wegens de aard en het doel van de overeenkomsten.

De Brentjens-benadering toegepast op de Nederlandse Mededingingswet

Het ging in dit arrest Brentjens om een Nederlandse zaak over bedrijfspensioenfondsen. De cao’s en de wetgeving die daarmee samenhangen, hadden gevolgen voor de tussenstaatse handel. Artikel 82 EG en artikel 86 EG kwamen dan ook in het vizier.

Technisch gesproken geeft de wet op de bedrijfspensioenfondsen deze pensioenfondsen exclusieve rechten en willen ondernemingen, zoals Brentjens, een eigen pensioenregeling opzetten. In termen van het arrest van het Arbitragehof vertaald, staat de pensioenwet voor het mediadecreet; de bedrijfspensioenfondsen voor V.R.T.; en Brentjens voor Radio Flandria. In termen van *Mediaforum* vertaald gaat het respectievelijk om de Telecommunicatiewet, KPN en Libertel of Ben, dan wel de Mediawet, NOS en SBS6.

Het is niet moeilijk een casus te bedenken waarbij dezelfde marktpartijen betrokken zijn in een situatie waarbij exclusieve rechten worden toegekend aan een lokale kabelaar. Gelet op de gewenste aansluiting van het Nederlandse mededingingsrecht bij het EG-mededingingsrecht moet dan de vraag beantwoord worden of bij een gemeentelijke regeling zonder EG-relevantie de Brentjens-benadering kan worden toegepast. Bij deze plaatselijke exclusieve toewijzingen kan immers niet rechtstreeks verwezen worden naar de doelstellingen van het EG-Verdrag.

Indien men de algemeen-belang-doelstellingen, zoals sociaal beleid of pluriformiteit van de media of cultuur, wil afwegen met mededingingsdoelstellingen, dan zal een gelijk speelveld moeten worden gevonden.¹⁶ In de EG-Brentjens-benadering waren dit de artikelen 2 en 3 van de EG-‘grondwet’ en was het

Hof de scheidsrechter die een beslissing nam.

De Nederlandse grondwet bevat wel sociale grondrechten (artikelen 19 en 20), een milieubepaling (artikel 21) en geeft een aanknopingspunt voor cultuur- en mediabeleid (artikel 22, lid 3 en artikel 7), maar hij geeft aan het mededingingsregime geen grondwettelijke status.

Wil men deze Brentjens-redenering naar Nederlands recht introduceren, dan zal men een list moeten verzinnen, dan wel een duurzame oplossing nastreven. Ik zie drie mogelijkheden.

Extensief toepassen van de Brentjens-benadering?

Ten eerste kan de Nederlandse Mededingingsautoriteit of de Nederlandse mededingingsrechter de aansluiting van het Nederlands mededingingsregime op het EG-stelsel zeer extensief toepassen. De memorie van toelichting bij de Mededingingswet is vaag op dit punt.

Indien de Nederlandse mededingingsautoriteiten van deze constructie gebruik willen maken, dan zullen zij zich bij de beoordeling van een mededingingsbeperking, die niet onder het EG-mededingingsrecht valt, zoals een bedrijfscao of de machtspositie van een lokale kabelaar, rechtstreeks moeten baseren op de artikelen 2 en 3 EG en de interpretatie die daaraan in het Brentjens-arrest is gegeven.

Dit lijkt mij een brug te ver. Het Nederlandse mededingingsregime sluit dan wel ‘zoveel mogelijk’¹⁷ aan bij het EG-regime, maar dit wil nog niet zeggen dat de doelstellingen van het EG-regime en de Nederlandse wet dezelfde zijn. Het EG-mededingingsregime beoogt, zoals de Nederlandse Mededingingswet, niet alleen marktwerking, maar ook vrij verkeer tussen de lidstaten: geen ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel (zie artikel 81, lid 1 en artikel 82 EG).

Opnemen van economische grondrechten in de grondwet?

Ten tweede, het opwaarderen van het mededingingsregime. Dit kan gebeuren door aan het beginsel van vrije mededinging in de Nederlandse rechtsorde een grondwettelijke status te geven. Het Verdrag van Maastricht heeft, voor het EG-recht, deze stap gezet in artikel 4 EG. In een ander verband, namelijk de relatie mededinging en milieu, heb ik dit punt aan de orde gesteld. Voor nadere onderbouwing verwijs ik hiernaar.¹⁸

In Nederland bestaat evenwel een koudwatervrees om een discussie over het opnemen van economische grondrechten te entameren. Deze bijdrage is niet de plaats om dit punt nader uit te werken.¹⁹

Eén opmerking. Men zou, redenerend vanuit de andere belangen dan het mededingingsbelang, kunnen tegenwerpen dat het niet nodig of wenselijk is aan het mededingingsrecht een grondwettelijke status te geven. Op deze wijze zou het hogere belang van pluriformiteit, milieu en andere belangen kunnen worden benadrukt. Los van het feit dat dit, gelet op de Brentjens-benadering, alleen zou opgaan voor Nederlandse kartels, lijkt deze benadering mij kortzichtig. Het Hof van Justitie probeert, gelet op de algemene werking van het mededingingsrecht, een ontsnappingsroute te vinden om bepaalde kartels en overeenkomsten in de niet-economische sfeer buiten de werking van het mededingingsrecht te plaatsen. Het Hof van Justitie vindt daarbij een gulden middenweg om beide belangen (mededinging en in de zaak Brentjens sociaal beleid) tot hun recht te laten komen.

gingsrecht, *Mediaforum* 2000, p. 115.

17 Dit zijn de woorden die in de considerans bij deze wet worden gebruikt.

18 K.J.M. Mortelmans, ‘Milieubeleid en mededingingsrecht: onvermijdelijke confrontatie en gewenste integratie’, *NTER* 2000, p. 28.

19 Zie ook L.F.M. Besselink, ‘Het EU Handvest voor de grondrechten: consolidatie, vooruitgang of een stap achteruit’, *NJB* 2000, p. 887.

Het overnemen van de Radio Flandria-interpretatie

Ten derde zou het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 GW zo opgerekt kunnen worden, dat hieronder ook gelijke kansen op de markt vallen.²⁰

Mij is geen Nederlandse rechtspraak bekend die een opening geeft om deze ‘Flemish connection’ over te nemen.²¹ Dit is ook niet verwonderlijk. Deze rechtspraak zou vooral afkomstig kunnen zijn van een constitutioneel hof: dit is er in Nederland niet.

Een constitutionele erkenning van de ‘nieuwe economie’?

Meer in het algemeen doet zich de vraag voor of het niet noodzakelijk is dat de Nederlandse (grond)wetgever zich gaat bezinnen of de huidige instituties en de daarmee verband houdende rechtsinstrumenten en rechtsbescherming nog wel vol-doen. Sedert het no-nonsense-kabinet Lubbers en Paars wordt in Den Haag een marktconform beleid gevoerd. De goedkeuring van de Mededingingswet, de operatie MDW en de liberalisering van de nutssectoren zijn belangrijke mijlpalen, maar zij verdienen – omdat zij zo belangrijk zijn – een constitutionele erkenning.²² Of zijn al deze ontwikkelingen van lagere orde dan de bevoegdheden van de waterschappen (vergelijk artikel 133 Gw)? Het is mooi dat er nog een PBO-gebouw staat voor de ‘oude’ economie, met de daarbij behorende instituties (SER, schappen) en rechtsbescherming (Cbb); het is vreemd dat er nog weinig gedaan wordt aan het juridisch optuigen en waarborgen van alles wat te maken heeft met de ‘nieuwe’ economie.²³ Bij het in goede banen leiden van deze ontwikkelingen zal toezichtwetgeving en dus ook de algemene mededingingswet een belangrijke rol kunnen vervullen. Dit heeft Bill Gates voor zijn Microsoft moeten ervaren.

In mediarechtelijke termen vertaald doet zich een gelijkwaardige ontwikkeling voor, maar hier is men reeds een stap verder. Er zijn voorstellen geformuleerd in het VMC-preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 Gw²⁴ en in het rapport van de Commissie Franken. Dit is niet de plaats om grondwetregels over mededinging en ICT uit te werken, maar arresten, zoals de zaak Radio Flandria, en ook de zich gestaag ontwikkelende Nederlandse rechtspraak over de Mededingingswet en over de nutssectoren laten zien dat de rechter nieuwe kwalitatieve sprongen zal moeten nemen om een goede rechtsbescherming te geven aan marktpartijen in de overgang en de ICT-ontwikkelingen.²⁵ De grondwetgever kan hem hierbij helpen, hem een denkraam verschaffen.

De verwijzing van het Arbitragehof naar het omroepprotocol bij het Verdrag van Amsterdam en naar artikel 16 EG heeft geen meerwaarde.²⁹ Deze verwijzing laat alleen toe te bevestigen dat het publieke omroepbestel rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden. Op de proportionaliteit van het nationale overheidsoptreden wordt in dit protocol, dat vooral betrekking heeft op steunbepalingen, en in deze verdragsbepaling niet ingegaan.

3 De interpretatie van de EG-regels

Het Vlaamse decreet wordt gesauveerd. Ik vind de manier waarop het Arbitragehof de EG-mededingingsbepalingen en bepalingen over het vrije verkeer interpreteert, veel te summier,

te kort door de bocht en soms onjuist. Het arrest geeft de indruk dat de rechters het over de conclusie eens waren, maar dat er geen EG-specialist aanwezig was om dit op een deugdelijke wijze te verwoorden.

Het ontbreken van de noodzakelijkheidstoets bij artikel 86, lid 2 EG

Verbazingwekkend is de manier waarop het Arbitragehof artikel 86, lid 2 EG toepast. Uit constante jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een uitzondering op de mededingingsregels alleen geldt wanneer aan het noodzakelijkheidsver-eiste is voldaan. Deze rechtspraak wordt ook door het Arbitragehof aangehaald (zie r.o. B.4.3 in fine), maar niet goed toegepast.

In B.4.4 overweegt dit Hof ‘dat het, om de V.R.T. in staat te stellen die bijzondere taak van algemeen belang naar behoren te vervullen, noodzakelijk was mededinging vanwege commerciële etherradio’s uit te sluiten’. Een nadere uitwerking van de noodzakelijkheidstoets dan het laten klinken van ‘his master’s voice’ wordt niet gegeven.

In de beide arresten die in B.4.3 door het Arbitragehof geciteerd worden (*Corbeau* en *Almelo*), verricht het Hof van Justitie deze toets zelf, dan wel draagt het de nationale rechter op dit te doen.²⁶

Enzelfde werkwijze wordt gehanteerd door het Hof van Justitie in de zaak *Deutsche Post*²⁷ (overwegingen 47 en volgende). Ook het recente arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in de VTM-zaak (zie overweging 122) wijst in die richting.²⁸

Een nationale rechter die artikel 86 EG moet toepassen, kan niet volstaan met het herhalen van de wil van de wetgever. Dat is het startpunt, niet de finish (zie bijvoorbeeld overweging 47 *Deutsche Post*). Wat de wetgever bepaalde is van belang om te weten of een onderneming ‘belast’ wordt met exclusieve taken in de zin van artikel 86, lid 2 EG (zie bijvoorbeeld overweging 45 *Deutsche Post*). Vervolgens moet door die rechter bekeken worden of de redenen van algemeen belang (pluriformiteit) niet met minder mededingingsbeperkende middelen kunnen worden nagestreefd (zie bijvoorbeeld overwegingen 49 en volgende *Deutsche Post*).

De verwijzing van het Arbitragehof naar het omroepprotocol bij het Verdrag van Amsterdam en naar artikel 16 EG heeft geen meerwaarde.²⁹ Deze verwijzing laat alleen toe te bevestigen dat het publieke omroepbestel rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden. Op de proportionaliteit van het nationale overheidsoptreden wordt in dit protocol, dat vooral betrekking heeft op steunbepalingen, en in deze verdragsbepaling niet ingegaan.

Ik wijs erop dat in de NOB-zaak het pluriformiteitsargument dat gehaald werd uit artikel 86, lid 2 EG ook sneuvelde op de proportionaliteitstoets (overwegingen 31, 32 en 35).³⁰

23 Hierover K.J.M. Mortelmans, ‘De ontwikkeling van de communautaire regelgeving en Haagse besognes: de visie van de Raad van State’, *NJB* 2000, p. 1009.

24 *Mediaforum* 1999-11/12, bijlage p. I-VIII; Hierover G. Schuijt, ‘Artikel 7 Grondwet in de 21e eeuw’, *Mediaforum* 1999-11/12, p. 303; L. Asscher, ‘Een zorg voor de nieuwe Grondwetscommissie’, *Mediaforum* 1999-2, p. 41; A. van Loon, ‘VMC-studiedag: grondrechten in het digitale tijdperk’, *Mediaforum* 2000-2, p. 45.

25 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Rotterdam 24 december 1999, *Libertel/OPTA*, *Mediaforum* 2000-2, p. 67, m.nt. Loozen en Mortelmans, en *Ondernemingsrecht* 2000, p. 87, m.nt. Mok.

26 Hierover S. Rumpff, *Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union*, Frankfurt am Main 2000, p. 221.

27 Gevoegde zaken C-147/97 en C-148/97, *Deutsche Post*. Zie *Mediaforum* 2000, p. 90.

28 Zaak T-266/97, VTM, arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 8 juli 1999, *Auteurs & Media* 1999/4, p. 458, m.nt. D. Voorhoof. Hierover P. Valcke, ‘Autopsie van VTM-monopolie leidt niet tot nieuwe resultaten’, *Mediaforum* 2000, p. 2.

29 H. Zeinstra & H. van der Plas, ‘Het Protocol bij het Verdrag van Amsterdam inzake de financiering van publieke omroepen’, *Mediaforum* 1997-9, p. 124.

30 Zaak C-353/89, (*Commissie/Nederland* (NOB)), *Jur.* 1991, p. I-4069.

Te beperkte interpretatie van het verbod van artikel 43 EG

Bij de beoordeling van de beperkingen op de vrijheid van vestiging (B.6.4) overweegt het Arbitragehof dat de bestreden bepalingen zonder onderscheid naar nationaliteit gelden. Uit recente rechtspraak van het Hof van Justitie³¹ blijkt dat niet alleen onderscheidmaatregelen onder het verbod vallen, maar in bepaalde gevallen ook zonder-onderscheidmaatregelen.

Of dit in casu het geval is, wordt door het Arbitragehof niet onderzocht. Via het exclusieve recht van V.R.T. verwijst het Arbitragehof naar artikel 86, lid 2 EG en opnieuw zonder verdere analyse van de noodzakelijkheidstoets.³²

Uit het arrest VTM (overweging 107 en volgende) en de daar vermelde rechtspraak valt af te leiden dat dit veel te kort door de bocht is. Ook hier is het noodzakelijk aan te geven dat het gebruikte middel niet verder gaat dan nodig om het doel (pluriformiteit) te bereiken.³³

Te vrijpostige interpretatie van de excepties bij artikel 49 EG

Ook de interpretatie van de exceptie bij artikel 49 EG die betrekking heeft op het vrij verrichten van diensten, roept vragen op.³⁴

In B.7.4 geeft het Arbitragehof aan dat het decreet een in het jargon ‘maatregel met onderscheid’ is. Pluriformiteit is een rule-of-reason-exceptie die door het Hof van Justitie erkend is,³⁵ maar deze exceptie is alleen inroepbaar bij zonder-onderscheidmaatregelen.³⁶ Dit is in casu niet het geval.

Het Arbitragehof rekt vervolgens de exceptie van openbare orde, die in artikel 45 EG te vinden is, zo op dat via de achterdeur de pluriformiteit er onder valt. Vermoedelijk doet het Arbitragehof dat omdat het beseft dat er geen rechtstreekse verwijzing naar pluriformiteit mogelijk is. Immers het gaat om een maatregel met onderscheid, in de woorden van het Arbitragehof: die bepaling impliceert dat in andere lidstaten gevestigde rechtspersonen niet in aanmerking komen voor die erkenning .

In de Nederlandse zaak *Bond van Adverteerders* overwoog het Hof van Justitie dat de excepties van artikel 45 EG beperkt moeten worden geïnterpreteerd en dat zij van niet-economische aard moeten zijn.³⁷ Terecht merkt het Arbitragehof in B.7.4 in fine op dat het in casu om een niet-economisch doel gaat. Uit het arrest in de *Griekse TV*-zaak³⁸ en uit andere arresten die betrekking hebben op openbare orde³⁹ valt af te leiden dat de exceptie van openbare orde beperkt moet worden geïnterpreteerd.

Zelfs in het geval dat deze exceptie inroepbaar is, moet, zoals bij de toepassing van artikel 86, lid 2 EG, de proportionaliteitstest toegepast worden. In dit geval wordt wel een argumentatie gegeven voor de andere behandeling van de commerciële radiozenders en wordt, zij het summier, door het Arbitragehof op dit punt ingegaan.

4 Conclusie

Uit de annotatie van P. Valcke verder in dit nummer⁴⁰ blijkt dat dit arrest voor de V.R.T. een Pyrrusoverwinning is. De Vlaamse mediaregelgeving wordt aangepast, zodat ook commerciële radiozenders de totale Vlaamse Gemeenschap kunnen bereiken via landelijke etherfrequenties. Dit is Vlaams mediabeleid.

Deze uitspraak van het Arbitragehof geeft evenwel interessante aanknopingspunten om hem naar Nederland te ‘relayeren’. Positieve signalen zijn te vinden in de brede interpretatie van het grondwettelijk erkende gelijkheidsbeginsel. De negatieve signalen hebben betrekking op de toepassing van het EG-recht. Het is zeer verbazingwekkend dat de hoogste Belgische rechter, in de overwegingen die betrekking hebben op media-beleid, naar geen enkel arrest van de hoogste Europese rechter verwijst dat betrekking heeft op mediaregelgeving.⁴¹

Deze kritische beschouwing mag niet tot de conclusie leiden dat het Vlaamse decreet niet in overeenstemming zou zijn met het EG-recht. Ik ben er door de redenering van het Arbitragehof evenwel onvoldoende van overtuigd dat het decreet wel in overeenstemming is.

Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie



Bespreking

Roel de Lange

Prof. mr. R. de Lange is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

L.F.Asscher, Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie. ITeR-reeks nr. 26, Deventer: Kluwer 1999. ISBN 90 268 3601 5. 149 p., f62,50

De discussie over grondrechten in het digitale tijdperk vormt de achtergrond van dit boek. Mede naar aanleiding van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, dat ten tijde van het schrijven van deze recensie overigens nog niet was gepubliceerd, zal de problematiek van de communicatierechten ongetwijfeld de komende jaren de gedeelde passie blijven vormen van grondwetsliefhebbers en (tele)communicatie-experts. Asschers boek is te lezen als een voorstudie voor dat rapport, maar het heeft ook een algemener karakter. In kort bestek gaat Asscher de grondslagen na van de vrijheid van meningsuiting en van de bescherming van vertrouwelijke communicatie.

De hoofdvraag van dit boek is in hoeverre de Grondwet aanpassing behoeft in het licht van de convergentie die zich als gevolg van technologische ontwikkelingen heeft gemanifesteerd tussen verschillende typen infrastructuur (die dezelfde soorten diensten zijn gaan overdragen) en tussen verschillende functies van gebruikersapparaten (telefoon, televisie en computer bieden in toenemende mate vergelijkbare gebruiksmogelijkheden). Een belangrijk probleem daarbij is of het onderscheid tussen openbare en niet-openbare communicatie nog goed te handhaven is (p. 8).

Asscher geeft in zijn boek een overzicht van de voornaamste juridische problemen rond de artikelen 7 en 13 van de Grondwet. Hij draagt verschillende oplossingen aan, en ontwikkelt drie scenario's voor een nieuwe opzet van deze artikelen. De titel van het boek is ontleend aan, althans geïnspireerd door het verschijnsel dat verschillende typen infrastructuur gelijksoortige diensten kunnen overdragen, en het verschijnsel dat de functies van gebruikersapparaten elkaar gaan overlappen. Beide verschijnselen worden met de term convergentie aangeduid (p. 2). Naast de hiermee aangeduide technische ontwikkeling, die wellicht tot een ander soort normering van communicatieprocessen moet leiden, is er een economische en politieke ontwikkeling gaande, waardoor de plaats van de overheid binnen en ten opzichte van de verzorging van transportdiensten is veranderd. Zowel de regulerende rol van de overheid als de verzorging van diensten door de overheid zelf zijn aan ingrijpende veranderingen onderhevig.

Binnen de juridische problematiek waartoe deze ontwikkelingen leiden, is een belangrijke afzonderlijke vraag wat de consequenties moeten zijn voor de grondwettelijke grondrechtsnormen. Vooral daarop spitst Asscher zijn betoog toe. Hij bespreekt daartoe de artikelen 7 en 13 Grondwet, en besteedt aandacht aan verdragsnormen.

Communicatievrijheid

Centraal staat de communicatievrijheid. De auteur heeft ervoor gekozen aan het recht op privacy slechts zijdelings aandacht te besteden (p. 12).

Hoofdstuk 2 (p. 19-52) geeft een beknopt, helder en uitstekend leesbaar overzicht van de voornaamste perikelen met artikel 7 Grondwet. De belangrijkste knelpunten – techniekonafhankelijke formulering van lid 1 en 2, zendergerichtheid, uitzondering voor handelsreclame terwijl in de loop van de tijd de grens met andere uitingen is vervaagd waardoor afbakeningsproblemen steeds lastiger zijn geworden, ontbreken van een regeling van toegang tot de communicatiemarkt – komen in de schets van Asscher goed uit de verf. Ook het – algemenere – probleem van het ontbreken van een formulering betreffende horizontale werking wordt signaleerd.

Hoofdstuk 3 – Communicatievrijheid en artikel 13 Grondwet – laat de belangrijkste problemen van het briefgeheim, en breder: het communicatiegeheim, de revue passeren. De afbakening van het object van het communicatiegeheim (het bericht of ook (verkeers)gegevens met betrekking tot het bericht), de vraag van waar tot waar de bescherming geldt (in beginsel tot de plaats waar het bericht de bestemming daadwerkelijk heeft bereikt), en de vraag wie als transporteur te beschouwen is. Aan de horizontale werking van het grondrecht besteedt Asscher vier regels (op p. 62): die lijkt hem evident.

Aan de hand van artikel 13 Grondwet en wijzigingsvoorstel 25 443 (het gestrande voorstel vertrouwelijke communicatie) worden de problemen van het geldende grondwettelijk regime in kaart gebracht. Tevens wordt aandacht besteed aan de curieuze situatie dat artikel 18.13 Telecommunicatiewet vooruitloopt op de nieuwe formulering van artikel 13 Grondwet, die nu juist geen geldend recht is geworden. Ook de vraag of overheidsorganen inbreuken op het communicatiegeheim aan de burger bekend moeten maken (notificatieplicht) komt aan de orde. Asscher geeft op die vraag (p. 80) niet een direct antwoord, maar verderop blijkt uit zijn betoog dat hij daarvan wel een voorstander is.

Ook met betrekking tot artikel 13 Grondwet concludeert Asscher dat het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 niet meer geschikt is nu geen goed onderscheid gemaakt kan worden tussen schriftelijke en andere vormen van communicatie.

Hoofdstuk 4 – De Grondwet en de internationale rechtsorde – bevat een bespreking van de artikelen 17 en 19 IVBPR en de artikelen 8 en 10 EVRM. Ook het EG-recht komt even (p. 97-99) langs.

Een vergelijking van deze internationale normen met het beschermingsniveau van de Grondwet levert de – niet verrassende – conclusie op dat de Grondwet een ruimere bescherming biedt waar een exclusieve competentie aan de wetgever wordt verleend, terwijl voor het overige het EVRM een ruimere bescherming biedt (p. 105). Asscher gaat niet uitvoerig in op de vraag of de door hem signaleerde knelpunten met betrekking tot de artikelen 7 en 13 Grondwet opgelost of gecompenseerd kunnen worden door de bescherming die de internationale

³¹ Zaak C-55/94, (*Gebhard*), *Jur.* 1995, p. I-4165; zaak C-255/97, (*Pfeiffer*), *Jur.* 1999, p. I-2835.

³² In deze bijdrage hebben de proportionaliteitstoets en de noodzakelijkheidstoets dezelfde betekenis.

³³ Zie P. Valcke, *Mediaforum* 2000-1, p. 5, met verwijzing naar zaak C-19/92, (*Kraus*), *Jur.* 1993, p. I-1663, overweging 32.

³⁴ Zie over dit onderwerp in relatie tot frequenties, *Verdeelde frequenties; veranderde omroep*, het zogenaamde rapport Donner, Den Haag: Ministerie WVC 1992, p. 75 en 76.

³⁵ Zaak C-211/91, (*Vlaams Kabeldecreet*), *Jur.* 1992, p. I-6757; zaak C-368/95, (*Familia-press*), *Jur.* 1997, p. I-3689.

³⁶ Zie overwegingen nrs. 17-18 van de NOB-zaak.

³⁷ Zaak 352/87, (*Bond van Adverteerders*) *Jur.* 1988, p. 2085.

³⁸ Zaak C-260/89, (*ERT*) *Jur.* 1991, p. I-2925.

³⁹ Zaak C-348/96, (*Calfa*) *Jur.* 1999, p. I-11.

⁴⁰ *Mediaforum* 2000-6, nr. 38.

⁴¹ De verwijzing in B.4.3 naar het Griekse TV-arrest (*ERT*) tel ik niet mee, omdat zij betrekking heeft op een algemeen punt, namelijk de interpretatie van artikel 86, lid 2 EG. Daar waar het ERT-arrest wel specifiek kon worden vermeld, is dit niet gebeurd.

normen bieden. Hij concludeert met betrekkelijk weinig omhaal (p. 106) dat de Grondwet rijp is voor wijziging. Daarmee schuift hij – zoals hij zelf ook aangeeft – de moeilijkste vragen nog even voor zich uit: welke onderdelen van de communicatievrijheid dienen in de Grondwet te worden opgenomen? Blijft het huidige beperkingssysteem gehandhaafd?

Scenario's voor grondwetswijziging

In hoofdstuk 5 – Een nieuwe communicatieparagraaf – stelt Asscher drie scenario's voor tot wijziging van de Grondwet. Hij hanteert daarbij vijf ijkpunten: bereik, toegang, zorgplicht, horizontale werking, en de beperkingen. Op p. 115-116 zijn deze ijkpunten in een overzichtelijk schema ondergebracht.

Daarna komen de drie scenario's aan de orde. Het eerste ligt nog relatief het dichtst bij de huidige Grondwet, hoewel het daarmee ook al forse verschillen vertoont (onder andere techniekanafhankelijke formulering, het laten vervallen van de uitzondering voor handelsreclame; onduidelijk is in hoeverre ook een breuk met de delegatieterminologie wordt beoogd). Het tweede scenario vertoont grote verwantschap met het voorstel van de commissie van deskundigen uit de Vereniging voor Media- en Communicatierecht, dat vorig jaar in Mediaforum werd gepubliceerd. Het derde voorstel is geïnspireerd door Dommerings suggestie van één communicatiegrondrecht. Alle drie de scenario's gaan uit van materiële beperkingsgronden, waarmee het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet onder druk komt (zoals Asscher aan het slot van zijn betoog opmerkt, p. 132).

Al met al biedt Asscher een prima, overzichtelijk en vlot geschreven boek waarin bijvoorbeeld studenten die met een werkstuk over grondrechten in het digitale tijdperk bezig zijn of willen beginnen, zeer goed uit de voeten kunnen. Asscher heeft alle belangrijke problemen gezien, al dwingt een boek van nog geen 150 pagina's tot rigoureuze beperking.

Slechts op één – belangrijk – punt bleef ik, zoals de Vlamingen zeggen 'op mijn honger': de verhouding tot de privacy. Her en der duikt het probleem van de verhouding tussen het communicatiegeheim en het algemene privacyrecht op. Asscher onderkent kennelijk zeer goed dat dit een cruciaal probleem is, maar hij heeft ervoor gekozen (niet onbegrijpelijk overigens) het enigszins te laten liggen. Toch is de vraag die in het kader van een discussie over herziening van de Grondwet essentieel is, of niet kan worden volstaan met het onderbrengen van een groot aantal aspecten van het communicatiegeheim onder een algemeen privacyrecht. Juist in een tijd waarin het in de ogen van velen lijkt alsof er aan privacy geen behoefte meer bestaat, heeft vastlegging van een algemeen en ruim geformuleerd recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer een belangrijke (ook symbolische) waarde. Als een dergelijke bepaling als vertrekpunt wordt genomen, is vervolgens de vraag in hoeverre aan een specialis met betrekking tot het communicatiegeheim sterke behoefte bestaat. Vanuit communicatieprocessen gezien (en dat is Asschers perspectief) is een privacy-norm in zekere zin de specialis. Vanuit het privacyrecht gezien (een minstens even verdedigbaar uitgangspunt) is het communicatiegeheim de specialis. Waarheen de rechtsontwikkeling leidt, is nog geen uitgemaakte zaak.



Voorjaarsbijeenkomst VMC: Buitenlandse blikken op de kabel

De Vereniging voor Media- en Telecommunicatierecht organiseerde op 12 mei 2000 haar voorjaarsbijeenkomst.

In het wetenschappelijk gedeelte stonden 'Buitenlandse Blikken op de Kabel' centraal. Naar aanleiding van de Tweede kabelnota werd gesproken over inrichting van en toezicht op de kabelsector, en wat Nederland daarover kan opsteken van België en Duitsland.

De toekomst van de kabel staat midden in de belangstelling. Het VMC-bestuur had een gelukkige hand in de planning. Nog net voor de bijeenkomst verscheen de Tweede Kabelnota van de hand van staatssecretaris Rick van der Ploeg.¹ Eén dag voor de bijeenkomst vonden in Brussel de public hearings over de Working Documents inzake de Communications review plaats. De nota is een vervolg op de Kabelnota van juni 1999.² Een inleiding op de Tweede Kabelnota werd verzorgd door mr. drs. H.C.L. Hobbelen, advocaat bij Stibbe Simont Monahan Duhot. Mrs. C. Uyttendaele en P. Valcke, beiden werkzaam aan het Interdisciplinary Centre for Law & IT – (ICRI, KU Leuven), gingen in op het Belgische perspectief. Mr. N. Helberger, werkzaam aan het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam, bezag een en ander vanuit Duits perspectief. De discussie die volgde spitste zich toe op de status en bevoegdheden van programmaraden. Meest opvallend was wellicht dat door Hofenk (OCenW) naar aanleiding van de discussie een Derde Kabel Nota werd toegezegd.

Inleiding tweede kabelnota

Hobbelen geeft een inleiding op de tweede kabelnota aan de hand van vijf onderwerpen: consumentenbescherming (basispakket/must-carry en programmaraden), prijsregulering, Open Network Provision (ONP) voor omroepdiensten en toegang van Internet Service Providers (ISP) tot de kabel en decoders, en plaatst daarbij een aantal kritische kanttekeningen.

Hobbelen begint met de vaststelling dat het voor de kabelbranche voorlopig moeilijk zal blijven om van het imago van een Poolse landdag af te komen, zoals dat in de vorige editie van *Mediaforum* beeldend werd geschetst door Van Eijk.³

Uit de tweede Kabelnota blijkt dat het kabinet in de overgangsfase vasthoudt aan het basispakket (must-carry) vanwege het gebrek aan keuzevrijheid van de consument omdat er geen andere infrastructuurbeheerders of packagers zijn.⁴ Wat gebeurt er echter na de overgangssituatie? Wordt het basispakket afgeschaft? En is een basispakket geen ongerechtvaardigde inperking van de keuzevrijheid van de kabelexploitant en de consument?

Wieke Hoge

Mr. W.E. Hoge is advocate te Den Haag (Houthoff Buruma)

In de kabelnota blijft de positie van programmaraden gehandhaafd.⁵ Volgens Hobbelen moet echter worden getwijfeld aan de onafhankelijkheid van de programmaraden. Door de overheid zou een verbod moeten worden ingesteld op deelname van het personeel van de kabelexploitant in public relations en financiering om de schijn van

belangenverstrengeling te voorkomen.

Wat betreft de prijsmaatregel (art. 82 j Mediawet) die nu is opgelegd ten aanzien van het tarief voor het basispakket (f. 21,-/10 euro) is in de Kabelnota vermeldt dat deze weinig rendement biedt.⁶ Is dit bedrag een schijntje? Het kabinet acht de huidige tarieven niet onredelijk en wil deze handhaven zolang er een dominante positie is. Hobbelen stelt voor regulering door de OPTA te laten plaatsvinden op het moment dat ONP voor de kabel en omroepdiensten er is.

De regering stelt zich ten doel concurrentie tussen de verschillende infrastructures zo veel mogelijk te bevorderen.⁷ De concurrentie voor de kabel als infrastructuur voor omroepdiensten is echter beperkt. Het enige alternatief op dit moment is satelliet. Het gewicht van beleid en regelgeving komt in hoofdzaak te liggen op de concurrentie op de infrastructuur. Hobbelen vraagt zich af of dit wel echt een redelijk alternatief is.

De regering sluit aan bij het Europese ONP-kader.⁸ De ONP-regels zullen alleen op die markten van toepassing zijn die als relevante markten gelden met uitzondering van *infant industries*. Hobbelen wijst er in dit verband tevens op dat in de Framework Directive bij de ONP review een nieuw begrip wordt geïntroduceerd: *Electronic Communications network and service*. Een zeer breed begrip waar veel ondervalt. Het kan zijn dat de formulering Telecommunicatiewet daarmee te gekunsteld wordt.⁹ Voor het begrip aanmerkelijke marktmacht wordt eveneens een nieuwe definitie geïntroduceerd, waarover nog veel onduidelijkheid bestaat.¹⁰ Volgens Hobbelen ontstaat er een hogere drempel dan de huidige aanmerkelijke marktmachtdrempel.

Ondanks de aansluiting bij het ONP-regime zijn op korte termijn maatregelen nodig. Voor distributieve radio- en televisie diensten zal in de Telecommunicatiewet een toegangsverplichting worden opgenomen tegen redelijke voorwaarden en

¹ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2.

² Kamerstukken II 1998/1999, 26 602, nr. 1.

³ N. van Eijk, 'Poolse landdagen, poldermodel en de kabelnotitie', *Mediaforum* 2000-5, p. 151.

⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 13/16.

⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 13.

⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 12/13.

⁷ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 4-7.

⁸ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 9.

⁹ DG Information Society Working Document, *A common regulatory framework for electronic communications networks and services*, Brussels 27 april 2000, INFSO A/1, section 2, p. 5.

¹⁰ DG Information Society Working Document, *A common regulatory framework for electronic communications networks and services*, Brussels 27 April 2000, INFSO A/1, section 13 par. 2, p. 12.

¹¹ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 9.

¹² OPTA/ NMa, *Richtsnoren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken*, 17 augustus 1999/OPTA/IBT/99/7064.

¹³ Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 2, p. 7.

tarieven.¹¹ De overheid kiest daarbij voor een vorm van negotiated access en handhaaft een boekhoudkundige scheiding van beheer toegangsnet en levering omroepdiensten.

Een en ander brengt helderheid en rechtszekerheid met zich mee volgens Hobbelen, hoewel het nodige reeds in richtsnoeren van OPTA en NMa geregeld was.¹²

Op het terrein van de niet-omroepdiensten zoals internet en telefonie ondervindt de kabel op dit moment wel concurrentie.¹³ Hobbelen vraagt zich af of deze constatering niet wat kort door de bocht is. De overheid acht het toezicht gebaseerd op de Mededingingswet voldoende. De NMa zal het toezicht intensiveren door vooraf markten af te bakenen. Aanvullende sector-specifieke regelgeving kan op termijn worden overwogen.¹⁴ Volgens Hobbelen oppert de regering dat de NMa reeds heeft vastgesteld of internet toegang via de kabel een aparte markt is, terwijl dit tot nu toe steeds in het midden is gelaten. Daarbij kan men zich ook nog afvragen of OPTA of NMa toezichthouder zouden moeten zijn. Hobbelen lijkt een voorkeur uit te spreken voor OPTA, omdat OPTA bredere toezichtmogelijkheden en meer kennis op dit gebied heeft.

De rol die de nationale overheid kan spelen in het standaardiseringsproces ten aanzien van decoders is beperkt. Wel zullen en kunnen afspraken worden gemaakt over een invoeringsscenario.¹⁵ Hobbelen stelt daar de mogelijkheden en onmogelijkheden van een Europese standaard tegenover.

Hobbelen plaatst tot slot de kanttekening dat in de nieuwe richtlijn inzake toegang, de toegang van derden tot voorwaardelijke toegangssystemen specifiek wordt geregeld met de mogelijkheid dat dit ook geldt voor API's (*Application Program Interfaces*) en EPG's (*Electronic Programme Guides*).¹⁶

Het Belgische perspectief

Uyttendaele en Valcke schetsen eerst kort het Vlaamse kabel-landschap. Er zijn in Vlaanderen 21 kabelmaatschappijen (zuivere en gemengde intercommunales – samenwerkingsverbanden tussen de gemeente en een private partij voor exploitatie – en twee private kabelmaatschappijen).

Een abonnee betaalt in België voor het standaard pakket van 28 televisie programma's en 25 à 27 radio programma's ongeveer f 250,- à f 300,-. Must-carry geldt voor een hele reeks zenders. Ook voor zenders waarvan het volgens Uyttendaele en Valcke twijfelachtig is of deze als generalistische zender kunnen gelden. Het wekt daarom geen verwondering dat er inmiddels drie klachten lopende zijn bij de Europese Commissie tegen de must-carry regel in België. In het werkdocument van 27 april 2000 handelt sectie 26 over must-carry verplichtingen. Must-carry verplichtingen mogen worden opgelegd maar alleen ten voordele van omroepen die een taak van openbare dienst vervullen en mits voorzien wordt in een adequate compensatie, die – zo bleek uit de *public hearings* op 11 mei in Brussel – kosten georiënteerd moeten zijn. Er bestaat in België geen eenduidigheid ten aanzien van de doorgiftevergoeding.

Op de kabel leidt concurrentie op dit moment niet tot lagere prijzen maar wel tot het aanbieden van nieuwe diensten. De ether is niet echt een alternatief voor omroepen om hun radio- en televisieprogramma's te verspreiden, vooral omdat de Vlaamse ether met name op omroepvlak grotendeels is voorbehouden aan de openbare omroep VRT. Wel is uit onderzoek gebleken dat er ruimte is voor twee frequenties voor landelijke commerciële radio, welke zullen worden geveild. Concurrentie van satellietontvangst is in België eveneens laag te

noemen. Echte concurrentie tussen infrastructures moet net als in Nederland nog van de grond komen.

Als tweede kwam de toegangsproblematiek aan bod. Afgezien van de must-carry zenders bepalen kabelmaatschappijen vrij autonoom welke zenders zij doorgeven en welke niet. Er hoeft geen rekening te worden gehouden met adviezen van programmaraden en dergelijke omdat deze afgezien van adviesraden bij een aantal regionale zenders in Vlaanderen niet bestaan. Dit heeft meermaals tot conflicten geleid. Problemen inzake toegang tot de kabel worden in België steeds via toepassing van het gemeenrechtelijke mededingingsrecht opgelost. Van een vlotte geschillenbeslechting voor een speciale instantie, of sectorspecifieke regelgeving, of richtsnoeren voor de hoogte van de doorgifte vergoeding is volgens Uyttendaele en Valcke in Vlaanderen nog geen sprake.

Als derde en laatste kwam digitalisering en segmentering van het kabelaanbod in Vlaanderen aan bod. De Vlaamse situatie is hier moeilijk te vergelijken met de Nederlandse. De plannen zijn nog vaag en weinig geconcretiseerd. Dit heeft te maken met de complexe bevoegdheidsverdeling in België. Het is vaak niet duidelijk welke overheid bevoegd is om het gebruik van de kabel en eventueel de toegang ertoe te regelen. Dit zelfde geldt voor prijsregulering (federale bevoegdheid) en consumentenbescherming (bevoegdheid gemeenschappen). In principe is het zo dat de gemeenschappen bevoegd zijn voor radio-omroep en televisie alsmede voor de technische aspecten van omroep, met name voor de kabel en de ether, terwijl de federale overheid de telecommunicatie onder haar vleugels heeft. Een complicerende factor is dat het begrip radio-omroep en televisie niet precies vast staat. In de praktijk worden verschillende definities gehanteerd. Het is daarom ook niet duidelijk wie bevoegd is de kabel te reguleren. De strengelde bevoegdheidsverdeling heeft eveneens gevolgen voor het prijzenbeleid voor de kabel en de consumentenbescherming. Het prijs- en inkomensbeleid is een exclusieve bevoegdheid van de federale overheid. Tarieven zijn daarom onderhevig aan federale controle. Digitalisering en segmentering van het kabelaanbod zijn in Vlaanderen nog niet gerealiseerd. Wel wordt er ook bij digitalisering gepleit voor een gewaarborgd basispakket, dat tegen een betaalbare prijs aan de consument moet worden aangeboden.

Uiteindelijk denken Uyttendaele en Valcke dat de kwesties die behandeld worden in de Nederlandse kabelnotitie in enkele jaren ook aan de orde zullen zijn in Vlaanderen. De ervaring in Nederland is interessant voor de concretisering van Vlaamse initiatieven. De VMC kan op dat moment zeker een tegenuitnodiging tegemoet zien, om het Vlaamse beleid te become-tariëren vanuit Nederlands perspectief.

Het Duitse perspectief

Anders dan in Nederland bestaat in Duitsland al min of meer concurrentie tussen infrastructures. Daar waar in Nederland de kabel een marktaandeel heeft van 90% heeft de kabel in Duitsland een aandeel van 56 %. Satelliet met een marktaandeel van 32% heeft succes vanwege het brede programma-aanbod en het feit dat er geen permanente kosten zijn. Satelliet heeft op dit moment ook de meeste kansen in het digitaliseringsproces. Deutsche Telekom bezit nog steeds een monopolie ten aanzien van de kabel. De terughoudendheid van Deutsche Telekom ten aanzien van investeringen in nieuwe kabelinfrastructuur zorgt ervoor dat digitalisering nog steeds in de kinderschoenen

staat. De Nederlandse aanpak van het promoten van digitalisering vindt Helberger (te) voorzichtig omdat marktinterventie wordt ontweken en er geen particuliere innovatieve initiatieven zijn. Het promoten van de wetenschap en de overheid in de rol van 'launching customer' is niet genoeg. Een meer actieve benadering is mogelijk door bijvoorbeeld programma-aanbieders te stimuleren om bij te dragen aan digitale ontwikkelingen. Het probleem daarbij is in hoeverre een rol in digitalisering past bij publieke omroep taken. Het gewijzigde Duitse *RundfunkStaatsVertrag* steunt publieke omroepen om digitale projecten te starten. Daarnaast zou een must-carry verplichting kunnen worden geïntroduceerd voor digitale omroep.

Om de risico's van kabelexploitanten te verminderen zou de Nederlandse overheid, zoals in Duitsland en de Verenigde Staten, pilot projecten moeten faciliteren. Tijdens een pilot project kunnen onder meer nieuwe technieken worden getest, de economische marktvoorwaarden worden onderzocht, kan nieuwe infrastructuur worden gecreëerd en onderzocht worden of nadere regelgeving vereist is.

De overheid moet daarnaast de juridische voorwaarden scheppen voor kabelexploitanten om digitale programma's door te geven. Het must-carry scenario moet eveneens digitale programma's omvatten. Dit alles met het doel om investeringen in de ontwikkeling van nieuwe diensten te stimuleren.

Ten aanzien van pluraliteit merkt Helberger op dat programmaraden door deelname en financiering van kabelexploitanten hun democratische gelding verliezen. Duitsland kan dienen als een interessant voorbeeld. Daar zijn in een *Landesmedienanstalt* de taken van OPTA, NMa, CvdM en programmaraden ten aanzien van toezicht op omroep via de kabel verenigd. Toezicht vindt vooraf plaats, waarbij een systeem van 'regulated access' geldt. In Duitsland bestaan daarom geen conflicten tussen programma-aanbieders en kabelmaatschappijen over toegang.

Digitalisering zal waarschijnlijk ook leiden tot meer technische 'bottlenecks'. Conditional Access systemen zullen steeds belangrijker worden. Er is in de kabelnota volgens Helberger niet voldoende aandacht besteed aan het gegeven dat de beheerder van een CA-systeem feitelijk een quasi-monopolie bezit. De kabelnota besteedt relatief veel aandacht aan de bescherming van data terwijl meer aandacht besteed had moeten worden aan toezicht op eerlijke toegang tot voorwaardelijke toegangssystemen en regelgeving ten aanzien van niet-omroepdiensten of on-line activiteiten van omroepen. In andere lidstaten, zoals Italië, Ierland en Duitsland, wordt dit veel serieuzer genomen. Met betrekking tot EPG's ligt misbruik voor de hand. Duidelijke voorwaarden zijn noodzakelijk. De beheerder van een API kan marktontwikkeling eenvoudig tegenhouden. Helberger vraagt zich uiteindelijk af of het beoogde creëren van een innovatieve en pluralistische markt niet meer regelgeving en overheidsinterventie behoeft. Zou met andere woorden, aldus Helberger, het niet raadzaam zijn om het Nederlandse kabelbeleid minder 'negotiated' en meer 'regulated' te maken?

Discussie

Belgie stemt voor en Duitsland tegen de tweede kabelnota, zo constateerde Kabel (IViR en voorzitter VMC), voorafgaande aan de discussie. Gediscussieerd zal er vervolgens met name worden over pluraliteit, basispakketten (must-carry) en scheiding van infrastructuur en diensten.

Pluraliteit/ must-carry

Brakman (CvdM) vermeldt de uitkomsten van een recent gehouden onderzoek onder Algemene Programmaraden (APR), waaruit blijkt dat APR's klachten hebben over de faciliteiten die hen ten dienste staan en de eigen positie in advisering onduidelijk vinden. Brakman pleit voor meer financiële middelen en gewicht in advisering. De komende tijd blijft het belang van APR's bestaan. Brakman stelt voor de adviseringsbevoegdheid van APR's uit te breiden van basispakket naar totaalpakket. Hobbelen (Stibbe Simont Monahan Duhot) stelt dat een APR ook kan worden gezien als een beperking van de keuzevrijheid van de consument, maar is het er mee eens dat wanneer een APR blijft, de bevoegdheden moeten worden uitgebreid.

Op de vraag van Hobbelen wat in Duitsland de status is van een *Landesmedienanstalt* antwoordt Helbergor (IViR) dat het een openbaar orgaan (*Öffentliche Einrichtung*) is, onafhankelijk en gefinancierd uit omroepbijdragen. Hobbelen werpt de vraag op of het CvdM niet als programmaraad voor heel Nederland zou moeten functioneren. Brakman (CvdM) ziet hier via de Duitse weg eventueel mogelijkheden maar wijst op het feit dat in de toekomst de toegangsproblematiek minder zal worden. Hofenk (OCenW) wijst er op dat in de tweede Kabelnota is beoogd een overgangsregeling te creëren omdat er op termijn voldoende keuzevrijheid zal zijn. Hofenk is tegen het overdragen van programmabevoegdheden aan het CvdM. Via APR's kan rekening worden gehouden met regionale voorkeuren. OCenW is voorstander van 'regulated access'.

Hins (IViR) vraagt zich af of een programmaraad wel democratisch gelegitimeerd is en of het niet beter zou zijn om bijvoorbeeld door middel van een enquête of een referendum onder de bevolking het pakket samen te stellen. Hofenk beschikt over onderzoeksresultaten waaruit blijkt dat het Nederlandse publiek voor 80 % hetzelfde wil. Valcke (ICRI) vermeldt dat het ICRI in België heeft voorgesteld om bij de jaarlijkse afrekening een keuzelijst aan de consumenten mee te zenden. Door de praktijk is dit echter weggelachen. Goede procedures en voorlichting aan het publiek zijn in ieder geval nodig. Helberger (IViR) wijst erop dat marktonderzoek ten gevolge heeft dat de meerderheid beslist, wat tot gevolg kan hebben dat je alleen commerciële omroepen à la RTL in het pakket krijgt. In Duitsland klaagt de publieke omroep dat ze iedereen moet bedienen en niet de smaak van de meerderheid kan volgen wat er toe leidt dat er niet genoeg reclameinkosten binnen komen en publieke financiering noodzakelijk is.

Schers (UPC) stelt dat één element mist, namelijk de vrijheid van de kabelexploitanten. Er moet worden gekeken naar de exploitatieovereenkomsten die de kabelaars zijn aangegaan met de gemeente. Kabelaars hebben veel betaald voor de verkrijging van de netwerken en zijn in de bijbehorende overeenkomsten verplichtingen aangegaan met betrekking tot bijvoorbeeld prijsstelling en de inhoud van de door te geven programma's. Dit heeft ook invloed. Hoe is dat in Duitsland geregeld? Helberger (IViR): in Duitsland heeft Deutsche Telekom nog steeds een monopolie op de kabel. Uyttendaele (ICRI): in België zijn de meeste kabelnetwerken in handen van intercommunales, die niet zijn geprivatiseerd. De vraag is hoe je prijs, toegang en pakketsamenstelling regelt bij privatisering, in overeenkomst of regelgeving.

Hobbelen (Stibbe) reageert op de stelling van Schers (UPC): de kabelmaatschappijen hebben zelf de contracten met de gemeenten gesloten. Van de verplichtingen inzake prijsstelling mag je dan aannemen dat deze zijn verdisconteerd in het aankoopbedrag.

14 *Kamerstukken II 1999-2000, 27 088, nr. 2, p.11/12.*

15 *Kamerstukken II 1999-2000, 27 088, nr. 2, p.14.*

16 DG Information Society Working Document, *Access to, and interconnection of, elec-*

tronic communications networks and associated facilities, Brussels 27 April 2000, INFSO A/1.

Gezien het feit dat Nederlanders voor 80% dezelfde programma's willen stelt Hobbelen voor de overige 20% door de gemeenteraden te laten invullen. Hofenk (OCenW) reageert daarop door te vermelden dat programmaraden juist zijn ingesteld omdat het via de gemeenten niet goed liep. De politiek moet niet de inhoud van programma's bepalen. Hins (IViR) meent dat er wel een verschil is tussen programmaraden en de lokale omroep. Wethouders en gemeenteraadsleden moeten zich niet bemoeien met lokale omroep omdat hun eigen gedragingen onderwerp zijn van het lokale nieuws. Van Eijk (IViR) vervolgt dat er aandacht moet zijn voor marktverhoudingen. Nu is er op de kabel geen vrije keuze en geen open markt. APR's zijn lokale amateurs met weinig middelen, die daarom zwak tegenover kabelmaatschappijen staan. De bevoegdheid zou daarom op een hoger niveau moeten liggen, desnoods bij OPTA of CvdM en APR's dienen kwalitatief te verbeteren. Brakman (CvdM) merkt op dat de APR aan het einde van de schakel zit. Het is de vraag hoeveel kabel- en programma-aanbieders er straks nog zijn. De Kabelnota gaat uit van achteraf maximeren (mededingingswet) en niet vooraf. De kwaliteit komt daarmee in gevaar en dat zal een issue worden. Leurlijk (OCenW) meldt dat in Nederland en op Europees niveau geldt dat hoe meer concurrenten er zijn, hoe minder regelgeving er nodig is. Hoe zit dit in Duitsland? Daar is al concurrentie tussen infrastructuren (ether, kabel e.d.) maar er is meer regelgeving. Spoort dat wel met de EG-ontwikkelingen? Helberger (IViR): deregulering wordt in Duitsland gebruikt als middel om digitale televisie te stimuleren, daarvoor gelden minder strikte regels inzake must-carry dan het zeer nauwkeurig geregelde voor andere systemen. Duitsland schuift dus wel een beetje op in de richting van het Nederlandse model.

Hobbelen (Stibbe): je kunt je afvragen of liberalisering van de markt tot meer of minder regels leidt. In de overgangsfase waarschijnlijk tot meer. De huidige EG-plannen zijn gericht op het flexibel reageren op veranderingen in (markt)ontwikkeling; dat wil zeggen bij minder concurrentie meer regels en bij meer concurrentie deregulering.

Valcke (ICRI) vermeldt dat keuzevrijheid van een kabelmaatschappij gebaseerd op uitingsvrijheid, een Amerikaans concept is. In Europa staat die keuzevrijheid in het teken van ondernemings- en contractsvrijheid en is het geen art. 10 EVRM issue. Hins (IViR) besluit de discussie aangaande pluriformiteit/ must carry met de opmerking dat uitingsvrijheid ook van belang kan zijn voor een bedrijf. Bijvoorbeeld wanneer een gespecialiseerde feministische boekhandel verplichtingen krijgt opgelegd met betrekking tot het aanbod, in de zin dat

deze gedwongen zou worden de *Playboy* te verkopen. Dit is dan (toch ook) inbreuk op de uitingsvrijheid.

Scheiding infrastructuur en diensten

Voorzitter Kabel (IViR) opent de discussie met de vraag of infrastructuur en diensten gescheiden moeten zijn. Is het in één hand zijn van infrastructuur en programma-aanbod iets om je druk over te maken?

Hobbelen (Stibbe) stelt dat je je moet afvragen wat verticale integratie voor andere dienstenaanbieders betekent. Als UPC SBS6 koopt kan dat gevolgen hebben voor andere programma-aanbieders. Het is vervolgens de vraag of toegangsproblemen moeten worden opgelost via een algemeen recht op toegang, of via het mededingingsrecht (aanmerkelijke marktmacht aanwijzing).

Van Eijk (IViR) antwoordt dat het niet zozeer gaat om toegangsverzoeken (wie komt er op de kabel) maar vooral om de tussenlagen zoals set top boxes en EPG. Kabelmarketeers presenteren set tops en EPG als middel om het ene programma te pushen ten koste van anderen. Vraag is of je die 'toegang' kan reguleren op nationaal of EG-niveau en hoe dat moet. Vecht (NOS) reageert daarop met de vraag of de kabelnota ver genoeg gaat. Vecht wijst daarbij op de Microsoft zaak: moet je een splitsing maken in minimaal drie categorieën (infrastructuur, omroepdiensten andere diensten) met plicht voor aparte boekhouding voor elke categorie? Volgens Valcke (ICRI) is een andere vraag of er een must-carry regel moet komen voor EPG's.

Hofenk (OCenW) besluit de discussie door een derde kabelnota toe te zeggen waarin de onderwerpen worden meegenomen die niet in de eerste en tweede kabelnota aan de orde zijn gekomen. Waarvan akte!

Slot

Op 31 mei 2000 zal het debat over de tweede kabelnota in de Tweede Kamer plaatsvinden. Zal de kamer daarbij aandringen op een derde kabelnota? Duidelijk is dat met de inhoud van de op 27 april 2000 gepubliceerde Working Documents aangaande 'a common regulatory framework for electronic communications networks and services' van de Europese Commissie in de tweede kabelnota nog geen rekening is gehouden. Buitenlandse blikken blijken eens te meer van belangrijke waarde. Belgische collegae achten de kabelnota een waardevolle stap in de goede richting. Volgens een Duitse collega kan het duidelijk beter.

Afscheid en opvolging

Halverwege jaargang 12 heeft mevrouw mr. M.M.M. van Eechoud afscheid genomen als redactiesecretaris/eindredacteur. Mireille van Eechoud is de afgelopen 3 jaar van zeer grote waarde geweest voor de kwaliteit van Mediaforum als vooraanstaand tijdschrift op het gebied van het media- en communicatierecht. Bij haar afscheid als redactiesecretaris wil het bestuur van de VMC dan ook haar grote waardering en dank uitspreken voor het enthousiasme, de nauwgezetheid en de grote inzet waarmee Mireille van Eechoud het secretariaat heeft gevoerd. Verheugd deelt het bestuur van de VMC mede dat met mevrouw mr. drs. A.M.E. de Kroon een waardige opvolger is gevonden.

Het bestuur van de Vereniging voor media- en communicatierecht

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een ☒ is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: f1,- per pagina, met een minimum van f15,- per bestelling. Faxtoeslag f25,-. Prijzen zijn exclusief BTW.

Integraal in de Jurisprudentie bijlage: J

EHRM 2 mei 2000, Bergens Tidende vs. Noorwegen, <http://www.echr.coe.int>

Art. 10 EVRM • Uitingenvrijheid • Perspublicatie

De Noorse krant *Bergens Tidende* publiceerde een aantal klachten van vrouwen die waren behandeld in de kliniek voor plastische chirurgie van dr. R. De kliniek zou later wegens gebrek aan patiënten gesloten worden. Het High Court wees de door dr. R. gevorderde schadevergoeding af, maar het Supreme Court wees de schadevergoeding toe. Het EHRM acht het onbetwiste belang van dr. R. bij bescherming van zijn reputatie als geneesheer toch niet opwegen tegen het publieke belang van de vrijheid van de pers om informatie te verstrekken over zaken die het publiek aangaan. Schending van art. 10 EVRM.

GvEA EG 3 juni 1999, zaak T-17/9 *Télévision française 1 SA vs. Commissie, NTER 2000-3, p. 54-57 m. nt. H.S.J. Alberts*

Financiering publieke omroep • Staatssteun

De Commissie is haar verdragsverplichting niet nagekomen door geen beschikking te nemen om al dan niet een onderzoek te beginnen naar de vermeende verlening van staatssteun aan de Franse publieke omroep.

HR 15 november 1996, *Multivision vs. Nederlandse Antillen, AB 2000, 155 m. nt. Th. G. Drupsteen*

Art. 10 EVRM • Omroepmonopolie

Zie *Mediaforum 1997-1, p. B1-B5*

HR 26 februari 1999, *Antelecom vs. Els e.a., AB 2000, 156 m. nt. Th. G. Drupsteen*

Art. 10 EVRM • Telefoontarieven • Call-back services

Zie *Mediaforum 1999-5, nr. 26 m.nt. A.W. Hins*

Hof Amsterdam 27 april 2000, Verbeke vs. Anne Frank Stichting e.a. ☒

Authenticiteit dagboek Anne Frank • Revisionisme • Verspreidingsverbod • Art. 10 EVRM

Het Gerechtelijk Laboratorium is op goede gronden van oordeel dat de manuscripten door Anne Frank zijn geschreven en dat het typeschrift van Otto Frank gewetensvol de geschreven dagboeken weergeeft. Dit betekent niet dat een einde is gemaakt aan de discussie

omtrent de authenticiteit van het dagboek. Aan niemand kan het recht worden ontzegd twijfel te behouden. Dat volgt uit de artikelen 9 en 10 EVRM. Genoemde vrijheidsrechten vinden echter hun begrenzing waar uitingen die anderen onnodig grieven een onrechtmatige inbreuk op de rechten en vrijheden van anderen maken en om die reden ontoelaatbaar zijn. Door de twijfel omtrent de authenticiteit te plaatsen in de context van het revisionisme worden de gevoelens van velen ernstig gekwetst. Hoger beroep van Rb. Amsterdam 9 december 1998, *Mediaforum 1999-2, nr. 8.*

Hof Amsterdam 4 januari 2000 (strafkamer), NJ 2000, 284

Art. 137c Sr • Art. 266 Sr • Belediging in roman

Zie *Mediaforum 2000-3, nr. 17 m.nt. A.J. Nieuwenhuis*

Pres. Rb. Alkmaar 18 februari 2000, Telegraaf vs. Bakker Dijk, KG 2000, 87

Merkrecht • Domeinnaam

Zie *Mediaforum 2000-4, p. 128*

Pres. Rb. Amsterdam 7 april 2000, Unilever e.a. vs. Name Space ☒

Merkrecht • Domeinnaam

Name Space houdt zich bezig met advies en begeleiding bij hard- en softwareproducten op het gebied van informatica en managementondersteuning. Name Space heeft een aantal domeinnamen laten registreren waarop Unilever merkrecht heeft, zoals o.m. Blue Band en Cup-a-Soup. Elk van de domeinnamen biedt toegang tot de website van Name Space. De aanmerkelijke kans bestaat dat de raadpleger van de website van Name Space ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat de informatie afkomstig is van Unilever c.s., en het gevaar van afbreuk van hun reputatie in zich draagt. Daarnaast ontleent Name Space Unilever c.s. de mogelijkheid zelf een website onder de desbetreffende namen te openen.

Pres. Rb. Amsterdam 13 april 2000, Raber vs. Spin-Off e.a. ☒

Merkrecht • Domeinnaam • Handelsnaam

Raber, detailhandel in bruids- en gelegenhedskleding, is houder van de handelsnaam I DO! I DO!, alsmede van het gelijkkluidend woordmerk en een desbetreffend beeldmerk. Raber verzet zich tegen het gebruik van I do! Weddingpaper, later gewijzigd in Weddingpaper I do, van Spin-Off, alsmede tegen het gebruik van de domeinnaam IDO.nl en IDO-Weddingpaper.nl. Sinds de wijziging in Weddingpaper I do is er geen verwarringsgevaar meer. Wel merkinbreuk en inbreuk op handelsnaamrecht door gebruik van de genoemde domeinnamen. Bevel desbetreffende registratie te doen doorhalen.

Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 2000, Fisher vs. Constance Sars, nr. 41 m.nt. D.J.G. Visser J

Executiegeschied • Domeinnaam

Executiegeschied over Pres. Rb. Amsterdam 10 februari 2000 (zie *Mediaforum 2000-4, nr. 27 m.nt. D.J.G. Visser*). Het niet verwijderen van twee domeinnamen is in beginsel strijdig met het vonnis, maar nu de betreffende sites volledig zijn geschoond, is in beginsel aan het vonnis voldaan.

Pres. Rb. Roermond 16 maart 2000, X vs. Verzendhuis Postina, KG 2000, 89

Mailing • Kansspel • Overeenkomst

Eiseres ontving een mailing van Postina, waarin vermeld stond dat zij een auto ter waarde van f20.000 had gewonnen. Volgens Postina heeft eiseres slechts deelgenomen aan een kansspel. De president besluit dat tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen. Eiseres heeft recht op de tegenwaarde van de auto.

Pres. Rb. Rotterdam 31 maart 2000, Kerktelefoon e.a. vs. OPTA, nr. 42 m.nt. W.A. Hins J

Telecommunicatie • ONP Huurlijnen

Het ter beschikking stellen van huurlijnen voor kerktelefonie is een vorm van telecommunicatie en niet een vorm van omroep, zoals verzoekers stellen. Bij de beoordeling van het karakter van een verbinding zijn uitsluitend de infrastructurele eigenschappen van die verbinding van belang en komt geen betekenis toe aan de aard of de inhoud van de signalen die via de verbinding worden overgebracht. Noch de Telecommunicatiewet, noch de mediawet, noch de wetsgeschiedenis geven aanknopingspunten hier van radio-omroep te spreken. OPTA was, gelet op het imperatieve karakter van art. 16, lid 7 van het Besluit ONP Huurlijnen, gehouden de tariefsaanwijzing aan KPN te geven. OPTA komt terzake geen beleidsvrijheid toe. OPTA heeft wel beleidsvrijheid in het bepalen van de termijn binnen welke de voorgeschreven tarieven moeten worden ingevoerd. OPTA heeft niet onjuist gehandeld door bij het bepalen van de overgangstermijn uitsluitend rekening te houden met de tijd die KPN nodig had. Zie ook *Mediaforum 2000-4, p. 130.*

Pres. Rb. Rotterdam 31 maart 2000, Kerktelefoon vs. OPTA ☒

Ontvankelijkheid • Tarieven huurlijnen

Verzoeker is niet ontvankelijk terzake van het bezwaar tegen een brief van OPTA van 25 augustus 1998 waarin hij heeft ingestemd met de tarieven van KPN voor vaste verbindingen. Dit is geen besluit in de zin van de Awb. Van een aanwijzing is pas sprake als de houder van de concessie niet bereid is gebleken gebruik te maken van de mogelijkheid nieuwe tarieven aan de OPTA voor te leggen. De brief kan ook niet gezien worden als een impliciete weigering een aanwijzing te geven.

ABRvS 23 maart 2000, A. vs. Minister Buitenlandse Zaken, *http://www.rechtspraak.nl (elro AA5583)*

Wob · **Weigeringsgronden**

Bij de belangenafweging worden betrokken het algemene of publieke belang bij openbaarmaking en de door de (relatieve) weigeringsgronden van de Wob te beschermen belangen. Het specifieke belang van appellant bij verstrekking van de gevraagde informatie is geen belang dat wordt betrokken in deze belangenafweging. De Afdeling heeft kennis genomen van de vertrouwelijk overgelegde stukken en concludeert dat de belangen waarop de minister zich heeft beroepen beschermd worden door art. 10, tweede lid onder d, e en g van de Wob en dat deze belangen niet voldoende kunnen worden beschermd door anonimisering of beperking van de openbaarmaking tot gedeelten van de documenten.

ABRvS 25 april 2000, Damen vs. Minister van Justitie, *nr. 39 m.nt. A.W. Hins*

J

Wob · **Informatie over voetbalvandalen**

De Minister weigerde appellrant informatie te verstrekken uit de strafdossiers van de voetbalvandalen X en Y, informatie die wél aan de KNVB was verstrekt. Het recht op openbaarheid komt iedere burger in gelijke mate toe. Daarom kan geen onderscheid worden gemaakt naar gelang de persoon of de oogmerken van de verzoeker. Bij de te verrichten belangenafweging worden betrokken het algemene belang bij openbaarmaking van de gevraagde informatie en de door de relatieve weigeringsgronden te beschermen belangen, maar niet het specifieke belang van de verzoeker. Nu de informatie aan de KNVB is verstrekt moet zij desgevraagd voor iedere burger beschikbaar zijn.

ABRvS 25 april 2000, Minister Binnenlandse Zaken vs. Berts, *nr. 40 m.nt. W.A. Hins*

J

Wob · **Openbaarheid declaraties**

Nota's en bonnen kunnen niet worden losgezien van de functievervulling. Zij zijn zodanig met de declaratieformulieren verweven dat zij meteen worden geacht daarvan onderdeel uit te maken. Aldus bezien vallen zij onder de Wob. Op de vraag of zij kunnen worden geweigerd met een beroep op de weigeringsgronden van artikel 10, tweede lid onder e en g, antwoordt de Afdeling dat dat per aangelegenheid en per document bezien moet worden. Deze afweging is door appellrant slechts in haar algemeenheid per categorie gegevens en niet per concreet document gemaakt. De beslissing op bezwaar berust daarom niet op een deugdelijke motivering. Zie ook *Mediaforum* 2000-3, nr. 19 en 20 m.nt. A.W. Hins

ABRvS 25 april 2000, Triepels vs. Minister van Justitie, *http://www.rechtspraak.nl (elro AA5815)*

Wob · **Inzage in processen-verbaal**

De Minister had inzage verleend in proces-verbaal met betrekking tot appellant aan de korpschef van de regiopolitie Limburg Zuid. Appellant had daartegen bezwaar gemaakt. Het recht op openbaarheid komt iedere burger in gelijke mate toe. Geen onderscheid kan worden gemaakt naar gelang de persoon en de oogmerken van de verzoeker. De belangenafweging kan niet leiden tot een niet-algemene openbaarmaking. Bij de belangenafweging had de Minister het belang van

de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van appellant zwaarder moeten laten wegen dan het publieke belang bij openbaarmaking.

Nationale Ombudsman 11 januari 2000, Y. vs. Minister van Justitie, *AB 2000, 148 m.nt. P.J. Stolk*

Art. 10 Gw • **Art. 21 Auteurswet** • **Privacy**
Rijksinrichting de Lindenhorst werd door *Vrij Nederland* benaderd mee te werken aan een reportage. Het bestuursorgaan had hierbij een belangenafweging moeten maken tussen het betrachten van openheid en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De afspraken die met de fotograaf zijn gemaakt, boden onvoldoende garantie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de bewoners. De afspraak had op schrift gesteld moeten zijn en verzocht had moeten worden om de foto s vooraf te mogen inzien. Ook hadden de bewoners geïnformeerd moeten worden over de mogelijkheid bezwaar te maken tegen publicatie van de foto's.

Codecommissie CGR 24 maart 2000, Boehringer Ingelheim vs. Searle, *nr. 43 m.nt. M. de Cock Buning*

J

Geneesmiddelenreclame · **Internetreclame**
Searle biedt de bezoeker van haar, via een voor de hand liggend password voor iedereen te bereiken, Nederlandse website de mogelijkheid om door te klikken naar de Amerikaanse site van Searle. Deze laatste site bevat reclame voor geneesmiddelen. Op het publiek gericht-reclame voor receptgeneesmiddelen is in Nederland niet toegestaan; reclame voor niet-geregistreerde geneesmiddelen is in het geheel niet toegestaan. Searle heeft onvoldoende zorg betracht om te verhinderen dat het brede publiek toegang krijgt tot louter voor beroepsbeoefenaren bestemde informatie en/of reclame.

US Court of Appeals (6th C) 4 april 2000, Junger vs. Daley, *http://www.laws.findlaw.com/6th/00a0117p.html*

Encryptie • **First Amendment**

Net als in de Bernstein-zaak (*Mediaforum* 1999-10, nr. 47, m.nt. L.F. Asscher) ligt het exportverbod van versleutelingsoftware hier onder vuur. Kernvraag is of encryptieprogramma's 'speech' in de zin van het First Amendment vormen. Die vraag beantwoordt het Hof bevestigend voor zover het gaat om broncode, die immers door cryptografen als taal gebruikt wordt om ideeën uit te wisselen over hun vak. De functionele aspecten van encryptiesoftware zijn niet beslissend voor de vraag of software 'speech' is, maar kunnen wel een rol spelen bij de vraag of een beperking gerechtvaardigd is. Voor die vraag verwijst het Hof terug naar de rechtbank.

Belgisch Arbitragehof 2 februari 2000, Radio Flandria , *nr. 38 m.nt. P. Valcke*

J

Omroepvrijheid · **Art. 10 EVRM** · **Mededingingsvrijheid** · **EG-Verdrag**
Verzoekers verzetten zich tegen de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van 7 juli 1998. Daarin wordt o.m. bepaald dat particuliere radiostations die via de ether uitzenden, zich moeten beperken tot het grondgebied van een of meer gemeenten, terwijl de openbare omroep zich

kan richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap en terwijl de kabelradio's de vrijheid wordt gelaten om zich te richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap. Het Hof ziet geen strijd met de Belgische grondwet, noch met art. 10 EVRM, noch met de artikelen 82 (ex 86) en 86 (ex 90), noch met art. 43 (ex 52) of met art. 49 (ex 59). Zie ook K.J.M. Mortelmans, 'De toewijzing van radiozendtijd in Vlaanderen: enkele positieve en negatieve signalen voor Nederland' op p. 192-196.

Binnenland

Kabel en consument

Als vervolg op de nota 'Kabel, omroep en consument. Pluriformiteit, betaalbaarheid en vrije keuze' heeft de Staatssecretaris van OCenW, mede namens de Minister van EZ en de Staatssecretaris van VenW een nieuwe kabelnota uitgebracht onder de naam 'Kabel en consument. Marktwerking en digitalisering'. Ook in deze nota gelden als uitgangspunten enerzijds het stimuleren van concurrentie en marktwerking en anderzijds het waarborgen van publieke belangen, in het bijzonder de bescherming van de consument tegen mogelijk misbruik van machtsposities. Digitalisering betekent een aanzienlijke uitbreiding van de capaciteit van de kabel en maakt interactiviteit mogelijk. Hierdoor kunnen nieuwe diensten als internet en telefonie via de kabel worden aangeboden en komt ruimte vrij voor nieuwe programma's en zelfs voor eventuele alternatieve aanbieders van programmapakketten. Concurrentie op de kabel wordt dan mogelijk. Alternatieve infrastructuren bevinden zich nog in een experimenteel stadium. Voorlopig zullen de meeste huishoudens in Nederland nog afhankelijk blijven van de kabel. Gedurende de overgangsfase naar marktwerking en keuzevrijheid voor de consument dient het overheidsbeleid dus gericht te zijn op stimulering van de concurrentie en op handhaving van consumentenbescherming. Voorgesteld wordt om door wijziging van de Telecommunicatiewet de kabelexploitanten te verplichten aan programma-aanbieders toegang tot de kabel te verlenen tegen een redelijke prijs. Kabelexploitanten moeten een boekhoudkundige scheiding aanbrengen tussen de kosten die zij maken voor de doorgifte van omroep en de kosten voor andere diensten. De OPTA moet hierop toezien. Met betrekking tot internettoegang via de kabelnetten wordt het toezicht op de concurrentie overgelaten aan de NMa. De bescherming van de consument komt tot uitdrukking in een basispakket van tenminste 15 omroepzenders dat moet worden aangeboden. Over de samenstelling van dit pakket moeten de programmaraden een bindend advies uitbrengen.

Kamerstukken II 1999/2000, 27 088, nr. 1-2; zie ook N.A.N.M. van Eijk, 'Poolse landdagen, poldermodel en de kabelnotitie', Mediaforum 2000-5, p. 151

Kabinetstandpunt over rapport Commissie Mediaconcentraties

Het kabinet heeft op voorstel van staatssecretaris Van der Ploeg van OCenW het Commissariaat voor de Media aangewezen als instantie die de monitoring-functie met betrekking tot de ontwikkelingen in het medialandschap op zich moet nemen. Hoe het Commissariaat deze functie ter hand gaat nemen, laat het kabinet aan het Commissariaat over, maar het wil wel jaarlijks een rapport aan het parlement met een overzicht van de concentratieontwikkelingen op het terrein van media en

informatie. Het is aan de toezichthouders NMa en OPTA en andere overheidsinstanties om op basis van die informatie eventuele maatregelen te nemen. Bijzondere aandacht verdient daarbij volgens het kabinet verticale concentratie tussen eigenaars van productie-capaciteit (content producers), eigenaars van distributiekanalen (content providers) en eigenaars van programmarechten (right owners), met name waar het gaat om sport- en filmrechten. Het besluit is gebaseerd op het kabinetstandpunt over het advies van de Commissie Mediaconcentraties (zie *Mediaforum* 1999-5, p. 140-144). De regering voelt niet voor een cross-ownershipregeling met betrekking tot het exploiteren van een omroepnetwerk en het aanbieden van diensten via datzelfde netwerk. Een desbetreffende bepaling is pas in 1997 uit de Mediawet verdwenen. De regering wil die klok niet terugdraaien en geeft – onder verwijzing naar de tweede kabelnotitie – de voorkeur aan maatregelen op grond waarvan netwerkexploitanten op transparante en non-discriminatoire wijze toegang moeten verlenen aan diensten-aanbieders. Algemeen mededingingstoezicht geniet bij de regering in het algemeen de voorkeur boven sectorspecifiek toezicht. Het kabinet ziet geen reden om de bestaande regeling voor redactiestatuten en programmastatuten te wijzigen. Geen verdere wettelijke regels derhalve dan de bestaande in de Mediawet inzake het programmastatuut. *Kamerstukken II 1999-2000, 27 087, nr. 1*

Overname De Limburger door De Telegraaf

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit NMa heeft onder voorwaarden vergunning verleend voor de overname van Dagblad De Limburger door De Telegraaf. De Limburger en het reeds tot het Telegraafconcern behorende Limburgs Dagblad moeten als twee zelfstandige entiteiten binnen de Telegraaf-groep blijven bestaan, dat wil zeggen ondergebracht in aparte vennootschappen en met onafhankelijke redacties. Om de economische machtspositie op de advertentiemarkt op te heffen moet een aantal huis-aan-huisbladen worden afgestoten. Net zoals in haar besluit over de overname van de andere VNU-dagbladen door Wegener Arcade gaat de NMa uit van een aparte markt voor dagbladen. In de provincie Limburg zou De Telegraaf-groep na de overname een bijzonder sterke positie krijgen aangezien het beide regionale dagbladen in zijn bezit heeft, terwijl het landelijke dagblad De Telegraaf in Limburg het grootste marktaandeel van de landelijke dagbladen heeft. De Telegraaf is het niet eens met de door de NMa gestelde voorwaarden.

Persbericht NMa 15 mei 2000, http://www.nma-org.nl

NMa schort voorwaarden op

Wegener Arcade hoeft voorlopig de Arnhemse Courant en drie edities van het Gelders Dagblad niet te verkopen. Dat was een van de voorwaarden waaronder de NMa de overname door Wegener van de VNU-dagbladen goedgekeurde (zie *Mediaforum* 2000-5, nr. 37). Ook twaalf huis-aan-huisbladen in Zeeland en Gelderland hoeven voorlopig niet afgestoten te worden. Wegener heeft een kort geding aangespannen tegen de NMa, maar bij de president van de Rechtbank Rotterdam verklaarde de NMa zich bereid tot opschorting van de verkoopverplichtingen, totdat de Rotterdamse rechtbank uitspraak heeft gedaan in de beroeps-procedure die Wegener heeft aangespannen. De NMa heeft aan de opschorting de voorwaarde

verbonden dat Wegener gedurende deze periode de concurrentiepositie en de continuïteit van de betrokken uitgaven volledig handhaaft.

De Uitgever mei 2000, p. 4

Evenementenlijst televisie

Staatssecretaris Van der Ploeg van OCenW gaat in een brief aan de Tweede Kamer nader in op enkele juridische kwesties die werden opgeworpen door kamerleden tijdens een mondeling overleg over de zogenaamde evenementenlijst. Bij invoering van de wijziging van de Mediawet ter implementatie van de richtlijn Televisie zonder grenzen worden evenementen aangewezen die niet exclusief op een betaalkanaal mogen worden uitgezonden en dus in ieder geval op een open net worden uitgezonden. De kamerleden vroegen naar de haalbaarheid van de regeling en zij vroegen of er sprake is van onteigening van rechten of inbreuk op rechten (van de rechthebbenden op de evenementen). Wat betreft de haalbaarheid wijst de bewindsman erop dat art. 72 van het wetsvoorstel zich richt tot publieke en commerciële omroeporganisaties, waaronder betaalkanalen. De bepaling is niet van toepassing op rechthebbenden. De rechthebbenden kunnen de uitzendrechten van een evenement dus verkopen aan wie zij willen, maar een betaalkanaal zal minder geïnteresseerd zijn omdat hij het evenement niet exclusief zal mogen uitzenden. Doet hij dat toch dan kan hij worden beboet door het Commissariaat voor de Media. Wel overweegt de bewindsman of de hoogte van de maximale boete wel voldoende is. Ook internationaal is op deze wijze de handhaving gewaarborgd doordat de lidstaten over en weer hun evenementenlijsten erkennen en toezicht moeten houden op de onder hun jurisdictie vallende omroeporganisaties. Over de inbreuk op rechten van de rechthebbenden merkt de staatssecretaris op, dat er slechts indirect sprake is van een beperking, omdat bepaalde afnemers minder geïnteresseerd zullen zijn. Dergelijke beperkingen komen in het recht wel vaker voor. Gewezen wordt op de graafrechten in de Telecommunicatiewet, op de wettelijke beperkingen op het auteursrecht in de Auteurswet en op de beslissing van de NMa dat de NOS en de HMG hun programmegevens ter beschikking moeten stellen van De Telegraaf.

Kamerstukken II 1999-2000, 26 256, nr. 20

Literom CD · **Vergoeding auteurs**

Tussen de huidige uitgever van de Literom en de Nederlandse Vereniging van Journalisten, De Nederlandse Dagbladpers en andere organisaties van uitgevers en schrijvers, is een overeenkomst tot stand gekomen met betrekking tot het opnemen van literaire recensies op de CD-Rom. Tegen de vorige uitgever, het Nederlands Bibliotheek en Lektuur Centrum (NBLC) hadden deze organisaties, samen met de schrijver Hans Warren, met succes een gerechtelijke procedure aangespannen omdat zonder toestemming van de auteursrechthebenden recensies uit dag- en weekbladen op de CD-Rom waren opgenomen (zie Rb. Den Haag 3 mei 1995, *Mediaforum* 1995-6, p. B76-B77). Volgens de overeenkomst die op 7 april 2000 gesloten werd, ontvangen de auteursrechthebenden alsnog een vergoeding: f 8,- voor recensies die vóór 31 december 1994 zijn verschenen; f 30,- voor recensies die zijn verschenen tussen 1 januari 1995 en 31 december 1997 en f 62,50 voor recensies van na 1 januari 1998. Voor de toekomst kunnen auteurs zelf aangeven of zij toestemming tot dit hergebruik

geven. Doen zij dat dan krijgen zij eenmalig f 62,50.

De Journalist 7 april 2000, p. 9

Nationaal Antennebeleid

Op dit moment zijn er in de huidige wet- en regelgeving weinig richtlijnen op basis waarvan gemeenten hun beleid ten aanzien van antenne-opstelpunten kunnen formuleren. Gemeenten hanteren een eigen, soms zeer divers beleid. Daarnaast is er weinig, eenvoudig toegankelijk voorlichtingsmateriaal voorhanden ten aanzien van antennes in het algemeen en gezondheidseffecten van elektromagnetische velden in het bijzonder. Deze lacunes, tezamen met een toenemende schaarste aan fysieke antenne-opstelpunten, leiden tot een belemmering in de voortvarende realisatie van nieuwe toepassingen voor het gebruik van de ether. Het Nationaal Antennebeleid moet hier verandering in brengen. Dit beleid wordt benaderd langs drie sporen. 1. Geïntegreerd beleid: onderzoek naar wenselijke aanpassingen in bouw- en milieuwet- en regelgeving en het duidelijker verankeren van blootstellingslimieten ten aanzien van elektromagnetische velden; 2. Ruimtelijk beslag: het beschikbaar krijgen van antenne-opstelpunten en het beter benutten van bestaande opstelpunten; 3. Informatie en communicatie: het voorzien in de huidige informatiebehoefte en het communiceren over voorgenomen beleid. De ambitie van het kabinet met het nationaal antennebeleid is om ten eerste een rijksbreed kader te scheppen, waaraan zowel de centrale overheid als de lagere overheden criteria kunnen ontlenen om een goede belangenafweging te kunnen maken bij beslissingen over antenne-opstelpunten. Daarnaast wil het richtlijnen geven over de wijze waarop de centrale overheid om gaat met de bij de centrale overheid in eigendom of beheer zijnde objecten (gebouwen, terreinen, antennemasten) en de voorwaarden waaronder deze als antenne-opstelpunt gedeeld kunnen worden met derden. Ook wil het kabinet met het Nationale Antennebeleid waarborgen scheppen zodat relevante partijen met elkaar en met de centrale overheid in gesprek komen en blijven over toekomstige ICT-ontwikkelingen die gevolgen hebben voor de ruimtelijke indeling van Nederland, met name ten aanzien van antenne-opstelpunten. Tenslotte wil het kabinet met dit beleid maatregelen nemen ter voorlichting van de algemene bevolking, medeoverheden en enkele bijzondere doelgroepen. Staatssecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat schrijft dat ernaar gestreefd wordt dat de Kabinetsnota Nationaal Antennebeleid in juli 2000 in concept gereed zal zijn.

Kamerstukken II 1999/2000, 21693, nr. 51

Mobiele telefoons als peilzender

Artikelen 126n en 126u Wetboek van Strafvordering vormen de wettelijke basis op grond waarvan bij de aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst gegevens over het telecommunicatieverkeer gevorderd kunnen worden. Dat antwoordt minister Korthals van Justitie op vragen van het kamerlid De Wit (SP). Locatiegegevens vallen in het algemeen ook in deze categorie. Op vragen van de kamerleden Vendrik en Halsema (beiden GL) voegt de minister hier aan toe dat de nauwkeurigheid van de plaatsbepaling waar een GSM-randapparaat zich bevindt, afhankelijk is van de celgrootte waarin dat toestel zich bevindt. De celgrootte varieert van enkele tientallen meters in zeer drukke stedelijke gebieden tot enkele kilometers daarbuiten.

Op grond van bovengenoemde artikelen mag de officier van justitie verkeersgegevens vorderen in het belang van een lopend opsporingsonderzoek. Deze bevoegdheid houdt geen toegang tot de databestanden van de telecomunicatieaanbieders in. Artikel 126bb Wetboek van Strafvordering schrijft voor dat een notificatie moet plaatsvinden. Een gerechtelijke toetsing kan plaatsvinden indien een strafzaak aan de rechter wordt voorgelegd. De Telecommunicatiewet biedt geen mogelijkheden voor het opvragen van verkeers-, c.q. locatiegegevens. Op dit moment bestaat er voor de aanbieders van telecommunicatienetwerken en -diensten nog geen wettelijke verplichting om bepaalde gegevens ten behoeve van de opsporing op te slaan, die zij mogelijk ten behoeve van de eigen bedrijfsvoering niet zouden opslaan. Artikel 13.4 lid 2 van de Telecommunicatiewet bevat echter wel een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur gegevens aan te wijzen die de aanbieders voor een termijn van drie maanden moeten opslaan, zodat de bevoegdheden van de artikelen 126m, 126n, 126t of 126u Wetboek van Strafvordering ook in geval van pre paid card-gebruik toegepast kunnen worden. De bedoelde algemene maatregel van bestuur is in consultatie gegeven aan de politie, het openbaar ministerie, de Registratiekamer en het Overlegorgaan Post en Telecommunicatie, waarin het bedrijfsleven is vertegenwoordigd. Verder is op dit moment een wetsvoorstel tot wijziging van de artikelen 126n en 126u van het Wetboek van Strafvordering in voorbereiding. Een belangrijke reden om deze wijziging voor te stellen is de wens om te komen tot een nauwkeuriger afbakening van de gegevens die op grond van deze artikelen kunnen worden gevorderd. Ook dit wetsvoorstel zal onder andere in consultatie worden gebracht bij het Overlegorgaan Post en Telecommunicatie en de Registratiekamer.

Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 1068; Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 1069

Echelon · Afluisteractiviteit

Het is technisch niet mogelijk afluisteractiviteiten verricht door buitenlandse inlichtingendiensten in het buitenland te detecteren. Een officiële bevestiging omtrent het al dan niet bestaan van Echelon moet worden uitgesloten. De hoofden van de Militaire Inlichtingendienst en de Binnenlandse Veiligheidsdienst onderhouden op grond van artikel 13 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten contacten met inlichtingen- en veiligheidsdiensten van andere landen. Hiertoe behoort ook de Amerikaanse National Security Agency (NSA). Dat antwoordt minister Van Aartsen van Buitenlandse Zaken op vragen van het kamerlid Halsema betreffende Echelon. Samenwerking met genoemde diensten bestaat voor het grootste gedeelte uit de uitwisseling van gegevens. Ook worden op verzoek technische en andere vormen van ondersteuning verleend. Enfopol is geen aanduiding voor een Europees afluisternetwerk, maar een documentaanduiding van de Werkgroep Politionele Samenwerking binnen de derde pijler van de Europese Unie. Echelon en de betrokkenheid van het Verenigd Koninkrijk daarbij zullen blijkens uitlatingen van het Portugese EU-voorzitterschap aan de orde komen tijdens de eerstvolgende Raad van Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie, die voor 29 mei 2000 gepland staat. Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 1112

Uitlatingen woordvoerder Binnenlandse Zaken inzake Wob

Matthijssse, de woordvoerder van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, ontkent dat hij met journalisten de mogelijkheid besproken heeft om een Wob-aanvraag in te dienen teneinde de declaraties van alle ministers te krijgen. Dat is het antwoord van minister De Vries van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op vragen gesteld door het kamerlid Kant (SP). Matthijssse stelt nooit te hebben gezegd dat de heer Peper zelf een vertrouwelijke brief van hem aan de Rotterdamse onderzoekscmissie bij de NRC heeft laten bezorgen om vervolgens tegenover het ANP te verklaren verbijsterd te zijn over het uitlekken van de brief. Ook heeft hij in de jaren tachtig nooit een minister laten dreigen met aftreden om een beslissing in de ministerraad te beïnvloeden. Dit soort initiatieven behoort niet tot het takenpakket van een woordvoerder, aldus de minister. Als kader voor de werkzaamheden van woordvoerders kan gewezen worden op de algemene beginselen voor de overheidsvoorlichting, zoals die zijn verwoord in de schriftelijke behandeling van de Wet openbaarheid van bestuur (*Kamerstukken II 1987/1988, 19 859, nr. 6*). Vanzelfsprekend opereren ook de woordvoerders van de bewindspersonen onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid.

Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 1074

Uitgifte frequenties digitale radio (TDAB)

Na onderzoek is staatssecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat tot de conclusie gekomen dat ten eerste aan de door de kamer gewenste koppeling van uitgifte van TDAB-frequenties aan de veiling van FM-frequenties grote juridische en technische bezwaren verbonden zijn, die met name de uitgifte van FM-frequenties, gepland in 2001 ernstig belasten. Ten tweede kan Terrestrial Digital Audio Broadcasting (digitale radio) ook zonder de koppeling een succes worden. Naar aanleiding van het Algemeen Overleg van de vaste Kamercommissie van Verkeer en Waterstaat op 18 november 1999 heeft de Kamer op 7 december 1999 een motie ingediend (*Kamerstukken II 1999/2000, 24095, nr. 28*) over de uitgifte van frequenties voor digitale radio. De Kamer verzoekt de regering de uitgifte van frequenties voor digitale radio te combineren met de veiling van FM-frequenties en hierbij af te zien van een investeringsverplichting. De motie is op 25 januari 2000 bij stemming aangenomen. Reden voor het opstellen van de motie was dat er geen belangstelling in de markt is, om te gaan bieden op TDAB-frequenties. Er zijn echter voldoende signalen dat die markt wel bestaat. Zo hebben drie operators TDAB experimenteervergunningen aangevraagd, waarvan er twee gehonoreerd zijn. Aanvragen van een aantal andere partij en zijn afgewezen wegens gebrek aan capaciteit. Uit binnen- en buitenland zijn reacties gekomen van partijen die belangstelling hebben voor exploitatie van TDAB in Nederland. Het kabinet is dan ook van mening dat de motie die de regering verzoekt om de koppeling te leggen niet kan worden uitgevoerd en dat een snelle uitgifte van TDAB-frequenties gewenst is.

Kamerstukken II 1999/2000, 24095, nr. 40

Wijziging Nationaal Frequentieplan

In juni 1999 heeft de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat op grond van artikel 3.1 lid 1 van de Telecommunicatiewet het Nationaal Frequentieplan vastgesteld. Daarin formuleert de overheid haar algemene frequentiebeleid en frequentiebeheer. Tevens bevat dit plan een overzicht in tabelvorm waarin per frequentieband is aangegeven voor welk type van gebruik deze band bestemd is en welk beleid er wordt gevoerd met betrekking tot de verdeling over de gebruikers. In het Nationaal Frequentieplan werd in verschillende frequentiebanden ruimte gereserveerd voor Universal Mobile Telecommunication System (UMTS). Inmiddels zijn bepaalde gegevens in het Nationaal Frequentieplan enigszins achterhaald, waardoor een wijziging van het Nationaal Frequentieplan gewenst is. Beschikking nr. 128/1999/EG van het Europese Parlement en de Raad van 14 december 1998 over de gecoördineerde invoering van de derde generatie van mobiele, draadloze communicatiesystemen in de gemeenschap moet zo worden uitgelegd dat bij de vergunningverlening naast UMTS ook andere systemen mogen worden voorgeschreven. In de frequentietabel wordt thans dan ook het algemenere, wereldwijd gangbare IMT-2000 als radioprofiel voorgeschreven. De wijziging van het Nationaal Frequentieplan is op 10 mei 2000 in werking getreden.

Stcrt. 2000, 88, p. 14

Commissie Toekomst Overheidscommunicatie

De regering heeft een Commissie Toekomst Overheidscommunicatie ingesteld. Aanleidingen vormen o.m.: het bestuurlijk streven naar draagvlak, dialoog en participatie; nieuwe mogelijkheden van de informatie- en communicatietechnologie die beschikbaar komen voor de overheidscommunicatie alsmede veranderingen in het medialandschap en de journalistiek. Om te komen tot een efficiënte overheidscommunicatie wordt de commissie gevraagd aanbevelingen te formuleren, waarbij met name de consequenties voor de werkwijze van de departementen worden genoemd. De commissie wordt om een eenmalig advies gevraagd, dat een structurele doorwerking moet kunnen hebben. Met de voorstellen die de commissie zal doen ter verbetering van de overheidscommunicatie, wordt beoogd dat de regering het belang van overheidscommunicatie als integraal onderdeel van de overheidsorganisatie ziet en dat zij het beschouwt als een instrument waarmee democratisch bestuur kan worden bevorderd.

Start. 2000, 90, p. 8

Databank media- en opinieonderzoek

Bij de Rijksvoorlichtingsdienst/Directie Toepassing Communicatietechniek is een databank ten behoeve van media- en opinieonderzoek ingericht. De Minister van Algemene Zaken heeft daartoe besloten, gelet op de aan overheidsvoorlichting te stellen eisen, tot uitdrukking komende in artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur en overwegende dat kennis van en inzicht in de samenleving van belang zijn voor een goede en democratische bestuursvoering.

Stcrt. 2000, 86, p. 14

Vergunningen IMT-2000

Het is hoogst onwaarschijnlijk dat een vergunninghouder zijn vergunning niet zal exploiteren. Dit zegt staatssecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat in een brief aan de Tweede Kamer. Geen enkel verdeelinstrument biedt een garantie dat een vergunninghouder daadwerkelijk aan de slag gaat. De regelgeving biedt echter wel een aantal middelen om dat af te dwingen. Zo kan de staatssecretaris een dwangsom opleggen als de voorschriften krachtens de Telecommunicatiewet niet worden nageleefd. Als ultimum remedium kan de vergunning ingetrokken worden. De kosten die de vergunninghouder heeft gemaakt ter verkrijging van zijn vergunning, behoren, indien hij zijn vergunning niet juist of in het geheel niet gebruikt, voor rekening te komen van die vergunninghouder. De vergunninghouder kan zijn vergunning, met toestemming van de staatssecretaris, aan een andere partij overdragen. De staatssecretaris reageert hiermee op een brief en de daarbij behorende notitie van ‘Ben’ van 10 april 2000 aan de fractie van GroenLinks. Tijdens het algemeen overleg van 28 maart 2000 en het debat van 6 april 2000 heeft de fractie van GroenLinks de zorg geuit dat een partij die een vergunning voor IMT-2000 heeft verworven, de betreffende radiofrequenties niet in gebruik zal nemen. *Kamerstukken II 1999/2000, 26800 XII, nr. 61*

ICT beleid · Informatiemaatschappij

De revolutionaire ontwikkeling van de Informatie- en Communicatietechnologie (ICT) heeft verstrekkende gevolgen voor economie en samenleving. De ambitie van het kabinet is om voor Nederland een positie te verzekeren in de kopgroep van landen die zijn voorbereid op de komende informatiemaatschappij. Dit schrijven minister Jorritsma van Economische Zaken en minister Hermans van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen in een brief waarmee zij de nota ‘Concurreren met ICT Competenties. Kennis en Innovatie voor de Digitale Delta’ aanbieden aan de Tweede Kamer. Nederland staat momenteel op de zevende plaats van de ranglijst van landen die zijn voorbereid op de informatiemaatschappij. Die positie is echter kwetsbaar en geen gegeven voor de toekomst. In de kabinetsnota De Digitale Delta is al eerder aangegeven dat Nederland om zijn ambities te verwezenlijken moet beschikken over een excellente ICT-basis. In de nota zijn vijf pijlers geïdentificeerd die alle bijdragen aan zo n basis. De tweede pijler handelt over ‘Kennis en Innovatie’ op het gebied van ICT. Met het actieplan ‘Concurreren met ICT Competenties’ werkt het kabinet de ambities van deze pijler in concrete acties uit. Langs drie samenhangende lijnen zijn de acties uitgezet: sterke ICT-clusters, kennis en technologie en voldoende kennisdragers en efficiënte inzet. Voor deze acties zet het kabinet extra middelen in. Deze worden in de begrotingen voor de komende jaren opgenomen. *Kamerstukken II 1999/2000, 26643, nr. 4*

Actieprogramma Elektronische Overheid

Minister Van Boxtel voor Grote Steden- en Integratiebeleid heeft de Tweede Kamer de beleidslijn ‘Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie’ aangeboden. Dit was toegezegd in het Actieprogramma Elektronische Overheid. De beleidslijn bevat tevens een kabinetsstandpunt over het advies van de Commissie Auteursrecht inzake een rapport van een ambtelijke werkgroep over de verhouding tussen de Databankenwet, de Auteurswet en de Wet openbaarheid van bestuur. In de beleidslijn wordt ten aanzien van de Wob-informatie

geconstateerd dat onder dat begrip veelal ook de elektronische gegevensbestanden van het bestuur vallen. Die bestanden (en de informatie daaruit) zijn daarmee binnen het afwegingskader van de Wet openbaarheid van bestuur in beginsel openbaar. In de praktijk behouden overheidsorganen massaal het auteursrecht en het databankenrecht op hun elektronische gegevens- bestanden voor, met als gevolg dat burgers en bedrijven de informatie wel kunnen krijgen, maar niet zonder expliciete toestemming mogen hergebruiken. Op een aantal punten is wetswijziging nodig. De artikelen 11 van de Auteurswet en 8 lid 1 van de Databankenwet dienen te worden gemoderniseerd en aangepast. De Auteurswet wordt aangevuld met een bepaling dat de feitelijke handeling van informatie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur geen inbreuk op het auteursrecht vormt. In de Wet openbaarheid van bestuur zal worden opgenomen dat de informatieverstrekking op grond van die wet geen afbreuk doet aan het auteursrecht van derden. Tenslotte zal artikel 15b van de Auteurswet van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de Wet op de naburige rechten. Daartoe zullen door de minister van Justitie de nodige stappen worden gezet, die ertoe moeten leiden dat op afzienbare termijn een voorstel tot wetswijziging voor advies aan de Raad van State kan worden aangeboden.

Kamerstukken II 1999/2000, 26387, nr. 7

Agenda

· **Provisional measures and intellectual property law**, CIER-lezing door prof. dr. Catherine Kessedjian op 31 mei 2000, 16 uur. Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Nobelstraat 2A, Utrecht. Informatie & aanmelding : tel. 030-2537743, e-mail: J.Borlee@ law.uu.nl.

· **Legal issues of the information society**, Seminar Maastricht 20 en 21 juli 2000; sprekers o.a. E. Vos, Y. Pouillet, S. Rodotà, A. Pierucci, J. van der Veer, C. Drion, A.-M. Kemna, L. Mölenberg, C. Monda, K.-H. Ladeur, P. Larouche, J. Pelkmans, A. Kamperman Sanders, E. Wurtzbacher. f 1450,-. Informatie & aanmelding: tel. 020-6200225, fax 020-6249368, e-mail: mireya@amsu.edu.

· **Legal responses to new communications technology**, Summer Program at Oxford University 17-28 July Oxford. \$ 1450. Informatie: e-mail: lawinfo@mail.yu.edu.

Verschenen

M. Dellebeke, *Omroep & reclame. Handboek reclameregels voor tv en radio*, Amsterdam: Cramwinckel 2000. ISBN 90 7572 790 9, 238 p.,f 95,-

J.E.M. Strang & J.P.A.F. *Vriens, GSM-zendmasten. Antennes in beeld*, Amsterdam: Elsevier 2000. ISBN 90 574 918 3, 112 p.,f 57,50

E.C. MacGillavry, *Meewerken aan strafvordering door banken en internet serviceproviders*, Arnhem: Gouda Quint 2000. ISBN 90 387 0726 6, 280 p.,f 69,50.

P.J. Slot, B.L. P. van Recken & C.E. Drion (red.), *Tekst en commentaar Mededingingswet*. Deventer: Kluwer 2000. ISBN 90 268 3453 7, 574 p.,f 235,-

J.E.J. Prins e.a., *De universiteitsbibliotheek in het databankenrecht*, ITeR-reeks nr. 28, Deventer: Kluwer 2000. ISBN 90 268 3645 7, 124 p.,f 52,50.

nr. 38 Radio Flandria

Arbitragehof 2 februari 2000

[Cijfers tussen rechte haken duiden op door redactie weggelaten paragrafen. De volledige tekst is te raadplegen op <http://www.just.fgov.be>]

Arrest nr. 13/2000, rolnummer 1590

In zake: het beroep tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, ingesteld door de vennootschap naar Luxemburgs recht *s.a. Radio Flandria en anderen*. Het Arbitragehof, samengesteld uit de voorzitters G. De Baets en M. Melchior, en de rechters H. Boel, E. Cerexhe, A. Arts, R. Henneuse en M. Bossuyt, bijgestaan door de griffier L. Potoms, onder voorzitterschap van voorzitter G. De Baets, wijst na beraad het volgende arrest:

I Onderwerp van het beroep

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 18 januari 1999 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 20 januari 1999, hebben de vennootschap naar Luxemburgs recht *s.a. Radio Flandria*, met maatschappelijke zetel te L-2320 Luxemburg, boulevard de la Pétrusse 45/47, de b.v.b.a. Regie Flandria, met maatschappelijke zetel te 1930 Zaventem, Tuinwijkstraat 65, bus 1, W. Van Aalst, wonende te Londen (Verenigd Koninkrijk), Balham, Park Road 73, J. Soet, wonende te Amsterdam (Nederland), Prinsengracht 795, J. Otte, wonende te 1930 Zaventem, Borreveldlaan 9, en A. Vandenbrembt, wonende te 9190 Stekene, Kemzekedorp 8, beroep tot gehele of gedeeltelijke vernietiging ingesteld van de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 18 juli 1998).

II De rechtspleging

Bij beschikking van 20 januari 1999 heeft de voorzitter in functie de rechters van de zetel aangewezen overeenkomstig de artikelen 58 en 59 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof. De rechters-verslaggevers hebben geoordeeld dat er geen aanleiding was om artikel 71 of 72 van de organieke wet toe te passen. Van het beroep is kennisgegeven overeenkomstig artikel 76 van de organieke wet bij op 2 februari 1999 ter post aangetekende brieven. Het bij artikel 74 van de organieke wet voorgeschreven bericht is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 13 februari 1999. De Vlaamse Regering, Martelaarsplein 19, 1000 Brussel, heeft een memorie ingediend bij op 22 maart 1999 ter post aangetekende brief. Van die memorie is kennisgegeven overeenkomstig artikel 89 van de organieke wet bij op 8 en 13 april 1999 ter post aangetekende brieven. Bij beschikking van 11 mei 1999 heeft de voorzitter in functie, op verzoek van de verzoekende partijen van 10 mei 1999, de termijn voor het indienen van een memorie van antwoord verlengd met vijftien dagen. Van die beschikking is kennisgegeven aan de verzoekende partijen bij op 12 mei 1999 ter post aangetekende brieven. De verzoekende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend bij op 28 mei 1999 ter post aangetekende brief. Bij beschikkingen van 29 juni 1999 en 23 december 1999 heeft het Hof de termijn waarbinnen het arrest moet worden gewezen, verlengd tot respectievelijk 18 januari 2000 en 18 juli 2000. Bij beschikking van 27 oktober 1999 heeft de voorzitter in functie de zetel aangevuld met rechter M. Bossuyt. Bij beschikking van 27 oktober 1999 heeft het Hof de zaak in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 25 november 1999. Van die laatste beschikking is kennisgegeven aan de partijen en hun advocaten bij op 28 oktober 1999 ter post aangetekende brieven. Op de openbare terechtzitting van 25 november 1999:

- zijn verschenen: Mr. C. Bossuyt loco Mr. P. Maeyaert en Mr. T. De Meese, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partijen; Mr. P. Van Orshoven en Mr. J. Stuyck, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Vlaamse Regering;
- hebben de rechters-verslaggevers H. Boel en E. Cerexhe verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De rechtspleging is gevoerd overeenkomstig de artikelen 62 en volgende van de organieke wet, die betrekking hebben op het gebruik van de talen voor het Hof.

III. Onderwerp van de bestreden bepalingen

De gedeeltelijke vernietiging wordt gevorderd van de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995. Die bepalingen luiden: ‘Art. 5. Artikel 29 van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, wordt vervangen door wat volgt: “Artikel 29. Elke inwoner van de Vlaamse Gemeenschap moet een particuliere radio kunnen beluisteren. Er zijn twee soorten van particuliere radio: 1° de lokale radio: deze radio zendt uit voor een deel van een gemeente, een gemeente of een beperkt aantal aaneensluitende gemeenten; 2° de agglomeratieradio: deze radio zendt uit voor een stedelijke agglomeratie, met name Antwerpen, Gent en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Particuliere radio’s zenden via de ether uit. De Vlaamse regering stelt een frequentieplan op, keurt het goed en bepaalt hoeveel lokale radio’s en agglomeratieradio’s worden erkend. Op basis van het frequentieplan en het te erkennen aantal verleent het Vlaams Commissariaat voor de Media tegelijk met de erkenningen ook de zendvergunningen aan de particuliere radio’s. De zendvergunning met de daarin omschreven parameters bepaalt het verzorgingsgebied van een zendinstallatie van een particuliere radio. Bij het bepalen van de verzorgingsgebieden aan het frequentieplan wordt onder meer rekening gehouden met sociale, economische en culturele indicatoren, evenals met specifieke behoeften van doelgroepen. Het Vlaams Commissariaat voor de Media kan de erkende particuliere radio’s, met het oog op een optimalisering van het verzorgingsgebied, verplichten hun zendinstallatie te verplaatsen of een gemeenschappelijke zendinstallatie te gebruiken. De particuliere radio’s kunnen binnen de Vlaamse Gemeenschap deelnemen in een samenwerkingsverband. Samenwerking is mogelijk op het vlak van informatiegaring, programma-aanmaak en reclamewerving. Voor het minimale aandeel eigen programmatie is samenwerking op het vlak van informatiegaring en programma-aanmaak uitgesloten.” Art. 6. In artikel 32 van dezelfde decreten wordt 10 vervangen door wat volgt: “1° de particuliere radio’s moeten worden opgericht in de vorm van een rechtspersoon. Het maatschappelijk doel van de rechtspersoon is beperkt tot het verzorgen van radioprogramma’s in het toegekende verzorgingsgebied. De leden van de raad van bestuur of de raad van beheer mogen geen politiek mandaat bekleden, noch beheerder of bestuurder zijn van een andere rechtspersoon die een particuliere radio beheert. Elke wijziging in de raad van beheer of raad van bestuur van de particuliere radio moet worden medegedeeld aan het Vlaams Commissariaat voor de Media.” Art. 7. In artikel 32 van dezelfde decreten wordt 20 vervangen door wat volgt: “2° de maatschappelijke zetel en de productie- en zendinstallaties moeten gelegen zijn in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, meer bepaald binnen het verzorgingsgebied van de radio waarvoor een erkenning werd uitgereikt. De verplaatsing van de zendinstallaties binnen het verzorgingsgebied van de radio waarvoor een erkenning werd uitgereikt, is toegestaan voor zover dat inpasbaar is in het frequentieplan en nadat de zendvergunning werd aangepast”.

[A.1.1. – B.2.4.]

Ten gronde

Ten aanzien van het eerste middel

B.3.1 In het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kritiseren de verzoekende partijen het verschil in behandeling dat door de bestreden bepalingen wordt ingesteld tussen, aan de ene kant, particuliere radio’s die via de ether uitzenden en die zich moeten beperken tot het grondgebied van een of meer gemeenten of tot het grondgebied van een agglomeratie en, aan de andere kant, de naamloze vennootschap naar publiek recht V.R.T. (Vlaamse Radio- en Televisieomroep) en de kabelradio’s, die zich kunnen richten tot de ganse Vlaamse Gemeenschap.

B.3.2 Blijkens de parlementaire voorbereiding van het bestreden decreet strekt het ertoe, door een aantal wijzigingen in de bepalingen betreffende de lokale radio’s van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, een pragmatisch antwoord te geven op het probleem van de levensvatbaarheid van

de lokale radio’s (Parl. St., Vlaams Parlement, 1997-1998, nr. 763/1, pp. 2 en 3). Uit de parlementaire voorbereiding van het bestreden decreet blijkt tevens dat de decreetgever niet heeft willen afstappen van de vroeger gemaakte keuze om de landelijke radio via de ether voor te behouden aan de openbare omroep en om de kleinschalige lokale radio via de ether voor te behouden aan het particulier initiatief (Parl. St., Vlaams Parlement, 1997-1998, nr. 763/4, pp. 4, 18 en 19).

B.3.3 De beoordeling van de plaats die ter zake van radio-uitzendingen via de ether behoort te worden toegekend aan het publiek dan wel het particulier initiatief maakt een opportuniteitsoordeel uit dat toekomt aan de bevoegde decreetgever. Het Hof zou zijn bevoegdheid te buiten gaan mocht het zijn beoordeling op dat punt in de plaats stellen van die keuze van de decreetgever. De toetsing door het Hof slaat evenwel op het objectieve karakter van het onderscheid, de overeenstemming van de maatregelen met het nagestreefde doel en het bestaan van een redelijk verband tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Het verschil in behandeling tussen de vrije radio’s en de overheidsomroep berust op het objectieve criterium van het openbare of private karakter van de rechtspersoon die de radio-uitzendingen organiseert. Mede gelet op het beperkte aantal van de voor radio-uitzendingen binnen de betrokken Gemeenschap beschikbare frequenties en zelfs al zou kunnen worden aangenomen dat de beschikbare frequenties op een meer rationele wijze zouden kunnen worden aangewend, wordt het verschil in behandeling verantwoord door de specifieke opdracht van algemeen belang van de overheidsomroep, onder andere door het verzekeren van minimale informatie die voor alle geleidingen in de samenleving bereikbaar is en niet is ingegeven door lucratieve overwegingen waarbij enkel de commercieel interessante doelgroepen worden aangesproken.

B.3.4 Het verschil in behandeling tussen de publieke en de particuliere radio-omroepen die via de ether uitzenden is, wat het zendbereik betreft, – en onder voorbehoud van het onderzoek van de andere middelen – niet in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.3.5 De omstandigheid dat particuliere kabelradio-omroepen zich, in tegenstelling tot particuliere radio-omroepen die via de ether uitzenden, kunnen richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap, kan niet tot een andere conclusie voeren. Het criterium van onderscheid voor dat verschil in behandeling is objectief en pertinent. Als medium verschilt de kabelradio immers wezenlijk van de etherradio, wat betreft de toegankelijkheid ervan voor zowel de luisteraars als de omroepen. De mogelijkheden van ontvangst zijn beperkter, want afhankelijk van de beschikbaarheid van kabelverbindingen en -aansluitingen en het aanbod van de kabelmaatschappijen. De mogelijkheden voor uitzending zijn afhankelijk van de uiteenlopende technische mogelijkheden van de onderscheiden kabelmaatschappijen en het bereiken van de vereiste overeenkomsten tussen de radio-omroepen en de kabelmaatschappijen wat betreft de verspreiding van het signaal. Het verschil in behandeling inzake uitzendbereik tussen particuliere kabelradio-omroepen en particuliere etherradio-omroepen is niet onevenredig ten aanzien van de nagestreefde doelstelling. Het toelaten van de mogelijkheid tot landelijke particuliere kabelradio’s schaadt, in tegenstelling tot wat het geval zou kunnen zijn met landelijke particuliere etherradio’s, het zendbereik van de lokale particuliere radio’s niet en beantwoordt dus aan de doelstelling die de decreetgever zich heeft gesteld.

B.3.6 Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

Ten aanzien van het tweede middel

B.4.1 In het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de vrijheid van handel en nijverheid en met de artikelen 82 (ex artikel 86) en 86, lid 1, (ex artikel 90, lid 1) van het E.G.-Verdrag, kritiseren de verzoekende partijen het feit dat de aangevochten bepalingen zonder redelijke en objectieve verantwoording, het wettelijk monopolie van de V.R.T. op landelijke radio via de ether in stand houden, ten koste van de vrijheid van de particuliere radio’s om landelijke commerciële radioactiviteiten te ontplooien, zodat die radio’s ook worden benadeeld in de mededinging met de V.R.T. op de afgeleide markt voor radioreclame in Vlaanderen.

B.4.2 De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan: de grondwettelijke regels van de gelijkheid en van de niet-discriminatie zijn toepasselijk ten aanzien van alle rechten en alle vrijheden, met inbegrip van die welke voortvloeien uit internationale verdragen die België binden, die door een instemmingsakte in de interne rechtsorde toepasselijk zijn gemaakt en die directe werking hebben.

B.4.3 De artikelen 82 (ex artikel 86) en 86, leden 1 en 2, (ex artikel 90, leden 1 en 2) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, laatst gewijzigd bij het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, betreffen zodanige rechten en vrijheden. Artikel 82 van het E.G.-Verdrag legt verbod op aan een of meer ondernemingen om misbruik te maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig wordt beïnvloed. Hoewel artikel 82 betrekking heeft op gedragingen van ondernemingen en niet op wettelijke, bestuursrechtelijke en andere maatregelen van de Lid-Staten, heeft dat artikel voor de Lid-Staten wel tot gevolg dat zij geen maatregelen mogen nemen of handhaven welke de mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen (Hof van Justitie, 16 november 1977, INNO, 13/77, Jur., 1977, 2155, r.o. 31 en 32; Hof van Justitie, 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jur., 1991, I-2017, r.o. 26; Hof van Justitie, 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jur., 1991, I-2960, r.o. 35; Hof van Justitie, 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jur., 1993, I-2567, r.o. 10 en 11). Krachtens artikel 86, lid 2, blijven ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, aan de mededingingsregels onderworpen, zolang niet is aangetoond dat de toepassing van die bepalingen onverenigbaar is met de vervulling van hun bijzondere taak (Hof van Justitie, 30 april 1974, Sacchi, 155/73, Jur., 1974, 430, r.o. 14 en 15; Hof van Justitie, 3 oktober 1985, CBEM/CLT en IPB, 311/84, Jur., 1985, 3275, r.o. 17; Hof van Justitie, 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jur., 1991, I-2017, r.o. 24; Hof van Justitie, 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jur., 1991, I-2957-2961, r.o. 10 en 33). Niets in het Verdrag verzet zich ertegen dat de Lid-Staten om redenen van algemeen belang van niet-economische aard, uitzendingen van radio en televisie, met inbegrip van uitzendingen via de kabel, aan de mededinging onttrekken door een exclusief recht toe te kennen aan een of meer instellingen. Meer bepaald kunnen ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, aan de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag ontkomen, voor zover beperkingen van de mededinging van andere marktdelnemers – of zelfs een uitsluiting van elke mededinging – noodzakelijk zijn om de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak te verzekeren (Hof van Justitie, 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jur., 1993, I-2533, r.o. 14; Hof van Justitie, 27 april 1994, Almelo, Jur. 1994, C-393/92, I-1520, r.o. 46).

B.4.4 Te dezen moet worden aangenomen dat de keuze van de decreetgever om de landelijke etherradio voor te behouden aan de openbare omroep, ingegeven is door redenen van algemeen belang van niet-economische aard, inzonderheid het vrijwaren van de openbare radio-omroepopdracht zoals bepaald in de artikelen 8, 23, 27, 27bis, 27ter en 27quater van de op 25 januari 1995 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie en nader omschreven in de in artikel 16 van die decreten bedoelde beheersovereenkomst. De decreetgever oordeelde dat het, om de V.R.T. in staat te stellen die bijzondere taak van algemeen belang naar behoren te vervullen, noodzakelijk was mededinging vanwege landelijke commerciële etherradio’s uit te sluiten. Het blijkt niet dat die opvatting op een kennelijk onjuiste appreciatie steunt. In dit verband dient te worden gewezen op artikel 16 (het vroegere artikel 7D) van het Verdrag en inzonderheid op het Protocol nr. 32 van 2 oktober 1997 betreffende het publieke omroepstelsel in de Lid-Staten.

B.4.5 Zo het juist is dat uit artikel 29 van de gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie een verschil in behandeling volgt tussen de V.R.T. en de particuliere lokale radio’s inzake publiciteit, wordt zulks verantwoord in zoverre de V.R.T. over een monopolie beschikt inzake landelijke uitzendingen via de ether, en dat monopolie onverbrekkelijk verbonden is met de hem toegekende taken van openbare dienst en van algemeen belang.

B.4.6 De verzoekende partijen verwijzen ook naar de vrijheid van handel en nijverheid. De vrijheid van handel en nijverheid kan evenwel niet als een absolute vrijheid worden opgevat. De bevoegde wetgever kan ertoe worden gebracht – zij het in de economische sector dan wel in andere sectoren – de handelingsvrijheid van de betrokken personen of ondernemingen te beperken, wat noodzakelijkerwijze een weerslag zal hebben op de vrijheid van handel en nijverheid. De vrijheid van handel en nijverheid wordt maar geschonden indien de decreetgever die vrijheid zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking kennelijk onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel of aan dat beginsel op zodanige wijze afbreuk zou doen dat de economische unie erdoor in het gedrang komt. Uit de overwegingen uiteengezet in B.3.4 en B.4.4 volgt dat zulks te dezen niet het geval is.

B.4.7 Het middel kan niet worden aangenomen.*Ten aanzien van het derde middel*

B.5.1 In het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 19 van de Grondwet, kritiseren de verzoekende partijen het feit dat de aangevochten decretale bepalingen de vrijheid voor particuliere radio's om radioprogramma's via de ether door te geven aan de ganse Vlaamse Gemeenschap beknotten, terwijl geen soortgelijke beperkingen werden opgelegd aan de openbare omroep, noch aan kabelradio's.

B.5.2 Volgens de Vlaamse Regering is het middel niet ontvankelijk, in zoverre een rechtstreekse schending wordt aangevoerd van het recht op vrije meningsuiting. Het middel is evenwel afgeleid uit de schending van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, in samenhang met de vrijheid van meningsuiting. Het is derhalve ontvankelijk.

B.5.3 De vrijheid van meningsuiting is een van de pijlers van een democratische samenleving. Het recht op vrijheid van meningsuiting omvat luidens artikel 10.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. De bestreden bepalingen beperken het recht van de verzoekende partijen om inlichtingen of denkbeelden door te geven.

B.5.4 Het recht op vrije meningsuiting is evenwel niet absoluut. Artikel 10.1, laatste zin, van het voormelde Verdrag bepaalt allereerst dat het artikel niet belet dat Staten radio-omroep, bioscoop- of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen. Het onderwerp en het doel van die bepaling moeten worden beschouwd in het licht van het volledige artikel 10, inzonderheid in het licht van artikel 10.2, waaraan de maatregelen van erkenning onderworpen blijven (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 maart 1990, Groppera Radio AG et autres c. Suisse, série A, n° 173, p. 24, § 61; 22 mei 1990, Autronic AG c. Suisse, série A, n° 178, p. 24, § 52; 24 november 1993, Informationsverein Lentia et autres, série A, n° 276, pp. 13 en 14, § 29). Artikel 10.1, laatste zin, strekt ertoe te preciseren dat de Staten, door een systeem van vergunningen, de radio-uitzendingen op hun grondgebied kunnen regelen, inzonderheid in zijn technische aspecten. Andere overwegingen kunnen eveneens leiden tot het toekennen of het weigeren van vergunningen, zoals overwegingen betreffende de aard en doelstellingen van een toekomstig station, de mogelijkheid om het in te schakelen op nationaal, regionaal of lokaal vlak, de rechten en noden van een gegeven publiek, en de verplichtingen die voortvloeien uit internationale juridische instrumenten (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 24 november 1993, Informationsverein Lentia et autres, série A, n° 276, p. 15, § 32; 20 oktober 1997, Radio ABC c. Autriche, Recueil des arrêts et décisions, 1997-VI, p. 2199, § 33). Het door de decreetgever ingevoerde stelsel dat de landelijke en regionale etherradio in de Vlaamse Gemeenschap voorbehoudt aan de openbare omroep en de lokale en agglomeratieradio voorbehoudt aan het particulier initiatief, kan bijdragen tot de kwaliteit en verscheidenheid van de radio-uitzendingen en past derhalve in het bepaalde in artikel 10.1, derde zin. Nagegaan moet worden of het ook beantwoordt aan de andere door artikel 19 van de Grondwet en artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gestelde eisen.

B.5.5 Ongeacht het gegeven dat eenieder ertoe is gehouden de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting van anderen te eerbiedigen, volgt uit artikel 19 van de Grondwet in samenhang met artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat de vrijheid van meningsuiting kan worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties welke bij wet zijn vastgesteld en die in een democratische samenleving nodig zijn tot bescherming van de in bovenvermelde verdragsbepaling vermelde doelstellingen.

B.5.6 De beperkingen zijn ingesteld door de decreetgever en streven, zoals gezegd in B.5.4, een geoorloofd doel na. De vraag is enkel nog of zij in een democratische samenleving nodig zijn. Zoals eerder uiteengezet (B.3.3) zijn de voor radio-uitzendingen in de Vlaamse Gemeenschap beschikbare frequenties niet onbeperkt. Het toelaten van particuliere landelijke en regionale etherradio, naast particuliere lokale en agglomeratieradio, zou onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de voor de openbare radio-omroep beschikbare frequenties moeten worden herschikt. Hoewel een en ander thans tot de technische mogelijkheden

zou behoren, zou zulks, zoals de Vlaamse Regering betoogt, aan de ene kant, niet zonder zeer belangrijke investeringen aan de zijde van de openbare omroep kunnen worden gerealiseerd, en zou zulks, aan de andere kant, slechts een beperkte ruimte creëren voor particuliere landelijke of regionale etherradio, gesteld dat men geen afbreuk zou willen doen aan de door de decreetgever nader omschreven en aan de publieke radio opgedragen openbare radio-omroepopdracht. Aldus kan worden aanvaard dat de uitsluiting van particuliere landelijke of regionale etherradio, terwijl particuliere lokale en agglomeratieradio, evenals particuliere landelijke kabelradio toegelaten is, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke noodwendigheid en het aangevende middel niet onevenredig is met het beoogde doel. Van een ongeoorloofde en discriminatoire inbreuk op de vrijheid van meningsuiting is aldus geen sprake.

B.5.7 Het middel kan niet worden aangenomen.

Ten aanzien van het vierde middel

B.6.1 In het vierde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 43 (ex artikel 52) en volgende van het E.G.-Verdrag, kritiseren de verzoekende partijen de bestreden bepalingen omdat die zouden inhouden dat enkel de V.R.T. zich in België kan vestigen om landelijke radioactiviteiten via de ether uit te oefenen. Zodoende zouden andere omroeporganisaties, waaronder particuliere radio's, op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om zich in België te vestigen teneinde dezelfde activiteiten uit te oefenen.

B.6.2 Artikel 43 (ex artikel 52) van het E.G.-Verdrag, dat rechtstreeks toepasselijk is in de Lid-Staten, bepaalt dat beperkingen op de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een Lid-Staat op het grondgebied van een andere Lid-Staat verboden zijn. Dat verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een Lid-Staat die op het grondgebied van een Lid-Staat zijn gevestigd. De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 (ex artikel 58), overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

B.6.3 Artikel 43 vindt uitsluitend toepassing ten aanzien van natuurlijk- en rechtspersonen die behoren tot een Lid-Staat van de Europese Gemeenschap en op duurzame wijze werkzaamheden anders dan in loondienst wensen te verrichten in een andere Lid-Staat. Personen die een Lid-Staat niet verlaten en hun werkzaamheden niet uitoefenen in een andere Lid-Staat, vallen niet onder de werkingssfeer van de voormelde bepaling. Bijgevolg kunnen uitsluitend de eerste, de derde en de vierde verzoekende partij zich op die bepaling beroepen. Het middel is onontvankelijk in zoverre het wordt aangevoerd door de tweede verzoekende partij.

B.6.4 De bestreden bepalingen beletten de verzoekende partijen geenszins zich in België, meer bepaald in de Vlaamse Gemeenschap, te vestigen om er daadwerkelijk een economische activiteit door middel van een vaste basis en voor onbepaalde tijd uit te oefenen. De bestreden bepalingen beletten daarentegen dat de verzoekende partijen zich in België vestigen teneinde er in de Vlaamse Gemeenschap landelijke radioactiviteiten via de ether uit te oefenen, doch het verbod dat soort activiteiten uit te oefenen, geldt zonder onderscheid naar nationaliteit, en is het gevolg van het feit dat de decreetgever ter zake een exclusief recht heeft toevertrouwd aan de openbare omroep, namelijk de V.R.T. Nu bij het onderzoek van het tweede middel is gebleken dat het toevertrouwen van dat uitsluitend recht verenigbaar is met artikel 86 van het E.G.-Verdrag, moet worden geoordeeld dat de daaruit noodzakelijkerwijze voortvloeiende beperkingen inzake markttoegang, niet op discriminatoire wijze afbreuk doen aan de vrijheid van vestiging.

B.6.5 Het middel kan niet worden aangenomen.

Ten aanzien van het vijfde middel

B.7.1 In het vijfde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 49 (ex artikel 59) en volgende van het E.G.-Verdrag, kritiseren de verzoekende partijen het feit dat ingevolge artikel 7 van het bestreden decreet enkel particuliere radio's die in de Vlaamse Gemeenschap gevestigd

zijn, kunnen worden erkend om radioactiviteiten via de ether uit te oefenen, zodat buitenlandse ondernemingen op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om dezelfde diensten te verstrekken in de Vlaamse Gemeenschap.

B.7.2 Overeenkomstig artikel 49 van het E.G.-Verdrag zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Gemeenschap in het kader van de erop volgende verdragsbepalingen verboden ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Artikel 50, eerste alinea, van het E.G.-Verdrag beschouwt als diensten de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op die dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. Blijkens artikel 50, tweede alinea, betreft het onder meer werkzaamheden van commerciële aard. De dienstverrichting moet niet noodzakelijk worden betaald door de personen voor wie zij wordt verricht, maar het moet wel gaan om diensten die hoofdzakelijk worden vergoed met privé-geld. Radio-uitzendingen, inzonderheid commerciële radio-uitzendingen, moeten bijgevolg worden beschouwd als diensten in de zin van het Verdrag. De artikelen 49 en volgende kunnen worden aangevoerd door de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Bijgevolg kunnen de eerste, de derde en de vierde verzoekende partij zich op die bepaling beroepen, terwijl zulks niet het geval is met de tweede verzoekende partij. Het middel is wat haar betreft niet ontvankelijk.

B.7.3 De bestreden bepaling – artikel 32, 2°, van op 25 januari 1995 gecoördineerde decreten van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de radio-omroep en de televisie – staat eraan in de weg dat een rechtspersoon met maatschappelijke zetel buiten het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, inzonderheid met een maatschappelijke zetel buiten het verzorgingsgebied van de radio waarvoor de erkenning wordt uitgereikt, kan worden erkend als lokale of als agglomeratieradio. Die bepaling impliceert dat in andere Lid-Staten gevestigde rechtspersonen niet in aanmerking komen voor die erkenning. De bestreden bepaling betreft aldus een door artikel 49 van het E.G.-Verdrag in beginsel verboden beperking op het vrij verrichten van diensten.

B.7.4 Het verbod van artikel 49 van het E.G.-Verdrag is evenwel niet absoluut. Een Lid-Staat kan luidens artikel 55 van het E.G.-Verdrag beperkingen op het vrije dienstenverkeer, naar gelang van de herkomst van de dienst, instellen of handhaven op grond van de artikelen 45 of 46 van het E.G.-Verdrag. Artikel 46, lid 1, van het E.G.-Verdrag, gelezen in samenhang met artikel 55, staat toe dat de Lid-Staten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor bepaalde diensten welke uit hoofde van onder meer de openbare orde gerechtvaardigd zijn. De particuliere radio's zoals beoogd door de gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, hebben tot taak een verscheidenheid van programma's te brengen inzake informatie, cultuur en ontspanning, met de bedoeling binnen hun verzorgingsgebied de communicatie onder de bevolking te bevorderen (artikel 28). Zij vervullen onmiskenbaar een sociaal-culturele functie die complementair is aan die van de openbare landelijke en regionale omroep en dragen aldus bij tot het behoud van het pluralisme in de media. De bestreden bepaling, die, naast andere in artikel 32 vermelde erkenningvereisten, ertoe strekt het lokale karakter van de particuliere lokale en agglomeratieradio's effectief te verzekeren door de verplichting van vestiging van de maatschappelijke zetel en de zendinstallaties binnen het verzorgingsgebied, past in het niet-economische doel dat de decreetgever zich heeft gesteld en is er niet mee onevenredig. Bijgevolg is voldaan aan de toepassingsvereisten van artikel 46, lid 1, van het E.G.-Verdrag.

B.7.5 Het middel kan niet worden aangenomen.

Om die redenen, het Hof verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 2 februari 2000.

Noot

Peggy Valcke

P.Valcke is aspirant bij het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen en is werkzaam op het Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica aan de K.U. Leuven

De commerciële televisiezender VTM pleit er reeds voor sinds 1989, en na lang wachten wordt het binnenkort dan toch mogelijk: commerciële 'landelijke'¹ etherradio in Vlaanderen! Tot nu toe werd de Vlaamse ether verdeeld volgens de idee van complementariteit tussen *landelijke openbare* radio (VRT) en *lokale private* zenders. Het decreet van 7 juli 1998² legaliseerde tot op zeker niveau de ontstane praktijk van ketenvorming tussen lokale radio's, maakte de oprichting mogelijk van agglomeratieradio's (met ruimer zendbereik) in Antwerpen, Gent en Brussel, en voerde een regeling in voor de erkenning van 'kabelradio's' die zich in tegenstelling tot de private etherradio's konden richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap (doch enkel via de kabel)³. Alle frequenties voor landelijke radio-omroep (trouwens ook voor televisie-omroep) bleven echter voorbehouden voor de VRT. Dat de vijf radionetten van de openbare omroep (Radio 1, 2 en 3, Radio Donna, en Studio Brussel)⁴ zich binnenkort dan toch aan concurrentie mogen verwachten, is alvast niet te danken aan het hierboven gepubliceerde arrest.

De Luxemburgse vennootschap Radio Flandria, wier programma in Vlaanderen enkel via de kabel te beluisteren valt, haalde nochtans een indrukwekkend wapenarsenaal boven om het landelijke ethermonopolie van de VRT te kelderen. Weliswaar dienden alle argumenten een aanknopingspunt te vinden in artikel 10-11 van de Belgische Grondwet. Het Arbitragehof, na de federalisering opgericht als scheidsrechter inzake bevoegdheidsconflicten tussen de diverse federale, gemeenschaps- en gewestoverheden, is immers een 'grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheden'. Het Hof onderzoekt slechts of de wetten, decreten en ordonnanties in overeenstemming zijn met de bevoegdheidsverdelende regels, en de artikelen 10 (gelijkheidsbeginsel), 11 (verbod van discriminatie) en 24 (fundamentele onderwijsrechten) van de Grondwet. Het toetsingsbereik van het Hof is evenwel veel ruimer dan het op het eerste zicht lijkt:⁵ onder de hoed van artikel 10 en 11 kan controle uitgeoefend worden ten aanzien van *alle rechten en vrijheden*, die hetzij door de Grondwet,⁶ hetzij door rechtstreeks werkende internationale verdragsbepalingen⁷ aan de Belgen zijn toegekend. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte en verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan, zo herhaalt het Hof nogmaals in het hier gepubliceerde arrest (r.o. B.4.2). Wel mag hierbij niet uit het oog worden verloren dat het Arbitragehof enkel een *marginale* toetsing kan uitvoeren en zich niet in de plaats van de overheid kan stellen (het Arbitragehof kan niet aan 'politiek beleid' doen).

Bhalve een rechtstreekse inbreuk op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, verweet Radio Flandria de aangevochten decreetsbepalingen via die omweg ook de schending van een aantal bepalingen van het EG-Verdrag⁸ en van artikel 10 EVRM. Het Arbitragehof

- Hieronder dient te worden verstaan: 'zich richtend tot de gehele Vlaamse Gemeenschap' (in tegenstelling tot de lokale en agglomeratieradio s, waarvan het zendbereik geografisch beperkt is tot een gemeente, een aantal gemeenten of een stedelijke agglomeratie).
- Decreet 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, B.S. 18 juli 1998. Zie hierover D. Voorhoof, 'Recente ontwikkelingen in het omroeprecht van de Vlaamse Gemeenschap', *Auteurs & Media* 1998-3, p.175-176.
- Het bereik van de kabel is evenwel beperkt: heel wat radiotoestellen zijn niet aangeschakeld op het kabelnet; daarenboven zijn transistor- en autoradio's sowieso enkel via de ether bereikbaar.
- Het zesde radionet 'Radio Vlaanderen Internationaal' zendt uit via de korte en middengolf, satelliet en kabel.
- Zie hierover o.a. J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1990, 578 p.; A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1995, p.274, e.v.
- Arbitragehof 13 oktober 1989, nr.23/89, *Journal des Tribunaux* 1990, p.2, m.nt. D. Lagasse; T.B.P. 1990, p.454, m.nt. J. Velaers.
- Arbitragehof 23 mei 1990, nr.18/90, *Rechtskundig Weekblad* 1990-91, p.75, m.nt. A. Alen; *Journal des Tribunaux* 1991, p.265, m.nt. M. Uyttendaele.
- Meer bepaald het verbod op misbruik van machtspositie (artikel 82 juncto 86 EG-Verdrag), de vrijheid van dienstenverkeer (artikel 49 EG-Verdrag) en de vestigingsvrijheid (artikel 43 EG-Verdrag).

viel evenwel niet te overtuigen van de argumenten die de radiozender samen met haar reclameregie aanvoerde. Heel summier⁹ komt de redenering van het Arbitragehof hierop neer: de ingeroepen rechten en vrijheden zijn niet absoluut. Overheden kunnen beperkingen opleggen uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang op voorwaarde dat die beperkingen evenredig zijn met het nagestreefde doel. De specifieke opdracht die aan de openbare omroep is toegekend en die onder andere gericht is op ‘het verzekeren van minimale informatie die voor alle geleidingen in de samenleving bereikbaar is en niet is ingegeven door lucratieve overwegingen waarbij enkel de commercieel interessante doelgroepen worden aangesproken’ (r.o. B.3.3) en het waarborgen van het regionale pluralisme (r.o. B.7.4) zijn volgens het Hof dergelijke niet-economische redenen van algemeen belang, die de beperkingen opgelegd aan de private radio’s rechtvaardigen (beperkingen die overigens door het Hof niet als kennelijk onevenredig worden beschouwd). Wat in de redenering van het Hof blijkbaar een belangrijke rol heeft gespeeld is de zogenaamde verzadiging van de Vlaamse ether. Ofschoon Radio Flandria beweerde dat die schaarste artificieel in het leven werd geroepen door een inefficiënt beheer van het spectrum,¹⁰ haalt het Hof meermaals aan dat de beschikbare frequenties voor radio-uitzendingen in de Vlaamse Gemeenschap nu eenmaal niet onbeperkt zijn (r.o. B.3.3 en B.5.6). Het is dan ook het goed recht van de Vlaamse regering om de VRT de nodige frequenties toe te kennen opdat deze de hem toegewezen openbare opdracht zou kunnen vervullen, zelfs al betekent dit dat er daarna geen frequenties meer overblijven voor particuliere initiatieven op landelijk niveau.¹¹

Dit uitgangspunt van frequentieschaarste, dat door het Hof erg makkelijk wordt aangenomen, blijkt begin mei evenwel fout te zijn. De resultaten van een haalbaarheidstudie, uitgevoerd door het Nederlandse Nozema in opdracht van de Vlaamse regering, tonen aan dat er in de Vlaamse ether nog ruimte is voor twee landelijke commerciële radio’s. Nu in het arrest van 2 februari 2000 nog wel andere hiaten en onvolkomenheden bij de redeneringsopbouw, alsook bij de interpretatie van de verdragsbepalingen aan te duiden vallen,¹² kunnen we ons moeilijk van de indruk ontdoen dat het Arbitragehof gewoonweg de beleidsplannen van de Vlaamse regering niet heeft willen hypothekeren. In het regeerakkoord van juli 1999, alsook in de beleidsnota ‘Media 2000-2004’ van minister Van Mechelen werd de verdere liberalisering van het radiolandschap immers reeds aangekondigd. De vernoemde technische haalbaarheidsstudie diende evenwel eerst aan te tonen of en hoeveel landelijke particuliere radio’s een vergunning zouden kunnen krijgen.¹³

9 Zie voor een gedetailleerde bespreking van de aangehaalde middelen en het antwoord van het Arbitragehof hierop: D. Voorhoof, ‘Arbitragehof laat landelijk ethermonopolie van de VRT-radio (nog even) overeind’, *Argus (Nieuwsbrief voor Media en Communicatie)*, 3 maart 2000, p.8-10; *IRIS* 2000-3, p.6.

10 Volgens Radio Flandria werden in het verleden immers op onverantwoorde wijze frequenties toegekend aan de VRT, namelijk 14,5 MHz of drie vierden van het beschikbare spectrum.

11 Het Arbitragehof neemt zelfs het betoog van de Vlaamse regering aan als zou bij een herschikking van de frequenties, waardoor het technisch mogelijk zou worden ruimte te voorzien voor commerciële landelijke etherradio, het sop de kool niet waard zijn. Gesteld dat men geen afbreuk wil doen aan de openbare opdracht van de VRT, dan zou slechts zeer beperkte ruimte vrijkomen voor private initiatieven, te beperkt om te kunnen opwegen tegen de belangrijke investeringen die een dergelijke herschikking zou vergen van de openbare omroep.

12 Voor een kritische analyse van het arrest, verwijs ik verder naar het artikel van K.J.M. Mortelmans, ‘De toewijzing van radiozendtijd in Vlaanderen: enkele positieve en negatieve signalen voor Nederland’, gepubliceerd in dit nummer van *Mediaforum* op p. 192-196.

13 D. Van Mechelen (Vlaams Minister van Economie, Ruimtelijke Ordening en Media), *Beleidsnota ‘Media 2000-2004’*, p.25, te raadplegen op <http://www.vlaanderen.be/ned/sites/regering/beleidsnota/media/doc>.

14 Decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd bij besluit van de Vlaamse regering van 25 januari 1995, B.S. 30 mei 1995, zoals bekrachtigd bij Decreet 8 maart 1995, B.S. 31 mei 1995, err. B.S. 31 oktober 1995. Een gecoördineerde versie van deze Vlaamse ‘omroepcodex’ vindt u op <http://www.vlaanderen.be/ned/sites/overheid/codex/codex—final/ctio9.htm> 208.

15 Cf. M. Verberne, ‘Veiling perikelen’, *Mediaforum* 1998-2, p.38. Over de diverse systemen die men kan hanteren om frequenties toe te wijzen, zie W. Hins, ‘Het rechtskarakter van het frequentieplan’, *Mediaforum* 1999-9, p.219.

16 Aan de gemeenschappen werd bij de staatshervorming de bevoegdheid inzake culturele aangelegenheden, waaronder radio-omroep en televisie, toegekend. In de befaamde arresten van 25 januari 1990 en 7 februari 1991 oordeelde het Arbitragehof dat hieronder een algehele en principiële bevoegdheid inzake omroep diende te worden verstaan, inclusief de technische aspecten van de uitzendingen, en dit ongeacht of deze via de kabel of via hertzgolven verdeeld worden. De federale overheid is wel nog verantwoordelijk voor wat het Arbitragehof

Momenteel is er een decreet in de maak waarin het juridische kader voor de nieuwe commerciële radiozenders wordt uitgewerkt. Het moge frappant lijken dat in de memorie van toelichting bij het ontwerpdecreet de invoering van landelijke particuliere radio nu opeens als ‘noodzakelijk’ wordt bestempeld, ‘gelet op het beperkte zendgebied van de lokale en agglomeratieradio’s enerzijds en het geringe bereik van de kabelradio’s anderzijds’. De idee van complementariteit wordt verlaten (cf. supra), en de commerciële zenders worden voortaan als een ‘alternatief’ (m.a.w. concurrentie) voor de openbare omroep beschouwd. In de gecoördineerde omroepdecreten¹⁴ zal een apart hoofdstuk worden ingevoerd, waarin de taak van de landelijke radio-omroepen en de vergunningsvoorwaarden nader worden omschreven. Vermits volgens de technische studie slechts aan twee zenders een vergunning zal kunnen worden afgeleverd, moet worden voorzien in een selectieprocedure. Hoewel in de beleidsnota wordt gesproken van een ‘veiling’ van de frequenties, lijkt het voorziene systeem eerder op een ‘beauty contest’,¹⁵ waarbij het Vlaams Commissariaat zal oordelen op basis van objectief omschreven en transparante criteria waaraan in het lastenboek een wegingscoëfficiënt wordt toegekend. Pluralisme, diversiteit, kwaliteit, onafhankelijkheid en aandacht voor de Vlaamse cultuur staan bij de minister hoog in het vaandel. De Vlaamse regering werkt tevens aan een nieuw frequentieplan,¹⁶ waarin niet zal worden geraakt aan de frequenties van de openbare omroep, maar waarbij wel voorzien wordt in een mindere doch voldoende geachte beschermingsafstand.¹⁷ Op de FM-band tussen 87,5 tot 102,4 MHz worden 56 nieuwe en 11 bestaande frequenties voorbestemd voor de commerciële zenders, wat hen moet toelaten zo’n 70 procent van de Vlaamse bevolking te bereiken.

Indien de vooropgestelde planning wordt gehaald, verschijnt het nieuwe decreet nog voor de zomervakantie in het Belgisch Staatsblad, waarna de officiële inschrijvingen van start kunnen gaan en de uitverkoren kandidaten¹⁸ waarschijnlijk nog voor het einde van het jaar de Vlaamse ether kunnen ‘kleuren’.

noemt ‘de algemene politie van de radio-elektrische golven’ (zie voor een gedetailleerde bespreking J. Dumortier, A. De Jonghe, C. Uyttendaele en B. Vannieuville, ‘Bevoegdheidsverdeling in het licht van convergentie’, in J. Dumortier (ed.), *Recente ontwikkelingen in media- en telecommunicatierecht*, Brugge: die Keure 1996, p.323-334). Het gebrek aan frequentiecoördinatie tussen de Vlaamse en Franstalige Gemeenschap leidde reeds meermaals tot conflicten (met vooral storingen aan Vlaamse kant), waarbij het BIPt, aan wie de federale overheid haar controlebevoegdheid heeft overgedragen, de zaken al te vaak op hun beloop laat. Zie hierover bijvoorbeeld C. Uyttendaele, ‘Federale bevoegdheden t.a.v. lokale radio’s’, noot onder R.v.St. 3 december 1997, nr.69974 en Rb. Brussel, 28 november 1997, *Auteurs & Media* 1998-3, p.252.

17 Volgens de minister zal dit voor de openbare zender niet leiden tot verlies van ontvangstkwaliteit.

18 Uit persberichten blijkt dat niet alleen de Vlaamse Mediamaatschappij (VTM), maar ook enkele kabelradio’s zoals 4FM, en Radio Flandria, alsook zenders die momenteel via ketenvorming een groter zendbereik nastreven, zoals Radio Contact en Radio Energy (VZM), geïnteresseerd zijn in een licentie.

nr. 39 Damen vs. Minister van Justitie

AB RvS 25 april 2000

Zaaknr: 19990052811

Uitspraak op het hoger beroep van:

J.A. Damen

tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Zwolle van 6 mei 1999 in het geding tussen: appellant en de Minister van Justitie.

1 Procesverloop

Bij brief van 10 november 1992 heeft appellant bezwaar gemaakt tegen de fictieve weigering van de Minister van Justitie (hierna: de Minister) te beslissen op zijn verzoek van 11 oktober 1992 op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) om inzage in, dan wel afschrift van informatie, waaronder personalia, uit de strafdossiers van [X] en [Y], zoals vermeld in de uitspraken van de Voorzitter van de (toenmalige) Afdeling rechtspraak van 5 maart 1990 inzake no. Ro2.90.0186/S29 (KG 1990, 143) en van de (toenmalige) Afdeling rechtspraak van 7 januari 1992 inzake no. Ro2.91.0654 (NJB/Bijlage 1992114, 12). Bij uitspraak van 9 december 1997 inzake nrs. Ro2.92.6320 en Ro2.93.0522, voor zover hier van belang, heeft de Afdeling, beslissend op het beroep van appellant, de (niet inhoudelijke) brief van de Minister van 18 november 1992 aangemerkt als een beslissing op bezwaar en dit besluit vernietigd, onder overweging dat de Minister (opnieuw) zal beslissen op het bezwaar van appellant van 10 november 1992. Bij uitspraak van 9 november 1998, verzonden op dezelfde dag, heeft de arrondissementsrechtbank te Zwolle (hierna: de rechtbank), beslissend op het beroep van appellant tegen de fictieve weigering van de Minister om te beslissen op het bezwaar van 10 november 1992, dit besluit vernietigd en de Minister opgedragen binnen zes weken na verzending van de uitspraak te beslissen op dit bezwaar. Bij besluit van 17 december 1998 heeft het Hoofd Kabinet en Voorlichting namens het College van procureurs-generaal – welk besluit de Minister bij brief van 26 maart 1999, ondertekend door de secretaris-generaal, voor zijn rekening heeft genomen – het door appellant op 10 november 1992 gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht. Bij uitspraak van 6 mei 1999, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door appellant tegen dit besluit ingestelde beroep gegrond verklaard, dit besluit vernietigd en de Minister opgedragen om met inachtneming van de uitspraak (opnieuw) te beslissen op het bezwaar van appellant van 10 november 1992. Deze uitspraak is aangehecht. Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief van 5 juni 1999, bij de Raad van State ingekomen op 9 juni 1999, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 30 juli 1999. Deze brieven zijn aangehecht. Bij besluit van 8 september 1999 heeft de Minister (opnieuw) beslist op het bezwaarschrift van appellant. Dit besluit is aangehecht. Bij brief van 15 september 1999 heeft de Minister een memorie van antwoord ingediend. Daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft appellant bij brief van 17 oktober 1999 van repliek gediend. De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 februari 2000, waar appellant in persoon, en de Minister, vertegenwoordigd door mevrouw mr C.M. Bitter, advocaat te Den Haag, en mevrouw mr W.E. Markus-Burger, werkzaam bij het Parket-Generaal van het College van procureurs-generaal van het Openbaar Ministerie, zijn verschenen.

2 Overwegingen

2.1 Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het besluit van 17 december 1998 vernietigd wegens een bevoegdheidsgebrek en op inhoudelijke gronden omdat niet de juiste belangen zijn afgewogen zodat het besluit niet berust op een deugdelijke motivering.

2.2 Bij besluit van 8 september 1999 heeft de Minister, gevolg gevend aan de uitspraak van de rechtbank, beslist op het bezwaar van appellant. Dit besluit is inhoudelijk gelijk aan het vernietigde besluit. Appellant kan met het hoger beroep dan ook niet meer bereiken dat geen materieel gelijkkluidend besluit wordt genomen. Het procesueel belang dat appellant had ten tijde van het instellen van het hoger beroep is derhalve verloren gegaan. Gelet hierop dient het niet-ontvankelijk te worden verklaard. De inhoudelijke kant van de zaak komt aan de orde bij de beoordeling van het beroep tegen het besluit van 8 september 1999. Dit ligt thans bij de Afdeling voor. De Afdeling ziet in dit

geval, mede gelet op de wens van partijen om tot een beslechting van het geschil te komen, geen aanleiding om de beslissing op het beroep tegen dit besluit met toepassing van artikel 6:19, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar de rechtbank te verwijzen.

2.3 Het geschil betreft de weigering van de Minister om appellant informatie te verstrekken uit de strafdossiers van de voetbalvandalen [X] en [Y]. Bij besluiten van december 1989 heeft (de Officier van Justitie te Amsterdam namens) de Minister deze informatie verstrekt aan de Koninklijke Nederlandse Voetbal Bond (hierna: KNVB) op diens verzoek met het oog op een te treffen uitsluitingsmaatregel (stadionverbod).

2.4 Ingevolge artikel 3, eerste lid, van de Wob kan een ieder 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. Ingevolge het derde lid van dit artikel wordt een verzoek om informatie ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e en g, van de Wob blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, of het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

2.5 De Minister heeft zich in zijn besluit van 8 september 1999 op het standpunt gesteld dat het uitgangspunt van de Wob weliswaar is dat inwilliging van een verzoek algemene openbaarmaking tot gevolg heeft, maar dat in bepaalde gevallen aan een verzoeker die is belast met een specifiek publiek belang, informatie kan worden verstrekt zonder dat daarmee de informatie voor een ieder openbaar wordt. In een dergelijk geval dient, aldus de Minister, te worden beoordeeld of, in plaats van het algemene belang bij openbaarmaking, het specifieke publieke belang zwaarder dient te wegen dan de in artikel 10, tweede lid, van de Wob genoemde belangen. Volgens de Minister is de KNVB belast met de behartiging van een dergelijk specifiek publiek belang, te weten de bestrijding van het voetbalvandalisme. Door het verstrekken van de informatie aan de KNVB wordt de KNVB in staat gesteld voetbalvandalen van wedstrijden uit te sluiten. Het publieke belang van de bestrijding van het voetbalvandalisme weegt naar het oordeel van de Minister zwaarder dan de privacy van de desbetreffende voetbalvandalen. Aangezien appellant, aldus de Minister, niet een bijzonder, zwaarwegend publiek belang behartigt waarvoor hij de informatie nodig heeft, dient hier het publieke belang van openbaarmaking te worden afgewogen tegen de in artikel 10, tweede lid, van de Wob genoemde belangen. De in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e en g, van de Wob genoemde belangen wegen naar het oordeel van de Minister in dit geval zwaarder dan het belang van openbaarmaking, zodat de afwijzing van appellants verzoek wordt gehandhaafd.

2.6 Appellant heeft dit in het besluit van 8 september 1999 neergelegde standpunt van de Minister gemotiveerd bestreden. Appellants beroep richt zich niet tegen het besluit van 8 september 1999 voor zover daarbij zijn bezwaar, gericht tegen het niet tijdig beslissen door de Minister, gegrond is verklaard.

2.7 Het recht op openbaarmaking ingevolge de Wob dient uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering, welk belang de Wob vooronderstelt. Het komt iedere burger in gelijke mate toe. Daarom kan ten aanzien van de openbaarheid geen onderscheid worden gemaakt naar gelang de persoon of de oogmerken van de verzoeker. Bij de te verrichten belangenafweging worden dan ook betrokken het algemene of publieke belang bij openbaarmaking van de gevraagde informatie en de door de (relatieve) weigeringsgronden te beschermen belangen, maar niet het specifieke belang van de verzoeker. Deze belangenafweging kan niet leiden tot niet algemene openbaarmaking, dat wil zeggen slechts bekendmaking aan een bepaalde verzoeker met een specifiek belang. De Afdeling deelt het standpunt van de Minister dan ook niet.

2.8 Bij de besluiten van december 1989 tot openbaarmaking van de in het geding zijnde informatie aan de KNVB is de Minister uitgegaan van het specifieke publieke belang van de KNVB – de bestrijding van het voetbalvandalisme – en heeft hij dit zwaarder laten wegen dan de privacy van de desbetreffende voetbalvandalen. De Afdeling stelt vast, dat – daargelaten de vraag of de afweging van belangen zoals die had behoren plaats te vinden, tot inwilliging van het verzoek had behoren

te leiden – de door appellant gevraagde gegevens met toepassing van de Wob aan de KNVB zijn verstrekt en derhalve moeten worden geacht desverzocht voor iedere burger beschikbaar te zijn. Gelet hierop heeft de Minister de afwijzing van appellants verzoek tot terbeschikkingstelling van die gegevens ten onrechte gehandhaafd.

2.9 Uit het voorgaande volgt dat het beroep van appellant tegen het besluit van 8 september 1999 gegrond is en dat dit besluit, voor zover daarbij appellants bezwaar tegen het niet verstrekken van de gevraagde documenten ongegrond is verklaard, dient te worden vernietigd wegens strijd met het stelsel van de Wob. De Minister dient met inachtneming van deze uitspraak opnieuw te beslissen op het bezwaar van appellant van 10 november 1992. De Afdeling ziet in de lange duur van dit geschil aanleiding hiervoor een termijn te stellen.

2.10 De Afdeling acht termen aanwezig voor een proceskosten-veroordeeling als hierna vermeld.

3 Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Recht doende in naam der Koningin:

- 1 verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk;
- 2 verklaart het beroep tegen het besluit van de Minister van Justitie van 8 september 1999 gegrond;
- 3 vernietigt het besluit van de Minister van Justitie van 8 september 1999, kenmerk 787820/99/BSG, voor zover daarbij het bezwaar van appellant tegen het niet verstrekken van de gevraagde documenten ongegrond is verklaard;
- 4 draagt de Minister van Justitie op om binnen zes weken na de verzending van deze uitspraak met inachtneming ervan een nieuw besluit te nemen en dit aan appellant toe te zenden;
- 5 veroordeelt de Minister van Justitie in de door appellant in verband met de behandeling van het beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van f 259,40. Dit bedrag dient door de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Justitie) te worden betaald aan appellant.

Aldus vastgesteld door mr P.J. Boukema, Voorzitter, en mr J.A.M. van Angeren en mr B. van Wagtenonk, Leden, in tegenwoordigheid van mr drs M.H. Broodman, ambtenaar van Staat.
Uitgesproken in het openbaar op 25 april 2000.

Noot

Wouter Hins

1 Appellant in deze zaak, de Groningse hoogleraar bestuursrecht L. J. A. Damen, kan na ruim zeven jaar procederen tevreden zijn. Hij heeft met zijn uitleg van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) gelijk gekregen. De Wob staat geen exclusieve verstrekking van informatie toe aan slechts één of enkele aanvragers. Het recht op openbaarmaking komt iedere burger in gelijke mate toe. De overheid mag daarom geen onderscheid maken naar gelang de persoon of de oogmerken van de verzoeker (r.o. 2.7). Bovendien geldt het principe: eens openbaar is altijd openbaar. De vraag of een eerdere openbaarmaking achteraf gezien berust op een onjuiste afweging van belangen kan in het midden blijven (r.o. 2.8). De Minister van Justitie dacht daar anders over. Om de KNVB in staat te stellen preventief op te treden tegen voetbalvandalisme had het Openbaar Ministerie de namen en adressen van opgepakte relschoppers aan de KNVB doorgegeven. Het informeren van alleen de KNVB was volgens de minister een te rechtvaardigen inbreuk op de privacy, maar een algemene openbaarmaking zou te ver gaan.

2 Bij besluit van 17 december 1989 had de Officier van Justitie te Amsterdam, optredend namens de Minister van Justitie en handelend conform een ministeriële circulaire, de gegevens van een zekere X aan de KNVB doorgegeven. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State verwierp op 7 januari 1992 het beroep van X (NJB 1992, p. 155). Twee jaar eerder had de Voorzitter van de Afdeling een vergelijkbare beslissing genomen in de zaak van voetbalvandaal Y (KG 1990, 143). Damen meende echter dat de Wob geen goede basis biedt voor een dergelijke beperking van de privacy. Naar zijn mening was een aparte wettelijke grondslag nodig. Om aan te tonen dat de Wob oneigenlijk werd gebruikt, vroeg hij zelf aan de minister de gegevens van X en Y. Het ministerie had weinig sympathie voor dit juridische experiment en besloot de procedure maximaal te traineren. Het is schrikbarend om te zien hoe vaak Damen in beroep moest komen tegen (fictieve) afwijzingen van zijn bezwaarschrift.

3 Zonder kennis van het dossier is niet op het eerste gezicht duidelijk waarom Damen hoger beroep instelde tegen de uitspraak van de rechtbank te Zwolle van 6 mei 1999. Hij had daar immers gelijk gekregen. De reden is dat de rechtbank de beschikking van 17 december 1998 van het ‘Hoofd Kabinet en Voorlichting’ vernietigde wegens een gebrekkige mandaatverlening. Aan de betekenis van de Wob wijdde de rechtbank weliswaar enkele overwegingen die geheel in de lijn van Damen lagen, maar op één punt koos de rechtbank een andere richting. De rechtbank twijfelde namelijk of de verstrekking van informatie aan de KNVB wel op de Wob was gebaseerd. ‘De geclausuleerde verstrekking van informatie aan de KNVB, zoals in de circulaire is beschreven, vertoont meer verwantschap met privacyregelingen voor persoonsgegevens’, zo overwoog de rechtbank. Aldus negeerde zij de uitspraak van de Afdeling rechtspraak uit 1992. Voor de rechtbank was het nog maar de vraag of de desbetreffende gegevens krachtens de Wob openbaar moesten zijn.

4 Hangende het hoger beroep van Damen bij de Afdeling bestuursrechtspraak nam de Minister van Justitie op 8 september 1999 de zoveelste beslissing op het bezwaarschrift van 10 november 1992. De minister achtte zich niet gebonden aan de uitspraak van de Zwolse rechtbank, dat de Wob alleen een algemene openbaarheid – en geen selectieve verstrekking van informatie – kent. De minister meende dat dit slechts overwegingen ten overvloede van de rechtbank waren waaraan hij zich niet behoefde te houden. Over de uitleg van de Wob schreef de minister: ‘Ik deel uw mening dat het uitgangspunt van de Wob is dat inwilliging van een Wob-verzoek een algemene openbaarmaking als gevolg heeft. Ik ben echter van oordeel dat hierop in bijzondere gevallen uitzonderingen mogelijk zijn zonder dat dit strijdig is met de Wob en de jurisprudentie’.

5 Het is vooral deze overweging die door de Afdeling bestuursrechtspraak naar de prullenbak wordt verwezen. Artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht maakt het mogelijk dat de Afdeling dit latere besluit van de minister ‘meeneemt’ bij de behandeling van het hoger beroep tegen de uitspraak van de Zwolse rechtbank. Men moet er niet aan denken hoe lang de procedure nog had kunnen duren wanneer het ministeriële besluit van 8 september 1999 eerst weer bij de rechtbank te Zwolle had moeten worden bestreden. Na een vernietiging had de minister dan hoger beroep kunnen instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak.

6 Is de uitspraak verrassend? Niet helemaal. Reeds eerder had de Afdeling uit de wetsgeschiedenis van de Wob afgeleid dat het specifieke belang van een verzoeker niet relevant is voor de beslissing omtrent openbaarheid. Soms voegde de Afdeling daar echter de woorden ‘in beginsel’ aan toe, zoals in AB RvS 16 januari 1997 (TAR 1997, 58). Hier had de Minister van Binnenlandse Zaken bij een hoofdofficier van Justitie een rapport van de rijksrecherche opgevraagd om te kunnen beoordelen of een bepaalde burgemeester was te handhaven. De beslissing om het rapport door te zenden werd door de burgemeester tevergeefs aangevochten. De Afdeling overwoog dat de privacy van de burgemeester moest wijken voor de integriteit van het binnenlands bestuur. ‘Het behoort binnen het bestaande wettelijke kader tot de taak van de minister van Binnenlandse Zaken om daarop toezicht uit te oefenen’, aldus de Afdeling in 1997. Uit deze woorden zou men kunnen afleiden dat alleen de Minister van Binnenlandse Zaken de gegevens mocht ontvangen. Bovenstaande uitspraak maakt echter duidelijk dat iedere burger dat recht heeft.

7 Eveneens op 25 april 2000 deed de Afdeling bestuursrechtspraak een tweede uitspraak waarin dezelfde overwegingen voorkomen (zie p. 203). Naar aanleiding van een hoger beroep van L.G. Triepels overwoog de Afdeling dat de hoofdofficier van Justitie te Maastricht (namens de minister) ten onrechte twee processen-verbaal over het handelen van de politie-ambtenaar Triepels had verstrekt aan de korpschef van de regio-politie Limburg Zuid. De hoofdofficier had er rekening mee moeten houden dat verstrekking van deze informatie op grond van de Wob een algemene openbaarheid tot gevolg heeft. In dat licht gezien had de bescherming van de privacy zwaarder moeten wegen.

nr. 40 Minister van Binnenlandse Zaken vs. Berts

AB RvS 25 april 2000

Zaaknr: 200000651/01

Uitspraak op het hoger beroep van:
de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
appellant,
tegen de uitspraak van de president van de arrondissementsrechtbank te Alkmaar van 1 februari 2000 in het geding tussen:

D. Berts te [B] en *appellant*.

1 Procesverloop

Bij brief van 27 oktober 1999, voorzover hier van belang, heeft D. Berts (hierna Berts) op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) verzocht om inzage in de volgende originele documenten:
‘1) alle declaraties die de heer Peper sinds zijn aantreden als minister bij het ministerie van Binnenlandse Zaken heeft ingediend;
2) alle betalingen die er sinds het aantreden van de heer Peper voor hem zijn gedaan, al dan niet door middel van creditcards, met uitzondering van zijn salaris;
3) alle betalingen die er sinds het aantreden van de heer Peper door of voor hem zijn gedaan inzake reiskosten, verblijfskosten en representatiekosten c.a.’.
Bij besluit van 8 december 1999 heeft de Secretaris-Generaal namens appellant mededeling gedaan van de bedragen die de toenmalige Minister uit hoofde van zijn functie in 1998 en 1999 heeft gedeclareerd voor werklunches en -diners, buitenlandse reizen, binnenlandse dienstreizen en representatie. Het ter beschikking stellen van de originele rekeningen is daarbij geweigerd.
Bij besluit van 14 januari 2000 heeft appellant het hiertegen door Berts gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.
Bij uitspraak van 1 februari 2000, verzonden op dezelfde dag, voorzover hier van belang, heeft de president van de arrondissementsrechtbank te Alkmaar (hierna: de president) het tegen dit besluit ingestelde beroep gegrond verklaard, de bestreden beslissing op bezwaar vernietigd en appellant opgedragen om Berts binnen tien dagen na de dag van verzending van deze uitspraak inzage te geven in de gevraagde documenten. Deze uitspraak is aangehecht.
Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief van 4 februari 2000, bij de Raad van State per fax ingekomen op dezelfde datum, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.
Bij brief van dezelfde datum heeft appellant, gelet op de door de president gestelde termijn, de Voorzitter verzocht een voorlopige voorziening te treffen. Bij uitspraak van 10 februari 2000, no. 200000651/02, verzonden op dezelfde datum, heeft de Voorzitter de voorlopige voorziening getroffen dat in afwachting van de uitspraak van de Afdeling in de hoofdzaak geen gevolg behoeft te worden gegeven aan de aangevallen uitspraak, behoudens voorzover deze betrekking heeft op de door de Minister ingediende declaratieformulieren, waarvan de declaraties zijn gehonoreerd, alsmede dat de desbetreffende formulieren, met inachtneming van hetgeen de Voorzitter heeft overwogen, binnen een week na verzending van de uitspraak openbaar worden gemaakt. Deze uitspraak is gepubliceerd in JB 2000/74.
Bij brief van 8 maart 2000 heeft Berts een memorie van antwoord ingediend.
De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 maart 2000, waar appellant, vertegenwoordigd door mr E.J. Daalder, advocaat te Den Haag, en Berts in persoon zijn verschenen.

2 Overwegingen

2.1 Het onderhavige verzoek van Berts heeft – kort gezegd – betrekking op declaraties van de toenmalige Minister Peper en betalingen die voor en door deze in de uitoefening van zijn functie zijn gedaan. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen uitgaven voor maaltijden (lunches en diners), buitenlandse reizen en relatiegeschenken/representatiekosten.

2.2 Ingevolge artikel 3, eerste lid, van de WOB, voorzover hier van belang, kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan.
Ingevolge artikel 1, aanhef en onder a onderscheidenlijk b, van deze wet wordt daarin verstaan onder document: een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat, en

onder bestuurlijke aangelegenheid: een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en uitvoering ervan.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, van de WOB blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voorzover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

a t/m d. (...);

e de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;

f (...);

g het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

2.3 Bij zijn besluit van 8 december 1999, zoals gehandhaafd bij de beslissing op bezwaar, heeft appellant zich op het standpunt gesteld dat de WOB geen verderstrekkend recht op informatie geeft omtrent declaraties van en persoonlijke uitgaven voor een bewindspersoon dan totaaloverzichten per categorie waarop het verzoek om informatie betrekking heeft.

Ter zitting heeft appellant zijn standpunt in zoverre gewijzigd dat hij niet betwist dat declaratieformulieren als zodanig ook onder de WOB vallen en in beginsel dienen te worden verstrekt.

2.3.1 De Afdeling acht dit laatste juist. Zoals de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak ook reeds in zijn uitspraak van 17 augustus 1993, no. Ro3.93.3747/P90 en So3.93.2334, ten aanzien van declaraties van een burgemeester heeft overwogen, moeten declaraties die door een Minister in de uitoefening van zijn ambt bij zijn departement zijn ingediend en die zijn gehonoreerd, worden aangemerkt als documenten over een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de WOB. Die bestuurlijke aangelegenheid is de wijze waarop de Minister zijn ambt vervult.

2.4 Het geschil spitst zich toe op de vraag of de inhoud van de ingediende (standaard) declaratieformulieren bij een gehonoreerde declaratie volledig openbaar moet worden gemaakt en met name ook op de vraag of (onderliggende) nota's en bonnen dienen te worden verstrekt.

2.5 Met betrekking tot laatstgenoemde vraag overweegt de Afdeling dat de nota's en bonnen, indien zij geheel op zichzelf worden beschouwd, geen betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de WOB. Zij kunnen echter niet worden losgezien van de functievervulling. Op declaratieformulieren wordt veelal, al dan niet expliciet, naar nota's en bonnen verwezen. Deze zijn zodanig met de formulieren verweven, dat zij moeten worden geacht daarvan onderdeel uit te maken. Aldus gezien vallen ook de aan declaraties ten grondslag liggende nota's en bonnen onder de WOB. Dat geldt ook voor nota's waarvan de betaling rechtstreeks door het departement heeft plaatsgevonden.

2.6 Vervolgens is de vraag aan de orde in hoeverre de gevraagde informatie kan worden geweigerd met een beroep op de gronden van artikel 10, tweede lid, onder e en g, van de WOB.

2.6.1 Appellant betwist het oordeel van de president dat deze relatieve weigeringsgronden zich hier niet voordoen. Hij handhaaft uitdrukkelijk zijn in de beslissing op bezwaar verwoorde standpunt dat bij informatie omtrent persoonlijke declaraties en uitgaven van bewindspersonen twee belangen in het geding zijn, te weten het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de desbetreffende bewindspersoon en zijn eventuele gesprekspartners en het belang van het goed functioneren van het openbaar bestuur, dat meebrengt dat bewindspersonen met betrekking tot de goede vervulling van hun taak in vertrouwelijkheid en zonodig in een minder formele context met derden contacten kunnen onderhouden. Volgens appellant heeft het openbaar bestuur behoefte aan een zekere mate van bestuurlijke intimiteit, waarmee hij doelt op het complex van intern overleg en beraad, vertrouwelijke contacten binnen en buiten het parlement, informeel overleg met andere bestuurders, ondernemingen, politici en burgers. Deze bestuurlijke intimiteit verlangt volgens appellant een zekere bescherming van de persoonlijke levenssfeer maar daarnaast tevens de mogelijkheid van het in vertrouwelijkheid kunnen onderhouden van contacten indien daartoe de noodzaak wordt gevoeld. Een andere opvatting zal ten koste gaan van een goede vervulling van de bestuurlijke taak, aldus appellant.

2.6.2 In het algemeen kan niet worden gezegd dat het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden, als bedoeld in het tweede lid, onder respectievelijk e en g, van artikel 10 van de WOB, in een geval als het onderhavige niet aan de orde is. Dat de

desbetreffende uitgaven hebben plaatsgevonden in het kader van de uitoefening van een publieke functie, neemt niet weg dat ook van bestuurders in functie de persoonlijke levenssfeer in het geding kan zijn en dat deze levenssfeer bescherming verdient. Datzelfde geldt voor degenen met wie de contacten hebben plaatsgevonden. Openbaarmaking van bepaalde gegevens inzake contacten met anderen op een bepaald moment kan voorts, bij gevoelige of actuele kwesties, een bewindspersoon belemmeren in diens functioneren. Op zichzelf kan aan de door appellant gehanteerde weigeringsgronden relevantie dan ook niet worden ontzegd.

2.6.3 De Afdeling deelt, na met toepassing van artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van de desbetreffende stukken te hebben kennisgenomen, niet het oordeel van de president dat de door appellant genoemde belangen zich hier in het geheel niet voordoen en dat derhalve aan een toetsing van de door appellant gemaakte afweging niet kan worden toegekomen. Gelet op de aard van deze belangen, die, zoals gezegd, betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer en op onevenredige benadeling van bij de aangelegenheid betrokken personen dan wel van derden, kan er daarbij niet aan worden ontkomen om per aangelegenheid en derhalve per document de vraag te beantwoorden of aan die belangen een zodanig gewicht toekomt, dat openbaarmaking van de gevraagde gegevens achterwege mag blijven. Deze afweging is door appellant evenwel slechts in haar algemeenheid per categorie gegevens en niet per concreet document gemaakt. In zoverre berust de beslissing op bezwaar niet op een deugdelijke motivering als bedoeld in artikel 7:12, eerste lid, van de Awb. Het is aan appellant om de belangenafweging te maken en aan de rechter om haar te toetsen, waarbij aan het uitgangspunt van de WOB – openbaarheid is regel – het nodige gewicht toekomt. De Afdeling merkt naar aanleiding van het verhandelde ter zitting in dat verband op, dat zij het in ieder geval gerechtvaardigd acht dat strikt persoonlijke gegevens als huisadres en privé-bankrekeningnummer worden doorgehaald.

2.7 Uit het vorenoverwogene volgt dat de beslissing op bezwaar in aanmerking komt voor vernietiging, nu appellant zich daarin ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat hij op grond van de WOB niet gehouden is om meer informatie te geven dan totaaloverzichten per categorie waarop het verzoek om informatie van Berts betrekking heeft en hij slechts een abstracte belangenafweging heeft gemaakt. Aangezien ook de president bij de aangevallen uitspraak, zij het op andere gronden, tot vernietiging van die beslissing is overgegaan, komt die uitspraak in zoverre, met verbetering van de gronden, voor bevestiging in aanmerking. Het hoger beroep is in zoverre ongegrond. Het hoger beroep is echter wel gegrond voorzover de president, kennelijk zelf in de zaak voorziend, appellant heeft opgedragen om Berts binnen tien dagen na de dag van verzending van de uitspraak inzage te geven in de gevraagde documenten. De aangevallen uitspraak dient in zoverre te worden vernietigd. Appellant zal, met inachtneming van het vorenoverwogene, een nieuwe beslissing op het bezwaar dienen te nemen. Daarbij dient appellant per concreet stuk gemotiveerd aan te geven waarom naar zijn mening als uitkomst van een belangenafweging openbaarmaking van de desbetreffende gegevens achterwege dient te blijven. Om de afhandeling van de zaak te bespoedigen zal de Afdeling hiervoor een termijn stellen.

2.8 Er zijn geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling.

3 Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Recht doende in naam der Koningin:

I vernietigt de aangevallen uitspraak voorzover de president appellant heeft opgedragen om Berts binnen tien dagen na de dag van verzending van die uitspraak inzage te geven in de gevraagde documenten;
II draagt appellant op binnen zes weken na de dag van verzending van deze uitspraak van de Afdeling met inachtneming daarvan een nieuw besluit te nemen en dit aan Berts toe te zenden;
III bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige.

Aldus vastgesteld door mr P.J. Boukema, Voorzitter, en mr J.A.E. van der Does en mr P. van Dijk, Leden, in tegenwoordigheid van mr R.H.L. Dallinga, ambtenaar van Staat.
Uitgesproken in het openbaar op 25 april 2000.

Noot

Wouter Hins

1 De voorgeschiedenis van deze Wob-procedure over de declaraties van ex-minister Peper is te vinden in Pres. Rb. Alkmaar d.d. 1 februari 2000 en Vz. AB RvS d.d. 10 februari 2000. Beide uitspraken werden in het maart-nummer van dit blad gepubliceerd (*Mediaforum* 2000-3, nr. 19 en 20, m.nt. A.W. Hins). Ter herinnering: de freelance journalist Berts won zijn beroep bij de Alkmaarse rechtbank. Uitspraak doende in de hoofdzaak volgens artikel 8:86 Awb, droeg de president de minister op binnen tien dagen Berts inzage te geven in alle gevraagde documenten. De enige tegemoetkoming die de president deed, was dat de minister huisadressen en bankrekeningnummers onleesbaar mocht maken. De minister ging echter in hoger beroep en verkreeg, hangende het hoger beroep, een voorlopige voorziening bij de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Om voldongen feiten te voorkomen bepaalde de voorzitter dat vooralsnog alleen de declaratieformulieren, zonder bijbehorende bonnetjes, openbaar moesten worden gemaakt. Bovendien mocht de minister behalve huisadressen en bankrekeningnummers ook namen van derden en plaatsen van samenkomst weglakken.

2 In het hoger beroep gaat het om twee hoofdvragen:

- Zijn bonnetjes van restaurants e.d. documenten over een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de Wob?

- Moet het recht op openbaarheid in dit geval wijken voor de persoonlijke levenssfeer of andere zwaarwegende belangen?

Op de eerste vraag had de president impliciet bevestigend geantwoord. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak had echter ernstige twijfel op dit punt. Zij zag een duidelijk verschil tussen ingevulde formulieren enerzijds en originele nota's en bonnen anderzijds. 'Dat het bij dergelijke nota's en bonnen gaat om een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat over beleid van de Minister, daaronder begrepen de voorbereiding en uitvoering ervan, is niet evident', zo overwoog de voorzitter. De Afdeling kiest in r.o. 2.3 t/m 2.5 voor een ruime uitleg van de Wob. Nota's en bonnetjes zijn zodanig met declaratieformulieren verweven, dat zij moeten worden geacht daarvan onderdeel uit te maken. De bestuurlijke aangelegenheid die bij dit alles centraal staat is 'de wijze waarop de minister zijn ambt vervult'.

3 De tweede vraag heeft betrekking op de 'relatieve uitzonderingsgronden' van artikel 10, tweede lid onder e en g, van de Wob. Met andere woorden: de afweging tegenover de persoonlijke levenssfeer en het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van (rechts)personen. De president had geoordeeld dat beide weigeringsgronden zich niet voordeden, zodat zij niet toekwam aan een belangenafweging. Alleen voor huisadressen en bankrekeningnummers wilde zij een uitzondering toestaan. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak kwam de minister verder tegemoet. Zij nam uitdrukkelijk afstand van de president: 'Anders dan de president, ziet de Voorzitter voorshands geen reden voor het oordeel dat deze belangen zich in het geheel niet voordoen, zodat aan (toetsing van de) afweging niet kan worden voorbijgegaan'. De voorzitter concludeerde dat nader onderzoek naar de betrokken belangen alleen in de bodemprocedure kon worden verricht.

4 In de bodemprocedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak benadrukte de minister het belang van 'bestuurlijke intimiteit', waardoor bewindslieden in beslotenheid informele contacten kunnen onderhouden met andere bestuurders, ondernemingen, politici en burgers. Het verloren gaan van deze intimiteit zou ten koste gaan van een goede vervulling – een zetduiveltje spreekt van 'vervuiling' – van de bestuurlijke taak (zie r.o. 2.6.1). Volgens de Afdeling kan niet in het algemeen worden gezegd dat de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in een geval als het onderhavige niet aan de orde is. Dat de desbetreffende uitgaven hebben plaats gevonden in het kader van de uitoefening van een publieke functie neemt niet weg dat ook van bestuurders in functie de persoonlijke levenssfeer in het geding kan zijn (r.o. 2.6.2). Hier kiest de Afdeling de zijde van haar voorzitter en niet die van de president van de Alkmaarse rechtbank.

5 Deze laatste overweging prikkelt wel de fantasie. Stel dat een bestuurder met enkele buitenlandse zakenlieden een avond zou doorbrengen in een bordeel. Ongetwijfeld zal hij het een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer vinden wanneer dit feit in de openbaarheid wordt gebracht. Het is echter tevens een politiek relevante vraag of dergelijke activiteiten moeten worden vergoed uit de algemene middelen. Naar mijn mening kan slechts bij hoge uitzondering worden aanvaard dat uitstapjes van bestuurders die met gemeenschapsgeld zijn bekostigd

aan de openbaarheid worden onttrokken omdat de privacy van de desbetreffende bestuurder zwaarder zou wegen. De belangen van derden als bedoeld in artikel 10, tweede lid onder g, van de Wob – en indirect de zakelijke belangen van de overheid – kunnen iets eerder tot geheimhouding nopen. Gelukkig onderstreept ook de Afdeling dat openbaarheid de regel is en dat uitzonderingen op dat principe van geval tot geval moeten worden gemotiveerd.

nr. 41 Fisher vs. Constance Sars

Pres. Rb. Amsterdam 4 mei 2000

Rolnummer KG 00/913 OdC

Colby Dale *Fisher*, wonende te Amsterdam, eiseres bij dagvaarding van 12 april 2000, procureur mr. N.W. Mulder *tegen* de stichting *Stichting Constance Sars*, gevestigd te Eindhoven, gedaagde, procureur mr. R. J.A.M. Sträter, advocaat mr. F.P.M. Sanders te Nuenen.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 21 april 2000 heeft eiser, hierna: Fisher, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Bij eveneens in fotokopie aan dit vonnis gehechte akte vermeerdering van eis heeft Fisher zijn vordering dienovereenkomstig vermeerderd. Gedaagde, hierna: Constance Sars, heeft hiertegen geen bezwaar gemaakt. Constance Sars heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overgelegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing

1 In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.

a Bij vonnis in kort geding van 10 februari 2000 is Fisher veroordeeld om binnen een week na de betekening van dat vonnis alle door hem op het internet geplaatste domeinnamen, waarin de naam van Constance Sars voorkomt, en de door hem op internet geplaatste websites, waarin de naam van Constance Sars voorkomt, waaronder de in de vordering genoemde, te verwijderen van het internet en deze verwijderd te houden en niet te herplaatsen, op straffe van een dwangsom van f 1.000,- per dag dat in strijd met deze veroordeling wordt gehandeld en met een maximum van f 50.000,-.

b Voornoemd vonnis is op 14 februari 2000 aan Fisher betekend.

c Bij deurwaardersexploit van 3 april 2000 heeft Constance Sars aan Fisher bericht dat zij heeft geconstateerd dat Fisher 32 maal in strijd met het vonnis van 10 februari 2000 heeft gehandeld, in verband waarmee zij aanspraak maakt op f 32.000,- aan verbeurde dwangsommen.

2.1 Fisher vordert primair een verbod om het vonnis van 10 februari 2000 ten uitvoer te leggen. Subsidiair vordert Fisher de op overtreding van het verbod gestelde dwangsom op te heffen op grond van blijvende onmogelijkheid zijnerzijds om aan het bevel te voldoen.

2.2 Fisher stelt daartoe primair dat hij aan het vonnis heeft voldaan door alle door hem op het internet geplaatste domeinnamen waarin de naam van Constance Sars voorkomt van het internet te verwijderen, door de door hem op het internet geplaatste websiteadressen, waarin de naam van Constance Sars voorkomt te verwijderen, door de naam van Constance Sars te verwijderen uit de ‘header’ (titelbeschrijving) van de website, door de naam van Constance Sars te verwijderen uit de verzameling ‘metatags’ (trefwoorden) van de website, door de door hem aangebrachte hyperlinks naar de website van Constance Sars te verwijderen en door de verwijzing naar het e-mailadres van Constance Sars te verwijderen. Fisher erkent dat er nog twee domeinnamen waarin de naam van Constance Sars voorkomt op zijn naam staan geregistreerd. Onder deze domeinnamen is echter geen informatie meer te vinden. Fisher verklaart bovendien met onmiddellijke ingang bereid te zijn deze domeinnamen aan Constance Sars over te dragen. Fisher erkent voorts dat de diverse zoekmachines op internet nog verwijzingen geven naar de sites en internetadressen die hij conform het vonnis van 10 februari 2000 heeft verwijderd Fisher stelt dat het echter niet in zijn macht ligt om deze verwijzingen op te (doen) heffen.

3 Constance Sars bestrijdt de stellingen van Fisher. Volgens haar heeft Fisher onvoldoende gevolg gegeven aan de ge- en verboden neergelegd in het vonnis van 10 februari 2000. Constance Sars stelt dat de naam van Constance Sars nog steeds voorkomt in domeinnamen van Fisher, dat de naam van Constance Sars wel 25 keer voorkomt in diverse websites van Fisher en dat de zoekmachines op internet nog steeds verwijzen naar de websites die Fisher op grond van het vonnis van 10 februari

2000 had dienen te verwijderen. Het is aan Fisher om de diverse zoekmachines te verzoeken hun bestanden zodanig te schonen dat de naam van Constance Sars niet meer ongewenst wordt vermeld. Constance Sars verklaart ter zitting geen belangstelling te hebben voor de door Fisher voorgestelde overdracht van de twee domeinnamen ten name van Constance Sars die nog op naam van Fisher zijn geregistreerd. Constance Sars stelt ten slotte schade te hebben geleden en nog te lijden door de handelwijze van Fisher.

4 Het door Fisher op zijn eigen website(s) noemen van de naam van Constance Sars wordt bij het vonnis van 10 februari 2000 niet verboden, evenmin als de naamsvermelding van Constance Sars door de zoekmachines op internet. Het niet verwijderen van de twee domeinnamen ten name van Constance Sars door Fisher is in beginsel wel strijdig met voornoemd vonnis. Echter, nu de betreffende sites die onder deze domeinnamen zijn te vinden volledig zijn geschoond, is in beginsel voldaan aan de strekking van het vonnis. Fisher zal wel worden gehouden aan zijn ter zitting gedane toezegging dat hij de twee domeinnamen ten name van Constance Sars, die nog op zijn naam staan geregistreerd, zal verwijderen en daartoe onmiddellijk de nodige actie zal ondernemen.

5 Uit het voorgaande volgt dat voorshands moet worden geoordeeld dat de dwangsommen niet zijn verbeurd. De vordering tot schorsing van de executie van het vonnis is derhalve toewijsbaar, tenzij Fisher de twee domeinnamen ten name van Constance Sars die nog op zijn naam staan geregistreerd, niet zo spoedig mogelijk van het internet heeft doen verwijderen.

6 Nu partijen ieder gedeeltelijk in het ongelijk worden gesteld, zullen de kosten van de procedure worden gecompenseerd.

Beslissing

- 1 Schorst de executie van het tussen partijen gewezen vonnis van 10 februari 2000 onder rolnummer KG 00/214 OdC voorzover betrekking hebbend op de onder 1.c bedoelde aanspraken van Constance Sars.
- 2 Bepaalt dat Fisher aan de onder 1. Uitgesproken schorsing geen rechten kan ontlenen voorzover het de bedoelde twee domeinnamen ten name van Constance Sars die nog op zijn naam staan geregistreerd betreft, indien hij niet binnen twee dagen na betekening van deze uitspraak aan de desbetreffende provider de opdracht geeft die domeinnamen zo spoedig mogelijk geheel van het internet te verwijderen onder toezending van een kopie van die opdracht een de advocaat van Constance Sars.
- 3 Compenseert de proceskosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt.
- 4 Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
- 5 Wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door de vice-president mr. A. Orobio de Castro, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 4 mei 2000 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk Visser

De heer Fisher is nog steeds teleurgesteld in de door relatiebemiddelingsbureau Constance Sars verleende diensten en ventileert dit nog steeds via internet. De manier waarop hij dat aanvankelijk deed werd hem begin dit jaar in kort geding verboden (zie Pres. Rb. Amsterdam 10 februari 2000, *Mediaforum* 2000-4, nr. 27 m.nt. D.J.G. Visser). Onderhavig vonnis is gewezen in een executiegeschil over het eerdere vonnis. Het executiegeschil is deels ontstaan omdat het dictum ruimer was geformuleerd dan vermoedelijk de bedoeling was (zie mijn noot onder dat vonnis). Fisher werd namelijk (ook) veroordeeld ‘de door Fisher op internet geplaatste websites, waarin de naam Constance Sars voorkomt te verwijderen’, terwijl de president eerder in het vonnis overwoog dat de bewuste kritiek, inclusief het noemen van de naam, op internet, op zich toelaatbaar was. De president zet een en ander nu recht door te melden: ‘Het door Fisher op zijn eigen website(s) noemen van de naam Constance Sars wordt bij het vonnis van 10 februari 2000 niet verboden’.

Het executiegeschil is voor een ander deel het gevolg van de werking van internet-zoekmachines. Van de zijde van Constance Sars wordt gemeld (en dit wordt door Fisher erkend) dat zoekmachines op internet nog steeds verwijzen naar websites die Fisher had moeten verwijderen (en heeft verwijderd). Ook (lang) na verwijdering van de metatags en andere (meta)informatie (zoals headers) die zoekmachines ‘triggeren’ kunnen zoekmachines naar deze (eventueel niet meer bestaande) sites blijven verwijzen, inclusief bij die verwijzing behorende (diffamerende) omschrijvingen. Alleen door gericht ingrijpen van de zoekmachine-eigenaar kan daar snel een einde aan worden gemaakt. De vraag is nu of het op de weg van de veroordeelde gedaagde ligt om de zoekmachine-eigenaren er toe (te trachten) te brengen dat zij aldus ingrijpen. De president lost dit praktisch op door te overwegen dat het vonnis geen verbod op (naams)vermeldingen in zoekmachines omvat.

De vraag dringt zich echter op of een gedaagde in een dergelijk geval daar wel toe zou kunnen of zou moeten worden veroordeeld. Naar mijn mening kan een gedaagde er (in ieder geval) niet rechtstreeks toe worden veroordeeld, omdat zoals Fisher terecht aanvoert, de individuele web-site eigenaar het voortbestaan van de verwijzing in de zoekmachine niet in zijn macht heeft. Het lijkt wel mogelijk dat iemand nadrukkelijk en specifiek zou worden veroordeeld om bepaalde zoekmachine-eigenaren op een welomschreven wijze van het vonnis op de hoogte te brengen en/of te verzoeken bepaalde verwijzingen uit zoekmachines te verwijderen. Anders dan van de zijde van Constance Sars wordt gesteld (in r.o. 3), vloeit deze verplichting echter niet automatisch voort uit een verbod om onrechtmatig te handelen of inbreuk te maken. Hiervoor is een afzonderlijk gebod noodzakelijk en daarvan was in casu geen sprake. Het is overigens de vraag of zo’n gebod (steeds) gerechtvaardigd is, nu de informatie waar naar verwezen wordt niet meer toegankelijk is.

Overigens bestaat daarnaast het verschijnsel dat sommige zoekmachines niet alleen beïnvloed worden door metatags en headers, maar ook door gewone woorden op een homepage. Dat betekent dat omdat Fisher de naam Constance Sars mag blijven noemen, de kans blijft bestaan dat zijn site daardoor in zoekmachines blijft opduiken als op Constance Sars wordt gezocht. Tenslotte werd het executiegeschil ook nog voor een deel veroorzaakt door het feit dat twee Constance Sars domeinnamen nog steeds op naam van Fisher stonden. Dat was vermoedelijk inderdaad in strijd met het vonnis, maar de president toonde zich op dit punt barmhartig, nu aan de strekking van het vonnis was voldaan. Intussen is de mening van Fisher (en van zijn ‘lotgenoten’) in geuren en kleuren te vinden onder de domeinnaam www.relatiebemiddeling-klachten.com, waar een sterke nadruk ligt op negatieve ervaringen met één bepaald relatiebemiddelingsbureau gevestigd te Veldhoven.

nr. 42 Kerktelefoon e.a. vs. OPTA

Pres. Rb. Rotterdam 31 maart 2000

Uitspraak

naar aanleiding van de verzoeken om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht in verband met de procedures tussen

1. de vereniging Landelijke Organisatie Kerktelefoon, gevestigd te Leusden, verzoekster (hierna: LOK),
2. de vereniging Protestants Christelijke Ouderenbond, gevestigd te Zwolle, verzoekster (hierna: PCOB),

gemachtigden mr. G.P. van Duijvenvoorde en mr. M. de Rijke, beiden advocaat te Den Haag,

en

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, verweerder, gemachtigden mr. E.J. Daalder en mr. P.J. de Vries, beiden advocaat te Den Haag,

met als derde partij:

KPN Telecom B.V., gevestigd te Den Haag (hierna: KPN), gemachtigde mr. A.Th. Meijer, advocaat te Amsterdam.

1 Ontstaan en loop van de procedures

Bij besluit van 20 december 1999 heeft verweerder aan KPN een aanwijzing gegeven op grond van artikel 16, zevende lid, van het besluit ONP huurlijnen en telefonie (hierna: BOHT). Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) hebben de gemachtigden van LOK bij brief van 13 januari 2000 bezwaar gemaakt. Voorts hebben de gemachtigden van LOK bij faxbericht van 14 januari 2000 de president verzocht een voorlopige voorziening te treffen. Bij faxbericht van 21 januari 2000 hebben de gemachtigden van PCOB bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Voorts hebben de gemachtigden van PCOD bij faxbericht van eveneens 21 januari 2000 de president verzocht een voorlopige voorziening te treffen. Daartoe door de president in de gelegenheid gesteld heeft KPN als partij aan de gedingen deelgenomen. Ten aanzien van (gedeelten van) een aantal stukken heeft verweerder op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de president medegedeeld dat uitsluitend hij daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 8 februari 2000 heeft de president een rechter-commissaris benoemd en hem opgedragen terzake een beslissing te nemen. Bij beslissing van 11 februari 2000 heeft de rechter-commissaris de beperking van de kennismeming, behoudens ten aanzien van één stuk gerechtvaardigd geacht. Verweerder heeft dat stuk alsnog ingezonden. Verzoeksters en KPN hebben toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid van de Awb. Vervolgens heeft de president bepaald dat de onderhavige zaken ter behandeling worden gevoegd en dat die zaken voorts ter behandeling worden gevoegd met de zaak betreffende het verzoek om voorlopige voorzieningen van LOK (reg. Nr. VTELEC 00/0083 – SIMO). Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 17 februari 2000. Verzoeksters hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden, met bijstand van H.C. van Tilburg, voorzitter van LOK. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. P.J. de Vries. KPN heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, met bijstand van P. Pichel, werkzaam bij KPN. De president heeft het onderzoek ter zitting geschorst en daarbij bepaald dat partijen in de gelegenheid worden gesteld schriftelijk hun standpunt ten aanzien van het rechtskarakter van een brief van verweerder van 25 augustus 1998 kenbaar te maken. Bij faxberichten van 2 maart 2000 hebben partijen hun respectieve standpunten kenbaar gemaakt. Met toestemming van partijen heeft de president bepaald dat de nadere zitting achterwege blijft en heeft hij op 24 maart 2000 het onderzoek gesloten. Na de sluiting van het onderzoek heeft de president de behandeling van de gevoegde zaken gedeeltelijk gesplitst.

2 Overwegingen

Op grond van artikel 8:81, eerste lid, 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 president 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.

Voorzover de daartoe uit te voeren toetsing meebrengt dat de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de president een voorlopig karakter en is dat oordeel niet bindend voor de beslissing op bezwaar of eventueel in de hoofdzaak.

Ingevolge artikel 1.1, aanhef en onder i, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) wordt onder huurlijn verstaan: “aan het publiek ter beschikking stellen van transparante transmissiecapaciteit tussen twee netwerkaansluitpunten van een telecommunicatienetwerk, zonder routingsfuncties waarover gebruikers kunnen beschikken als onderdeel van de geleverde huurlijn”.

KPN is een aanbieder van huurlijnen waarop de in artikel 7.2, eerste lid, van de Tw bedoelde regels van toepassing zijn.

Artikel 16 van het BOHT – welke algemene maatregel van bestuur voorzover hier van belang zijn grondslag vindt in artikel 7.1 van de Tw – luidt:

- “1 Een aanbieder van huurlijnen stelt voor huurlijnen kostengeoriënteerde tarieven vast.
- 2 Ter waarborging van het in het eerste lid bepaalde stelt de aanbieder van huurlijnen een systeem op voor de toerekening van kosten en opbrengsten aan de diverse typen huurlijnen. Dit systeem moet voldoen aan de bepalingen van richtlijn 92/44/EEG. Het college kan voorschriften geven met betrekking tot dit systeem.
- 3 Het systeem, bedoeld in het tweede lid, behoeft de goedkeuring van het college.
- 4 Een aanbieder van huurlijnen legt vanaf een door het college te bepalen datum elk jaar in de maand mei over het voorafgaande kalenderjaar het resultaat van de toepassing van het in het tweede lid bedoelde systeem, zijnde een overzicht van de kosten en opbrengsten die zijn bepaald met behulp van het systeem voor aan het college.
- 5 Ter toetsing of overeenkomstig het systeem, bedoeld in het tweede lid, de toerekening van kosten en opbrengsten heeft plaatsgevonden, gaat het door de aanbieder van huurlijnen voorgelegde resultaat vergezeld van een verklaring van de externe registeraccountant van die aanbieder van huurlijnen.
- 6 De aanbieder van huurlijnen maakt, op verzoek van het college, aan het college bij het voorgelegde resultaat tevens kenbaar wat naar zijn oordeel het gevolg moet zijn voor de tarieven van huurlijnen.
- 7 Indien het college, rekening houdend met de op dat moment voorzienbare ontwikkelingen in de bedrijfsvoering van de betreffende aanbieder van huurlijnen alsmede met op dat moment voorzienbare ontwikkelingen in de markt, van oordeel is dat de tarieven niet voldoende kostengeoriënteerd zijn of zullen zijn en de aanbieder van huurlijnen niet bereid is de tarieven dienovereenkomstig aan te passen, geeft het college de aanbieder een aanwijzing welke de aanbieder gehouden is op te volgen.”

Bij brief van 25 augustus 1998 heeft verweerder – voorzover hier van belang – ingestemd met de door KPN vastgestelde tarieven voor vaste verbindingen.

Op 30 september 1998 heeft Kabelfoon B.V., gevestigd te Naarden (hierna: Kabelfoon), bezwaar gemaakt. Het bezwaar heeft – uitsluitend – betrekking op de instemming van verweerder met de tarieven voor de vaste verbindingen van het type kerktelefonie. In dat verband heeft Kabelfoon – een kabelexploitante die onder meer een met kerktelefonie vergelijkbare dienst aanbiedt – aangevoerd, kort weergegeven, dat die tarieven niet kostengeoriënteerd zijn.

Bij besluit van 27 april 1999 heeft verweerder op het bezwaar beslist en daarbij het standpunt van Kabelfoon onderschreven.

Bij brief van 7 juni 1999 heeft KPN aan verweerder medegedeeld zich neer te leggen bij het in het besluit van 27 april 1999 neergelegde standpunt van verweerder.

Vervolgens heeft KPN bij brief van 12 november 1999 aan verweerder bericht niet bereid te zijn uit eigen beweging kostengeoriënteerde

tarieven voor de vaste verbindingen van het type kerktelefonie in te voeren en medegedeeld dat om die reden geen aangepaste tarieven aan verweerder zijn voorgelegd.

Daarop heeft verweerder – bij het bestreden besluit – aan KPN een aanwijzing gegeven op grond van artikel 16, zevende lid, van het BOHT, waarvan mededeling is gedaan in Stcrt. 1999, nr. 248, van 23 december 1999.

De aanwijzing luidt als volgt

“Het college geeft de aanwijzing aan KPN dat zij kostengeoriënteerde tarieven dient vast te stellen voor de dienst kerktelefonie en deze tarieven vanaf 1 mei 2000 aan eindgebruikers van de dienst in rekening brengt. KPN dient een voorstel te doen voor kostengeoriënteerde tarieven voor de dienst kerktelefonie, waarbij zij rekening houdt met de door het college in deze aanwijzing genoemde kaders. Het college dient uiterlijk 14 januari 2000 omtrent het betreffende voorstel in kennis te worden gesteld. KPN is conform artikel 16, zevende lid. van het BOHT gehouden deze aanwijzing op te volgen.”

Bij brief van 14 januari 2000 heeft KPN overeenkomstig het bestreden besluit aangepaste tarieven aan verweerder voorgelegd, die ertoe leiden dat het tarief voor hoofd- en zendaansluitpunten en koppelaansluitpunten wordt verhoogd van f 7,- tot f 36,- per maand (inclusief BTW). Ter zitting is van de zijde van KPN verklaard dat dit tarief een kosten-dekkend tarief zonder winsttopslag is.

Verzoeksters kunnen zich met het bestreden besluit niet verenigen.

Daartoe is primair aangevoerd dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het geven van een aanwijzing op grond van artikel 16, zevende lid, van het BOHT, aangezien kerktelefonielijnen geen huurlijnen in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder i, van de Tw en de overige regelgeving inzake huurlijnen zijn. Verzoeksters stellen zich op het standpunt dat sprake is van uitzending van radio-omroepsignalen met het oog op het verzorgen van een (abonnee) radioprogramma (bijzondere omroep) en derhalve niet van het afwikkelen van telecommunicatiediensten via een telecommunicatienetwerk. Gelet op de specifieke eigenschappen van kerktelefonie is veeleer sprake van een omroepnetwerk. Verder is in dit verband aangevoerd dat de kerktelefonielijnen niet geschikt zijn voor – wederzijdse – communicatie zodat ook daarom geen sprake is van telecommunicatiediensten, alsmede dat de regelgeving inzake huurlijnen alleen betrekking heeft op zakelijke (eind)gebruikers.

Subsidiair is, kort weergegeven, aangevoerd:

- Artikel 7.3, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Tw in samenhang met artikel 20 van het BOHT en ook artikel 19 van het BOHT bieden de mogelijkheid ontheffing te verlenen van de verplichting kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Ten onrechte heeft verweerder nagelaten te beoordelen of er aanleiding is ontheffing te verlenen. In dat verband is erop gewezen dat sprake is van een groot aantal regionale markten, waarop in nogal wat gevallen kabelexploitanten actief zijn die een met kerktelefonie vergelijkbare dienst aanbieden.
- Ten onrechte heeft verweerder niet in de beoordeling betrokken de op het moment van het nemen van het bestreden besluit voorzienbare ontwikkelingen in de bedrijfsvoering van KPN en met de op dat moment voorzienbare ontwikkeling in de markt.
- Verweerder had bij het formuleren van de tariefbeginselen moeten voorzien in de mogelijkheid van doorwerking in de tarieven van de door LOK en haar leden in het kader van kerktelefonie geleverde service en andere inspanningen.
- Gelet op de met kerktelefonie gemoeide belangen had verweerder een langere overgangstermijn in het omstreden besluit moeten opnemen. Verzoeksters wensen een overgangstermijn van vijf jaar. Verweerder en KPN hebben zich op het standpunt gesteld dat het wettelijke stelsel geen ruimte biedt om tot een ander oordeel te komen.

De president ziet zich allereerst – ambtshalve – gesteld voor de vraag of LOK, onderscheidenlijk PCOB, belanghebbende is bij het bestreden besluit.

Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan: “degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken”.

Op grond van artikel 1:2, derde lid, van de Awb worden ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Blijkens artikel 2.1 van haar statuten heeft LOK als doelstelling “te bevorderen, dat personen die niet in staat zijn van leden of één der leden uitgaande kerkdiensten en overige samenkomsten met eenzelfde strekking te bezoeken, via de daartoe geschikte media in staat gesteld worden deze kerkdiensten en/of samenkomsten te volgen”.

Ingevolge artikel 2.2 van de statuten tracht LOK haar doelstelling te bereiken door:

- “a het organiseren van voorlichting voor de leden, aspirantleden en derden over zaken die verband houden met het functioneren van de kerktelefoon;
- b het behartigen van de belangen van de leden onder meer door het voeren van overleg met de overheid en andere organisaties;
- c het aankopen van hulpmiddelen;
- d het desgevraagd behulpzaam zijn bij het organiseren van conferenties en bijeenkomsten ook in kleine kring, en het verstrekken van technische en organisatorische advisering;
- e andere middelen welke dienstbaar zijn aan het gestelde doel.”

Krachtens artikel 4.1 van de statuten kunnen leden van LOK zijn: “parochies, kerkgenootschappen, zelfstandige samenwerkingsverbanden, of zelfstandige afdelingen daarvan, zelfstandige plaatselijke kerken of afdelingen van plaatselijke kerken of kerkgenootschappen, plaatselijke werkgroepen, diakonieën en kerkvoogdijen die zich met aspecten van het functioneren van de kerktelefoon bezig houden”.

Gelet op de specifieke doelstelling van LOK en de specifieke collectieve belangen die zij behartigt, dient zij als belanghebbende bij het bestreden besluit te worden aangemerkt. Dat de – althans sommige – leden van LOK mogelijk niet een (rechtstreeks) bij het bestreden besluit betrokken belang hebben, kan daaraan niet afdoen.

Blijkens artikel 3 van haar statuten heeft PCOB als doelstelling “de geestelijk en materiële belangen van zowel de ouderen in het algemeen, als die van zijn leden in het bijzonder op de meest doeltreffende wijze en in de meest uitgebreide zin te behartigen”.

Ingevolge artikel 4 van de statuten tracht PCOB haar doelstellingen te bereiken door:

- “ahet in de samenleving opkomen voor de positie van de ouderen en het betrekken van de samenleving bij het wegnemen van belemmeringen en achterstanden ten aanzien van het welzijn van ouderen;
 - b het op verzoek of uit eigen beweging uitbrengen van adviezen aan de overheid en andere instellingen, die betrokken zijn bij het bevorderen van het welzijn van ouderen;
 - c het organiseren van sociale, sociaal-culturele, recreatieve, educatieve en voorlichtende activiteiten,
 - d het samenwerken met kerken, kerkelijke instellingen en daarmee vergelijkbare organisaties;
- (...)
- k alle andere wettige middelen die bevorderlijk zijn voor het bereiken van het doel.”

Krachtens artikel 6 van de statuten kunnen leden van PCOB zijn natuurlijke personen.

Gelet op de – zeer – ruim omschreven doelstelling van PCOB kan niet worden gezegd dat zij een voldoende concreet en specifiek collectief belang behartigt dan wel een voldoende concreet en specifiek eigen belang heeft bij het bestreden besluit. Dat PCOB haar doelstelling mede tracht te bereiken door het samenwerken met kerken, kerkelijke instellingen en vergelijkbare organisaties is op dat oordeel niet van invloed.

Het bezwaar van PCOB zal door verweerder om die reden niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard. Het verzoek om voorlopige voorziening van PCOB dient derhalve te worden afgewezen.

Naar aanleiding van hetgeen is aangevoerd overweegt de president het volgende.

Met verweerder en KPN is de president van oordeel dat kerktelefonie – in de huidige vorm – dient te worden gezien als een vorm van telecommunicatie waarbij met gebruikmaking van een of meer huurlijnen kerkdiensten via randapparatuur door de aangesloten personen en bij de aangesloten instellingen rechtstreeks kunnen worden beluisterd. De president volgt, mede gelet op de duidelijke bewoordingen van artikel 1.1, aanhef en onder i, van de Tw, niet het standpunt dat daarbij geen sprake zou zijn van het afwikkelen van een telecommunicatiedienst. Bij de beoordeling van het karakter van een verbinding zijn uitsluitend de infrastructurele eigenschappen van die verbinding van belang en

komt geen betekenis toe aan de aard of de inhoud van de signalen die via die verbinding worden overgebracht. De voor een huurlijn in rekening gebrachte vergoeding ziet ook alleen op de mogelijkheid tot het gebruik van de transmissiecapaciteit. Voorts biedt noch de wetsgeschiedenis van de wet op de telecommunicatievoorzieningen, de Tw of de Mediawet, noch de historie in het algemeen aanknopingspunten voor de stelling dat bij kerktelefonie sprake zou zijn van radio-omroep of van het verzorgen van een programma als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder f van de Mediawet. Nog daargelaten dat zulks door verweerder en KPN gemotiveerd is bestreden, is gelet op de definitie van “telecommunicatie” in artikel 1.1, aanhef en onder c, van de Tw niet van belang of via de kerktelefonielijnen al dan niet – wederzijdse – communicatie mogelijk is. De stelling ten slotte dat alleen in geval van zakelijke (eind) gebruikers het onderhavige regelgevingskader van toepassing zou zijn, vindt geen steun in de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.

Het verlenen van ontheffing is naar het oordeel van de president – gelet op het doel van artikel 7.3, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Tw in samenhang met artikel 20 van het BOHT en van artikel 19 van het BOHT – alleen aan de orde indien de betrokken aanbieder van huurlijnen een aanvraag daartoe tot verweerder richt, hetgeen in het onderhavige geval niet is gebeurd. In elk geval kan geen rechtsplicht voor verweerder aanwezig worden geacht om te bezien of ambtshalve aan deze bepalingen toepassing dient te worden gegeven. Uit het voorgaande volgt dat reeds om die reden het beroep op deze bepalingen niet kan slagen. Ten overvloede merkt de president op dat de aan de desbetreffende stellingen van verzoeksters mede ten grondslag gelegde afbakening(en) van de relevante markt(en) noch wat de geografische kant betreft noch wat de productkant betreft zonder meer kunnen worden onderschreven.

De stelling dat verweerder ten onrechte geen acht heeft geslagen op de voorzienbare ontwikkelingen in de bedrijfsvoering van KPN en de voorzienbare ontwikkelingen in de markt ziet eraan voorbij dat deze onderdelen van artikel 16, zevende lid, van het BOHT moeten worden gezien in relatie tot het vereiste van kostenoriëntatie. Ook los daarvan ziet de president echter in hetgeen verzoeksters terzake hebben aangevoerd geen grond om te oordelen dat verweerder deze onderdelen niet of niet op toereikende wijze in de beoordeling heeft betrokken.

Op grond van de thans beschikbare gegevens kan de president niet beoordelen of niet of onvoldoende rekening is gehouden met de activiteiten terzake van LOK en haar leden. Voorzover dit het geval is, kan zulks echter in bezwaar worden hersteld.

Uit het voorgaande volgt dat verweerder, gelet op de imperatieve redactie van artikel 16, zevende lid, van het BOHT, gehouden was in de onderhavige omstandigheden aan KPN een aanwijzing te geven. Aan verweerder komt terzake geen beleidsvrijheid toe. Wel heeft verweerder een zekere vrijheid bij het bepalen van de termijn binnen welke de vereiste kostengeoriënteerde tarieven alsnog dienen te worden ingevoerd, maar die vrijheid vindt haar begrenzing in de met het geven van een aanwijzing te dienen doelen. Naar het oordeel van de president heeft verweerder niet onjuist gehandeld door bij het bepalen van die termijn uitsluitend rekening te houden met de tijd die KPN nodig had om de nieuwe tarieven voor alle gebruikers tegelijkertijd te kunnen implementeren. In elk geval was verweerder rechtens niet gehouden om een langere overgangstermijn dan tot 1 mei 2000 in het bestreden besluit op te nemen.

Evenals verweerder en KPN ziet de president niet voorbij aan de belangen van LOK en – in ruimere zin – aan de maatschappelijke belangen die met het instituut kerktelefonie zijn gemoeid, maar het wettelijke stelsel biedt geen ruimte om tot een ander oordeel te komen. Uit het voorgaande volgt dat in bezwaar het bestreden besluit naar verwachting in stand zal (kunnen) blijven. Het verzoek om voorlopige voorziening van LOK dient daarom eveneens te worden afgewezen.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de president ten slotte geen aanleiding.

Gelet op het voorgaande wordt als volgt beslist.

3 Beslissing

De president, recht doende:

wijst de verzoeken om voorlopige voorziening af.

Deze uitspraak is gedaan door mr. drs. Th.G.M. Simons als president. De beslissing is, in tegenwoordigheid van M.B. van Zantvoort als griffier, uitgesproken in het openbaar op 31 maart 2000.

Noot

Wouter Hins

1 Het verschijnsel kerktelefonie is al een paar keer in de Documentatie-rubriek van dit blad aan de orde geweest. Kerktelefonie is een medium dat mensen in staat stelt thuis de diensten van hun kerkgemeente te blijven volgen. Het zijn de kerkgenootschappen die een contract afsluiten met KPN Telecom voor de noodzakelijke lijnverbindingen, waarna zij de kosten al dan niet doorberekenen aan de individuele gebruikers. Omdat het vaak gaat om oudere of invalide mensen, is de gewoonte ontstaan dat KPN de exploitatie ruim onder de kostprijs verricht. In een brief van 25 augustus 1998, onder het regiem van de oude WTV, stemde OPTA in met relatief lage tarieven. Tegen deze instemming werd echter een bezwaarschrift ingediend door Kabelfoon b.v., een kabelexploitant te Naaldwijk, die met KPN zou willen concurreren. Naar aanleiding van dit bezwaarschrift kwam OPTA bij brief van 27 april 1999 terug op haar milde standpunt.

2 In de brief van 27 april 1999 stelde OPTA vast dat KPN op grond van het voormalige Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie (BART) verplicht was ook voor kerktelefonie kostengeoriënteerde tarieven te berekenen. Gealarmeerd stelde het GPV schriftelijke kamervragen aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat. Het GPV drong erop aan de kerktelefonie onder te brengen bij de universele dienstverlening, zodat de tarieven laag konden blijven. Staatssecretaris De Vries voelde daar echter niets voor (*Mediaforum* 1999-7/8, p. 201). Intussen stelde de Landelijke Organisatie Kerktelefoon beroep in bij de rechtbank te Rotterdam tegen de gegrondverklaring van het bezwaarschrift van Kabelfoon b.v. Tevergeefs, want de president van de rechtbank verklaarde op 31 maart 2000 – tegelijk met de hierboven afgedrukte uitspraak – het beroep niet-ontvankelijk. Het BART schreef namelijk nergens een ‘instemming’ van de OPTA voor, zodat geen sprake was van een besluit in die zin van de Awb.

3 Wel op rechtsgevolg gericht is een ‘aanwijzing’ van OPTA krachtens artikel 16 van het tegenwoordige Besluit ONP Huurlijnen en Telefonie (BOHT). Na een dergelijke aanwijzing is KPN rechtens verplicht haar tarieven aan te passen. Op 20 december 1999 gaf OPTA de aanwijzing aan KPN dat zij haar tarieven voor kerktelefonie vanaf 1 mei 2000 zeer aanzienlijk moest verhogen (*Mediaforum* 2000-2, p. 50). Ook hierover werden Kamervragen aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat gesteld, ditmaal door het CDA. De staatssecretaris verschool zich aanvankelijk achter de kerkgenootschappen. Zij wees erop dat de kerkgenootschappen zelf bepalen in hoeverre zij de kosten doorberekenen aan individuele gebruikers (*Mediaforum* 2000-4, p. 130). Later kwam de staatssecretaris enigszins tegemoet aan de bezwaren door een financiële bijdrage toe te zeggen voor een onderzoek naar technische alternatieven voor de kerktelefoon. In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 18 mei 2000 is die toezegging bevestigd.

4 Tegen de aanwijzing d.d. 20 december 1999 is een bezwaarschrift ingediend door de Landelijke Organisatie Kerktelefoon en de Prostants Christelijke Ouderenbond. Tevens hebben zij zich gewend tot de president van de rechtbank te Rotterdam met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen. In bovenstaande uitspraak wordt dat verzoek afgewezen. Een origineel argument van appellanten was dat het BOHT niet van toepassing zou zijn op kerktelefonie, omdat in feite een ‘radioprogramma’ wordt verspreid. Blijkens artikel 7.1 van de Telecommunicatiewet moet het BOHT regels stellen ter uitvoering van de Europese ONP-Richtlijn 90/387/EEG van 28 juni 1990. Deze richtlijn bevat in artikel 2 een definitie van het begrip ‘telecommunicatiediensten’ waar radio- en televisieomroep uitdrukkelijk buiten zijn gehouden. De verbindingen ten behoeve van kerktelefonie zouden in die redenering moeten worden aangemerkt als een ‘omroepnetwerk’ als bedoeld in hoofdstuk 8 van de Tw.

5 De president wil daar niet aan, omdat noch de wetsgeschiedenis van de WTV, de Tw of de Mediawet, noch de historie in het algemeen, aanknopingspunten zouden bieden voor de stelling dat bij kerktelefonie sprake is van radio-omroep of het verzorgen van een programma als bedoeld in artikel 1 van de Mediawet. In de geschiedenis kan men echter ook enige argumenten voor het standpunt van appellanten vinden. De met kerktelefonie vergelijkbare ziekenomroepinrichtingen zijn in het verleden aangewezen als ‘draadomroepinrichting’ van bijzondere aard of geringe omvang. Zie het gezamenlijke besluit van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat en de Minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk van 11 december 1973, *Stcrt.* 243.

Dit besluit was gebaseerd op artikel 3 sexies (oud) van de Telegraaf- en Telefoonwet en artikel 48 (oud) van de Omroepwet. Net als bij kerktelefonen werden de lijnen van een ziekenomroep gehuurd van de PTT. Dat kerktelefonen geen aparte regeling kregen, komt misschien omdat de verantwoordelijke bewindslieden inhoudelijke voorschriften (zoals het reclameverbod voor ziekenprogramma’s) met betrekking tot het uitzenden van kerkdiensten niet nodig vonden.

nr. 43 Boehringer Ingelheim vs. Searle

Codecommissie CGR 24 maart 2000

De Codecommissie CGR 24 maart 2000 van de Stichting CGR heeft het navolgende overwogen en beslist naar aanleiding van de klacht in kort geding (CGR nummer: K99009) op de voet van artikel 11 van het Reglement voor de Codecommissie van: *Bochringer Ingelheim* BV, gevestigd te Alkmaar, verder te noemen: Boehringer Ingelheim met betrekking tot een uiting van geneesmiddelenreclame van: Searle, divisie van Monsanto Nederland BV, gevestigd te Maarssen, verder te noemen: Searle, voor het middel: Arthrotec

De Codecommissie heeft kennisgenomen van:

- het klagschrift van Bochringer Ingelheim BV dd 13 december 1999 met bijlagen;
- de brief van mr. Vles, advocaat van Searle dd 25 januari 2000;
- de pleitnota's van beide partijen.

De Codecommissie heeft de klacht behandeld in kort geding ter zitting van 7 maart 2000. Ter zitting werd Boehringer Ingelheim vertegenwoordigd door mevrouw M. Hetterscheid, arts MBA, marketing manager en de heer Bos bijgestaan door mevrouw mr. E.M. Polak, advocaat te Amsterdam; namens Searle waren aanwezig, de heer E. Luttik marketing manager en de heer Ypenga, bijgestaan door mr. R.J. Vles, advocaat te Amsterdam. Ter zitting hebben partijen hun standpunten toegelicht en vragen van de Codecommissie beantwoord. Daarbij zijn de pleitnota's overgelegd.

A De vaststaande feiten in conventie en reconventie:

Zowel Boehringer Ingelheim als Searle zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen. Searle brengt onder meer het geneesmiddel Arthrotec op de markt, dat wordt toegepast en geregistreerd is als prostaglandinesynthaseremmer bij behandeling van gewrichtsaandoeningen. Searle biedt de bezoeker van haar Nederlandse web-site *www.arthrotec.nl* de mogelijkheid om door te klikken naar de Amerikaanse site van Searle *www.searlehealthnet.com*. Partijen zijn het erover eens dat deze laatste site reclame voor geneesmiddelen bevat.

B De stellingen van Boehringer Ingelheim:

In conventie

De klacht van Bochringer Ingelheim heeft betrekking op de volgende twee onderdelen:

De directe doorklikmogelijkheid van de website *arthrotec.nl* naar de website *searlehealthnet.com* is volgens klager te beschouwen als reclame maken voor het op die Amerikaanse site genoemde geneesmiddel Celebrex dat in de Verenigde Staten wel, maar in Nederland nog niet geregistreerd is. Daarmee is Searle volgens klager in overtreding van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, het Reclamebesluit Geneesmiddelen en de Code Geneesmiddelenreclame.

Searle heeft op haar website *www.arthrotec.nl* een wachtwoord geïnstalleerd. Dit wachtwoord is volgens Boehringer Ingelheim een voor de hand liggend en voor iedereen identiek woord dat gemakkelijk en snel te vinden is, ook zonder het van te voren te kennen. Dit wachtwoord. ‘*arthrotec*’ voorkomt volgens het oordeel van de klager niet dat het publiek, niet zijnde een beroepsbeoefenaar, de web-site bezoekt. Aangezien op de web-site *www.arthrotec.nl* medische claims staan over het middel Arthrotec en er een directe verbinding bestaat met sites waarop reclame wordt gemaakt voor het nog niet in Nederland geregistreerde middel Celebrex, is er naar de mening van Boehringer Ingelheim – mede – sprake van publieksreclame. Searle handelt hiermee tevens in strijd met de richtlijnen van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen en het Reclamebesluit Geneesmiddelen waarin een verbod op publieksreclame voor UR-geneesmiddelen staat.

Overigens heeft Boehringer Ingelheim op de dag van de mondelinge behandeling van betrokken klacht moeten constateren dat Searle het password ‘*arthrotec*’ vervangen heeft door een nieuw wachtwoord.

Op grond van het vorenstaande verzoekt Boehringer Ingelheim aan de Codecommissie om aan Searle op te leggen:

- het verbod promotie te verrichten voor Celebrex zolang dit geneesmiddel nog niet in Nederland geregistreerd is;
- het verbod publieksreclame te maken voor Arthrotec alsmede Celebrex.

C Het verweer van Searle

In conventie

1 Wachtwoord

Volgens Searle is het nooit de bedoeling geweest om de betrokken web-site op het publiek te richten. Het web-site adres *www.arthrotec.nl* is uitsluitend naar artsen gecommuniceerd en bewust bij geen enkele zoekmachine op het internet aangemeld. Searle heeft na bezwaren van Boehringer Ingelheim de betrokken site van een password voorzien. Hierbij stelt Searle dat geen enkel wachtwoord absolute bescherming biedt, in die zin dat bijna alle gecodeerde websites zijn te kraken. Daardoor kunnen niet-beroepsbeoefenaren met enige moeite ook een dergelijke site bezoeken. Searle stelt tevens dat over het algemeen voor de gerechtigde groep in praktijk niet te doen is al die passwords te onthouden. Op de door Boehringer Ingelheim geponeerde stelling dat het gekozen wachtwoord te voor de handliggend is reageert Searle door te stellen dat er vele honderden wachtwoorden zijn, die als voor de hand liggend kunnen worden beschouwd. Dat alleen al betekent dat elk van die wachtwoorden toch al een duidelijke drempel oproept.

Waar het volgens Searle daadwerkelijk over gaat is het feit dat de Arthrotec-site zich niet op het publiek mag richten. Dat is volgens haar wat anders dan dat je er alles aan moet doen om te verhinderen dat het publiek een dergelijke intemet-site zal kunnen bezoeken. Searle stelt dat het volstrekt geaccepteerd is dat aan reclame voor receptgeneesmiddelen in professionele bladen, die zich richten op de beroepsbeoefenaren, geen extra voorwaarden worden gesteld om te voorkomen dat zo’n tijdschrift in handen van het publiek komt. Tenslotte zijn er talloze mogelijkheden waarbij een niet-beroepsbeoefenaar in staat is een dergelijk professioneel tijdschrift in te zien. Het gaat daarbij dan niet om publieksreclame, omdat het tijdschrift zich niet op consumenten richt. Hierbij haalt Searle de recente uitspraak in hoger beroep van de Rechtbank te Utrecht aan, waarbij de advertenties in het Blad ‘Arts en Auto’, bedoeld voor de leden van de VVAA niet als publieksreclame zijn aan te merken, zulks ondanks het feit dat er een substantiële groep lezers is die niet tot de groep van beroepsbeoefenaren behoort. Tevens merkt Searle op dat eveneens uit recente Engelse jurisprudentie met betrekking tot de internetversie van Het ‘British Medical Journal’ (inclusief de advertenties voor geneesmiddelen) blijkt dat de betreffende web-site niet gericht was tot het publiek, ook al bleek dat ook niet-beroepsbeoefenaren een bezoek aan de web-site brachten.

Volgens Searle moet geconcludeerd worden dat het er dus om gaat of de intemet-site wel of niet op het publiek is gericht en dat het er niet toe doet of in absolute zin tot afgrendeling wordt gekomen ten aanzien van die groep potentiële bezoekers op wie de site zich niet richt. Derhalve dient de klacht van Boehringer Ingelheim op dit punt te worden afgewezen.

2 Doorklikmogelijkheid

Voor wat betreft de doorklikmogelijkheld getuigt het volgens Searle niet van voldoende realiteitszin wanneer deze mogelijkheid wordt gezien als ‘reclame maken’ voor een nog niet geregistreerd geneesmiddel i.c. Celebrex. Volgens Searle betreft de doorklikmogelijkheid niet het middel Celebrex direct. Het gaat om Searle’s (US)-site ‘HealthNet’, waarop heel veel informatie over Searle en haar producten staat. Daarbij wordt ook het in de USA al geregistreerde middel Celebrex genoemd. Het is absoluut niet zo, dat Celebrex dan onmiddellijk in het oog valt. Als een arts er voor open staat zal Celebrex hem niet ontgaan, maar in zo’n geval zal diezelfde arts zonder meer ook Celebrex tegenkomen als hij via een van de zoekmachines het internet opgaat. Het kost namelijk niet meer moeite om dezelfde informatie (of zelfs meer) via een direct in te typen web-site adres te vinden dan om zulks te doen door het intikken van een trefwoord op een van de op het internet actieve zoekmachines. Er is ook nauwelijks verschil bij het gebruik van een zogenaamde ‘hyperlink’ (een directe doorklikmogelijkheid). Searle heeft ter zitting een en ander gedemonstreerd.

Naar de mening van Searle kan Boehringer Ingelheim niet serieus menen dat een hyperlink tot gevolg zou hebben dat de inhoud van de site waarmee verbonden wordt, als de inhoud van de Nederlandse web-site wordt beschouwd. Indien dat het geval is zou Boehringer Ingelheim zich zelf ook schuldig maken aan hetgeen zij Searle verwijt. Een bezoek namelijk aan de voor het publiek toegankelijke en op het Nederlandse en Belgische publiek gerichte web-site *www.boehringer-ingelheim.be/nl* biedt namelijk de mogelijkheid om direct door te klikken naar de *internationale website* waardoor men direct op deze internationale web-site terecht komt. Dat is dus volgens Searle hetzelfde als een hyperlink, waarover de onderhavige klacht gaat. Searle heeft daarbij geconstateerd dat op deze site eveneens producten genoemd worden die nog niet in Nederland zijn geregistreerd (Spiriva en Aloclril).

Volgens Searle bewijst dit dat Boehringer Ingelheim zelf ook niet de hyperlink ziet als een mechaniek waarmee wordt bereikt dat de inhoud van de web-site waarmee wordt verbonden wordt beschouwd onderdeel te zijn van de web-site waarop de hyperlinkmogelijkheid wordt gegeven. Op grond van het bovenstaande concludeert Searle dat ook dit onderdeel van de klacht van Bochringer Ingelheim moet worden afge-
wezen.

Subsidiair dient Searle in reconventie een klacht in tegen Boehringer Ingelheim met betrekking tot de directe doorklikmogelijkheid naar de internationale web-site *www.Boehringer-ingelheim.com* en verzoekt in geval de oorspronkelijke klacht van Boehringer Ingelheim op het punt van de hyperlink zal worden toegewezen ook de, in de ogen van Searle identieke, handelwijze van Boehringer Ingelheim te veroordelen en in ingeval van een kostenvergoeding de kosten te compenseren.

D De overwegingen van de Codecommissie

In conventie

De Codecommissie onderkent dat de populariteit van Internet recent een grote vlucht genomen heeft. Hierdoor is voor velen de informatie op het net toegankelijk geworden. Op beroepsbeoefenaren gerichte informatie danwel reclame kunnen door de huidige technische stand van zaken ook binnen het bereik komen van niet-beroepsbeoefenaren. Bij ontbreken van op reclame op Internet toegespitste specifieke regelgeving moet volgens de Codecommissie uitgegaan worden van de bestaande Nederlandse regelgeving met betrekking tot geneesmid-
denreclame. Deze regelgeving houdt in dat reclame voor receptgenees-
middelen gericht op het publiek niet is toegestaan. Tevens is reclame voor nog niet in Nederland geregistreerde geneesmiddelen verboden. Geneesmiddelenfabrikanten zijn derhalve aan deze beperkingen gebonden bij het maken van hun web-sites en het toegang geven tot informatie over c.q. het maken van reclame voor hun producten. Van een farmaceutisch bedrijf mag worden verwacht dat men alle nodige en redelijkerwijs mogelijke voorzorgen neemt om te verhinderen dat het brede publiek toegang krijgt tot louter voor beroepsbeoefena-
ren bestemde informatie en/of reclame over receptgeneesmiddelen. Anders dan Searle is de Codecommissie van oordeel dat het er niet om gaat of de informatie via de website al dan niet op een bepaalde doel-
groep is gericht. De motieven van degene die reclame maakt zijn immers niet relevant; in casu is beslissend de keuze van het medium en de beschikbaarheid en de toegankelijkheid van dat medium voor het brede publiek. De door Searle gemaakte vergelijking met de adverten-
ties in ‘Arts en Auto’ gaat niet op aangezien dit medium in beginsel niet voor het brede publiek beschikbaar is maar de website wel. De vraag is voorts wat onder voornoemd begrip, alle nodige en redelij-
kerwijs mogelijke voorzorgen, moet worden verstaan. Deze vraag kan niet in zijn algemeenheid en los van de omstandigheden van het geval worden beantwoord. In de onderhavige zaak moet worden geoordeeld dat tenminste aan de doelgroep van beroepsbeoefenaren een password moet worden gegeven dat zodanig is gekozen dat het voor derden niet – althans niet zonder bijzondere inspanning – mogelijk is snel toegang te verkrijgen tot een site waarop reclame voor geneesmiddelen wordt gemaakt. Met betrekking tot niet in Nederland geregistreerde genees-
middelen zoals Celebrex moet de eis van niet-toegankelijkheid ook voor beroepsbeoefenaren worden gesteld. De klacht van Boehringer Ingelheim is derhalve gegrond en onder-
staande maatregelen zullen worden opgelegd.

In reconventie

Aan Searle kan worden toegegeven dat de door haar bedoelde uitingen van Boehringer Ingelheim als grensgeval zijn aan te merken. De Code-
commissie is niettemin van oordeel dat aannemelijk is gemaakt dat de desbetreffende website in beginsel is bestemd voor het Nederlandstalig deel van België en dat de uitlatingen in dit geval meer het karakter heb-
ben van bedrijfsinformatie dan van reclame voor geneesmiddelen. De klacht van Searle moet dan ook ongegrond worden geacht.

E De beslissing

In conventie

De Codecommissie verklaart de klacht van Bochringer Ingelheim gegrond.

De Codecommissie legt aan Searle de volgende maatregelen op: beveelt Searle om zich te onthouden van reclame – al dan niet via Internet – voor Celebrex zolang dit produkt niet in Nederland is geregistreerd;

Onder verwijzing naar artikel 27.4 van het reglement van de Codecom-
missie wordt Searle veroordeeld tot vergoeding van de kosten van deze procedure à f 1000,-.

Verklaart deze uitspraak tot zover uitvoerbaar bij voorraad. Wijst af het meer of anders verzochte.

In reconventie

Verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen te Utrecht op 24 maart 2000 door mr. M. de Boer, voor-
zitter, drs. C. van Winzum en drs. P. Klene, leden, in aanwezigheid van drs. H. L. Zilverentant, secretaris.

Noot

Madeleine de Cock Buning

Mr. drs. M. de Cock Buning is advocate te Den Haag (De Brauw, Linklaters & Alliance)

Het ligt voor de hand dat de Codecommissie van de stichting Code Geneesmiddelenreclame (CGR) bij het ontbreken van regelgeving die specifiek is toegespitst op reclame op internet de bestaande Nederlandse regelgeving met betrekking tot geneesmid-
delenreclame toepast. Haar beslissing ten aanzien van het publiekska-
rakter van reclame voor geneesmiddelen op internet is in dat licht vol-
strekt consequent. Omdat het internet beschikbaar is voor een breed publiek is het een publieksmedium. Een medium voor iedereen. Ten aanzien van reclame voor tabaksproducten maakte de Reclame Code Commissie (RCC) al
meermaals uit dat het internet als een algemeen toegankelijk medium moet worden aangemerkt zodat adverteerders bij reclame voor tabaks-
producten op internet de gezondheidswaarschuwing dienen te vermel-
den (RCC 5 februari 1999, doss. 98.0524, 98.0526, 29 april 1999, doss. 99.0028, 990029 en 99.0030, 99.0032).

Omdat patiënten verondersteld worden onvoldoende deskundig te zijn om reclame voor receptgeneesmiddelen te kunnen beoordelen mag volgens de bestaande regelgeving deze reclame niet op het publiek gericht zijn maar uitsluitend op beroepsbeoefena-
ren (artsen, specialisten etc.). Het is volgens de Codecommissie onvol-
doende wanneer een adverteerder zich in zijn site nadrukkelijk richt op de doelgroep van beroepsbeoefenaren. Dat vereiste is begrijpelijk. Wan-
neer een consument informatie zoekt over een geneesmiddel op inter-
net zal hij via een zoekmachine eenvoudig een site met dergelijke infor-
matie kunnen bereiken. Dat de informatie specifiek op beroeps-
beoefenaren is gericht, zal hem niet weerhouden de informatie op de site in zich op te nemen. Juist ten aanzien van dergelijke op beroeps-
beoefenaren gerichte informatie geldt dat het voor een leek onduidelijk zal zijn of het gaat om reclame of om objectieve informatie. Daarom moet een wachtwoord dat uitsluitend aan de betreffende beroepsbeoefenaren wordt verstrekt, verhinderen dat het brede publiek toegang krijgt tot de voor hen bestemde informatie over receptgeneesmiddelen. Volgens de Codecommissie moet de adverteerder er bovendien voor zorgen dat het wachtwoord niet volstrekt voor de hand ligt, zoals de naam van het geneesmiddel waarover de site gaat. Searle koos het wachtwoord *Arthrotec* voor de site arthrotec.nl waarop informatie stond over het geneesmiddel Arthrotec. Dat lag volgens de Codecommissie te veel voor de hand. Het door Searle als verweer aangevoerde probleem dat de moderne mens in een woud van wachtwoorden de weg kwijt raakt, kan overigens eenvoudig worden opgelost met een na het eerste bezoek aan de site (met behulp van een niet voor de hand liggend wachtwoord) in te voeren eigen persoonlijk wachtwoord voor de beroepsbeoefenaar. Volgens de Codecommissie gaat de door Searle gemaakte vergelijking met advertenties in het tijdschrift Arts en Auto niet op ‘aangezien dit medium niet voor het brede publiek beschikbaar is en de website wel’. Over de beschikbaarheid van het blad Arts en Auto voor het brede publiek zou de Codecommissie zich iets minder illusies moeten maken, in menig wachtkamer prijkt dat blad tussen de versleten Donald Ducks op de leestafel. Wat daarvan ook zij, het staat buiten kijf dat het internet een publieksmedium is.

Men kan zich overigens wel langzamerhand afvragen of het nog zinvol is in het licht van de huidige wereldwijde toegang tot informatie over geneesmiddelen op internet, om het publiek in Nederland af te schermen van informatie over receptgeneesmidde-
len. In een aantal buitenland, zoals Amerika, geldt dit verbod niet zodat een korte zoektocht op internet de gemiddelde patiënt snel de gewenste informatie oplevert. De Codecommissie lijkt bovendien de specifieke eigenschappen van het internet te miskennen waar zij het algeheel verbod om reclame te maken voor niet in Nederland geregistreerde geneesmiddelen moet toepassen. Dit is vooral te wijten aan haar summiere motivering. Ten aanzien van de hyperlink op de Nederlandse site van Searle naar diens Amerikaanse site waarop reclame voor een in Nederland niet-geregis-
treerd geneesmiddel voorkomt, stelt de Codecommissie dat ‘met betrekking tot niet in Nederland geregistreerde geneesmiddelen, zoals Celebrex, de eis van *niet-toegankelijkheid* ook voor beroepsbeoefenaren moet worden gesteld.’ (cursief MdCB)
De Nederlandse Codecommissie kan uiteraard niet beslissen over de toegankelijkheid van een Amerikaanse site. De Codecommissie lijkt

zich hier schuldig te maken aan het door het grensoverschrijdende internet achterhaalde hokjes-denken. Ook het bevel van de Codecom-
missie aan Searle om zich ‘te onthouden van reclame – al dan niet via internet – voor Celebrex zolang dit product niet in Nederland is gere-
gistreerd’, kan zich uitsluitend tot Nederland beperken. Wellicht heeft de Codecommissie bedoeld te stellen dat niet via een Nederlandse site toegang tot reclame voor Celebrex mag worden geboden.

Het gaat hier natuurlijk om de vraag of het aanbrengen van een hyperlink op een Nederlandse site als reclame in Nederland voor hier (nog) niet-geregistreerde geneesmiddelen moet wor-
den aangemerkt. Beantwoording van deze vraag hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de inhoud van de Nederlandse site en de site waarnaar wordt doorgelinkt. De Codecommissie vond
blijkbaar dat Searle op haar Nederlandse site reclame maakte voor het niet-geregistreerde geneesmiddel Celebrex. Wat de inhoud van de Nederlandse site was, is niet meer te achterhalen omdat deze inmiddels uit de lucht is. De Amerikaanse site waarnaar wordt doorgelinkt bevat allerlei informatie en besteedt verhoudingsgewijs redelijk wat aan-
dacht aan Celebrex. Wat daarvan ook zij, er zal m.i. slechts sprake zijn van reclame op een Nederlandse site wanneer er op die site een zin voorkomt als: ‘Klik hier voor informatie over ons nieuwe product X, binnenkort ook in Neder-
land verkrijgbaar’ en er na doorklikken direct de specifieke pagina wordt bereikt met de productinformatie op de buitenlandse site. Door de (reclame)context waarin de link wordt geplaatst in combinatie met het feit dat de link direct leidt naar de informatiepagina van product X, wordt er feitelijk op de Nederlandse site reclame gemaakt voor het in Nederland niet-geregistreerde geneesmiddel. Dat is verboden. Wanneer een fabrikant echter zonder enige verdere verwijzing naar een bepaald geneesmiddel een hyperlink aanbrengt naar de homepage van zijn buitenlandse site waarop naast allerlei bedrijfs- en andere infor-
matie, informatie staat over een (nog) niet-geregistreerd geneesmiddel is er geen sprake van reclame op de Nederlandse site voor dat genees-
middel maar op die buitenlandse site. De hyperlink is hier de beweg-
wijzering op de elektronische snelweg naar de geneesmiddelenfabri-
kant, maar is geen reclame voor het betreffende niet-geregistreerde geneesmiddel. Bovendien was deze site met of zonder hyperlink toch al wereldwijd toegankelijk.