

IO

oktober 2000
twaaelfde jaargang

Raad, gezag en open deuren

Aernout Nieuwenhuis

**Algemene voorwaarden en
geschillen over de toepassing
daarvan onder de Telecommuni-
catiewet**

Paul Knol

**Stichting Internet Domein-
registraties: verlichte despoot of
slordige monopolist?**

**De vermogensrechtelijke en
regulatoire status van domein-
namen**

Remy Chavannes

**Regulierungszuständigkeiten in
der Telekommunikation**

Kamiel Mortelmans

Uitingsvrijheid

Theo Bellekom

Jurisprudentie nr. 61-66

Dagbladen vs. Eureka Internetdiensten
• Zijlstra vs. B&W Groningen • PCM
vs. Freelancers • Trip6 en Glennie vs.
Gamepoint • Tellus e.a. vs. Brokerhof •
Officier van Justitie vs. RTL Nieuws

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (vmc), en verschijnt tien maal per jaar.
Bestuur vmc: Prof. mr. J.J.C. Kabel (voorzitter), Dr. N.A.N.M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. L.F. Asscher (secretaris), Mr. R.A. Vecht (penningmeester), Mr. C. van Boxtel, Mr. C.E. Drion, 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. G.J. Kemper, 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

Opmaak

De Elementen vof, Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

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

Leden vmc: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement 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 10
oktober 2000**

Inhoud

Opinie

- 323** Raad, gezag en open deuren
Aernout Nieuwenhuis

Artikelen

- 324** Algemene voorwaarden en geschillen over de toepassing daarvan onder de Telecommunicatiewet
Paul Knol
- 331** Stichting Internet Domeinregistraties: verlichte despoot of slordige monopolist? De vermogensrechtelijke en regulatoire status van domeinnamen
Remy Chavannes

Besprekingen

- 334** Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation
Kamiel Mortelmans
- 335** Uitingsvrijheid
Theo Bellekom

Documentatie

- 339** • Rechtspraak
342 • Binnenland
343 • Agenda
342 • Verschenen

Jurisprudentie:

- 344** nr. 61 • Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, Dagbladen vs. Eureka Internetdiensten m.nt. T.F.W. Overdijk
- 347** nr. 62 • Rb. Groningen 16 augustus 2000, Zijlstra vs. B&W Groningen
- 349** nr. 63 • Rb. Amsterdam 9 augustus 2000, PCM vs. Freelancers
- 353** nr. 64 • Pres. Rb. Den Haag 17 augustus 2000, Trip6 en Glennie vs. Gamepoint m.nt. D.J.G. Visser
- 356** nr. 65 • Pres. Rb. Arnhem 31 mei 2000, Tellus e.a. vs. Brokerhof
- 358** nr. 66 • Raad voor de Journalistiek 1 augustus 2000, Officier van Justitie vs. RTL Nieuws

Raad, gezag en open deuren



Aernout Nieuwenhuis

DE RAAD VOOR DE JOURNALISTIEK heeft een interessante bijdrage geleverd aan de discussie over de Raad voor de Journalistiek. Zo zou men althans de uitspraak van de Raad van 1 augustus jongstleden¹ en de reacties daarop kunnen kwalificeren.

Het begon allemaal op de eerste zittingsdag van het proces tegen Mink K. De zitting vond achter gesloten deuren plaats, maar een 'major league asshole' liet de geluidsverbinding met de perskamer openstaan. RTL Nieuws nam een deel van de verklaring van de ook als politie-informant werkzame verdachte op, en zond deze dezelfde dag uit. De Raad voor de Journalistiek moest zoals de statuten voorschrijven, beoordelen 'of de grenzen zijn overschreden van hetgeen, gelet op de eisen van journalistieke verantwoordelijkheid, maatschappelijk aanvaardbaar is'. De Raad acht de klacht gegrond. In dit geval is het natuurlijk wel opmerkelijk dat de zaak bij de Raad aanhangig is gemaakt door hoofdofficier van Justitie Vrakking en ook de Raad voor een juridische invalshoek kiest. Het verschil met een rechtszaak kan dan erg klein lijken, al is de uitspraak niet bindend en kan de Raad geen sancties in eigenlijke zin opleggen. RTL Nieuws acht op zijn beurt de uitspraak van de Raad onaanvaardbaar en zal niet op het verzoek van de Raad ingaan om er aandacht aan te besteden in een uitzending. RTL Nieuws heeft laten weten haar steun aan de stichting Raad voor de Journalistiek te beëindigen.

Daarmee is een nieuwe schakel toegevoegd aan de schier eindeloze discussie over aard en functie van de Raad (vgl. de discussie tussen Jurgens en Oppenoorth in de kolommen van *Mediaforum* 1995-9; 1995-11/12; 1996-3). Enerzijds wil hij gezaghebbend beoordelen of in een bepaald geval een journalist niet de journalistieke ethiek heeft geschonden. Die beoordeling laat de journalist over het algemeen minder ruimte dan een oordeel van de rechter. En om klagers genoegdoening te kunnen geven, schuwt de Raad het geheven vingertje niet altijd. Anderzijds wil de Raad, zoals veelal naar voren wordt gebracht, een bijdrage leveren aan de discussie over journalistieke ethiek. Deze twee functies zijn niet breukloos te combineren. Een deelnemer aan een discussie, die tegelijkertijd met gezag meningsverschillen beslecht, neemt al snel een vreemde positie in. Bovendien bestaat de vrees dat de Raad door het aantrekken van 'gezaghebbende ex-ministers' het contact met de in de journalistieke praktijk gevoelde normen verliest.

De zaak van de open microfoon zelf doet in zeker opzicht denken aan een casus uit de Amerikaanse jurisprudentie. De politie hing in een voor de pers toegankelijke ruimte een politiebericht op waarin abusievelijk en in strijd met de regels de naam van het slachtoffer van een verkrachting was vermeld. Een krant die in strijd met de wetgeving van de betreffende staat de naam publiceerde, werd aangesproken door het slachtoffer. De zaak bereikt uiteindelijk het *Supreme Court* (Florida *Star v. B.J.F.* 491 U.S. 524 (1989)). De opinie van het Supreme Court komt erop neer dat het First Amendment zich verzet

tegen een veroordeling, mede omdat de eerste fout is begaan door de overheid. De persvrijheid weegt zwaarder dan de aanwijsbare nadelige gevolgen van de publicatie, ondanks het feit dat de naam nauwelijks nieuwswaarde had. De 'dissenting opinion' neemt dit betoog op de korrel, juist nu de betreffende journalisten wel degelijk wisten dat de politie een ernstige vergissing had begaan. Men hoeft het niet met de meerderheid eens te zijn, en er zijn grote verschillen met de door de Raad behandelde zaak. Waar het hier in de eerste plaats om gaat, is dat het gewicht van de persvrijheid en de kapitale blunder van de overheid in het betoog van het Supreme Court een belangrijke rol spelen.

Daaruit blijkt een serieuzer inleving in de dilemma's, waar een journalist zich voor geplaatst kan zien, indien hij vertrouwelijke informatie op een presenteerblaadje aangeboden krijgt, dan uit het betoog van de Raad. Deze miskent het probleem vrijwel geheel door uit de beslissing van de rechter tot het sluiten van de deuren vrijwel naadloos een publicatieverbod af te leiden, zonder enige overweging gewijd aan blunder, persvrijheid en concrete risico's die met uitzending gemoeid zouden kunnen zijn. De simpele sluitrede van de Raad kan onbedoeld als steun opgevat worden voor de plannen van de huidige Minister van Justitie, die een wettelijk verbod in het leven wil roepen om de publicatie van vertrouwelijke informatie uit strafdossiers te voorkomen.

Hecht men aan het bestaan van de Raad, dan is in de uitspraak van het Supreme Court misschien ook een aanzet tot verbetering van de werkwijze van de Raad te vinden. De Raad zou in voorkomende gevallen 'dissenting' en 'concurring opinions' in de uitspraak kunnen opnemen. De eerlijkheid gebiedt mij overigens te zeggen dat ik niet weet of die er waren in de zaak ten aanzien van RTL Nieuws; er was geen geluidsverbinding met de 'raadkamer'.

Uitspraken die verschillende nauwkeurig geformuleerde standpunten bevatten, zullen bij uitstek een interessante bijdrage aan de discussie over de grenzen van de verantwoordelijke journalistiek leveren. Een verliezend medium zal een dergelijke uitspraak wellicht ook eerder accepteren. De discussie kan dan blijven gaan over de aanvaardbaarheid van bepaalde journalistieke gedragingen en zal minder snel verworden tot een discussie over de aanvaardbaarheid van de Raad.

¹ Raad voor de Journalistiek 1 augustus 2000, Officier van Justitie / RTL Nieuws, elders in dit nummer.

Algemene voorwaarden en geschillen over de toepassing daarvan onder de Telecommunicatiewet

In theorie is het helder en overzichtelijk: contractenrecht is geregeld in het Burgerlijk Wetboek en geschilbeslechting daaromtrent is opgedragen aan de burgerlijke rechter. Bestuursorganen houden zich bezig met administratiefrechtelijke besluiten en blijven verre van de beoordeling van civielrechtelijke geschillen. De werkelijkheid is niet zo simpel en zeker niet in het telecommunicatierecht. In dit artikel wordt aandacht besteed aan enkele bepalingen uit het telecommunicatierecht waarmee sectorspecifieke voorschriften en toezicht op (bepaalde) overeenkomsten met eindgebruikers worden gecreëerd.¹ De achtergrond daarvan vormt het Europese ONP regime. Vergelijken-derwijs wordt kort gekeken naar enkele recente ontwikkelingen op dit gebied in het Verenigd Koninkrijk.

Openbare telecommunicatie gedijt bij schaalgrootte. Samenhangend daarmee is er in de telecommunicatie een grote (behoefte aan) standaardisatie van netwerken en diensten. Het gebruiken van dezelfde technieken en processen voor grote hoeveelheden klanten leidt tot een zo groot mogelijke interoperabiliteit en efficiency van dienstverlening. De keerzijde van dit alles is dat er bij veel openbare telecommunicatiedienstverlening slechts in beperkte mate plaats is voor specifieke afspraken met klanten. Voor de te sluiten overeenkomsten heeft dit tot gevolg dat ook daarbij standaardisatie veelal troef is en juridisch gezien de contractsvoorwaarden vrijwel

Paul Knol
Mr. P.C. Knol is werkzaam als senior bedrijfsjurist bij Koninklijke KPN NV en als gastmedewerker verbonden aan de afdeling Recht en Informatica van de Universiteit van Leiden

steeds in de vorm van algemene voorwaarden⁵ worden gegoten. Voor de verschillende typen dienstverlening zijn onderling echter zeer verschillende algemene voorwaarden geschreven door de verschillende aanbieders. De telecommunicatieregelgeving raakt op dit moment slechts een deel van de algemene voorwaarden die in omloop zijn; in het bijzonder die met betrekking tot huurlijnen en openbare (vaste en mobiele) telefoondiensten. De voorwaarden voor die dienstverlening staan dan ook hierna centraal.

Privaatrechtelijke regelgeving en zelfregulering

Sinds de inwerkingtreding van afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek worden klanten van aanbieders die algemene voorwaarden hanteren beschermd tegen daarin voorkomende onredelijk bezwarende bedingen.⁶ Jegens consumenten worden bepaalde typen bedingen onredelijk bezwarend geacht en daarmee vernietigbaar. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de bedingen die zonder meer als onredelijk bezwarend worden aangemerkt en bedingen die behoudens tegenbewijs vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn.⁷ Inmiddels is er ook een Europese Richtlijn op dit gebied,⁸ die op een enkel (hier niet van belang zijnd) punt leidt tot aanpassing van de Nederlandse wettelijke regeling.⁹ Deze wettelijke regels gelden onverkort voor de algemene voorwaarden die in de telecommunicatiesector worden gehanteerd.¹⁰

⁹ Wetsontwerp 26 470.

¹⁰ De grijze en zwarte lijst van de artikelen 6:236 en 237 BW lijken overigens niet gericht op gestandaardiseerde dienstverlening met een duurkarakter. De lijsten bevatten geen expliciete regels over wijziging van de algemene voorwaarden zelf, terwijl bij duurovereenkomsten in een snel wijzigende dienstverlening als de telecommunicatie wijziging van de algemene voorwaarden zelf regelmatig aan de orde kan komen. Anderzijds staan er bepalingen in, zoals onderdeel *i* van artikel 236, op grond waarvan binnen drie maanden na contracteren geen tariefwijzigingen zouden mogen worden doorgevoerd (behoudens de mogelijkheid van ontbinding). Omdat aanbieders potentieel dagelijks nieuwe klanten werven, zouden zij bij generieke tariefverhogingen telkens in individuele gevallen hier tegenaan lopen.

Een individuele wederpartij van degene die algemene voorwaarden hanteert, kan de geboden wettelijke bescherming invoeren. Daarnaast is in artikel 6:240 BW de mogelijkheid opgenomen dat een belangenorganisatie een vordering instelt tot het onredelijk bezwarend verklaren van bedingen in algemene voorwaarden. De belangenorganisatie moet volgens artikel 240 lid 3 een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid zijn, die ten doel heeft de behartiging van belangen van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen of van eindgebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten. Allereerst wordt hierbij natuurlijk gedacht aan de Consumentenbond of vergelijkbare organisaties. Het is boeiend ons af te vragen of ook zelfstandige bestuursorganen als OPTA op grond van dit artikel een collectieve actie zouden kunnen instellen. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit bezit rechtspersoonlijkheid.¹¹ Aarzeling ontstaat bij de doelomschrijving. Mede blijkend uit de considerans bij de Wet OPTA is de primaire doelstelling die de wetgever het college heeft meegegeven de bewaking van een doelmatige verzorging van de post- en telecommunicatiemarkt en de daarvoor wenselijk geachte mededinging. In dat kader is het college belast met de specifieke taken zoals neergelegd in de Postwet en de Telecommunicatiewet. Civielrechtelijke belangenbehartiging van gebruikers behoort daar mijns inziens niet toe, als de ambities zich daartoe al mede zouden uitstrekken. Anders dan in het Verenigd Koninkrijk het geval is (zie hierna par. 23-25), ga ik er dan ook van uit dat OPTA op dit punt geen rol heeft.

Onder de vlag van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER voert de Consumentenbond onderhandelingen met verschillende brancheorganisaties over de in die sector (door bij de brancheorganisatie aangesloten bedrijven) te hanteren algemene voorwaarden. Overeenstemming over de voorwaarden is een opstap naar de oprichting van een geschillencommissie die de bevoegdheid heeft geschillen over de toepassing van de algemene voorwaarden tussen consumenten en aangesloten bedrijven te beslechten. Op die wijze is er een groot aantal geschillencommissies bijeengebracht onder de paraplu van de daarvoor opgerichte stichting.¹² Sinds 1989 is daarbij ook een geschillencommissie Telecommunicatie, die in aanvang alleen geschillen tegen KPN Telecom B.V. behandelde, maar waarbij later ook andere bedrijven (vooral in de mobiele telecommunicatie) zich hebben aangesloten. Tot op heden behandelt de commissie geschillen op basis van de individuele algemene voorwaarden van de aangesloten bedrijven. Een bij de Consumentenbond (en de Commissie) levende wens is om ook voor deze sector en deze commissie te komen tot voor de branche geldende algemene voorwaarden.¹³ De geringe organisatiegraad in de sector en de snelle wijziging in concurrentieverhoudingen en dienstverlening zijn daarbij een praktisch probleem. Van meer juridisch belang is de vraag in hoeverre – juist in deze mede met toepassing van het mededingingsrecht tot concurrentie gedreven markt – het sluiten

van overeenkomsten waarbij zou worden bepaald dat bepaalde uitoonderhandelde algemene voorwaarden in de sector door alle aangesloten bedrijven zouden worden toegepast verenigbaar is met artikel 6 Mededingingswet (het ‘kartelverbod’). De NMa heeft zich hierover nog niet expliciet uitgelaten.¹⁴

Specifieke voorschriften in het telecommunicatierecht

De Telecommunicatiewet bevat normen en instructies voor aanbieders van (openbare) telecommunicatiediensten. Naast de regels die de daadwerkelijke mededinging beogen te bevorderen – en in dat kader rechten en verplichtingen tussen concurrenten regelen¹⁵ – zijn er regels die de relatie tussen aanbieders en klanten betreffen. Dat zijn voornamelijk bepalingen van de hoofdstukken 7 (huurlijnen en telefonie), 11 (bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer) en 12 (geschillencommissie). Voor zover dergelijke bepalingen aan aanbieders zekere minimumverplichtingen opleggen ten aanzien van transparantie van aanbiedingen, standaardisatie van gebruikte technieken en waarborging van een gedefinieerd kwaliteitsniveau hebben we als het ware te maken met een soort sectorspecifieke warenwet (‘dienstenwet’), waarbij het toezicht voornamelijk langs administratiefrechtelijke weg kan plaatsvinden. Op sommige plaatsen wordt echter verder gegaan en wordt rechtstreeks of indirect getreden in de privaatrechtelijke verhouding tussen aanbieder en klant. Op (de consequenties van) dat laatste type bepalingen wordt verder ingegaan.

In het Besluit ONP huurlijnen en telefonie (hierna: BOHT)¹⁶ worden verplichtingen opgelegd aan de aanbieder van huurlijnen die is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht.¹⁷ Tevens worden verplichtingen opgelegd aan aanbieders van (vaste en mobiele) openbare telefoonnetwerken en -diensten. Sommige van die verplichtingen gelden voor alle aanbieders van openbare telefoonnetwerken en -diensten, sommige verplichtingen alleen voor aanbieders van vaste netwerken en -diensten en sommige verplichtingen alleen voor aanbieders die krachtens artikel 6.4 Tw zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht. Voor het onderhavige onderwerp zijn slechts enkele van de bedoelde verplichtingen relevant. Weliswaar vormen de openbare vaste en mobiele telefoondiensten – en in mindere mate huurlijnen – in gebruiksaantallen (klanten, minuten) mogelijk nog de belangrijkste telecommunicatiediensten, maar door daarvoor aparte regels in het leven te roepen ontstaat nogal verbrokkelde regelgeving. Voor andere dan de genoemde telecommunicatiediensten, zoals internetdiensten, geldt hetgeen hierna wordt besproken (in elk geval voorlopig) niet.

In het BOHT wordt naast elkaar gesproken over ‘leverings- en gebruiksvoorwaarden’¹⁸ en ‘algemene voorwaarden’.¹⁹ In de toelichting wordt niet aangegeven wat in dit verband onder

lenregeling wordt gekenmerkt door onafhankelijkheid van de Commissie, een beroepsmogelijkheid bij de gewone rechter en de mogelijkheid van wraking en schoning. Dit in aanmerking nemende acht de NMa de geschillenregeling niet mededingingsbeperkend. De beschikkingen zijn gepubliceerd op de internet-site van de NMa <www.nma-org.nl>.

¹⁵ Zie met name de regels in de hoofdstukken 6 (interconnectie) en 8 (omroepnetwerken en systemen voor bijzondere toegang), alsmede verspreid voorkomende bepalingen zoals artikel 3.11 (delen van antenne-opstelpunten).

¹⁶ Besluit van 10 november 1998, *Stb.* 1998, 639.

¹⁷ Op grond van artikel 7.2 Tw. In artikel 20.1 lid 1 Tw is tot 15 december 2000 KPN Telecom B.V. (alsmede groepsmaatschappijen daarvan) als zodanig aangewezen.

¹⁸ Artikelen 7 lid 1, 10, 12, 18 en 21 BOHT.

¹⁹ Artikelen 7 lid 2, 24 en 25 BOHT.

¹ Zie voor een behandeling van de verhouding tussen publiek- en privaatrecht bij (interconnectie-) overeenkomsten tussen operators N. Sitompoel, De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid, *Computerrecht* 2000, p. 123 - 133.

² Aldus geparafraseerd de definitie van artikel 1 onder Telecommunicatiewet.

³ Zie met name J. Van den Berg, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1998, p. 89 - 102 en J.J. Allen, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1999, p. 153 - 161. Van den Berg kwalificeert overeenkomst van mobiele telecommunicatiedienstverlening als een overeenkomst van opdracht. Allen bestrijdt deze conclusie op m.i. juiste gronden.

⁴ Zo ook Allen, zoals hiervoor aangehaald.

⁵ Als bedoeld in artikel 6:231 BW.

⁶ Zie onder meer de losbladige uitgave *Verbintenissenrecht I* (Hondius), aantekeningen op afdeling 6.5.3 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

⁷ De zwarte lijst van artikel 6:236 BW, resp. de grijze lijst van artikel 6:237 BW.

⁸ Richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

beide begrippen moet worden verstaan.²⁰ Aan te nemen valt dat onder algemene voorwaarden niets anders kan worden verstaan dan daaronder op grond van artikel 6:231 BW in het Burgerlijk Wetboek wordt begrepen. Voor de term leverings- en gebruikvoorwaarden is dat minder duidelijk. Gezien de lijst van punten die volgens artikel 12 BOHT in ‘leveringsvoorwaarden’ moeten worden opgenomen, gaat het daar vooral om informatie die van belang kan zijn voor (potentiële) afnemers van de dienst, zoals informatie omtrent leverings- en reparatietermijnen, bestelprocedures en contractsduur.²¹ Die onderwerpen zouden deel kunnen uitmaken van algemene voorwaarden. De bedoeling van de desbetreffende bepalingen lijkt echter eerder te zijn de transparantie van het aanbod te verzekeren. Aannemelijk lijkt dan ook dat de aanduiding leveringsvoorwaarden niet is bedoeld om (inhoudelijk) toezicht te houden op algemene voorwaarden, maar op de informatie die aanbieders voorafgaand aan contractsluiting bekend moeten maken.²²

Het BOHT over algemene voorwaarden voor huurlijnen

De belangrijkste regels ten aanzien van algemene voorwaarden vinden we in de artikelen 7, 24 en 25 BOHT. Artikel 7 bepaalt dat de aanbieder van een huurlijn²³ het leveren van een huurlijn slechts mag weigeren, onderbreken, beperken, of beëindigen wegens het niet in acht nemen van de leveringsvoorwaarden, met toestemming van OPTA. Goedkeuring door OPTA van de bepalingen in de algemene voorwaarden die hierop betrekking hebben vervangt op grond van lid 2 de toestemming per geval. Civielrechtelijk geformuleerd gaat het in deze bepaling primair om opschorting van de verplichtingen (vgl. artikelen 6:52 en 262 BW), of ontbinding van de overeenkomst (vgl. artikel 6:265 BW). Deze wetsbepalingen brengen – toegepast op de onderhavige situatie – mee dat diensaanbieders hun dienstverlening zouden mogen opschorten bij wanbetaling of andere vormen van niet nakoming, voor zover die opschorting is gerechtvaardigd. Andersom mag betaling worden opgeschort zolang de dienst niet juist wordt verricht. Indien de schuldenaar in verzuim (of de prestatie onmogelijk) is, kan de overeenkomst ook worden ontbonden. Jegens een consument wordt afwijking van deze bevoegdheden in diens nadeel als onredelijk bezwarend aangemerkt (artikel 6: 236 onder b en c). Anderen dan consumenten kunnen zich beroepen op de algemene bepalingen omtrent onredelijk bezwarende bedingen (artikel 6: 233), tenzij het gaat om rechtspersonen die zo groot zijn dat ze op grond van artikel 6: 235 geen beroep op de vernietigingsmogelijkheden kunnen doen. Met deze regels is een goede bescherming geboden tegen onereuze bepalingen in algemene voorwaarden.

Wat moet OPTA in aanvulling op deze civielrechtelijke bescherming met de haar opgedragen taken doen? De bevoegdheid om tevoren bepalingen uit algemene voorwaarden goed te keuren geeft geen effectieve bescherming tegen de wijze van

gebruik van de bedongen bevoegdheden door aanbieders. OPTA kan wellicht de contractueel vastgelegde procedures bekijken, maar de feitelijke beoordeling in concrete omstandigheden beoordelen behoort niet tot haar taak. Of in concreto opschorting of ontbinding wordt gerechtvaardigd, is een vraag van feitelijke aard die zich moeilijk in regels laat vatten. Een enkele achterstallige betaling van enkele dagen zal minder snel een opschorting of weigering rechtvaardigen dan een structureel onbetaald laten van alle facturen. Ook is van belang de omvang van de achterstallige betaling in relatie tot de hoogte van de voor de aangevraagde huurlijn verschuldigde tarieven. De praktijk leert dat - zeker in een concurrerende markt - aanbieders slechts in uiterste omstandigheden hun klanten met deze sancties confronteren. Het vragen van waarborgsommen is veelal een effectievere bescherming, die de dienstverlening niet beperkt en betaling grotendeels zeker stelt.

Het BOHT over algemene voorwaarden voor vaste en mobiele openbare telefoondiensten

Voor aanbieders van vaste openbare telefoonnetwerken of -diensten geldt dat zij op grond van artikel 28 BOHT hun diensten slechts mogen onderbreken, beëindigen, aanzienlijk wijzigen of beperken, na voorafgaande toestemming van het college. Het gaat hier om dezelfde onderwerpen die in artikel 7 voor huurlijnen zijn geregeld, maar nu volstaat het niet de algemene voorwaarden tevoren door OPTA laten goedkeuren. Wel staat artikel 29 toe dat in ‘uitzonderlijke gevallen van overmacht, zoals extreme weersomstandigheden, aardbevingen, overstromingen, blikseminslag of brand’ de aanbieder (tijdelijk) niet hoeft te leveren indien hij daarmee de veiligheid van het functioneren van zijn telefoonnetwerk gedurende een dergelijke noodsituatie waarborgt. Naar Nederlands recht is dit een overbodige regeling. Het zou zoveel beter zijn geweest dit aan het civiele recht over te laten. Het derde lid staat vervolgens ook ‘maatregelen’ toe tegen wanbetalers, mits die tevoren door OPTA zijn goedgekeurd en genoegzaam bekend zijn gemaakt.²⁴ De enige zinvolle rol die OPTA zou kunnen vervullen is verifiëren of de bevoegdheden tot opschorting en ontbinding van de overeenkomst niet verder gaan dan op grond van het civiele recht toelaatbaar is²⁵ en of die expliciet worden vermeld. Dat bij wanbetaling ook ‘gewone’ inoderingsmaatregelen kunnen worden getroffen is zo volstrekt helder dat het bizar lijkt daarvoor voorafgaande toestemming van OPTA en publicatie te verlangen. Wel zullen algemene voorwaarden hier veelal de weg wijzen als het gaat om termijnen en gehanteerde procedures. Met een geschillencommissie (en zo nodig een civielrechtelijk kort geding) op de achtergrond is (ook) deze regeling mijn inziens echter overbodig naast het algemene recht. De toegevoegde waarde van sector-specifiek toezicht is slechts dat er een nieuw loket voor klachtbehandeling wordt geschapen, zonder dat daarvoor duidelijke inhoudelijke of procedurele regels in het leven zijn geroepen.

informatie ook op elektronische wijze aan afnemers ter beschikking kunnen worden gesteld, hetgeen gezien de (zakelijke) gebruikersgroep van huurlijnen ook meer voor de hand ligt.

22 In artikel 7 BOHT wordt in het eerste lid naar leverings- en gebruiksvoorwaarden verwezen en in het tweede lid naar algemene voorwaarden. Ook met de toelichting in de hand wordt niet duidelijk of met het verschil in aanduiding een verschil in inhoud wordt bedoeld. De aanduiding in het eerste lid lijkt in dit geval eerder te doelen op contractuele regelingen dan op een kwalificatie van het aanbod.

23 In het BOHT uitsluitend bedoeld als de aanbieder van huurlijnen die is aange- wezen op grond van artikel 7:2 Tw (zie ook artikel 20:1, lid 1).

24 De toelichting op de bepaling verwijst voor de achtergrond en de inhoud van dit voorschrift slechts naar de ONP Spraaktelefonie richtlijn.

25 Zie paragraaf 9.

Aanbieders van vaste en mobiele openbare telefoonnetwerken en -diensten moeten volgens artikel 24 BOHT onder meer op genoegzame wijze informatie betreffende de algemene voorwaarden die de aanbieder hanteert bekend maken. Van de wijze van bekendmaking moet mededeling in de Staatscourant worden gedaan. Wie met de regeling van afdeling 6.5.3 bekend is zal zich ook hier afvragen wat de toegevoegde waarde van deze bepaling is. Volgens artikel 6:233 (onderdeel b) BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker van de algemene voorwaarden de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van die algemene voorwaarden kennis te nemen. Artikel 6:234 bepaalt vervolgens dat de voorwaarden daartoe ter hand moeten worden gesteld, tenzij dit redelijkerwijs niet mogelijk is.²⁶ In dat geval kan worden volstaan met onverwijld toezending op kosten van de gebruiker, of verwijzing naar voorwaarden die ter inzage liggen bij de gebruiker, een opgegeven Kamer van Koophandel of een griffie van een gerecht. Het is niet waarschijnlijk dat de voorwaarden die voor de hier bedoelde diensten zo omvangrijk zijn dat redelijkerwijs niet aan de voorwaarde van terhandstelling kan worden voldaan. Wel zal het (bijvoorbeeld bij telefonische transacties) kunnen voorkomen dat de terhandstelling praktisch vervangen moet worden door kostenloze toezending. In alle gevallen echter is de bepaling van artikel 24 BOHT zinloos. Publicatie van de wijze van bekendmaking van algemene voorwaarden in de Staatscourant zal nimmer kunnen gelden als terhandstelling of toezending en zal dan ook civielrechtelijk van geen betekenis zijn.²⁷ Degene die zich alleen aan de norm van het BOHT houdt, kan zich niet zonder meer op de algemene voorwaarden jegens zijn klanten (in elk geval consumenten en klein zakelijke klanten) beroepen. Voor degene die ervoor zorgt dat hij civielrechtelijk juist handelt, is de norm van artikel 24 een zinloze administratieve belasting. Desalniettemin bestaat de verplichting en kan OPTA op de naleving daarvan toezien.²⁸ Tot het in wetgeving opnemen van zinloze bepalingen verplicht naar mijn oordeel het Europese recht niet. De strekking van de ONP richtlijnen wordt door de regeling in het Burgerlijk Wetboek afdoende en zelfs verdergaand gewaarborgd. Wetgever en toezichthouder zouden er goed aan doen dit soort regels te laten vallen c.q. toezicht op de naleving ervan achterwege te laten en de beperkte capaciteit aan dringender zaken te besteden.

Ten aanzien van de inhoud van de algemene voorwaarden van de aanbieders als in de vorige paragraaf bedoeld, stelt artikel 25 BOHT een aantal onderwerpen verplicht. In de schriftelijke overeenkomst die met de klant moet worden gesloten, of in de algemene voorwaarden moeten in elk geval bepalingen zijn opgenomen met betrekking tot:

- de wachttijd bij eerste aansluiting op de vaste openbare telefoondienst of de mobiele openbare telefoondienst;
- soorten onderhoudsservice;
- de schadevergoedings- of terugbetalingsregeling voor contractanten bij niet levering van de telefoondienst zoals is overeengekomen;

- geschillenregeling;
- een nadere specificatie van de dienst, en
- de kwaliteitsniveaus van de geboden dienst.

Wat inhoudelijk ten aanzien van die onderwerpen moet worden geregeld, wordt niet aangegeven, maar op grond van het tweede lid mag OPTA aanpassing van de voorwaarden verlangen teneinde deze in overeenstemming te brengen met ‘het bij of krachtens de wet bepaalde ter uitvoering van richtlijn 98/10/EG’.²⁹ Dit geeft zowel OPTA als marktpartijen wel erg weinig houvast over de inhoud van het toezicht. De tussen aanhalingstekens geplaatste zin leidt er mijns inziens toe dat alleen bij zonneklare overtreding van uitdrukkelijke normen in de Nederlandse wetgeving, gebaseerd op de ONP richtlijn, ingrijpen van de toezichthouder kan plaatsvinden. Bij gebreke van dergelijke normen zou toezicht geheel onvoorspelbaar zijn. Welke diensten en kwaliteitsniveaus in de markt worden aangeboden, is een taak voor de concurrerende aanbieders en niet voor de toezichthouder. Sterker nog: veel van de genoemde aspecten zullen niet in algemene voorwaarden, maar in dienstbeschrijvingen worden neergelegd. De verplichting zal dan ook - wil deze praktisch hanteerbaar blijven - aldus moeten worden uitgelegd dat marktpartijen deze ook naleven indien zij (in algemene voorwaarden) aangeven op welke wijze klanten de informatie kunnen verkrijgen. Ook hier voegt de sectorspecifieke bepaling weinig bescherming toe aan het bestaande civielrechtelijke kader. Contractueel is de aanbieder gebonden aan hetgeen hij is overeengekomen en bij interpretatieverschillen speelt een rol wat partijen dienaangaande over en weer van elkaar mochten verwachten. Alleen al om die reden heeft een aanbieder er belang bij zijn klanten goed te informeren.

Andere bepalingen uit Telecommunicatiewet

Er zijn ook andere bepalingen in de Telecommunicatiewet en de daarop berustende regels die expliciet of impliciet voorschriften behelzen die de relatie van dienstenaanbieders en klanten raken. Ik licht er één uit. Artikel 4:10 legt een rechtstreekse plicht op een aanbieder om zijn klanten de mogelijkheid van nummerbehoud te bieden bij het overstappen naar een andere aanbieder. Deze regel kan zo worden gelezen dat (dwingendrechtelijk) aanbieders deze vorm van nummerbehoud moeten bieden, ook als de nieuwe aanbieder daaraan geen medewerking verleent. Het eigene van nummerbehoud is evenwel dat oude en nieuwe aanbieders moeten samenwerken om te zorgen dat zowel contractueel als technisch en operationeel het daadwerkelijk mogelijk wordt dat klanten bij hun nieuwe aanbieder - onder een nieuwe overeenkomst - bereikbaar blijven onder het oude nummer. De vraag die opkomt is hoe de wettelijke aanspraak van de klant moet worden uitgelegd indien met de nieuwe aanbieder dergelijke afspraken niet gemaakt kunnen worden.³⁰ Mag een aanbieder (in zijn algemene voorwaarden) opnemen dat de aanspraak van de klant alleen kan worden gehonoreerd indien de klant

20 Hetzelfde gold voor de voorloper van het BOHT, het Besluit algemene richtlijnen telecommunicatie (voor zover relevant laatstelijk gewijzigd bij besluit van 30 juni 1997, *Stcrt.* 1997, 125), dat op grond van artikel 4 Wtv voorschriften bevatte waar Koninklijke KPN NV zich als houder van de toenmalige telecommunicatieconcessie naar moest richten. Ook in dat besluit werden beide begrippen gebruikt zonder duidelijke toelichting.

21 Het opnemen van de onderwerpen die in artikel 12 BOHT zijn genoemd in algemene voorwaarden zou ook volstrekt onpraktisch zijn. De daar bedoelde gegevens zijn veelal tijdsgebonden en opnemings zou dan ook tot zeer regelmatige aanpassing van de voorwaarden moeten leiden. De bedoeling van de ONP richtlijn en het BOHT is niet de praktijk met onhanteerbare regels te confronteren, maar transparantie naar eindgebruikers te garanderen. De doelstelling van transparante informatievoorziening aan (potentiële) afnemers kan vaak op meer praktische wijze worden geregeld. Steeds vaker zal de bedoelde

26 Uit HR 1 oktober 1999, *JOR* 2000, 21 (m.nt. B. Wessels), *NJ* 2000, 207, is af te leiden dat de terhandstelling een limitatieve invulling is van de verplichte redelijke mogelijkheid om voldoende kennis van de voorwaarden te geven. Onder omstandigheden kan echter ook een beroep op bedingen worden gedaan indien de wederpartij met dat beding bekend was, of geacht kan worden daarmee bekend te zijn.

27 In de (concept-)richtsnoeren van OPTA van april 2000 over het toezicht op de naleving van artikel 24 BOHT wordt ook gesteld ‘dat het college zich aansluit bij hetgeen hierover is bepaald in het Burgerlijk Wetboek’. Zou het daarbij blijven dan is er niets aan de hand, maar geconstateerd moet worden dat weliswaar inhoudelijk aansluiting wordt gezocht, maar de gevolgen van schending verschillen. Het toezicht van OPTA veronderstelt eventuele toepassing van administratiefrechtelijke handhaving die naast de privaatrechtelijke gevolgen staat.

28 Hetgeen OPTA blijkens mededelingen in haar orgaan *Connecties*, nr. 4, 2000, p. 5, ook daadwerkelijk in zomer en najaar van 1999 heeft gedaan. OPTA kondigt zelfs aan Richtsnoeren voor de bekendmaking van voorwaarden en tarieven te zullen publiceren. In een aan marktpartijen gezonden concept voor deze richtsnoeren wordt de nadruk gelegd op informatieverstrekking aan klanten. Voor de vraag wanneer die informatieverstrekking voldoende is, wordt verwezen naar het Burgerlijk Wetboek. De richtsnoeren illustreren daarmee dat het sectorspecifieke toezicht in dit opzicht niets toevoegt aan hetgeen zonder de bepalingen al zou gelden.

29 De zogenaamde ONP Spraaktelefonie richtlijn.

30 Bijvoorbeeld omdat zij geen overeenstemming kunnen bereiken over de technische en operationele procedures die nodig zijn, of over de tarieven die zij over en weer aanrekenen.

overgaat naar een andere aanbieder met wie dergelijke afspraken wel zijn gemaakt? OPTA lijkt bij het opleggen van een last onder dwangsom aan aanbieders van mobiele telecommunicatiediensten hieraan voorbij te gaan.³¹ Omdat de situatie dat geheel geen overeenstemming kan worden bereikt zich in Nederland (in elk geval in de mobiele markt) tot op heden niet heeft voorgedaan, is dit gelukkig nog een theoretische vraag. Toch zal - als de situatie zich zou voordoen - OPTA er mijns inziens niet aan ontkomen zich een oordeel over de inhoud van een geschil tussen aanbieders te vormen en kunnen niet bij voorbaat beide partijen van schending van de wet worden beticht indien geen overeenstemming wordt bereikt. De aanbieder die wordt geconfronteerd met een andere aanbieder die aan medewerking volstrekt onredelijke eisen stelt, zou zich civielrechtelijk op overmacht moeten kunnen beroepen wegens onvoldoende medewerking van de andere aanbieder, voor wie de klant en niet hijzelf heeft gekozen.

Geschilbeslechting tussen aanbieders en (consument) klanten

De ONP richtlijnen kennen naast de besproken materiële regels ook voorschriften aan lidstaten om procedures voor geschilbeslechting in het leven te roepen.³² De teksten van de bepalingen in de huidige richtlijnen en de voorgangers daarvan blinken allerm minst uit door helderheid omtrent de juridische aard van de bedoelde geschilprocedures. De huidige Spraaktelefonie richtlijn legt vooral verplichtingen op aan de lidstaten om ‘laagdrempelige en in beginsel goedkope procedures voor billijke, transparante en vlotte beslechting van geschillen’ te waarborgen. Daarbij wordt opengelaten of deze procedures voor de nationale toezichthouder of voor een andere onafhankelijke instantie plaatsvinden. Voor geschillen waarbij organisaties in meer lidstaten zijn betrokken is daarnaast voorzien in een ‘bemiddelingsprocedure’ bij een werkgroep die wordt georganiseerd door de voorzitter van het ONP-comité. Men zou met deze teksten in de hand kunnen verdedigen dat door het voorschrift van artikel 12.1 van de Tw in elk geval voor consumenten een geschillenregeling is gewaarborgd die voldoet aan de eisen van de Richtlijn. Artikel 12.1 verplicht aanbieders van vaste en mobiele openbare telefoondiensten om zich bij een van overheidswege erkende geschillencommissie³³ aan te sluiten. Alleen voor klanten die niet ‘hoofdzakelijk anders dan in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelen’ geldt deze verplichting niet en is er in de praktijk geen alternatieve wijze van geschilbeslechting ontstaan.

Bij de implementatie van de richtlijn is er niet voor gekozen om primair te zoeken naar civielrechtelijke vormen van geschilbeslechting voor (zakelijke) klanten. De wetgever heeft in plaats daarvan gekozen voor een administratiefrechtelijk georiënteerde procedure in de artikelen 7.7 en 7.8 Tw, zoals nader uitgewerkt in het Besluit ONP-geschillenregeling.³⁴ Voor consumenten staan beide vormen van geschilbeslechting open. Een belanghebbende die beëindiging van een aanbod

van huurlijnen niet aanvaardt, of ‘die zegt schade te hebben geleden dan wel schade te kunnen lijden’ doordat een krachtens de ONP richtlijnen in de wet opgenomen verplichting is geschonden kan OPTA om ‘een oordeel’ vragen. Behoudens een regeling omtrent klachtgeld bevat het besluit verder geen bepalingen over de inhoud of de procedure, die daarmee verder geheel aan de Algemene Wet Bestuursrecht wordt overgelaten. De tussen aanhalingstekens geplaatste citaten uit artikel 2 van het Besluit geven al aan met welke onmogelijke taak OPTA wordt opgezadeld. Indien het werkelijk om schadevorderingen zou gaan volstaat natuurlijk niet dat een administratiefrechtelijke instantie daarover ‘een oordeel’ geeft. De geciteerde woorden zijn afkomstig uit de (oude) richtlijnen en door de wetgever ten onrechte overgenomen uit de oude wetgeving. Zoals in artikel 7.7 juist er is aangegeven, zou het moeten gaan om gevallen waarin iemand rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een actie van een aanbieder in strijd met de in de wetgeving geïmplementeerde ONP richtlijnen. Het zou mijns inziens zelfs niet bij de grondwettelijke taakverdeling passen als administratieve organen als OPTA geroepen zouden worden om schadevergoedingsvorderingen te behandelen.³⁵

Artikel 7.8 Tw³⁶ bepaalt dat OPTA - indien de door de aanbieder getroffen maatregel onredelijk wordt geacht - de ‘regels (kan) vaststellen’ die tussen de aanbieder en de vrager van het oordeel zullen gelden. Hoe deze regels in de civielrechtelijke relatie tussen aanbieder en klant uitwerken is onduidelijk. Worden die regels geacht deel uit te maken van de contractsinhoud en moeten ze (alleen) civielrechtelijk worden afgedwongen? Of gaat het om voorschriften die (alleen) administratiefrechtelijk afdwingbare verplichtingen in het leven roepen? De schrik zou zijn als beide wegen naast elkaar open staan en zowel de civiele rechter (op vordering van één der partijen) als de administratieve rechter (die geroepen wordt het oordeel van OPTA te beoordelen) zich over dezelfde zaak zouden moeten buigen. Deze onduidelijkheid leidt potentieel tot vele procedurele discussies, waar in elk geval marktpartijen niet op zullen wachten. Alleen al om die reden zou OPTA er verstandig aan doen zich terughoudend op te stellen bij het toepassen van de bevoegdheid oordelen te geven en die bevoegdheid te reserveren voor zaken die zich niet op het terrein van de contractuele relatie tussen partijen bevinden.³⁷

Het in paragraaf 13 besproken artikel 25 BOHT bevat nog de verplichting in de algemene voorwaarden informatie op te nemen met betrekking tot de geschillenregeling. Weinig of geen van de aanbieders van vaste openbare telefoondiensten hebben in hun algemene voorwaarden naar het bestaan van artikel 7.7 en 7.8 Tw verwezen. Anders dan OPTA, die dat van marktpartijen verlangde, zie ik daartoe ook geen enkele aanleiding. Deze ongelukkige geschilbeslechtingsregeling is bij en krachtens wet geregeld en ook zonder verwijzing in algemene voorwaarden toepasselijk. Dat is anders bij de civielrechtelijke geschilbeslechting bij wege van arbitrage of bindend advies. Dergelijke geschilbeslechting dient een contractuele

grondslag te hebben. Aanbieders kunnen zich in hun algemene voorwaarden binden aan geschilbeslechting (bij wege van bindend advies) door de Geschillencommissie Telecommunicatie, waarmee zij voldoen aan het in artikel 12.1 Tw bepaalde. Voor een zinvolle invulling van artikel 25 BOHT moet daarmee kunnen worden volstaan.

Europeesrechtelijke achtergrond van de sector-specifieke regels

Het BOHT en het Besluit ONP-geschilbeslechting bevatten - zoals de titels al aangeven - voornamelijk bepalingen die strekken tot implementatie van Open Network Provision (ONP) richtlijnen van het Europees Parlement en de Raad.³⁸ Zoals uit het voorgaande blijkt passen sommige bepalingen uit die richtlijnen mijns inziens slecht bij de Nederlandse verhoudingen. Het zou dan ook voor de hand hebben gelegen een wijze van implementatie te kiezen die daarbij meer aansluit, maar angst om op onjuiste implementatie te worden aangesproken heeft de Nederlandse wetgever verhindert een inhoudelijke afweging van de verschillende opties te maken. Teveel is aansluiting gezocht bij de letterlijke bewoordingen van bepalingen uit de richtlijn, zonder dat een poging is gewaagd de inhoud zinvol of begrijpelijk te maken. De thans in de EU lopende evaluatie van het Europese regelgevende kader voor de telecommunicatiesector zou een goede kans bieden die regels te saneren.

In het kader van deze ‘review’ heeft de Europese Commissie (DG Information Society) op 12 juli 2000 concept richtlijnen gepubliceerd³⁹ waarin de opzet van het toekomstige sectorspecifieke telecommunicatierecht is neergelegd. Het uitgangspunt is dat de regelgeving minder techniek- en dienstgebonden moet zijn en de concept-richtlijnen gelden dan ook niet meer specifiek voor huurlijnen en openbare telefonie. Het te reguleren domein bevat alle openbare ‘communications networks and services’. Het concept voor de richtlijn over *Universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and services*, bevat in artikel 17 opnieuw voorschriften aangaande contracten.⁴⁰ Section 18 legt de lidstaten de plicht op te zorgen dat informatie omtrent (onder meer) ‘standard terms and conditions’ voor het publiek (en in het bijzonder voor gebruikers en consumenten) beschikbaar is. Hoewel dat in eerdere werkdocumenten nog wel voorkwam, is het expliciete voorschrift dat lidstaten ervoor zouden moeten zorgen dat in geval van een geschil omtrent een ‘publicly available communications service’ eenieder het recht heeft dat geschil voor te leggen aan de onafhankelijke *National Regulatory Authority* niet meer opgenomen. Wel dienen lidstaten volgens artikel 30 te zorgen voor ‘transparant, simple and in-expensive’ procedures voor geschilbeslechting, zo mogelijk in overeenstemming met de principes die zijn neergelegd in Aanbeveling 98/257/EC. Deze tekst laat de Nederlandse wetgever alle ruimte om afscheid te nemen van de huidige ongelukkige regeling.

Welke rol spelen de sector-specifieke bepalingen nu precies?

Uit het hiervoor geschetste kader blijkt dat het terrein allerm minst overzichtelijk is. Klanten die een geschil met hun telecommunicatiedienstenaanbieder hebben, kunnen langs civielrechtelijke weg beslechting van hun geschil zoeken, maar onder omstandigheden staan ook specifieke in de Tw aangegeven wegen open. De civielrechtelijke weg is relatief overzichtelijk; het algemene (contracten- en proces)recht wijst de weg. Voor zover geen dwingendrechtelijke bepalingen daaraan in de weg staan is de contractuele verhouding beslissend en voor zover niet arbitrage of bindend advies⁴¹ is overeengekomen, is de burgerlijke rechter geschilbeslechter. De weg via de sector-specifieke bepalingen is onoverzichtelijker. Voor sommige verplichtingen bestaan (meer of minder duidelijke) normen, voor andere niet. Voor zover die normen er zijn kan OPTA in bepaalde gevallen ‘de regels vaststellen die terzake tussen de aanbieder en de vrager van het oordeel zullen gelden’. Zoals gezegd is de status van die regels niet helder. De klager die deze weg volgt, loopt vooralsnog de kans in allerlei procedurele discussies verzeild te raken.

De rol die OPTA in dit alles voor zichzelf ziet is nog niet helder. De geschetste procedurele bezwaren lijken door OPTA worden herkend.⁴² Wat betreft de inhoudelijke normstelling lijkt OPTA vooralsnog echter primair uitvoering te willen geven aan de letter van de wet en zich niet expliciet af te vragen of de beoogde doelstellingen niet langs andere weg kunnen worden gerealiseerd. Wellicht gaat de OPTA ervan uit dat een wijziging alleen van de wetgever kan komen en zij de haar gestelde taken eenvoudigweg moet uitvoeren. Helaas wordt dit punt in de openbaar gemaakte reactie van OPTA op de Review van de ONP regelgeving onderbelicht gelaten.

Enkele ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk

Zoals al blijkt uit de geschetste Europese achtergrond van een deel van de relevante regels staat de ontwikkeling in Nederland niet op zichzelf. Hoewel een breed rechtsvergelijkend onderzoek naar de implementatie en uitwerking van de Europese richtlijnen in de verschillende rechtsstelsels binnen de Europese Unie zinvol lijkt, is dat voor de opzet van deze bijdrage te ambitieus. Zowel omdat de ontwikkeling in het Verenigd Koninkrijk in Europees verband nogal eens als lichtend voorbeeld is genomen, als vanwege de toegankelijkheid van de informatie, wil ik hier echter nog wel kort stilstaan bij enkele aspecten van het recht op dit gebied aldaar.

Het Verenigd Koninkrijk kent net als Nederland naast elkaar algemeen geldende regels voor het toezicht op algemene voorwaarden⁴³ en een nationale implementatie van de ONP richtlijnen.⁴⁴ Een belangrijk verschil is echter gelegen in de taak die de sectorspecifieke toezichthouder Oftel sinds 1 oktober 1999

³¹ Aangekondigd door OPTA in *Connecties* 1999 nr. 10 (december).

³² Zie artikel 26 van de ONP Richtlijn Spraaktelefonie (98/10, *PbEG* 1998, L 101) en artikel 12 van de ONP Richtlijn Huurlijnen (92/44, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/51, *PbEG* 1997,

³³ In de praktijk is dat alleen de in paragraaf 5 bedoelde Geschillencommissie telecommunicatie van de Stichting Geschillencommissies.

³⁴ *Sib.* 1998, 130. E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, p. 514-515, wijst erop dat in artikel 7.7 zowel bepalingen uit de ONP Huurlijn Richtlijn als de ONP Spraaktelefonie Richtlijn worden geïmplementeerd. De verschillen in deze richtlijn-bepalingen zijn daarmee in de Nederlandse regeling verdwenen.

³⁵ Zie artikel 112, lid 1, Grondwet.

³⁶ Uit de toelichting op deze bepaling blijkt eigenlijk alleen dat de wetgever van oordeel is dat de bepaling noodzakelijk is ter implementatie van de ONP richtlijn en dat de reikwijdte van de artikelen 7.8 en 12.1 verschilt; zie Daalder/Van Breugel, *Parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet*, p. 353-354. Zie ook E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, p. 514-516, die concludeert dat de competentieafbakening in de praktijk nog wel de nodige problemen zal opleveren.

³⁷ Zie ook N. Sitompoel, De interconnectieovereenkomst en contractsvrijheid, *Computerrecht* 2000, p. 131, die eveneens de civiele rechter de aangewezen instantie acht om civielrechtelijke vraagstukken toe te passen.

³⁸ Zie in het bijzonder de ONP-Richtlijnen voor huurlijnen, 92/44/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/51/EG (*PbEG* L 165) en voor spraaktelefonie, 98/10/EG (*PbEG* L 101).

³⁹ Zie <www.ispo.ccc.be/infosoc/telecompolicy/review99>.

⁴⁰ Het artikel komt in grote lijnen overeen met het huidige artikel 10 lid 1 van de ONP Spraakrichtlijn (98/10/EG), maar kent niet (expliciet) de in het tweede lid van dat artikel geregelde bevoegdheid voor nationale regelgevende instanties om op eigen initiatief of verzoek te verlangen dat de voorwaarden worden aangepast. Wel kent section 31 lid 2 een wat strekking betreft niet geheel duidelijke regeling op grond waarvan representatieve gebruikersorganisaties ‘onder de aandacht mogen brengen’ van National Regulatory authorities of andere onafhankelijke instanties dat ‘terms and conditions’ voor telecommunicatie-

diensten ‘are deemed to be unsatisfactory for users’. Zowel naar de exacte inhoud van de materiële norm als de rechtsmiddelen van de genoemde instanties is het voorlopig gissen.

⁴¹ Zoals bij de in par. 5 aangegeven geschillencommissie.

⁴² Zie de column van P. Schnetzler, hoofd Juridische zaken OPTA, in het huisblad van OPTA, *Connecties*, april 2000, p. 3, die ook zijn zorg uitsprekt over de door de wetgever voor OPTA bedachte dubbelrollen en de procedurele complicaties en vertraging waartoe die rollen aanleiding kunnen geven.

⁴³ The Unfair Contract Terms Act 1977 en The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, 1999.

⁴⁴ Met name The Telecommunications (Open Network Provision) (Voice Telephony) Regulations 1998.

reglement heeft de SIDN Brokerhof gewezen op het feit dat een aantal domeinnamen nu niet meer geblokkeerd waren. Op de bijgesloten lijst kwamen de drie domeinnamen niet voor. Groot was daarom de schrik van Brokerhof toen hij ontdekte dat zij op 1 september 1999 aan Tellus waren toegekend. Tegen de tijd dat de SIDN hierover haar excuses aanbod (21 april 2000), had Tellus de domeinnamen al weer doorverkocht. Net voor de levering wist Brokerhof echter conservatoir beslag te leggen op de domeinnamen, zodat overdracht nog niet heeft kunnen plaatsvinden.

De President moest in kort geding oordelen over het verzoek van Tellus om de gelegde beslagen op te heffen. Op grond van art. 705 lid 2 Rv moest het summierlijk de ondeugdelijkheid van het door Brokerhof ingeroepen recht (op de domeinnaam-registraties) aantonen. Hierin is Tellus niet geslaagd.

De vermogensrechtelijke status van domeinnamen

In het vonnis inzake Tellus/Brokerhof wordt ten aanzien van domeinnamen een breed scala aan werkwoorden gebruikt: aanvragen, toekennen, reserveren, registreren, verkopen. Gezamenlijk bevestigen zij dat domeinnamen - althans voor de President en de procespartijen - economische waarde vertegenwoordigen.

In de tot dusver gevoerde kort gedingen is - voor zover mij bekend - niet stilgestaan bij de wijze waarop een domeinnaam vermogensrechtelijk dient te worden gekwalificeerd. Deze kwalificatie is verre van onbelangrijk, met name voor de vraag of zij vatbaar zijn voor beslag en hoe zo'n beslag zou moeten worden gelegd. Allereerst echter een korte feitelijke expeditie. Wat is een domeinnaam eigenlijk? Uiteindelijk blijkt het in juridische zin weinig voor te stellen. Een domeinnaamregistratie bij de SIDN verschaft de registrant niet meer dan het recht om in het register van de SIDN, de DNS-database voor het .nl domein, de domeinnaam te laten doorverwijzen naar een door de houder op te geven IP-nummer, zo lang men tenminste aan de in het Reglement voor Registratie van Internet Domeinnamen (NL) gestelde administratieve, technische en financiële verplichtingen blijft voldoen. Verwijdering van de domeinnaam uit het register of wijziging van het corresponderende IP-nummer maakt het gebruik van de domeinnaam door de voormalige houder onmiddellijk onmogelijk. De rechtsverhouding tussen registrant en registrar (SIDN) heeft geen wettelijke grondslag en is er dus een uit overeenkomst. De SIDN verricht een dienst die bestaat uit het doen routeren van internetverkeer naar het in de NL root file opgenomen IP-adres van de registrant. Zij garandeert exclusiviteit, in die zin dat niemand anders gebruik kan maken van die domeinnaam.

Bij alfanumerieke nummers (ook wel naamnummers genoemd) is de feitelijke situatie vergelijkbaar. Een nummerregistratie bij OPTA - een toekenning of een reservering - is volgens de terminologie van de Telecommunicatiewet geen vergunning, maar het komt wel op hetzelfde neer.⁴ Bij zowel domeinnamen als alfanumerieke nummers gaan de aanvraag en het gebruik doorgaans via een service provider, die zelf geen recht op de domeinnaam respectievelijk het nummer verkrijgt. Bij een nummertoeckenning verkrijgt men van overheidswegen de toestemming - en daarmee het recht - om als enige gebruik te (gaan) maken van dat nummer. Technisch gezien leidt intrekking van de toekenning echter niet tot de

onmiddellijke onmogelijkheid om van het nummer gebruik te maken; daartoe moet de service provider eerst actie ondernemen. Wat dit punt betreft heeft de SIDN dus een aanmerkelijk sterkere de facto machtspositie dan OPTA.

Terug naar de vermogensrechtelijke kwalificatie. Art. 3:6 BW bepaalt: 'Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.'

Deze (niet-limitatieve)⁵ opsomming legt impliciet de nadruk op de economische betekenis van een vermogensrecht. Hierbij gaat het om aspecten als overdraagbaarheid, stoffelijk voordeel en ruilwaarde. Met de overdraagbaarheid wordt mede tot uitdrukking gebracht dat een vermogensrecht een eigen identiteit in het rechtsverkeer heeft, los van de oorspronkelijk rechthebbende. Ook publiekrechtelijke vergunningen kunnen op grond van dit criterium in privaatrechtelijke zin als vermogensrechten worden gekwalificeerd.⁶ Van Engelen schrijft hierover: 'Kenmerkend voor een vermogensrecht is dat het een onderdeel van iemands vermogen is. Een vermogensrecht is dan ook op geld waardeerbaar, althans daaraan kan vermogenswaarde worden toegekend. Met Meijers kan men zeggen dat subjectieve vermogensrechten een vermogensbestanddeel zijn, hetzij vanwege hun vervreemdbaarheid en de verkeerswaarde die zij daardoor bezitten, hetzij - wanneer de vervreemdbaarheid ontbreekt - vanwege hun gebruikswaarde.'⁷

Uit het hier besproken vonnis - en uit vele eerdere - blijkt dat zowel domeinnamen als alfanumerieke nummers een duidelijke economische waarde hebben. Zij zijn beide overdraagbaar, zoals blijkt uit art. 13.1 van het Reglement respectievelijk art. 4.6 Tw, zij het dat (speculatieve) handel in nummers is verboden (art. 4.7 lid 4 sub b Tw). Zij strekken ertoe de houder stoffelijk voordeel te verschaffen (gebruikswaarde), bijvoorbeeld in die zin dat de houder door zijn grotere bereikbaarheid meer klanten kan werven. Ook de verkeerswaarde van domeinnamen kan groot zijn, getuige de grote bedragen die af en toe voor 'mooie' domeinnamen worden betaald. Domeinnamen en alfanumerieke nummers worden slechts verstrekt tegen betaling, zij het dat de te betalen administratiekosten doorgaans in geen verhouding staan tot de commerciële waarde.

Wij kunnen daarom concluderen dat zowel domeinnamen als alfanumerieke nummers (onlichamelijke) vermogensrechten zijn. Het moet echter worden benadrukt dat volgens de systematiek van de Telecommunicatiewet de toekenning van een nummer geen eigendomsrecht verschaft, maar slechts een gebruiksrecht, beperkt in tijd, aard en verhandelbaarheid. De verwijzing in het nummerregister van OPTA naar de 'eigenaar' van het nummer berust dan ook mijns inziens op een terminologische vergissing. Er worden voorwaarden gesteld aan het gebruik en de toekenning kan op een aantal gronden worden ingetrokken. Bovendien verkrijgt men geen enkele zekerheid omtrent de gebruikstermijn. Wordt bijvoorbeeld de bestemming van een nummer in het Nummerplan gewijzigd dan kan dit leiden tot intrekking van het nummer. Een business model van een bedrijf dat gebaseerd is op het gebruik van het informatienummer 0800-PIZZERIA zou bijvoorbeeld in de problemen komen als in de toekomst wordt beslist dat 0800 nummers een andere bestemming krijgen.

Uit art. 11.1 van het huidige Reglement blijkt dat het op een domeinnaam verkregen recht evenmin absoluut is. De regis-

tratie kan immers worden doorgehaald indien de houder niet voldoet aan zijn verplichtingen, zoals de verplichting tot periodieke betaling. Dit feit suggereert dat er eerder sprake is van het 'huren' van een domeinnaam bij de SIDN. Als er overdracht plaatsvindt, betreft dit louter de overdracht van de registratie, niet van de domeinnaam zelf. De domeinnaam is niets meer dan één entry in de DNS-database met de circa 400.000 Nederlandse domeinnamen. Het door domeinnaamregistratie verkregen recht is derhalve relatief in die zin dat het slechts jegens de SIDN een recht geeft, maar absoluut in die zin dat niemand anders gebruik kan maken van de domeinnaam. Door toekenning van een nummer door OPTA verkrijgt men naar mijn mening een absoluut recht op gebruik van dat nummer, beperkt slechts in de relatie tot OPTA zelf, die immers te allen tijde de toekenning (ambtshalve) kan intrekken op in de wet genoemde gronden.

Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken. Een domeinnaam zelf is juridisch niets: het is alleen een naam. Domeinnaamregistratie geeft de registrant echter een vorderingsrecht jegens de SIDN dat wij wellicht kunnen omschreven als het registratierecht. Dit recht geeft de registrant jegens de SIDN het recht om in de DNS-database opgenomen te worden onder de geregistreerde domeinnaam en die domeinnaam te laten doorverwijzen naar het door de registrant opgegeven IP-nummer. Een en ander tegen bepaalde door de SIDN gestelde voorwaarden. Het is dit jegens de SIDN uit te oefenen vorderingsrecht dat in eigenlijke zin voorwerp is van een eventuele juridische procedure: de eiser wil bereiken dat de desbetreffende domeinnaam gaat doorverwijzen naar zijn eigen IP-adres. Overdracht van een vorderingsrecht is op grond van art. 3:83 lid 1 BW in beginsel steeds mogelijk. Voor rechten op naam worden de leveringsvereisten gegeven door art. 3:94 BW. De overdrachtsprocedure van art. 13.1 Reglement SIDN komt dan ook feitelijk overeen met de bij cessie vereiste akte plus mededeling.

Bij een (alfanumeriek) telefoonnummer is de juridische situatie anders vanwege het feit dat de toekenning van een nummer door OPTA juist wel een wettelijke grondslag heeft, namelijk in hoofdstuk 4 van de Telecommunicatiewet. Het van OPTA verkregen gebruiksrecht werkt erga omnes en niet op grond van de privaatrechtelijke rechtsbetrekking tussen aanvrager en toekenner.

De macht van de SIDN

Gezien de feitelijke monopoliepositie die de SIDN inneemt ten aanzien van Nederlandse domeinnamen is het wellicht verrassend dat zij geen enkele wettelijke basis heeft. De SIDN heeft haar 'bevoegdheid' in 1996 verkregen van het Centrum voor Wiskunde en Informatica in Amsterdam, dat het in 1986 weer gedelegeerd had gekregen van het Stanford Research Institute. Vergeleken met alfanumerieke nummers is de situatie zelfs zeer curieus. De tweedeling tussen privaatrechtelijke zelfregulering aan de ene kant en grotendeels publiekrechtelijk toezicht aan de andere kant ontbeert iedere logica, gezien de grote overeenkomsten tussen alfanumerieke nummers en domeinnamen. De keuze voor het model van regulering is een politieke keuze, maar het is mijns inziens licht absurd dat 0800-HEINEKEN wordt toegekend door een bij wet ingesteld zelfstandig

bestuursorgaan op grond van de Telecommunicatiewet, de Wet OPTA en het Nummerplan voor Telefonie- en ISDN-diensten, terwijl HEINEKEN.NL wordt toegekend door een particuliere stichting op grond van een door haarzelf in het leven geroepen Reglement.⁸ Zowel bij de totstandkoming van de spelregels als bij de controle op de uitvoering daarvan ontbreekt bij domeinnamen iedere vorm van onafhankelijke toetsing.

De situatie voor aanvragers en gebruikers wordt vervelender wanneer de SIDN slordig met haar macht omspringt. Het vonnis inzake Tellus/Brokerhof biedt voldoende voorbeelden. De SIDN hanteert een tamelijk willekeurig blokkeringsbeleid ten aanzien van algemene benamingen dat bovendien om de haverklap verandert. Men mag toch verwachten dat zij belanghebbenden zoals Brokerhof volledig informeert over beleidswijzigingen waardoor eerder geweigerde domeinnamen in de toekomst wel voor toekenning in aanmerking gaan komen. Bij geconstateerde fouten lijkt onmiddellijke rechtzetting te prefereren boven 'omslachtige antwoorden' en probleemverschuiving, zoals de President in zijn vonnis constateert. Een vergelijkbare situatie deed zich onlangs voor bij de door de SIDN geblokkeerde domeinnamen van NameSpace, die zonder enige vooraankondiging plotsklaps weer beschikbaar kwamen. Het is voor de SIDN te hopen dat er uit deze lijst geen domeinnaamregistraties zijn verricht die inbreuk maken op merkenrechten van partijen die de SIDN nadrukkelijk om 'hun' domeinnaam hadden gevraagd voordat deze werd vrijgegeven. Schadeclaims zouden in een dergelijk geval niet ondenkbaar zijn.

Wellicht is het tijd voor de politiek om zich wat actiever met de toekenning van domeinnamen te bemoeien. Het beleid heeft zich tot dusver grotendeels beperkt tot de zinsnede 'Het kabinet overweegt ondersteuning te geven aan het huidige systeem van zelfregulering door de Stichting Internet Domeinregistratie.'⁹ Ook heeft de verantwoordelijke minister onlangs toegezegd 'in de komende maanden uitvoering [te] geven aan het voornemen van het Kabinet om het stelsel van zelfregulering voor het toewijzen van adressen en domeinnamen te toetsen aan de in het toetsingskader gestelde eisen.'¹⁰

De door het DGTP toegezegde notitie zal moeten ingaan op het huidige toekenningsbeleid ten aanzien van domeinnamen, in het bijzonder op de vraag in hoeverre het wenselijk is om de regulatoire tweedeling tussen domeinnamen en alfanumerieke nummers te laten voortbestaan. Vooropgesteld zij dat de minister deze regulatoire gelijkshakeling simpel zou kunnen bereiken, door een Nummerplan voor Domeinnamen op de stellen.¹¹ Hierdoor zou toekenning van domeinnamen van rechtswege aan OPTA zijn voorbehouden.

Als het kabinet het systeem van de SIDN in stand wil houden is mijns inziens een actiever toezicht vereist om te garanderen dat de SIDN haar monopoliepositie zorgvuldig uitoefent. Eveneens van belang zijn de versterking van de interne controleorganen en de vertegenwoordiging daarin van gebruikersgroepen. Misschien is de instelling van een arbitrageinstantie ook geen overbodige luxe, wellicht geïnspireerd op de arbitrageprocedure van de ICANN, maar dan sneller en vooral goedkoper. Gezien de commerciële waarde van domeinnamen in de Nieuwe Economie kan er wellicht plaats zijn voor een verlichte en goed gereguleerde domeinnamendespoort, maar niet voor een slordige dictator.

⁴ Zie ook N.A.N.M. van Eijk, 'De Telecommunicatiewet, een tweede analyse', te vinden op de site van het Instituut voor Informatierecht, <http://www.ivir.nl>.

⁵ *Parlementaire Geschiedenis BW, Boek 3*, p. 90-91.

⁶ Zie H.J. Snijders & E.B. Rank Berenschot, *Goederenrecht*, Kluwer 1996, p. 23.

⁷ Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, diss. Leiden, Tjeenk Willink 1994, p. 305. De auteur verwijst naar E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire Pers Leiden 1948, p. 267.

⁸ Daarbij komt dat 0800-HEINEKEN wel, maar HEINEKEN.NL niet aan een particulier kan worden toegekend, en dat OPTA wel, maar SIDN niet zou waar- schuwen dat deze registratie inbreuk zou kunnen maken op merkenrechten van derden.

⁹ Wetgeving voor de elektronische snelweg, *kamerstukken II 1997/98*, 25 580, nr.2, p. 10.

¹⁰ Vragen van de leden Cherribi en Voûte-Droste (beiden VVD) aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de handel in domeinna-

men met de suffix <.com> (ingezonden 10 februari 2000). Antwoord d.d. 20 maart 2000. Kamervragen met antwoord 1999/2000, nr. 931, Tweede Kamer.

¹¹ Een domeinnaam is immers een nummer in de zin van art. 1.1 sub t Telecommunicatiewet. Cf. R.D. Chavannes, 'Portabiliteit van e-mail adressen', *Computerrecht* 2000/1, p. 15.

Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation



Bespreking

Kamiel Mortelmans

M. Paulweber, *Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation. Sektorspezifische Wettbewerbsaufsicht nach dem TKG durch die Regulierungsbehörde im Verhältnis zu den allgemeinen kartellrechtlichen Kompetenzen des Bundeskartellamts und der Europäischen Kommission*, Baden-Baden: Nomos Verlag 1999, 299 p., ISBN 3 7890 6190 5

DIT BOEK BESCHRIJFT het mededingingstoezicht dat op basis van de Duitse telecommunicatiewet (TKG) door de *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* wordt uitgeoefend. Daarbij wordt speciale aandacht besteed aan de relatie tussen deze sectortoezichthouder en de algemene mededingingstoezichthouders: het *Bundeskartellamt* en de Europese Commissie. De hoofdlijnen van deze Duitse telecommunicatiewet zijn in *Mediaforum* (1997, p. 3) door Sevinga uit de doeken gedaan.

De Regulierungsbehörde is onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken geplaatst en hoe de verhouding is met het vakministerie (*Bundesministerium für Post und Telekommunikation*) is in de wet niet geregeld. In veel bepalingen van de TKG is gerefereerd aan begrippen uit het algemene mededingingsrecht (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Verder zet deze TKG een aantal EG-richtlijnen in Duits recht om en komt, daar waar de tussenstaatse handel in het geding is, ook de EG-Commissie mede toezicht houden. Kortom, zoals Paulweber aangeeft, een ‘Regulierungswirrwarr in der Telekommunikation’ (p. 19).

Dit boek, een proefschrift verdedigd aan de universiteit Tübingen in 1999, is als volgt opgebouwd. In het eerste deel wordt de totstandkoming van de TKG besproken en wordt ingegaan op de bevoegdheden van de Behörde. In het tweede deel wordt de relatie tussen de TKG en het algemene Duitse kartelrecht (GWB) behandeld. Het derde deel gaat over de onafhankelijkheid van de Behörde. In het vierde deel komt de relatie tussen het EG-mededingingsrecht en de telecommunicatiewetgeving aan de orde. Het vijfde deel heeft betrekking op de telecommunicatieregels op WTO-niveau. In het laatste deel wordt de institutionele wirwar beoordeeld en worden voorstellen gedaan voor een institutionele convergentie. Daarbij komt ook de vraag aan de orde naar de wenselijkheid (volgens de auteur onwenselijkheid) van een Europese ‘OPTA’. Paulweber is voorstander van een decentrale regeling, met betere convergentie tussen de nationale autoriteiten en tussen het algemene en het bijzondere mededingingsrecht.

Zoals Paulweber aangeeft (p. 265), gaat het bij telecommunicatie om een hoogst dynamische sector en is de ‘Halbwertszeit vieler Normen entsprechend gering’. In gewoon Nederlands, de normen zijn veranderd voordat de wet c.q. richtlijnen door de marktpartijen worden nageleefd. Dit is anno 2000 nog steeds het geval, getuige de nieuwe telecommunicatievoorstellen van de Europese Commissie (Towards a new framework for electronic communications infrastructure and associated services, COM (99) 539 en proposal for a directive on the universal service and user’s rights relating to electronic communication networks and services, COM (2000/392) of 12 July 2000. Hierover G. van Duijvenvoorde, *Nederlands Tijdschrift voor Euro-*

pees Recht 2000, p. 157).

De waarde van dit goed gedocumenteerde boek ligt dan ook niet zozeer in de beschrijving van de huidige (binnenkort deels achterhaalde) Duitse en Europese regels, maar in de analyse van de spanningen tussen de verschillende instanties en regels. Welke weg de Europese en nationale wetgever ook kiezen, zij zullen een oplossing moeten vinden voor de concurrentie tussen de toezichthouders en de mededingingsregels.

Uitingsvrijheid



Bespreking

Theo Bellekom

Th. L. Bellekom is universitair hoofddocent Staat- en bestuursrecht bij het departement publiekrecht van de Universiteit Leiden

J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis, G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*. Otto Cramwinckel Uitgever 2000 (derde druk), ISBN 90 757 27 968, 350 p., f 85,- (€38,-)

DE BEWERKING EN UITBREIDING die De Meijs *Uitingsvrijheid* met deze derde druk heeft ondergaan, zijn bepaald ingrijpend en omvangrijk te noemen. Met drie auteurs erbij kon ook eigenlijk - zeker gelet op het wetenschappelijk formaat van deze schrijvers - niet anders worden verwacht. Het juridisch-ambachtelijke en helder analytische dat zo kenmerkend is voor het werk van De Meij is behouden gebleven en hier en daar nog wat uitgebreid. Maar daarnaast treft men in de nieuwe druk ook een aantal componenten aan, waarin onmiskenbaar de hand van de nieuw toegetreden auteurs valt te ontdekken.

Zo is het boek uitgebreid met een *theoretisch-verdiepend* hoofdstuk (III) over de grondslagen van de uitingsvrijheid, gaat het in de bespreking van actuele vraagstukken ten aanzien van het omroepbestel de *polemiek* niet uit de weg en wordt in een geheel nieuw hoofdstuk (IX) op *tentatieve* wijze het geldende positieve (straf- en burgerlijk)recht alsmede de te dier zake ontwikkelde jurisprudentie getoetst op hun houdbaarheid in het licht van art. 10 EVRM. Het laat zich vrij gemakkelijk raden wie de verantwoordelijke auteur is van elk van die nieuwe onderdelen.

Kwesties van presentatie

Alvorens in meer inhoudelijke zin in te gaan op de bewerking en uitbreiding die met deze derde druk werden gerealiseerd, wil ik eerst even stil staan bij een drietal kwesties van presentatie en uiterlijke vormgeving.

Allereerst is daar het nieuwe omslag, dat aan de voorzijde een fotografische weergave behelst van een stapel boeken, enigszins variërend in lengte en dikte, maar allemaal met een effen (donker)blauwe kaft, zonder opdruk of vermelding van titel en schrijver.

Esthetisch zou ik het omslag, in vergelijking met de voorgaande drukken, een verbetering willen noemen, in die zin dat de ‘enge’ hersenkwabben die bij de eerste druk ingeklemd zaten tussen twee boeken (zonder naam of titel) en bij de tweede druk als boekensteunen een aantal (eveneens naam- en titelloze) boeken ingeklemd hielden, daarop gelukkig niet meer voorkomen. Wat ik overigens zo ‘eng’ vond aan die hersenkwabben, kan ik eigenlijk niet eens precies zeggen. Misschien was het het effect van de blootlegging van het menselijke ‘forum internum’, dat eruit sprak, zoals ook wel gebeurde in de mij zo vertrouwde spotprentcultuur uit de Duitse *Berufsverbote*-periode in jaren-70 van de vorige eeuw. Ook toen werd in menige afbeelding gebruik gemaakt van het beeld van een gelicht schedeldak, dat ‘Verfassungsschutzler’ in staat stelde tot ‘Gesinnungsschnüffelei’ om te zien of betrokkene wel voldoende loyaal zijn plichten als ambtenaar zou vervullen.

Het nieuwe omslag laat, zoals gezegd, nog slechts een stapel

boeken zien, die bij mij herinneringen oproept aan de eerste schooldag na de zomervakantie als je net al je boeken had gekaft, maar nog niet de etiketten had aangebracht waarop stond voor welk vak het desbetreffende boek diende.

De diepere symboliek van de afbeelding ontgaat mij en doet in wezen ook weinig recht aan het begrip uitingsvrijheid als zodanig, die diversiteit en individualiteit veronderstelt, waar de weergegeven boeken nu juist volstrekte anonimiteit uitstralen. Maar mijn bezwaar tegen het ‘plaatje’ gaat nog wat verder. Als iets uit deze derde druk duidelijk wordt, is het wel dat de roep om een techniek-onafhankelijke formulering van de uitingsvrijheid in de Grondwet steeds luider wordt. Bij die stand van zaken is de keuze voor een afbeelding met uitsluitend produkten van de drukpers op z’n minst een curieuze. In dat opzicht verbeelden de hersenkwabben bij de vorige drukken veel meer de techniek-onafhankelijkheid van de uitingsvrijheid. Maar ja, die waren weer te eng. Bij een volgende druk misschien toch maar eens omgezien naar iets abstracts?

In de presentatie valt verder op dat ook bij deze druk weer is gekozen voor de subtitel: *De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*. Was dit voor de eerste en tweede druk al niet een de lading geheel dekkende betiteling, immers per hoofdstuk werd in die drukken ook steeds gekeken of het internationale recht (art 10 EVRM en 19 IVBPR) uit een oogpunt van grondrechtbescherming mogelijk een meerwaarde voor de uitingsvrijheid in zich hield, voor de derde druk is die subtitel nog maar de halve waarheid. Niet alleen hebben de ‘doorkijkjes’ naar het internationale recht in de verschillende hoofdstukken nog wat meer accent gekregen dan in voorgaande drukken al het geval was, maar gaat het nieuwe hoofdstuk over de straf- en burgerrechtelijke grenzen aan de uitingsvrijheid (hoofdstuk IX, zo’n 45 pagina’s) vrijwel uitsluitend over de vraag in hoeverre het Nederlandse positieve recht en de nationale jurisprudentie daarover zich wel verdragen met de beperkingsclausule van artikel 10 lid 2 EVRM. Ook de ruime aandacht die in de Epiloog maar ook elders wordt gegeven aan artikel 10 EVRM, in verband met een eventuele techniek-onafhankelijke formulering van de uitingsvrijheid in de Grondwet, vraagt om een andere subtitel dan die nu op omslag en titelpagina prijkt.

Een laatste punt van presentatie betreft het weglaten in de Inleiding van de passage: ‘Dit boek is een geschrift van een jurist over voornamelijk juridische aspecten van de uitingsvrijheid, maar bij de samenstelling is er naar gestreefd de stof zodanig te behandelen, dat de ontwikkelingen en problemen ook voor niet-juristen te volgen zijn.’ De recensenten van de tweede druk hadden daar al zo hun twijfels over uitgesproken, en naar mijn idee terecht. De auteurs van de derde druk hebben dat – mede gelet op wat er aan nieuwe juridische kennis en inzichten verder werd toegevoegd – duidelijk ook onderkend, zoals blijkt uit de kافتekst op de achterzijde van het boek: ‘Met deze uitbreiding

en bewerking is het boek zeer geschikt voor de rechtspraktijk.’ Daarmee schieten de auteurs naar mijn gevoel echter weer een beetje teveel naar de andere kant door. Natuurlijk is het boek ook bruikbaar in de rechtspraktijk, al geloof ik persoonlijk dat een praktijkjurist weinig uit de voeten kan met een hoofdstuk als dat over de grondslagen van de uitingsvrijheid, vanwege het hoge abstractieniveau daarvan. Maar aan de belangrijkste doelgroep wordt met de geciteerde kافتtekst voorbij gegaan. Het komt mij voor dat deze studie vooral van belang is voor studenten die wetenschappelijk of hoger beroepsonderwijs volgen, een absolute must zelfs voor studenten Nederlands recht met staats- en bestuursrecht als hoofdrichting. Een studie ook die het startpunt zou dienen te zijn voor een ieder die zich, in wetenschappelijke zin, op enigerlei onderdeel of aspect van de uitingsvrijheid nader zou willen oriënteren of zich verder zou willen bekwamen. Want de status van klassieker die het boek al had, heeft met de nieuwe druk alleen nog maar meer profiel gekregen.

Verhouding oud – nieuw/ nieuw – nieuw

Over wat uit de eerdere drukken, geactualiseerd, in de onderhavige druk terugkeert, past mij eigenlijk geen ander oordeel dan wat daarover bij het verschijnen daarvan destijds door de recensenten in *Mediaforum* (resp. 1990-11/12, p. 115-116 en 1997-1, p. 10-12) al werd uitgesproken. De lof die daarbij werd verwoord over de deskundigheid van de oorspronkelijke auteur en diens vermogen om complexe problemen tot betrekkelijk eenvoudige proporties terug te brengen en scherpzinnig te analyseren zou ik hier alleen nog even willen onderschrijven. Waar in het actualiseren van wat al bestond de nieuw aangetreden auteurs mochten hebben bijgedragen en zij zich de De Meij-stijl hebben weten eigen te maken strekt die lof zich ook tot hen uit. Hun verdienste is het in ieder geval geweest dat zij hun bijdragen, zo die al herkenbaar tot hen zijn te herleiden, vrijwel naadloos hebben weten in te passen in de stijl die voor dit boek zo kenmerkend is te noemen. Mijn positieve waardering geldt ook het feit dat in deze derde druk aan vrijwel alle punten van kritiek in eerdere recensies is tegemoet gekomen.

In dit commentaar wil ik mij daarom in hoofdzaak beperken tot een aantal opmerkingen over wat deze derde druk aan nieuwigheden bevat en wat daarin, uit een oogpunt van afstemming, voor verbetering vatbaar is. Wat dit laatste aangaat, kan gewezen worden op tenminste een tweetal punten waar resp. nieuw op nieuw en nieuw op oud beter op elkaar hadden kunnen worden afgestemd

Dat betreft in de eerste plaats de verhouding tussen de nieuwe hoofdstukken III (Grondslagen van de uitingsvrijheid) en IX (Grenzen aan de uitingsvrijheid: strafbare en onrechtmatige uitingen), die overigens beide zonder meer als een waarvolle uitbreiding en verdieping zijn aan te merken op wat het boek al te bieden had. In hoofdstuk III wordt in beknopt bestek en op instructieve wijze uit de doeken gedaan dat de reikwijdte van de uitingsvrijheid en de toelaatbaarheid van beperkingen daarop bepaald worden door de grondslag (dat kunnen er ook meer dan één zijn) waarop men die vrijheid postuleert. Als synoniem van ‘grondslag’ wordt in het hoofdstuk ook wel het begrip rechtvaardiging gebruikt. Een aantal van die grondslagen, zoals zelfverwezenlijking, waarheidsvinding, bevordering van maatschappelijke stabiliteit en integratie en ‘democratie’, vinden daar ook bespreking. En gezegd moet ook worden dat de auteur van dit hoofdstuk (de hand van Nieuwenhuis is hier heel herkenbaar) er zeker in slaagt om het verband tussen grondslag en reikwijdte van de vrijheid en de toelaatbaarheid van beperkingen daarop aanschouwelijk te maken. Overtuigingskracht kan hem daarin niet worden ontzegd, met name waar hij laat zien

(zoals hij ook al in zijn *Over de grens van de uitingsvrijheid* had gedaan) dat aan bepaalde rechtvaardigingen ook negatieve of gevaarlijke kantjes kunnen zitten. Zo schetst schrijver het gevaar dat vanuit de rechtvaardiging ‘bevordering van maatschappelijke integratie en stabiliteit’ vrij gemakkelijk de overstap kan worden gemaakt naar de (publieke) moraal als beperkingsgrond. Een dergelijke overstap is in de ogen van de auteur verwerpelijk. Zijn stelling is dat het politiek liberalisme (democratie) een rechtvaardiging van de uitingsvrijheid biedt die opgaat in (zich oplost in) de afwijzing van de moraal als beperkingsgrond. Ten bewijze hiervan beroept schrijver zich op het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 10 EVRM, waarin dat politiek liberalisme zou zijn terug te vinden, immers beperkingen moeten ingevolge het tweede lid van art.10 EVRM noodzakelijk zijn in een *democratische* samenleving (curs. Th.B). Hoewel schrijver in de hier bedoelde passages, naar mijn smaak, meer poneert dan dat hij bewijst, ben ik toch wel geneigd zijn stellingname een plausibele te noemen. Schrijver zelf vraagt de lezer nadrukkelijk de plausibiliteit van diens uitleg in het vervolg van het boek te verifiëren.

Ik ging er dus vanuit dat die plausibiliteit uit het vervolg van het boek ook zou zijn op te maken. Maar in hoofdstuk IX aangekomen bleek mij eerder het tegendeel. In dit (eveneens geheel nieuwe) hoofdstuk wordt, zoals al eerder aangestipt, een inventarisatie gemaakt van het Nederlandse positieve (straf- en burgerlijk) recht dat grenzen stelt aan de uitingsvrijheid, met inbegrip van de jurisprudentie ten aanzien van dit positieve recht, en wordt bezien of dit recht en deze jurisprudentie zich (inhoudelijk) wel verdragen met artikel 10 EVRM. De inventarisatie, die de schrijver – dit hoofdstuk is onmiskenbaar van de hand van Schuijt; ook zonder de verklarende asterisk op p. 248 was dat wel duidelijk – van het relevante Nederlandse recht in deze en de jurisprudentie daarover maakt, is bijzonder accuraat en concies te noemen. De bevindingen, waartoe hij komt op het punt van de al dan niet inhoudelijke verenigbaarheid van dit positieve en jurisprudentiële recht met artikel 10 EVRM, zijn helder en laten zich goed verdedigen. Waar die bevindingen direct gerelateerd zijn aan jurisprudentie van het EHRM ter zake is dat laatste zeker het geval, maar ook waar die jurisprudentie ontbreekt en schrijver die toets, in abstracto en tentatief, zelf uitvoert – in de veronderstelling dat het EHRM daarover niet anders zal oordelen – kan men niet anders dan hem bijvallen.

In het licht nu, van wat in hoofdstuk III werd gezegd over de plausibiliteit van de uitleg, dat artikel 10 EVRM een afwijzing inhoudt van de moraal als beperkingsgrond, lag het in de verwachting dat in hoofdstuk IX – dat specifiek gaat over de reikwijdte en de grenzen van de uitingsvrijheid (naar Nederlands recht) en de verenigbaarheid daarvan met artikel 10 EVRM – de draad van het verhaal over het verband tussen rechtvaardiging en beperkingsmogelijkheden weer zou worden opgenomen. Maar dat gebeurt niet.

In paragraaf IX.3, waarin de noodzakelijkheidstoets ten principale ter sprake komt, wordt met geen woord gerept over het politiek liberalisme en de afwijzing die daarin besloten zou liggen van de moraal als beperkingsgrond. Sterker nog de beperkingsgrond van de goede zeden (=moraal) wordt in een aparte paragraaf (IX.4) besproken zonder dat ook maar enig verband wordt gelegd met politiek liberalisme en de noodzakelijkheidstoets. Schuijt gaat in paragraaf IX.4 zelfs zover te concluderen dat de bescherming van de goede zeden door het Straatsburgse Hof betrekkelijk gemakkelijk als alibi voor beperkingen van de uitingsvrijheid wordt geaccepteerd. Hij betreurt deze ‘terugtrek’ van het EHRM wel, maar hij brengt daar niet de uitleg van Nieuwenhuis in stelling om die opstelling van het Hof te bekritisieren, waar dit zeker had gekund en eigenlijk ook mocht worden verwacht. De auteurs

hadden er goed aan gedaan een en ander beter op elkaar af te stemmen.

Een tweede punt waar de afstemming van onderdelen van het boek beter had gekund betreft het vraagstuk van de toelaatbaarheid van preventieve beperkingen, afkomstig van de rechter. Hier ligt het afstemmingsprobleem in de relatie oud-nieuw.

Het vraagstuk van de preventieve beperkingen van de uitingsvrijheid door de rechter komt in het boek op drie plaatsen ter sprake, te weten: in paragraaf 4 van hoofdstuk V in verband met de drukpersvrijheid, in paragraaf 13 van hoofdstuk VI in verband met de omroepvrijheid en in paragraaf 15 van hoofdstuk IX in het kader van de bespreking van strafbare en onrechtmatige uitingen in het algemeen, techniek-onafhankelijk om het zo maar te zeggen. Het probleem zit ’m niet zozeer in de onderlinge verhouding van de paragrafen V.4 en VI.13, want die stammen nog uit de tweede druk, en zijn uit één hand geschreven, maar in de verhouding tussen deze twee paragrafen, aan de ene kant, en paragraaf IX.13, aan de andere kant.

Waar de paragrafen V.4 en VI.13 tamelijk vaag en aarzelend een antwoord formuleren op de opgeworpen vraagstelling, met refereert aan al wat oudere en niet eenduidige jurisprudentie en citaten uit kamerstukken, valt paragraaf IX.15 op door de bondigheid en stelligheid waarmee daar het vraagstuk van de (preventieve) rechterlijke publicatieverboden wordt beantwoord, voor in beginsel alle uitingstechnieken. Het antwoord wordt met een dergelijke vanzelfsprekendheid en onder verwijzing naar inmiddels kennelijk vaste jurisprudentie gegeven dat je je afvraagt waarom de toon en het antwoord in de paragrafen V.4 en VI.13 zo aarzelend zijn. Zie ik het goed, dan heeft dat er alles mee te maken dat de laatst genoemde paragrafen simpelweg niet geactualiseerd zijn bij deze derde druk. Uit een oogpunt van historische antecedenten hebben deze zeker nog wel waarde, maar het zou goed zijn als in een volgende druk het jurisprudentiële staartje dat op die achtergronden is gevolgd hierin, en dus techniek-gebonden, wordt meegenomen, dan wel op techniek-onafhankelijk wijze, maar dan niet eerst in paragraaf IX.15.

Een brug te ver?

In de epiloog geven de auteurs te kennen dat wat hen betreft een voorstel voor één algemeen (Grondwets)artikel over de communicatievrijheid nog ‘een brug te ver’ is. Met dat oordeel en de daarvoor aangedragen argumenten kan ik, op zichzelf, wel instemmen. Maar het lijkt erop dat de schrijvers ook een techniek-onafhankelijke grondwettelijke formulering van de uitingsvrijheid, à la die van artikel 10 EVRM, nog een brug te vinden. Ze doen daar in de epiloog namelijk nogal aarzelend over. Zo wordt een voorstel van de Studiecommissie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht voor een techniek-onafhankelijke redactie van artikel 7 Gw - die grote gelijkenis vertoont met artikel 10 EVRM - bekritiseerd met de opmerking dat in de voorgestelde redactie, anders dan in ons huidige artikel 7 Gw handelsreclame niet van de werkingssfeer van het artikel is uitgesloten. Het argument is op zichzelf valabel, maar uit de mond van deze auteurs klinkt dat als een tamelijk gouvernementeel standpunt. En ook het argument dat de invoering van een artikel, als voorgesteld door de Studiecommissie, eigenlijk alleen zin heeft als de rechter ook wetgeving in formele zin aan de waarborgen van een dergelijk grondwetsartikel mag toetsen, vermag niet echt te overtuigen. Deze auteurs zijn toch wel de laatsten aan wie zou moeten worden uitgelegd wat het nut en de (meer)waarde is van nationaalrechtelijke, grondwettelijke verankering van vrijheidsrechten, ook zonder constitutioneel toetsingsrecht. Zo’n uitleg zou zelfs misplaatst zijn. Net zo misplaatst overigens als de verklarende woorden die de auteurs

gemeend hebben [tussen haken] te moeten toevoegen aan de woorden ‘wetgeving in formele zin’, te weten: ‘wetten afkomstig van de parlementaire wetgever’. In een boek dat (blijkens de kافتtekst) bestemd is voor de rechtspraktijk lijkt mij een dergelijke verklarend woordgebruik overbodig en uit een oogpunt van leereffect voor niet-juristen wel wat erg laat: uitgerekend in de allerlaatste alinea van het boek wordt uitgelegd wat een wet in formele zin is!

Het voorzichtige standpunt van de auteurs over een techniek-onafhankelijke redactie van de uitingsvrijheid in de Grondwet, naar het voorbeeld van artikel 10 EVRM, verbaast mij ook eigenlijk. Door het hele boek heen wordt artikel 10 EVRM, wat gechargeerd gezegd, door de auteurs bejubeld, niet alleen vanwege zijn techniek-onafhankelijke redactie overigens, maar ook vanwege de formulering van de beperkingsmogelijkheden die in het bijzonder de rechter in staat stelt tot een belangenafweging in het concrete geval. Ik heb in totaal twaalf passages in het boek gevonden waar over artikel 10 EVRM de loftrumpet wordt gestoken. Een selectie daaruit: (a) een belangenafweging bij horizontale verhoudingen is bij artikel 10 EVRM gemakkelijker uit te voeren (p. 89); (b) artikel 10 EVRM biedt met zijn gedetailleerde toetsingscriteria, beter dan artikel 7 Gw, uitkomst bij beoordeling van de toelaatbaarheid van rechterlijke publicatieverboden (p.100); (c) artikel 10 EVRM biedt meer bescherming bij repressieve beperkingen (p. 149); (d) idem bij de omroepvrijheid (p. 200-201); (e) het aantrekkelijke aan de opzet van artikel 10 EVRM is dat bij de beoordeling van beperkingen gedifferentieerd kan worden naar de aard van de uiting (p. 245); (f) artikel 10 EVRM biedt betere indicaties voor het mediabeleid (p. 310) en, tot slot, (g) artikel 10 EVRM biedt meer mogelijkheden voor een proportionaliteitstoets (p. 318). De andere passages uit het boek waaruit een bijzonder positieve waardering van de auteurs voor artikel 10 EVRM valt op te maken laten zich niet zo eenvoudig verkort weergeven, ik volsta daarom met een verwijzing naar de desbetreffende bladzijden: p. 128-129, p. 201-202 in samenhang met p.210; p. 224; p. 261 en p. 272-273.

Tot aan de Epiloog is het boek in wezen niet anders dan één groot pleidooi voor een wijziging van het huidige artikel 7 Gw in een redactie à la artikel 10 EVRM. Maar de apotheose die de lezer in dat opzicht in de Epiloog mocht verwachten, blijft achterwege. Verder dan de tamelijk gratuite opmerking: ‘Aanpassing van het zo belangrijke grondwetsartikel over de uitingsvrijheid is echter door de snelle technologische veranderingen onvermijdelijk geworden’, komen de auteurs niet en dat is mager te noemen. Een eigen voorstel voor een gewijzigde redactie van artikel 7 Gw had in de Epiloog niet misstaan. Een beetje een gemiste kans.

Maar ondanks deze punten van kritiek blijft *Uitingsvrijheid*, met een parafrase op C. Joh. Kieviet: een bijzonder boek, en dat is het!

In het vorige nummer hebben wij het arrest gepubliceerd van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens d.d. 27 juni 2000 in de zaak Constantinescu vs. Roemenië (*Mediaforum* 2000-9, nr. 53). Helaas is bij de plaatsing van de noot van prof. Dirk Voorhoof iets mis gegaan. De laatste alinea is afkomstig uit een concept, terwijl de definitieve tekst van Dirk Voorhoof op de plank bleef liggen. Voor de goede orde plaatsen wij hieronder de laatste alinea zoals deze had moeten luiden. Met excuses aan de schrijver en de lezers.

10. Het arrest in de zaak Constantinescu dateert van 27 juni 2000³⁵ en is definitief. Hoewel het arrest is gewezen door een kamer van het Hof (eerste Sectie),³⁶ komt het niet in aanmerking voor een renvoi³⁷ naar de Grote Kamer. De zaak is destijds immers ingeleid voor de Commissie en deze stelde ook een rapport op (19 april 1999).³⁸ Ten aanzien van voorliggend arrest waren er nochtans goede redenen geweest om aan te sturen op een re-hearing door de Grote Kamer.

35 Begin augustus was via de website van het Europees Hof nog maar enkel de Franstalige versie van het arrest beschikbaar.

36 De eerste Sectie van het Hof zetelde onder voorzitterschap van de Nederlandse rechter W. Thomassen.

37 In de artikels 43 en 44 EVRM is sprake van de renvoi of referral/reference van de zaak naar de Grote Kamer, i.e. een vorm van (intern) beroep of heronderzoek. In geval van aanvraag tot renvoi (binnen 3 maanden) moet dan overigens ook nog eens een panel of college van 5 rechters de verwijzing naar de Grote Kamer aanvaarden. Cruciaal is of het panel er dan van overtuigd kan worden dat de zaak een ernstige vraag doet rijzen betreffende de interpretatie of de toepassing van het EVRM of een ernstige kwestie van algemeen belang betreft (artikel 43 EVRM). Volgens het Explanatory Report bij het elfde Protocol is er sprake van een ernstige interpretatievraag 'when the decision is important for future cases and for the development of the Court's case-law' of nog 'when the judgment concerned is not consistent with a previous judgment of the Court'. Zie het Explanatory Report bij het elfde Protocol, *NJCM-Bull.* 1994, p. 406-434; J. Vande Lanotte en Y. Haeck, 'Het nieuwe Europese Hof te Straatsburg. Een overzicht van de procedure na de inwerkingtreding van het elfde Protocol en van het nieuwe Procedurereglement', *C.D.P.K. (Chroniques de Droit Public - Publiekrechtelijke Kronieken)* 2000, p. 1-73 en J. Vande Lanotte en Y. Haeck, 'Het nieuwe Europese Hof te Straatsburg aan de vooravond van de 21e eeuw', *R.W.* 1999-2000, p. 1417-1448.

38 De Commissie was overigens eveneens van oordeel dat er geen schending was van artikel 10 EVRM (stemverhouding 21/7).

advertentie

Omroep & Reclame

Handboek reclameregels voor tv en radio

Marcel Dellebeke

DE MEDIAWET EN de bijbehorende regelgeving stellen een groot aantal regels voor het uitzenden van reclame. Dit woud van geboden en verboden en hun werking in de praktijk is nu voor het eerst in kaart gebracht. *Omroep & Reclame* geeft een overzicht van de regels die gelden voor het uitzenden van vrijwel alle denkbare vormen van reclame (reclameboodschappen, sluikreclame, sponsorvermeldingen, telewinkelen, eigen reclame van een omroep, etcetera) via televisie en radio. Daarbij wordt aangegeven hoe deze regels in de praktijk moeten worden toegepast, onder meer aan de hand van talloze praktijkvoorbeelden.

Omroep & Reclame is door zijn heldere opzet en taal bruikbaar voor zowel juristen als niet juristen, voor zowel diegenen die vakmatig met reclame op tv en radio bezig zijn als diegenen die uit interesse een inzicht willen krijgen welke regels gelden voor reclame op tv en radio.

ISBN 90 75727 909, gebonden, ca. 175 pagina's, prijs ca. f 90,-

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam

Tel. 020-6276609 • Fax 020-6383817 • e-mail: info@cram.nl

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een ☒ is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: f 1,- per pagina, met een minimum van f 15,- per bestelling. Faxtoeslag f 25,-. Prijzen zijn exclusief BTW.

Integraal in de Jurisprudentie bijlage: J

HR 21 maart 2000 (strafzaak), zaak posters, NJ 2000, nr. 482, m.nt. P.J. Boon ☒

Art. 7 lid 1 Gw · Drukpers · Gedachten of gevoelens

Verdachte heeft op 4 december 1993 te Haarlem huis aan huis posters te koop aangeboden, zonder vergunning van burgemeester en wethouders. Een dergelijke vergunning wordt vereist door artikel 83 van de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) van de gemeente Haarlem. Het tweede lid van deze bepaling bevat een uitzondering voor gedrukte of geschreven stukken als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. Het hof veroordeelde de verdachte tot een geldboete van 25 gulden. Daarbij overwoog het hof dat de uitzondering van artikel 83, tweede lid, van de APV niet van toepassing was. Volgens het hof bevatten de posters geen gedachten of gevoelens, in het bijzonder niet van de verdachte zelf. In cassatie oordeelt de Hoge Raad echter dat artikel 7, eerste lid, van de Grondwet – afgezien van handelsreclame – een ruime bescherming biedt. Slechts indien redelijkerwijs moet worden uitgesloten dat in de gedrukte stukken gedachten of gevoelens tot uitdrukking komen, moet de door dit grondrecht geboden bescherming worden onthouden. Niet vereist is dat de gedachten en gevoelens van de verdachte zelf afkomstig zijn. In casu kan volgens de HR bezwaarlijk worden gezegd dat de posters geen gedachten of gevoelens openbaren in de zin van artikel 7 Grondwet. De uitspraak van het hof wordt derhalve vernietigd.

HR 14 april 2000, HBS vs. Danestyle, NJ 2000, nr. 489, m.nt. D.W.F. Verkade en Informatierecht/AMI 2000, p. 134, m.nt. T.E. Deurvorst ☒

Auteursrecht · Schadevergoeding · Winstafdracht · Spoedeisend belang

HBS heeft na sommatie erkend dat de door haar op de Nederlandse markt gebrachte hoofdsteunen inbreuk maken op de auteurs- en modelrechten van Danestyle. In kort geding vordert Danestyle een verbod voor de toekomst, een aantal nevenvorderingen en een voorschot op schadevergoeding. Het hof wijst het gevorderde voorschot van f 50.000,- toe. Het tegen de motivering gerichte middel heeft succes. De HR oordeelt (algemeen gesteld en niet beperkt tot het auteursrecht) dat bij een voorziening in kort geding, bestaande uit een veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is. Gemotiveerd moet worden dat er ook ten aanzien van deze voorziening een spoedeisend belang bestaat. Een motivering zoals in casu van het hof, dat het spoedeisend belang bij een verbod een spoedeisend belang

bij een voorschot zou impliceren is onvolgende. De HR beantwoordt tevens de vraag of schadevergoeding bestaande in gedeelde licentievergoedingen en winstafdracht ex art. 27a Aw cumulatief toegewezen kunnen worden. Een redelijke, binnen het algemene stelsel van het vermogensrecht passende uitleg van die bepaling brengt mee dat niet meer dan een bedrag gelijk aan het grootste van die bedragen kan worden toegewezen. Dit laat toewijzing van schadevergoeding van andere aard onverlet.

HR 9 juni 2000, SENA vs. NOS, NJB 2000, p. 1296, nr. 151C en Informatierecht/AMI, nr. 8, m.nt. J.M.B. Seignette

Naburige rechten · Billijke vergoeding

Zie Mediaforum 2000-7/8, nr. 44 m.nt. D.J.G. Visser

Hof Amsterdam 20 juli 2000, United Star Promotion BV vs. gemeente Alkmaar, KG 2000, nr. 154 ☒

Theatervoorstelling · Uitingenvrijheid

De directie van het door de gemeente beheerde cultureel centrum De Vest heeft aan United Star Promotion (USP) geweigerd ten behoeve van de Rasti Rostelli Show een zaal op een 'vrije dag' te verhuren. In eerste aanleg heeft de president van de rechtbank de vordering van USP tot verhuur van een zaal afgewezen. Ook het hof is van mening dat de weigering van de directeur van De Vest om een zaal aan USP te verhuren op een vrije dag ten behoeve van de Rasti Rostelli Show uitdrukkelijk niet gebaseerd is op een oordeel over de aard, de inhoud of de kwaliteit van de voorstelling. Het is tevens niet aannemelijk geworden dat inhoudelijke bezwaren tegen de hypnoseshow van Rasti Rostelli het motief voor de weigering vormden en evenmin dat het besluit tot weigering enige vorm van censuur beoogde. In appel wordt USP derhalve opnieuw in het ongelijk gesteld.

Rechtbank Rotterdam 4 mei 2000, Telfort vs. Verkeer en Waterstaat, Computerrecht 2000-4, p. 213 m.nt. A. Ottow

Frequenties · Vergunning · Telecommunicatierecht

Zie Mediaforum 2000-7/8, nr. 49

Rechtbank Roermond 15 mei 2000 (strafzaak), zaak kinderporno, NJ 2000, nr. 527

Internet · Wet persoonsregistraties

Zie Mediaforum 2000-9, nr. 55

Rechtbank Amsterdam 9 augustus 2000, PCM Uitgevers NV e.a. vs. Freelancers, nr. 63 J

Auteursrecht · Elektronisch archief

Sinds juli 1998 zijn de elektronische archieven van de PCM dagbladen samengebracht in één centrale databank, die is ondergebracht bij Media Resultant. Deze databank wordt com-

mercieel geëxploiteerd en via terminals ter beschikking gesteld aan de redacties van alle PCM dagbladen. Met freelance journalisten is geen overeenstemming bereikt ten aanzien van de opname van door hen geschreven stukken in deze databank. Toch zijn hun stukken wel in deze databank opgenomen. PCM erkent dat zij met de commerciële exploitatie inbreuk op het auteursrecht maakt. De rechtbank oordeelt dat daarboven ook het onderbrengen van het elektronisch archief bij Media Resultant inbreuk maakt op de auteursrechten van ieder der Freelancers afzonderlijk, voor zover in dat archief werk van de desbetreffende Freelancer is opgenomen. Tevens is het raadplegen van een werk van een Freelancer door een journalist van een ander PCM dagblad dan het dagblad waaraan het stuk is geleverd inbreuk op het auteursrecht. Het gezamenlijk elektronisch archief is een nieuwe exploitatievorm en voor opname van stukken van de Freelancers was dan ook hun expliciete toestemming vereist. PCM doet tevergeefs een beroep op (ongeschreven) beperkingen van het auteursrecht en de informatievrijheid in de zin van art. 10 EVRM. De schade zal voor iedere Freelancer afzonderlijk in een schadestaat procedure moeten worden vastgesteld.

Rechtbank Groningen 16 augustus 2000, Zijlstra vs. B&W Groningen, nr. 62 J

Wob · Wet Persoonsregistraties

Het verzoek van eiser om inlichtingen betreffende door B&W van de gemeente Groningen sinds 1990 toegekende bonussen aan ambtenaren is bij besluit van 14 januari 1999 afgewezen. De rechtbank is van oordeel dat bij het verstrekken van bonussen sprake is van besluitvorming in het kader van de ambtelijke rechtspositie. Een vergelijking met de declaraties van ex-minister Peper gaat niet op. Het beleid van B&W kan namelijk niet worden aangemerkt als een 'bestuurlijke aangelegenheid' in de zin van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Het betreft een interne aangelegenheid van de gemeente Groningen in haar rol van werkgever. Het bevoegde orgaan van de gemeente handelt slechts als 'bestuursorgaan', omdat de rechtsverhouding van ambtenaren in de Ambtenarenwet is aangemerkt als een bestuursrechtelijke betrekking. De rechtbank verwijst ter toelichting naar artikel 1, derde lid, van de Awb. Nu geen sprake is van een bestuurlijke aangelegenheid, heffen de bepalingen van de Wob niet het in de Wet Persoonsregistraties neergelegde verbod op het verstrekken van de gevraagde documenten op.

Pres. Rechtbank Utrecht 24 februari 2000, Passies vs. Gaos, IER 2000-4, nr. 41

Merkrecht · Domeinnaam · Onrechtmatige daad

Zie Mediaforum 2000-4, nr. 29, m.nt. D.J.G. Visser

L

TV-uitzending · Beschuldigingen

Naar aanleiding van vragen die het Tweede Kamerlid Dittrich zou gaan stellen, was de uitzending van Netwerk van 7 maart 2000 gewijdd aan de wijze waarop verschillende instanties met falend medisch handelen plegen om te gaan. In de uitzending werd de zaak ‘Van Den Bosch’ nader belicht. Hierbij werden door de dochter van een overleden patiënt zware beschuldigingen geuit aan het adres van Zorgcentrum Woerden. De Raad is van mening dat de zaak-Van den Bosch niet als illustratie bij het verhaal van de uitzending paste. Niet het in de kamervragen aan de orde gestelde mogelijke falen van het Openbaar Ministerie stond centraal, maar het mogelijk falen van de zorg voor patiënt Van den Bosch. Gezien het feit dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg en het Regionaal Medisch Tuchtcollege gunstige oordelen over Zorgcentrum hebben gegeven, die niet in de uitzending zijn vermeld en gelet op de ernst van de beschuldigingen, is de redactie eenzijdig te werk gegaan. De uitzending als geheel schetst een ongerechtvaardigd negatief beeld van de handelwijze van Zorgcentrum. De Raad acht de klacht gegrond.

Correctionele Rechtbank Brussel 22 december 1999, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (burgerlijke partij) en het Openbaar Ministerie vs. WE, Computerrecht 2000, p. 199

Nieuwsgroepen · Racisme · Bevoegdheid rechter

Op het internet werden via een aantal nieuws-groepen racistische boodschappen verspreid. De rechtbank neemt bevoegdheid aan op grond van het feit dat deze boodschappen ook in het arrondissement Brussel te raadplegen zijn. De betreffende berichten kunnen als persmisdrijven worden gekwalificeerd, omdat anders de geest van de grondwetgever, die nog niet bekend was met de ontwikkeling van de pers naar nieuwe vormen, zou worden miskend. De rechtbank veegt het verweer dat van racisme geen sprake zou zijn van tafel. Analyse van de verschillende berichten toont duidelijk het opzet bij de auteur aan om aan te zetten tot discriminatie, rassenscheiding, resp. haat en geweld jegens de Marokkaanse en Afrikaanse gemeenschap in België.

Binnenland

Verstrekking persoonsgegevens door internetproviders

Het ministerie van Justitie overlegt momenteel met belanghebbende organisaties over een voorontwerp van wet inzake het vorderen van telecommunicatie-gegevens. Beoogd wordt in het Wetboek van Strafvordering een bevoegdheid op te nemen tot het vorderen van gegevens betreffende naam, adres, postcode, woonplaats, nummer en soort dienst van personen die gebruik maken van telecommunicatie-netwerken of -diensten, daaronder begrepen internetdiensten. Het voorstel houdt in dat de internetprovider gehouden is te voldoen aan de vordering van de opsporingsautoriteit. Het voorziet erin dat de afweging of deze gegevens verstrekt kunnen worden, niet gemaakt wordt door de houder van de persoonsgegevens, maar door de met opsporing belaste autoriteit. Aldus antwoordde de Minister van Justitie op 24 augustus 2000 op schriftelijke vragen van het Tweede Kamerlid Bakker (D66). Bakker stelde zijn vragen naar aanleiding van het

bericht dat internetproviders zouden weigeren nog langer persoonsgegevens te verstrekken aan politie en justitie, gezien het vonnis van de politierechter te Roermond d.d. 15 mei 2000 (*Mediaforum* 2000-9, nr. 55).

Aanhangsel II 1999/2000, nr. 1718

Klachtregeling Commissariaat voor de Media

Op 1 juli 1999 is de uniforme klachtregeling van hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in werking getreden. Daarin staat een procedure voor de behandeling van klachten door bestuursorganen. Het Commissariaat voor de Media heeft vervolgens op 11 april 2000 een regeling vastgesteld om hieraan voor de eigen organisatie een nadere uitwerking te geven. De regeling ziet op de aanwijzing van personen binnen het Commissariaat die klachten volgens de Awb-procedure behandelen en afdoen, alsmede op de registratie en publicatie van klachten. De regeling trad in werking op 2 september 2000.

Stcrt. 1 september 2000, nr. 169, p. 31

Beleidsregels sponsoring publieke omroep Het Commissariaat voor de Media maakte bij brief van 11 september 1995 aan de NOS de Beleidslijn sponsoring publieke omroep (BSPO) bekend. In deze beleidslijn gaf het Commissariaat uitleg aan een aantal begrippen uit de Mediawet. Inmiddels zijn enkele van de relevante wetsbepalingen gewijzigd en is een uitgebreide beschikkingenpraktijk gevormd. In latere brieven is het beleid verder vormgegeven. Omwille van de overzichtelijkheid heeft het Commissariaat op 15 augustus 2000 besloten een geheel nieuwe regeling vast te stellen, die in werking trad op 1 september 2000. Alle oudere beleidsregels met betrekking tot de sponsoring van de publieke omroep zijn ingetrokken.

Stcrt. 28 augustus 2000, nr. 165, p. 17

Beleidsregels sponsoring commerciële omroep

Gelijktijdig met de sponsorregels voor de publieke omroep heeft het Commissariaat voor de Media ook zijn beleidsregels met betrekking tot het sponsoren van commerciële omroep herzien. Tot voor kort was het beleid omschreven in een brief van 2 november 1995 en enkele brieven van latere datum. Op 15 augustus 2000 heeft het Commissariaat deze oude regels ingetrokken en vervangen door een nieuwe regeling, getiteld Beleidsregels sponsoring commerciële omroep. Deze nieuwe regeling trad in werking op 1 september 2000.

Stcrt. 28 augustus 2000, nr. 165, p. 20

Concessieverlening aan de NOS

Op grond van artikel IV van de Concessiewet (*Stb.* 2000, 138) en artikel 30a van de Mediawet, zoals dat artikel na invoering van de Concessiewet is komen te luiden, moest aan de Nederlandse Omroep Stichting bij koninklijk besluit een tienjarige concessie worden verleend met ingang van 1 september 2000. Op 17 augustus 2000 is het desbetreffende koninklijk besluit tot stand gekomen. De NOS heeft al eerder, namelijk op 1 mei 2000, een Concessiebeleidsplan 2000-2010 uitgebracht onder de titel ‘Verschil maken’. In de Nota van toelichting schrijft de staatssecretaris van OCW: ‘Op grond van een beoordeling van het Concessiebeleidsplan, mede aan de hand van de daarover door het Commissariaat voor de Media en de Raad voor Cultuur uitgebrachte adviezen, is geoordeeld

dat er thans geen aanleiding is om voorschriften of algemene aanwijzingen als bedoeld in artikel 30a, derde lid, van de Mediawet, in dit besluit te formuleren’.

Stcrt. 30 augustus 2000, nr. 167, p. 13

Frequenties commerciële radio

Alle bestaande frequentie-vergunningen voor commerciële radio zijn bij besluit van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat met maximaal een jaar verlengd. Oorspronkelijk zouden zij aflopen op 1 september 2000. Omdat de veiling van omroepfrequenties op basis van het ‘zero base’-onderzoek pas in het voorjaar van 2001 kan plaats vinden, was een verlenging noodzakelijk. Op 27 juli 2000, resp. 10 augustus 2000 heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat de vergunningen van 29 organisaties (landelijk en regionaal) verlengd tot 1 september 2001 of zoveel eerder als de nieuwe verdeling van frequenties wordt geïmplementeerd.

Stcrt. 25 augustus 2000, nr. 164

Evaluatie UMTS-veiling

In een gezamenlijke brief van 4 september 2000 hebben de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat en de Minister van Financiën een evaluatie gegeven van de UMTS-veiling, die op 24 juli 2000 betrekkelijk abrupt ten einde kwam. Het betreft een politieke toelichting na de feitelijke uiteenzetting van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat d.d. 25, 26 en 28 juli 2000 (zie *Mediaforum* 2000-9, p. 290). In de eigen woorden van de bewindslieden gaat het nu om een overzicht van ‘de beleidsuitgangspunten, afwegingen, adviezen en besluiten in het gehele proces van voorbereiding en uitvoering van de procedure voor het verlenen van de UMTS-vergunningen in Nederland, alsmede van het verloop en de uitkomsten van de veiling’. In Appendix 3 bij deze brief vindt men een overzicht van alle juridische procedures die momenteel rond de UMTS-veiling aanhangig zijn.

Kamerstukken II, 1999/2000, 24095, nr. 55

Kamervragen Delta Radio

Er bestaat nog steeds een mogelijkheid dat Delta Radio 171 B.V. een zendmast mag bouwen in de Noordzee, ondanks de daaraan verbonden milieu-bezwaren. Volgens de reeds in 1996 verleende WTV-vergunning had Delta Radio uiterlijk 1 juli 2000 moeten beginnen met uitzenden, maar die termijn bleek niet haalbaar. Daarom heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat op 30 juni 2000 besloten de termijn te verlengen tot 1 januari 2002. In antwoord op schriftelijke vragen van het Kamerlid Van der Steenhoven (Groen-Links) schreef de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat op 22 augustus 2000 dat zij rehtens niet anders kon.

Aanhangsel II, 1999/2000, nr. 1702

Agenda

E-commerce voor Juristen. Cursus Erasmus Universiteit Rotterdam. Data: donderdag 9 en 16 november 2000, van 16.00 tot 21.30 uur, onderbroken voor een diner van 18.15 tot 19.15 uur. Locatie: Expo- en Congressentrum, Erasmus Universiteit Rotterdam (Woudestein). Docenten: prof. mr. R. E. van Esch, mr. P. Kleve, mr. R.W. van Kralingen, mr. E. Schreuders. Doelgroep: advocaten, (kandidaat-)notarissen, overheidsjuristen, bankjuristen en bedrijfsjuristen. Didactiek: hoorcollege met gelegenheid tot discussie. Permanente Opleiding

Nederlandse Orde van Advocaten: 8 studiepunten, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie: 7 studiepunten aangevraagd. Cursusprijs: f 1.050,- (inclusief cursusmateriaal en diners). Voor cursusadministratieve vragen: secretariaat, tel. 010 4081597, e-mail orp@frg.eur.nl. Cursusinhoudelijke informatie: mevr. A. van Stekelenburg, e-mail vanstekelenburg@rg.eur.nl.

Internet voor Juristen. Cursus Erasmus Universiteit Rotterdam. Data: woensdag 6 en 13 december 2000, van 16.00 tot 21.30 uur, onderbroken voor een diner van 18.15 tot 19.15 uur. Locatie: L-Gebouw (PC-zaal), Erasmus Universiteit Rotterdam (Woudestein). Docenten: J.P. van der Landen, prof. mr. R.V. De Mulder MBA, ing. W.G. Renden, mr. J.G.L. van der Wees. Doelgroep: advocaten, (kandidaat-) notarissen, leden van de rechterlijke macht, openbaar ministerie, bedrijfsjuristen, politie en (semi-)overheid. Didactiek: werkcollege met gebruik van computers onder begeleiding docenten. Permanente opleiding Nederlandse Orde van Advocaten: 8 studiepunten, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie: 7 studiepunten. Aantal maximaal 20 deelnemers. Cursusprijs: f 1.295,- (inclusief cursusmateriaal en diners). Voor cursusadministratieve vragen: secretariaat, tel. 010 4081597, e-mail orp@frg.eur.nl. Cursusinhoudelijke informatie: mevr. A. van Stekelenburg, e-mail vanstekelenburg@frg.eur.nl.

Cier-lezingen. Woensdag 18 oktober 2000 mr. Dirk Visser, woensdag 6 december 2000 mr. Willem Wanrooy, woensdag 7 februari 2001 prof. mr. Alain Strowel. De lezingen duren van 16.00 tot 18.00. Locatie: Molen-

graaff Instituut voor Privaatrecht, zaal 2.11, Nobelstraat 2a te Utrecht. Informatie: tel. 030-2537743, e-mail j.borlee@law.uu.nl.

Controle en privacy van werknemers. RPMS-congres. Donderdag 12 oktober 2000, vanaf 19.15 uur. Locatie: Holiday Inn Soestduinen, Poelmanweg 4-6 te Soestduinen. Congresprijs: f 1.145,- (inclusief aperitief, lunch, koffie, thee en documentatiemap). Aanmelding: tel. 020 421 3767, fax 020 4213560, e-mail rpms@euronet.nl, of per post naar postbus 15669, 1001 ND Amsterdam. Bijzonderheden: op dinsdag 14 november 2000 vindt hetzelfde congres engeltalig plaats.

Debat grondrechten in het digitale tijdperk. De Balie organiseert in samenwerking met IViR en Bits of Freedom een debat over het rapport van de Commissie Franken en het kabinetsstandpunt daarover. De Balie Amsterdam, maandag 20 november 2000, 19.30 uur (Informatie: Maurice Wessling, tel. 020-4686451, email info@bof.nl).

De toekomst van het toezicht in de media-en communicatiesector. Najarsvergadering VCM. Sprekers: mr. A.W. Kist (Nma), drs. H. Koetje (CvdM), mr. P.J. Hustinx (College voor de bescherming van persoonsgegevens) en prof. dr. J.C. Arnbak (OPTA). Trippenhuis, Kloveniersburgwal 29, Amsterdam, 24 november 2000, aanvang wetenschappelijke gedeelte 14.00 uur. Informatie & aanmelding: secretaris VCM mr. L.F. Asscher (e-mail: asscher@jur.uva.nl), Instituut voor Informatierecht, Rokin 84 1012 KX Amsterdam, tel. 020-525 3327. De vergadering is tegen een vergoeding ook toegankelijk voor niet-leden.

Verschenen

M.K. Addo (ed.), *Freedom of Expression and the Criticism of Judges. A comparative study of European legal standards*, Aldershot, Ashgate/Darhmouth, 2000, ISBN 0 7546 2129 4, 249 p., met o.a. bijdrage ‘Criticizing judges in Belgium’ (D. Voorhoof) en ‘Criticizing judges in the Netherlands’ (L.E. de Groot-van Leeuwen)

S. Debaene & B. van Buggenhout (ed.), *Informatietechnologie & de kwaliteit van wetgeving*, Intersentia Rechtswetenschappen 2000, ISBN 90 509 5119 8, 184 p., f 107,90

J.E.J. Prins & J.M.A. Berkvens (red), *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Serie recht en praktijk, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 268 3642 2, 547 p., tweede druk

Mededeling redactie
Oplettende lezers konden in het colofon van aflevering 7/8 onder het kopje ‘redactie’ een nieuwe naam ontdekken: mr. G.J. Kemper. Het colofon van nummer 9 was per ongeluk weer een tekst uit de oude doos, maar laat dat geen reden zijn voor misverstand. Germ Kemper, advocaat te Amsterdam, hoort sinds 1 juli 2000 helemaal bij ons. De redactie heet hem nogmaals van harte welkom. Ook voert mr. drs. A.M.E. de Kroon - tijdens de productie van nummer 9 wegens ziekte afwezig - nog immer de eindredactie.

Deze Kroniek van de Nederlandse dagbladpers

bevat een algehele inventarisatie van feiten en cijfers in een chronologisch overzicht. Een overzicht waarin, voor zover te achterhalen, alle tot nu toe in Nederland verschenen dagbladen met begin- en eventueel einddatum zijn vermeld. Voorts bevat de Kroniek een opsomming van cruciale gebeurtenissen voor de krantenwereld, zoals primeurs, fusies, stakingen, verboden en missers. Een en ander aangevuld met een aantal teksten, die enkele voor de dagbladwereld kenmerkende aspecten nader belichten. Geschreven door *Jan van de Plasse*, jarenlang verbonden aan De Journalist.

ISBN 90 75727 25 9, genaaid, 144 pagina’s,

prijs f 29,50.

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks

bij: **Otto Cramwinckel Uitgever**, Herengracht

416, 1017 BZ Amsterdam · Tel. 020-6276609 · Fax

020-6383817 · e-mail: info@cram.nl

Nr. 61 Dagbladen vs. Eureka Internetdiensten

Rb. Rotterdam 22 augustus 2000

Zaak/Rolnummer: 139609/KG ZA oo-846

Vonnis van de president in kort geding in de zaak van:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Algemeen Dagblad B.V., gevestigd te Rotterdam,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NRC Handelsblad B.V., gevestigd te Rotterdam,
 3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Trouw B.V., gevestigd te Amsterdam,
 4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid De Volkskrant B.V., gevestigd te Amsterdam,
 5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Het Parool B.V.,
 6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Rotterdams Dagblad B.V., gevestigd te Rotterdam,
- eiseressen, procureur mr. F. Waardenburg, advocaat mr. J.I. Krikke te Amsterdam,

tegen

1. de vennootschap onder firma Eureka Internetdiensten, gevestigd te Rotterdam,
2. Martin Klerx wonende te Rotterdam
3. Evert Pellegrum, wonende te Waardenburg, gedaagden, procureur mr. F.A. Tromp, advocaat mr. D.J.G. Visser te Amsterdam.

Eiseressen worden hierna gezamenlijk aangeduid als ‘de Dagbladen’ en gedaagden gezamenlijk als ‘Eureka’.

1 Het verloop van het geding

Dit blijkt uit de navolgende, door partijen ter vonniswijzing overgelegde stukken:

- de dagvaarding;
- de pleitnotities en producties van mr. Krikke;
- de pleitnotities en producties van mr. Visser.

De raadslieden van partijen hebben de respectieve standpunten nog nader toegelicht.

2 De feiten

Gelet op de onweersproken stellingen van partijen en de producties gaat de president uit van de volgende feiten:

2.1 De Dagbladen zijn uitgeefsters van respectievelijk Algemeen Dagblad, NRC Handelsblad, Trouw, de Volkskrant, Het Parool en Rotterdams Dagblad.

2.2 De Dagbladen hebben elk op het internet een website, met onder meer een selectie van nieuwsberichten en artikelen uit de door hen uitgegeven krant. Elk bericht en artikel heeft een titel. De homepage van iedere krant bevat een compleet lijstje van die op de website opgenomen berichten en artikelen.

2.3 Gedaagde sub 1, waarvan de andere gedaagden de vennoten zijn, drijft een onderneming met als bedrijfsactiviteit dienstverlening op het gebied van internet.

2.4 Eureka heeft op het internet een website onder het adres ‘www.kranten.com.’, met onder meer een pagina ‘landelijke kranten’. Deze pagina bevat de namen van (onder meer) de door de Dagbladen uitgegeven landelijke kranten en daaronder een dagelijks gewijzigde lijst van de titels van nieuwsberichten en artikelen op de website van de Dagbladen. De titels en titellijsten stemmen overeen met de titels en titellijsten op de respectieve websites van de Dagbladen. De door Eureka overgenomen titels en titellijsten zijn deeplinks: klikt men een titel aan, dan wordt men rechtstreeks doorgeleid naar het met de desbetreffende titel corresponderende bericht op de website van de desbetreffende krant, met voorbijgaan aan de homepage van de website van die krant.

2.5 Eureka biedt daarnaast aan de bezoekers van haar website een nieuwsdienst aan, waarbij dagelijks het laatste nieuws in de vorm van een set deeplinks als hiervoor omschreven per e-mail wordt toegezonden.

3 Het geschil

3.1 Na wijziging van eis vorderen de Dagbladen - kort gezegd - om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. Eureka te gelasten met onmiddellijke ingang iedere inbreuk op de auteursrechten en databankrechten van de Dagbladen en ieder onrechtmatig handelen anderszins te staken en gestaakt te houden, in het bijzonder door Eureka te gelasten om op straffe van een dwangsom te staken en gestaakt te houden:
 - a. het (systematisch) verveelvoudigen en openbaar maken van titels en titellijsten van berichten en artikelen waarop de Dagbladen rechthebbenden zijn, en/of
 - b. het (herhaald en systematisch) opvragen en hergebruiken van titels en titellijsten van die berichten en artikelen, en/of
 - c. het systematisch aanbrengen van hyperlinks naar andere pagina’s dan de homepages van de websites van de Dagbladen;
2. Eureka te gelasten om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis aan de afnemers van haar e-mailservice te berichten dat deze dienst wordt beëindigd, en aan de raadvrouw van de Dagbladen een lijst te verschaffen van alle abonnees op de e-mailservice en een bewijs van het verzonden bericht, op straffe van een dwangsom;
3. Eureka te veroordelen in de kosten van dit geding.

3.2 Aan deze vorderingen hebben de Dagbladen de navolgende stellingen ten grondslag gelegd. De Dagbladen zijn rechthebbenden op de auteursrechten en databankrechten die rusten op de (verzamelde) (titels en titellijsten van) nieuwsberichten, gemengde berichten en artikelen in de door hen uitgegeven bladen en op de door hen onderhouden websites. Eureka heeft geen toestemming van de Dagbladen voor het overnemen van (titels en titellijsten van) die berichten en artikelen. Aldus maakt Eureka inbreuk op de auteursrechten en databankrechten van de Dagbladen op (de titels en titellijsten van) die berichten en artikelen. Eureka handelt bovendien onrechtmatig doordat zij op ongerechtvaardigde wijze profiteert van de inspanningen van de Dagbladen (onder andere) met betrekking tot het selecteren en opstellen van (titels en titellijsten van) berichten en artikelen en daarnaast door het (systematisch) aanbrengen van rechtstreekse hyperlinks naar de berichten en artikelen van de Dagbladen met voorbijgaan aan de homepages van de websites van de Dagbladen waardoor de Dagbladen onder meer reclameinkomsten derven. De Dagbladen lijden als gevolg van het handelen van Eureka schade, voor welke schade Eureka aansprakelijk is.

3.3 Tegen de gevraagde voorzieningen heeft Eureka zich met name met de navolgende stellingen verweerd. Hyperlinks vormen functioneel de kern van het world wide web. Deeplinks zijn op het internet volstrekt gebruikelijk. Ook de zogenaamde zoekmachines maken intensief gebruik van het verschijnsel deeplink. Hyperlinks kunnen geen inbreuk op auteursrecht opleveren. Subsidiair is een beroep mogelijk op het citaatrecht hetzij het recht om in de pers uit de pers nieuwsberichten over te nemen. Weliswaar kunnen titels van nieuwsberichten beschermd zijn door auteursrecht, maar het overnemen van die titels op internet ten behoeve van de hyperlinks die naar die berichten verwijzen is de meest geëigende en gebruikelijke wijze om de hyperlink naar de betreffende informatie te vullen. Door de betreffende berichten en artikelen met deze koppelen op internet te plaatsen hebben de Dagbladen impliciet toestemming gegeven voor het gebruik van deze titels voor hyperlinks. Artikel 15 Auteurswet staat het overnemen van complete nieuwsberichten uit andere nieuwsmedia toe, met inbegrip van de daarmee verbonden koppelen. In artikel 15a Auteurswet is vermeld dat citeren in de vorm van persoverzichten een toegestane vorm van citeren is. In ieder geval zijn deze bepalingen analogisch van toepassing op gebruiksvormen die door de wetgever destijds niet voorzienbaar waren. Anders dan de titels geven de titellijstjes als verzameling geen blijk van een ‘eigen en oorspronkelijk karakter en het persoonlijk stempel van de maker’ waardoor gesproken zou kunnen worden van een auteursrechtelijk beschermd werk. Evenmin rust op de titellijstjes geschriftenbescherming. Subsidiair is de geschriftenbescherming niet van dien aard dat de Dagbladen zich kunnen verzetten tegen de overname van een kort lijstje met nieuwsberichten door een ander medium. Op de lijstjes met titels van nieuwsberichten rust geen databankrecht, omdat een dozijn titels van een dagblad op internet geen blijk geeft van een substantiële investering in het samenbrengen van de titels op de homepage van die krant. Het profiteren van andermans inspanningen is op zichzelf genomen nooit een onrechtmatige daad zonder bijkomende omstandigheden die een en ander onrechtmatig maken. Deeplinken is op internet gebruikelijk en algemeen aanvaard. De Dagbladen kunnen langs technische weg deeplinken voorkomen, maar van die mogelijkheid maken zij evenwel geen gebruik. Het toezenden van hyperlinks naar de berichten via e-mail aan abonnees verschilt in geen enkel relevant opzicht van de aanbieding ervan op de website. Eureka

betwist dat het bestaan van haar site per saldo schadelijk is voor de Dagbladen. Zij heeft de stellige overtuiging dat per saldo kranten.com de internetsites van de Dagbladen meer bezoekers en dus meer inkomsten oplevert dan het geval zou zijn als kranten.com zijn diensten niet zou aanbieden.

4 De beoordeling

4.1 Inzet van dit kort geding is de vordering van de Dagbladen dat het Eureka wordt verboden om vanaf haar website onder het adres www.kranten.com te deeplinken naar een andere pagina dan de homepage van de website van de verschillende door de Dagbladen uitgegeven kranten. De Dagbladen stellen schade te ondervinden van dit deeplinking omdat kranten.com daarmee feitelijk de functie van de homepage van de kranten overneemt, waarmee Eureka de Dagbladen de mogelijkheid ontnaemt om de websites van hun kranten te ontsluiten op hun manier en om hun website te exploiteren. Op de homepage van de kranten staan advertenties waarmee zij reclame-inkomsten genereren. Die inkomsten zijn afhankelijk van het aantal bezoekers dat een webpagina met een advertentie aanklikt.

4.2 De Dagbladen geven kranten uit. Iedere dag selecteren zij uit hun krant een twaalfstal berichten en artikelen die zij op hun website openbaar maken. Het beschikbaar stellen van informatie op het internet maakt het voor eenieder waar ook ter wereld met een internetaansluiting mogelijk om van die informatie kennis te nemen en feitelijk te gebruiken door die informatie op te slaan, af te drukken op papier, te kopiëren en/of door te zenden naar anderen. Het is mogelijk voor de aanbieder om dat gebruik te beperken door de wijze waarop en de mate waarin de informatie wordt vrijgegeven. Eureka heeft onweersproken gesteld dat het technisch mogelijk is om deeplinking te voorkomen. Van deze mogelijkheid hebben de Dagbladen geen gebruik gemaakt.

4.3 De Dagbladen bieden toegang tot die informatie door op de homepage van hun krant een complete opsomming te geven van de titels van de berichten en artikelen, die op de achterliggende pagina’s weergegeven worden. Eureka neemt dagelijks van meerdere regionale en landelijke kranten de titels op de respectieve homepages integraal over en biedt op de website kranten.com een actueel overzicht van alle titels per krant. Indien men de naam van een krant aanklikt verlaat men de website van kranten.com en wordt men doorgeleid naar de homepage van de betreffende krant. Indien men een titel aanklikt verlaat men de website van kranten.com en wordt men rechtstreeks doorgeleid naar het betreffende artikel op de website van de betreffende krant. Vanaf die pagina kan men alsnog de homepage van die krant bereiken. Met deeplinking vanaf de website van kranten.com wordt de toegang tot de homepage van de door de Dagbladen uitgegeven kranten dus geenszins onmogelijk gemaakt. Reeds om deze reden valt niet in te zien dat kranten.com de functie van de homepage van de Dagbladen overneemt, noch dat zij de exploitatie van de website van de Dagbladen belemmert.

4.4 Voor wat betreft de reclame-inkomsten is aannemelijk dat het bestaan van kranten.com tegelijkertijd ook een aanzuigende werking heeft en meer bezoekers naar de websites van die kranten zal trekken. Voorshands is derhalve niet aannemelijk dat de Dagbladen werkelijk schade lijden. Voor zover de Dagbladen inkomsten mislopen omdat de (meeste) advertenties niet staan op de pagina’s die het meest worden bezocht is dat het gevolg van een zelf gemaakte keuze. De daardoor ontstane schade kan niet worden toegerekend aan Eureka. De discussies die op de discussiepagina van kranten.com worden gevoerd zijn niet beduidend minder verheffend dan de discussies die elders op internet worden gevoerd, en voorshands is niet aannemelijk dat de inhoud van een discussie op de site van kranten.com een negatieve uitstraling heeft op de kranten wiens website vanaf kranten.com kunnen worden bezocht. Dat pagina’s van de websites van de kranten niet volledig worden opgebouwd wanneer men vanaf kranten.com doorgeleid wordt heeft Eureka gemotiveerd bestreden en is steekproefsgewijs ook niet gebleken. Dat Eureka profiteert van de investering van de kranten in hun websites kan dus reeds bij gebreke van (aan haar toerekenbare) schade niet als onrechtmatig worden aangemerkt.

4.5 Een auteursrecht stelt beperkingen aan de bevoegdheid om openbaar gemaakte gegevens te verveelvoudigen. Het vanaf de website kranten.com aanleggen van een (diep)link naar de (berichten en artikelen op de) website van de door de Dagbladen uitgegeven kranten is niet aan te merken als een verveelvoudiging van die werken. Het door kranten.com aan haar abonnees toezenden van een set (diep)links naar (de berichten en artikelen op) die websites is dat evenmin. Het integraal overnemen van de lijst met titels op de homepage van de kranten en het weergeven daarvan (onder vermelding van de herkomst) op de eigen

website is wel een verveelvoudiging van die titels en van die lijst als zodanig.

4.6 Voor zover al aangenomen mag worden dat (een aantal van) deze afzonderlijke titels en de loutere opsomming daarvan als geheel (hierna te noemen: titellijsten) als (een verzameling van) auteursrechtelijk beschermde werken zijn aan te merken met een eigen, oorspronkelijk karakter die het persoonlijk stempel van de maker dragen, mogen deze titels en titellijsten op grond van artikel 15 Auteurswet 1912 (hierna: Aw) toch integraal worden overgenomen met bronvermelding door een persorgaan. De website kranten.com is als een persorgaan in de zin van artikel 15 Aw aan te merken. Kranten.com geeft immers uitsluitend een actueel overzicht van de titels op de websites van diverse media. Daarmee is zij niets anders dan een nieuwsmedium dat periodiek (te weten dagelijks) een overzicht geeft van hetgeen die media actueel melden, waarbij de namen van die media uitdrukkelijk worden genoemd. Dat ten behoeve van deze ‘inhoudsopgave’ de titels en titellijsten letterlijk overgenomen worden ten behoeve van het linken is in dit verband juist zorgvuldig en gerechtvaardigd, en dient in dit verband naar de regels van het maatschappelijk verkeer dan ook geoorloofd geacht te worden. Een en ander levert bovendien persoverzichten op die vallen onder de citeervrijheid van artikel 15a Aw. Tussen het weergeven van de titels op de site van kranten.com als link en het toezenden van die links aan abonnees bestaat geen wezenlijk verschil. Van strijd met de Auteurswet 1912 is in dit verband dus geen sprake.

4.7 De titellijst op de website van elk der kranten is een verzameling van gegevens die ieder afzonderlijk toegankelijk zijn. In zoverre kan een titellijst aan te merken zijn als een databank. De Databankenwet kent een verzameling slechts bescherming toe wanneer de gegevens op een systematische of methodische wijze gerangschikt zijn. Een titellijst is in de eerste plaats een (chronologische) overzicht van de titels van de berichten en artikelen die men op de pagina’s van de website (achtereenvolgens) zal aantreffen. Eureka heeft niet aangevoerd dat deze rangschikking in dit opzicht niet is aan te merken als een databank.

4.8 Om voor bescherming als databank in aanmerking te komen dient de inhoud van de verzameling te getuigen van een substantiële investering in kwalitatieve of kwantitatieve zin. De aard van de investering kan zijn geld en/of tijd, moeite en energie die ter verkrijging, controle of rangschikking van de inhoud van de databank zijn aangewend. Dat de Dagbladen substantieel hebben geïnvesteerd in de inhoud van de titellijsten kan niet worden gezegd. Haar investering is gericht op het vergaren van de berichten en artikelen waarmee zij haar kranten vult. De titels worden bedacht als krantenkoppen. De selectie van de berichten en artikelen die op de website worden geplaatst is in dit verband nog slechts een bijzaak, en het opmaken van de titellijst is daarvan een bijzaak. Van een kwalitatieve investering in het opmaken van een titellijst is derhalve geen sprake. Dat een zevental medewerkers zouden zijn betrokken bij de website van een krant zal getalsmatig verwaarloosbaar zijn in vergelijking tot het totaal aantal mensen dat voor een krant werkzaam is, zodat van een substantiële investering in kwantitatieve zin evenmin sprake is. Van strijd met de Databankenwet is derhalve geen sprake.

4.9 Ook als de websites van elk der dagbladen als geheel, dus als combinatie van de homepage met de daarachter liggende pagina’s met berichten en artikelen, wel als databank in de zin van de wet zouden moeten worden beschouwd, dan leidt dit niet tot een ander oordeel. In dit geval is immers het opvragen en hergebruiken van slechts de titellijstjes niet aan te merken als het opvragen of hergebruiken van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank. Ook het feit dat dit door Eureka herhaald en systematisch gedaan wordt maakt geen inbreuk op de rechten van de Dagbladen als producenten van de databank omdat, zoals hiervoor ook reeds onder 4.4 wordt overwogen, voorshands niet aannemelijk is te achten dat dit in strijd is met de normale exploitatie van de databanken of ongerechtvaardigde schade toebrengt aan belangen van de Dagbladen.

4.10 Aangenomen moet worden dat met de invoering van de Databankenwet de geschriftenbescherming van verzamelingen is vervallen, zodat de Dagbladen ook daaraan geen argumenten kunnen ontleenen om de werkwijze van kranten.com te verbieden. Gezien de samenhang tussen de Databankenwet en de bij dezelfde gelegenheid tot stand gekomen aanpassing van de Auteurswet 1912 is immers niet voorstelbaar dat de wetgever beoogd heeft verzamelingen die geen auteursrechtelijke bescherming genieten als waar de Berner Conventie op ziet en ook niet als databank gelden toch nog, zoals voorheen wel aangenomen kon worden, onder de beschermende werking van de Auteurswet 1912 te laten vallen. Overigens zou dus voor de geschriftenbescherming eveneens de uitzonderingen van artikel 15 en 15a Aw gelden.

4.11 Resumerend kan worden gezegd dat de wijze waarop op de website van kranten.com een overzicht wordt gegeven van de berichten en artikelen op de websites van diverse media zorgvuldig gebeurt en niet in strijd is met in het maatschappelijk verkeer geldende regels. Op grond van de Auteurswet is het toegestaan om op deze wijze een overzicht van de berichten en artikelen in diverse media te geven. Van strijd met de Databankenwet is evenmin sprake omdat de Dagbladen niet substantieel investeren in het maken van de lijsten met titels van hun berichten en artikelen. Niet is gebleken dat deeplinking vanaf kranten.com naar de websites van de kranten schade berokkent aan de Dagbladen. De gevraagde voorzieningen zullen daarom worden geweigerd.

4.12 Als de in het ongelijk gestelde partij zullen de Dagbladen worden veroordeeld in de proceskosten.

5 De beslissing

De president, weigert de gevraagde voorzieningen; veroordeelt de Dagbladen in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van Eureka begroot op f 400,- aan verschotten en op f 2.500,- aan salaris voor de procureur.

Dit vonnis is gewezen door mr. J. Mendlik, president, in tegenwoordigheid van mr. M.A.M. de Baar, griffier.

Uitgesproken ter openbare terechtzitting.

Noot

Tjeerd Overdijk

Mr T.F.W. Overdijk is advocaat te Amsterdam

Een stevige zaak over het zgn. ‘deep-linken’: daar zat de Nederlandse rechtspraktijk al langere tijd op te wachten. Dit is hem dan.

Bij hyperlinks op Internet wordt onderscheid gemaakt tussen ‘gewone’ hyperlinks en ‘deep’ hyperlinks (verkort aangeduid als ‘deeplinks’). Met behulp van een ‘gewone’ hyperlink wordt een andere homepage (welkomstpagina) van een website opgeroepen. Een deeplink leidt niet naar de homepage, maar naar een andere pagina, achter de homepage (‘dieper in de site’). Daarnaast bestaat het begrip ‘framed’ link. Dit kunnen zowel gewone als ‘deep’ links zijn. De framed link is in deze zaak niet aan de orde (wel in de zaak Trip6 & Glennie/Gamepoint elders in dit nummer).

Van de gewone hyperlink op Internet is inmiddels voor iedereen wel duidelijk dat de auteursrechtelijke relevantie daarvan op zichzelf gering is, zo niet nihil: het elektronisch equivalent van een voetnoot (zie o.a. Hugenholtz, *Handelingen* NJV, 128e jrg./1998-I, p. 212-213). Dit was tussen partijen niet in geschil. Waarom zou dit dan anders zijn voor de deeplink? De deeplink is immers evenzeer een voetnoot, maar dan wat meer precies (een verwijzing niet alleen naar het boek, maar ook het paginanummer wordt bijgeleverd). De reden dat hierover een geschil rijst houdt verband met reclame op Internet (beter gezegd: de inkomsten daaruit). Advertenties staan meestal op de homepage. Op de homepage worden ook de bezoekersaantallen gemeten. De bezoekersaantallen zijn doorgaans bepalend voor de advertentie-inkomsten. Door deeplinks wordt de homepage van de gelinkte site omzeild. Dat is de feitelijke basis van de klacht van de PCM-bladen.

De zaak lijkt sterk op twee bekende buitenlandse deeplink-zaken: The Shetland Times/The Shetland News (1996) en Ticketmaster/Tickets.com (dit jaar). In de Shetland Times-zaak sloot een Schotse kort geding rechter niet uit dat de krantenkoppen auteursrechtelijk beschermd waren en dat overneming auteursrecht-inbreuk opleverde. Een afweging van wederzijdse belangen (‘the balance of convenience’) leidde vervolgens tot een voorlopig verbod op de deeplinks van concurrent The Shetland News. In een recent vergelijkbaar geval in Californië had Ticketmaster geen succes tegen haar jonge concurrent Tickets.com (uitspraken van maart en augustus jl.). De vindplaatsen van deze buitenlandse uitspraken komen hierna nog aan de orde.

Een verweer van kranten.com was dat deeplinks op Internet volstrekt gebruikelijk zijn. Dat mag zo zijn, maar dat betekent niet dat ze altijd toelaatbaar zijn. Er kunnen zich legio situaties voordoen waarin je maar beter de toestemming van de houder van de gelinkte site kan hebben. In de V.S. zijn er advocaten en juristen die een goed deel van hun praktijk kunnen vullen met het opstellen en uitonderhandelen van Linking Agreements (zie in dit verband o.a. het boekje *Web-Linking Agreements: Contracting Strategies and Model Provisions* van de Subcommittee on Interactive Services, Committee on the Law of Commerce in Cyberspace, ABA Section of Business Law (1997)).

De zaak kranten.com is enigszins ‘gekleurd’, nu het om nieuwsberichten ging. Nieuwsberichten zitten doorgaans in een lastig auteursrechtelijk parket, vooral vanwege de beperkingen van art. 15 en 15a Aw. Wat betreft de toepasselijkheid van art. 15 op een digitale knipselkrant zijn de kaarten al geruime tijd geschud (zie hierover Spoor/Verkade, *Auteursrecht*, 1993, p. 196). Auteursrechtelijk was er aan deze zaak dan ook betrekkelijk weinig eer te halen, althans niet voor eisers. De toepasselijkheid van art. 15 Aw drukt een zwaar stempel op de zaak. Daardoor heeft het vonnis bijvoorbeeld geen relevantie voor andere soorten titels, die heel wel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kunnen komen.

Jammer is dat in het vonnis wel aandacht wordt besteed aan de vraag of het ‘aanleggen’ van een hyperlink als een verveelvoudiging moet worden gezien (antwoord duidelijk neen), maar niet aan de veel interessantere vraag of sprake is van een nieuwe (secundaire) openbaarmaking. Kranten.com stelde dat de deeplinks geen auteursrechtinbreuk opleveren, omdat de gebruiker na het aanklikken van een deeplink naar een artikel wordt gebracht naar de site van de desbetreffende krant en daarbij de URL van de krant in beeld komt. Daarom is geen sprake van ‘framing’. Door sommige schrijvers is gesuggereerd dat ‘framing’ moet worden gezien als secundaire openbaarmaking. De vraag rijst of de

manier waarop door kranten.com naar de dagbladen wordt doorgelinkt wel zoveel anders is. Immers, na het aanklikken van de deeplink blijft de site van kranten.com wel op de achtergrond aanwezig. Kranten.com houdt controle en zorgt er voor dat je als bezoeker hoe dan ook ooit weer bij ze terugkeert. Ook dit is inmiddels een heel gebruikelijke manier van linking, maar ik vraag me geregeld af hoe ik dit moet duiden. De boodschap die er van uitgaat is dat ik best een uitstapje mag maken, als ik maar weer terug kom. Het enige verschil met ‘framing’ lijkt te zijn dat de site waar je vandaan komt niet in beeld blijft, maar geheel naar de achtergrond verdwijnt (of, anders gezegd, dat de gelinkte site niet in een frame verschijnt, maar ‘scherm-breed’). Gesteld dat ‘framing’ (secundaire) openbaarmaking oplevert (wat allerminst vaststaat), dan is goed verdedigbaar dat dit verschil essentieel is. Deze zaak bood een mooie gelegenheid hierover klaarheid te brengen, maar we zullen daar dus nog even op moeten wachten.

Vermeldenswaard is de overweging ten overvloede (4.10) over het voortbestaan van de Nederlandse geschriftenbescherming. Over deze vraag zijn rond de inwerkingtreding van de Databankenwet de gemoederen hoog opgelaaid. Bij mijn weten is hierover nog niet eerder in een rechterlijke uitspraak een duidelijke keuze gedaan.

Dat de zaak om nieuwsberichten handelde, zat ook het beroep op het databankrecht in de weg. Terecht stuit een beroep op een databankrecht voor een set krantenkoppen af op de eis van een substantiële investering. De krantenkoppen van de dagbladen zijn inderdaad een goed voorbeeld van een bijproduct. De dagbladen voelden dit al aankomen en claimden daarom tevens een databankrecht voor de gehele website. Het vonnis besteedt helaas geen aandacht aan de houdbaarheid van deze claim. Deze lijkt mij problematisch, omdat niet goed valt in te zien welke systematische of methodische ordening schuil gaat achter een aantal nieuwsartikelen van uiteenlopende aard (al dan niet vergezeld van andere elementen van de website). De President laat in het midden of de gehele website kwalificeert als een databank. Wel toetst hij of er inbreuk is. Met de databank-claim voor de gehele website ontstaat voor de dagbladen ook hier een serieus probleem: terecht oordeelt de President dat de enkele krantenkoppen bezwaarlijk als substantieel deel van de gehele website kunnen worden aangemerkt. Volgens art. 2 lid 1 sub b Dw is ook toestemming nodig van de producent van de databank voor herhaald en systematisch hergebruik van niet-substantiële delen van de databank. Deze inbreukcategorie is volgens de President evenmin aan de orde, omdat hij niet overtuigd is van de gestelde schade aan de belangen van de dagbladen.

Hiermee komen we aan het deel van het vonnis dat ik het meest interessant vind. Eureka heeft betwist dat haar site per saldo schadelijk was voor de dagbladen. De President heeft duidelijk veel sympathie voor dit argument. Ik betwijfel echter of de ‘per saldo’-benadering de juiste is. De dagbladen klagen niet over het bestaan van kranten.com; zij hebben slechts bezwaar tegen de gebruikte deeplinks, omdat de bezoekers van hun websites als gevolg daarvan niet door ‘de voordeur’ binnen komen en daar in veel gevallen ook niet meer gaan kijken. Het lijkt mij aanneemelijk dat dit bij een substantieel aantal bezoekers van kranten.com het geval zal zijn. In die gevallen is feitelijk sprake van overneming van de functie van de homepage. Dat kranten.com ook dingen doet waar de dagbladen baat bij hebben, lijkt mij rechsens niet relevant. Bovendien staat van de in overweging 4.4 bedoelde ‘aanzuigende’ werking allerminst vast dat het aantal extra bezoekers dat hieraan te danken is, groter is dan het aantal bezoekers dat door de deeplinks wordt onttrokken.

De President oordeelt daarnaast dat ‘eigen schuld’ van de dagbladen gewicht in de schaal legt: verzuim om technische maatregelen te treffen en de zelf gemaakte keuze van de plaatsing van advertenties. Deze overwegingen vind ik evenmin overtuigend. Ik heb wel eens een bon gekregen omdat ik mijn auto niet op slot had gedaan, maar bij mijn weten bestaat er nog geen voorschrift om een website zodanig in te richten dat de kans dat schade ontstaat als gevolg van onrechtmatige handelingen van derden wordt geminimaliseerd. Volgens het BW vermindert eigen schuld de vergoedingsplicht (art. 6:102 BW), c.q. de aansprakelijkheid (art. 6:185 lid 2 BW). In verband met de vraag of een handeling onrechtmatig is, zou eigen schuld geen rol moeten spelen.

Hoe aardig en goed gemotiveerd dit vonnis ook is, het valt te bezien of het veel principiële betekenis heeft. Daarvoor is de casus naar mijn idee te specifiek. De deeplink zal voorlopig nog wel voer voor controverses zijn. Voor wie zich verder in deze materie wil verdiepen biedt Internet overigens een schat aan websites met uitstekende deeplinks. Bijzonder aan te bevelen is de zeer uitgebreide The Link Controversy Site van Stefan Bechtold <jura.uni-tuebingen.de/ s-besi/lcp.html>. Daarop is ook informatie over veel buitenlandse zaken te vinden, waaronder de eerder in deze noot vermelde uitspraken.

Nr. 62 Zijlstra vs. B&W Groningen

Rb. Groningen 16 augustus 2000

Reg.nr.: AWB 99/795 BELEI V01

Uitspraak van de arrondissementsrechtbank, sector bestuursrecht, te Groningen inzake het geschil tussen:

R. Zijlstra, wonende te Groningen, eiser,

en

Burgemeester en wethouders van de gemeente Groningen, verweerders.

1 Procesverloop

Eiser heeft verweerders op 14 december 1998 verzocht om aan hem inlichtingen te verstrekken betreffende de bonussen die door verweerders sinds 1990 zijn toegekend aan bij de gemeente Groningen in dienst zijnde ambtenaren. Verweerders hebben bij besluit van 14 januari 1999 afwijzend op dit verzoek beslist. Tegen dit besluit heeft eiser op grond van artikel 7:1, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht, (Awb) een bezwaarschrift ingediend. Bij verzoekschrift van 22 maart 1999 heeft eiser de president gevraagd met betrekking tot het besluit van verweerders van 14 januari 1999 een voorlopige voorziening te treffen, in die zin dat verweerders gelast worden de gevraagde informatie binnen twee weken na bekendmaking van de uitspraak ter beschikking te stellen. Dit verzoek is afgewezen. Verweerders hebben bij besluit van 25 juni 1999 beslist op het bezwaar. Zij hebben het bezwaar van eiser ongegrond verklaard. Tegen dit besluit is beroep ingesteld. Verweerders hebben de op de zaak betrekking hebbende stukken ingediend, alsmede een verweerschrift. Eiser heeft gereageerd naar aanleiding van het verweerschrift. Partijen hebben de beschikking gekregen over de gedingstukken. De voorzitter heeft het vooronderzoek gesloten en de zaak verwezen naar een zitting van de meervoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken.

Het beroep is behandeld ter zitting van 26 juli 2000. Eiser is in persoon verschenen en bijgestaan door zijn gemachtigde, mr. W.R. van der Velde, advocaat te Groningen. Verweerders hebben zich doen vertegenwoordigen door mr. J. Lanenga, medewerker van de Bestuursdienst van de gemeente Groningen. Partijen hebben hun standpunten toegelicht.

De voorzitter heeft het onderzoek ter zitting gesloten en bepaald dat schriftelijk uitspraak wordt gedaan binnen zes weken na 26 juli 2000.

2 Rechtsoverwegingen

2.a feiten

De rechtbank legt de volgende feiten aan haar oordeel ten grondslag. Voorzover nodig ten behoeve van de te nemen beslissing, heeft de rechtbank de feiten gewaardeerd.

Eiser is verslaggever voor het Nieuwsblad van het Noorden. Hij heeft bij brief van 14 december 1998 verweerders gevraagd geïnformeerd te worden over de sinds 1990 aan medewerkers van de gemeente Groningen verstrekte bonussen. Eiser heeft daarbij de volgende vragen gesteld:

1. Aan wie is sinds 1990 een extra salarisvergoeding toegekend?
 2. Bij welke diensten is dit sinds 1990 gebeurd?
 3. Hoe hoog betrof de vergoeding per geval?
 4. Op grond waarvan werd, per geval, de billijke vergoeding uitgekeerd?
 5. Wat waren de bijzondere gemeentelijke belangen per geval?
- Eiser heeft verweerders niet verzocht om de/alles documenten ter beschikking te stellen, waarin het antwoord op deze vragen kan worden gevonden. Verweerders hebben eiser daarop de brief van 15 december 1998, gericht aan de leden van de Raad van de gemeente Groningen, in handen gesteld. In die brief en de daarbij gevoegde bijlage, zijn de tien gevallen genoemd, waarin een bonus is uitgekeerd, met vermelding van maand en jaartal van uitkeren, het bedrag van de bonus en de namen van de bestuurders, die het besluit tot het verstrekken van de bonus hebben genomen. In het verlengde hiervan stelt de rechtbank vast dat verweerders het verzoek van eiser hebben opgevat als een verzoek tot verstrekking van documenten, waarin de informatie is neergelegd met betrekking tot de door eiser omschreven aangelegenheid (artikel 3, tweede jo. eerste lid Wet openbaarheid van bestuur (wob).

Verweerders hebben de interne (parafen)besluiten en de daaruit voortvloeiende, aan de betreffende ambtenaren gerichte, besluiten tot het verstrekken van een bonus, aangemerkt als de door eiser gevraagde documenten. Die documenten zijn geweigerd. Daartegen richt het beroep zich.

Eiser heeft medegedeeld vraag 1 te laten vervallen.

2.b standpunt partijen

Wat partijen verdeeld houdt is -kort samengevat- de vraag of de bepalingen van de Wob het in de Wet Persoonsregistraties (Wpr) neergelegde verbod op het verstrekken van de gevraagde documenten al dan niet opheffen. Daarbij verschillen partijen van mening over de vraag of de gevraagde documenten betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid als bedoeld in artikel 1, sub a, Wob. Bij een bevestigend antwoord, verschillen zij van mening over de vraag of het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken functionarissen zwaarder dient te wegen dan het belang van de openbaarmaking van de gegevens.

2.c overwegingen

De rechtbank is van oordeel dat verweerders het verzoek van eiser in de juiste zin hebben opgevat. De rechtbank is, mede gelet op de wijze waarop de gevraagde gegevens zijn opgeslagen, voorts van oordeel dat de Wpr van toepassing is op de gevraagde gegevens. Hieruit volgt dat slechts onder de in die wet genoemde voorwaarden verstrekking van de gegevens aan derden mogelijk is. Uit artikel 11, eerste lid, van de Wpr volgt dat uit een persoonsregistratie gegevens aan een derde mogen worden verstrekt indien zulks uit een wettelijk voorschrift voortvloeit. Als een dergelijk wettelijk voorschrift kunnen worden aangemerkt de openbaarheidsregels van de Wob. Derhalve dient de rechtbank de vraag te beantwoorden of de bepalingen van de Wob nopen tot openbaarmaking van de gevraagde gegevens.

Ten aanzien van die vraag overweegt de rechtbank het volgende. De Wob strekt er toe een goede en democratische besluitvorming door -de bij de Wob omschreven- bestuursorganen te dienen. Daartoe verleent de Wob eenieder het bij de Wob omschreven recht op informatie uit documenten met betrekking tot bestuurlijke aangelegenheden. De verstrekking van de betreffende documenten en de daardoor ontstane openbaarheid van de daarin vermelde gegevens, moet er toe bijdragen dat iedere persoon, die dat wenst, in de gelegenheid wordt gesteld om bestuurlijke besluitvormingsprocessen in het heden en verleden te doorzien. Niet van belang is dus of eiser de informatie vraagt in de hoedanigheid van verslaggever, dan wel in de hoedanigheid van privé-persoon. De door eiser gegeven garantie dat hij de privacy van de betrokken ambtenaren zal respecteren als hij de informatie uit de door hem gevraagde documenten gebruikt ten behoeve van zijn werk als journalist, is daardoor rechtens irrelevant.

Voormelde doelstelling van de Wob, brengt een beperking mee: de openbaar te maken documenten moeten bestuurlijke aangelegenheden betreffen. Partijen verschillen van mening of de gevraagde documenten onder de reikwijdte van dit begrip vallen.

De rechtbank stelt vast dat de bonussen niet zijn aangevraagd door of verstrekt aan bestuurders. Dit heeft tot gevolg dat de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 25 april 2000, JB 2000/123, over de declaraties, lunchbonnen, e.d. van een voormalige minister, niet maatgevend kan worden geacht voor de uitleg van het begrip bestuurlijke aangelegenheid in verhouding tot de door eiser gevraagde documenten.

Het verstrekken van de bonussen is volgens verweerders een tegenprestatie geweest voor door de betreffende medewerkers verrichte ambtelijke werkzaamheden. De rechtbank ziet geen reden te twijfelen aan de juistheid van deze mededeling.

De bonussen zijn aldus verstrekt aan ambtenaren, in zin van de Ambtenarenwet, van de gemeente Groningen in hun ambtelijke hoedanigheid. Met andere woorden: er is sprake van besluitvorming in het kader van de ambtelijke rechtspositie.

Het verstrekken van bonussen aan ambtenaren, valt onder het bepaalde in artikel 125, tweede juncto eerste lid aanhef en onderdeel c, van de Ambtenarenwet, inhoudend dat:

- het bevoegd gezag van de gemeente
- voorschriften moet vaststellen
- betreffende de bezoldiging,
- voorzover dit niet bij of krachtens de wet is geregeld.

Deze voorschriften waren tot 1 januari 1996 artikel F29 Algemeen ambtenarenreglement en artikel 27 en 28 Bezoldigingsverordening gemeente Groningen. Daarna gold de Arbeidsvoorwaardenregeling en de regeling Belonen op maat van de gemeente Groningen.

In deze regelingen zijn voorwaarden opgenomen, op grond waarvan de aanspraak op een bonus rechtstreeks ontstaat voor de ambtenaar als hij/zij aan de voorwaarden voldoet, en voorwaarden die verweerders

bevoegd maken een dergelijke aanspraak te doen ontstaan door een daarop gericht besluit te nemen. Daarbij vullen verweerders die bevoegdheid in met bepaalde normen/regels.

Naar het oordeel van de rechtbank moet dit samenstel van normen/regels gezien worden als het beleid dat door de gemeente Groningen wordt gevoerd ten aanzien van het verstrekken van bonussen als specifieke vorm van bezoldiging van ambtenaren. De daaruit voortvloeiende besluiten met betrekking tot individuele ambtenaren, moeten worden gezien als uitvoering van dit beleid.

Uit het bepaalde in artikel 1, aanhef en onderdeel b van de Wob, vloeit voort dat de door eiser gevraagde documenten betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid indien voormeld beleid van de gemeente Groningen moet worden gezien als bestuurlijke aangelegenheid. Met andere woorden: is het arbeidsvoorwaardenbeleid voor ambtenaren van een gemeente een bestuurlijke aangelegenheid? Omdat de gemeenteraad op grond van de Gemeentewet het bevoegde orgaan is en omdat de Ambtenarenwet op dit vlak geen uitzondering bevat op de regeling van de besluitvormingsbevoegdheid en besluitvormingsprocedure die in de Gemeentewet is voorzien, is aan de vaststelling van de arbeidsvoorwaarden voor alle ambtenaren van de gemeente Groningen de controle inherent, die de Wob mede mogelijk moet maken. Dit leidt naar het oordeel van de rechtbank op zichzelf echter niet tot een bevestigend antwoord op de vraag.

De rechtbank is van oordeel dat het vaststellen van de rechtspositie van alle ambtenaren en als uitvloeisel daarvan van individuele ambtenaren, geen onderwerp is van een goede en democratische besluitvorming en uitvoering, waar iedere burger inzicht in moet kunnen krijgen (de uitzonderingsgronden van de Wob daargelaten), om het besluitvormingsproces te kunnen beïnvloeden; rechtstreeks of middels vertegenwoordigende groeperingen/partijen. Het betreft een interne aangelegenheid van de gemeente Groningen (een publieke rechtspersoon die als zodanig niet onder de werking van de Wob valt) in haar rol van werkgever, waarbij het daartoe bevoegd zijnde orgaan van de gemeente handelt ten opzichte van de aangestelde ambtenaren, en dat dan slechts doet als bestuursorgaan omdat de rechtsverhouding van ambtenaren in de Ambtenarenwet is aangemerkt als bestuursrechtelijke betrekking. Overheidsorganen die niet reeds uit eigen hoofde bestuursorgaan zijn, worden in het kader van die betrekking dan ook specifiek als bestuursorgaan aangewezen (artikel 1, derde lid, Awb). De rechtbank verwijst in dit verband nog naar de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State van 3 december 1985, AB 1987/42.

Het voorgaande voert de rechtbank tot de conclusie dat de door eiser gevraagde gegevens geen bestuurlijke aangelegenheid betreffen, zodat de toepasselijke regels zich tegen verstrekking aan hem verzetten.

De beslissing van verweerders is dan ook in overeenstemming met het recht genomen.

Beslist wordt daarom als volgt.

3 Beslissing

De Arrondissementsrechtbank te Groningen, sector bestuursrecht, meervoudige kamer:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gegeven door mr. A.H.J. Lennaerts, voorzitter, en mrs. J.H. de Wildt en C. van den Noort, rechters, en in het openbaar uitgesproken door de voorzitter op 16 augustus 2000, in tegenwoordigheid van K. Faber als griffier.

Nr. 63 PCM vs. Freelancers

Rb Amsterdam 9 augustus 2000

Vonnis in de zaak met rolnummer H 99.1595 van:

1. de naamloze vennootschap PCM Uitgevers N.V., gevestigd te Amsterdam,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PCM Landelijke Dagbladen B.V., gevestigd te Amsterdam,
 3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid De Volkskrant B.V., gevestigd te Amsterdam,
 4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NRC Handelsblad B.V., gevestigd te Rotterdam,
 5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Trouw B.V., gevestigd te Amsterdam,
 6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Het Parool B.V., gevestigd te Amsterdam,
 7. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Media Resultant B.V., gevestigd te Houten,
- eiseressen in conventie bij dagvaardingen van 12 en 19 mei 1999, gedaagden in reconventie, procureur mr. E.M.L. Moerel,

tegen:

1. L. Koenen,
 2. A. Polak,
 3. T. Reinsma en
 4. R.J.C. Smits
- allen wonende te Amsterdam, gedaagden in conventie, eisers in reconventie, procureur eerst mr. A.C. Oberman, thans mr. G.J. Kemper.

Eiseressen in conventie, gedaagden in reconventie, worden hierna gezamenlijk aangeduid als PCM. Gedaagden in conventie, eisers in reconventie, worden gezamenlijk de Freelancers genoemd.

Verloop van de procedure

De rechtbank is uitgegaan van de volgende processtukken en/of proceshandelingen:

- voornoemde dagvaardingen, met beschikking ex artikel 145 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering,
- conclusie van eis, met bewijsstukken,
- conclusie van antwoord in conventie, tevens van eis in reconventie, met bewijsstukken,
- conclusie van antwoord in reconventie, met een bewijsstuk,
- pleidooi dat gehouden is op 3 april 2000, het daarvan opgemaakte proces-verbaal, pleitnotities van de raadslieden van PCM en de Freelancers en een bij pleidooi door PCM genomen akte, met bewijsstukken.

Beide partijen hebben de stukken overgelegd ter verkrijging van vonnis.

Gronden van de beslissing

in conventie en in reconventie

1 Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet (voldoende) weersproken, alsmede op grond van de in zoverre niet betwiste inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat in dit geding het volgende vast:

1.1 PCM Uitgevers NV (verder: PCM Uitgevers) is enig aandeelhoudster en bestuurster van PCM Landelijke Dagbladen BV (verder: PCM Landelijke Dagbladen), van Het Parool BV, de uitgeefster van het dagblad Het Parool, en van Media Resultant BV (verder: Media Resultant). PCM Landelijke Dagbladen is op haar beurt enig aandeelhoudster en bestuurster van onder meer De Volkskrant BV, NRC Handelsblad BV en Trouw BV, uitgeefsters van respectievelijk de dagbladen de Volkskrant, NRC Handelsblad en Trouw (verder samen met Het Parool BV ook de uitgeefsters te noemen). Zij maken een belangrijk deel uit van het PCM-concern.

1.2 De Freelancers schrijven voor de hierna te noemen dagbladen op freelance basis.

L. Koenen, schrijvend als Liesbeth Koenen, schrijft voor NRC Handelsblad en heeft voor Het Parool geschreven. A. Polak, schrijvend als Antoinette Polak, schrijft voor NRC Handelsblad. T. Reinsma, schrijvend onder het pseudoniem Nicolaas Matier, schrijft voor NRC Handelsblad, de Volkskrant en Trouw. R.J.C. Smits, schrijvend als Rik Smits, schrijft voor NRC Handelsblad en heeft bijdragen aan Het Parool geleverd.

1.3 Het auteursrecht op de bijdragen van de Freelancers berust bij ieder van hen afzonderlijk. Zij hebben toestemming gegeven aan de uitgeef-

ster van elk dagblad waarvoor zij werken, om hun bijdragen eenmalig in de krant te publiceren.

1.4 De archieven van voornoemde dagbladen zijn vanouds tweeledig geweest. Er is een statisch archief waarin de nummers van de verschenen kranten tot op de dag van vandaag in leggers worden opgeslagen. Dit archief heeft een bewaarfunctie voor de eeuwigheid en een publieke functie, in de zin dat de leggers voor het publiek raadpleegbaar zijn. Daarnaast bestaat een dynamisch archief ten behoeve van naslag door de redacties en de documentatie-afdelingen van de dagbladen, waarbij de kopij is ontsloten op onder meer onderwerp en auteur. 1.5 NRC Handelsblad heeft sinds 1990 een volledig digitaal (dynamisch) archief (hierna ook elektronisch archief genoemd) met zoekmechanisme op trefwoord, de Volkskrant sinds maart 1994 en Trouw en Het Parool, waarvan de archieven sinds 1981 zijn samengevoegd, sinds april 1994. Hierin is de in deze dagbladen sinds die data verschenen kopij opgeslagen.

1.6 De elektronische archieven van NRC Handelsblad en het Algemeen Dagblad (de Rotterdamse dagbladen) zijn sinds 1992 over en weer via terminals voor elkaars documentatie-afdelingen toegankelijk. Sinds 1996 hebben de documentatie-afdelingen van Het Parool en Trouw enerzijds en van de Volkskrant anderzijds (de Amsterdamse dagbladen) rechtstreeks via terminals toegang tot elkaars elektronische archieven. 1.7 Sinds de toetreding van de Rotterdamse dagbladen tot het PCM-concern in 1995 is tussen de documentatie-afdelingen van de Amsterdamse en Rotterdamse dagbladen vrijelijk kopij uitgewisseld.

1.8 De PCM dagbladen (alle voornoemde Amsterdamse en Rotterdamse dagbladen) hebben vanaf 1992/1993 tot augustus 1998 tegen betaling digitaal kopij geleverd aan onder meer Lexis Nexis (met uitzondering van de Volkskrant) en de Nederlandse Pers Databank (NPD), alsmede gratis aan onder meer het lexicografisch instituut te Leiden, het blindeninstituut en de Koninklijke Bibliotheek.

1.9 In november 1996 heeft PCM Uitgevers de NPD overgenomen, inclusief de daarop bestaande betalende abonnementen.

1.10 Sinds juli 1998 zijn de elektronische archieven van de PCM dagbladen samengebracht in een gezamenlijk elektronisch archief (de Centrale Databank) dat is ondergebracht bij Media Resultant.

1.11 De Centrale Databank is toegankelijk via terminals op de redacties en de documentatie-afdelingen van de PCM dagbladen. Ook wordt deze databank vanaf juli 1998 commercieel geëxploiteerd onder de naam NDP Pro.

1.12 In maart/april 1998 hebben de beroepsorganisaties de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) en de Nederlandse Dagbladpers een accord bereikt ter zake van de elektronische herexploitatie van de kopij van journalisten in vast dienstverband. Deze journalisten hebben de uitgeefster van het dagblad waaraan zij verbonden zijn, met terugwerkende kracht voor een proefperiode van 3 jaar vanaf 1 januari 1998 toestemming voor elektronische herexploitatie gegeven, tegen betaling van een opslag van 0,5 % op hun jaarlijkse salaris.

1.13 Nadat zonder succes was onderhandeld over een soortgelijke collectieve regeling met freelance journalisten, heeft elk van de meerge-noemde uitgeefsters omstreeks december 1998/ januari 1999 aan ieder van de voor haar werkende freelancers het schriftelijk voorstel gedaan gedurende een periode van drie jaar, te rekenen vanaf 1 januari 1998, een toeslag van 2% op het jaarlijks honorarium uit te keren in ruil voor toestemming tot elektronisch hergebruik van de door hen geleverde kopij.

1.14 De Freelancers zijn met dit voorstel niet akkoord gegaan. Zij hebben samen met andere freelancers bij brieven van 17 februari 1999 bezwaar aangetekend bij NRC Handelsblad BV, De Volkskrant BV, Het Parool BV, PCM Uitgevers, PCM Landelijke Dagbladen en Media Resultant tegen -naar zij stelden- het feit dat hun bijdragen buiten hun medeweten en toestemming zijn opgenomen in de Centrale Databank en tevens commercieel worden geëxploiteerd. Daarbij hebben zij medegedeeld deze gedragingen als inbreuken op hun auteursrechten te beschouwen en de genoemde vennootschappen gesommeerd deze inbreuken te staken en gestaakt te houden totdat een voor hen 'genoeg-zame regeling' is getroffen.

1.15 PCM heeft hangende een door de Freelancers samen met anderen tegen NRC Handelsblad BV, Het Parool BV, De Volkskrant BV en Media Resultant aangespannen kort geding, onder voorbehoud van rechten: (i) op 24 maart 1999 de uitdrukkelijke toezegging gedaan alle kopij van de Freelancers uit de Centrale Databank te verwijderen en verwijderd te houden tot het moment waarop de rechter oordeelt dat de aanwezigheid van deze kopij in de Centrale Databank geen auteursrechtinbreuk oplevert; en (ii) de toelivering van nieuwe kopij van de Freelancers aan de Centrale Databank gestaakt, tot het moment waarop voor opname toestemming is verkregen van de Freelancers.

1.16 PCM heeft vervolgens een begin gemaakt met de opsplitsing van de Centrale Databank in twee fysiek gescheiden databanken, één uitsluitend raadpleegbaar door journalisten/freelancers van de PCM dagbla-

den en één (NDP Pro) raadpleegbaar door derden.

2.1 *In conventie verzoekt PCM de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:*

A. te bepalen dat PCM terzake van de sub 12 van het lichaam van de dagvaarding bedoelde auteursrechtinbreuk (rb: het betreft het gedeelte met het opschrift ‘Exploitatie Centrale Databank naar derden’) aan de Freelancers schadevergoeding verschuldigd is volgens een maatstaf als in goede justitie door de rechtbank te bepalen;
B1. te verklaren voor recht dat de opname van kopij van de Freelancers in de gezamenlijke elektronische database van PCM Kranten ondergebracht bij en in opdracht van de PCM Kranten beheerd door Media Resultant en de raadpleging daarvan door journalisten/freelancers werkzaam voor de PCM Kranten, geen inbreuk maakt op de aan de Freelancers op deze kopij toekomende auteursrechten;

subsidiair:

B2. te verklaren voor recht dat de opname van kopij van de Freelancers, voorzover deze dateert van vóór 17 februari 1999, in de gezamenlijke elektronische database van de PCM Kranten ondergebracht bij en in opdracht van de PCM Kranten beheerd door Media Resultant en de raadpleging daarvan door journalisten/freelancers werkzaam voor de PCM Kranten, geen inbreuk maakt op de aan de Freelancers op deze kopij toekomende auteursrechten;
C. de Freelancers te gebieden te gehengen en te gedogen dat PCM hun kopij daterend van vóór 17 februari 1999 weer inbrengt in de gezamenlijke Centrale Databank van de PCM Kranten ondergebracht bij en beheerd door Media Resultant en deze raadpleegbaar maakt voor de journalisten/freelancers van de PCM Kranten;

subsidiair voor B en C:

D. te bepalen dat door PCM terzake van de opname in de gezamenlijke elektronische databank van kopij van de Freelancers daterend van vóór 17 februari 1999 tot het moment van verwijdering daarvan, geen schadevergoeding aan de Freelancers is verschuldigd, alles met veroordeling van de Freelancers in de kosten van het geding.

2.2 Daartoe stelt PCM dat zij voor de exploitatie ‘naar derden’ - waarmee zij doelt op het ter beschikking stellen aan anderen dan journalisten/freelancers van de PCM dagbladen- van de in de Centrale Databank opgenomen kopij de toestemming diende te hebben van de betreffende auteurs. Nu die toestemming ontbrak, erkent PCM inbreuk te hebben gemaakt op de auteursrechten van de Freelancers. Zij heeft, nu partijen geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over de hoogte van het door PCM aan de Freelancers uit hoofde van bedoelde inbreuk verschuldigde bedrag, er belang bij dat de rechtbank de maatstaf vaststelt voor de berekening van de schadevergoeding die zij is verschuldigd voor voornoemde exploitatie zoals deze in het verleden heeft plaatsgevonden, aldus PCM.

2.3 PCM stelt zich op het standpunt dat de Freelancers zich niet kunnen verzetten tegen opslag van hun kopij in de Centrale Databank en raadpleging daarvan, voorzover dat geschiedt door journalisten/freelancers van PCM dagbladen. Van een inbreuk op de auteursrechten van de Freelancers is hier volgens PCM geen sprake, in elk geval niet ten aanzien van kopij van vóór 17 februari 1999 toen de Freelancers hun bezwaren tegen de opslag in de centrale Databank voor het eerst kenbaar hebben gemaakt.

2.4 Daartoe stelt PCM (i) dat de volledige centralisering van de digitale archieven bij Media Resultant geen nieuwe exploitatievorm meebrengt, waarvoor zij de volgende argumenten noemt:
- de gebruikersgroep is eenzelfde (de journalisten/ freelancers werkzaam voor de PCM dagbladen);
- de mogelijkheden van raadpleging zijn identiek (ook de eerdere digitale archieven, en zelfs het oude hangmappensysteem, kenden al de mogelijkheid de kopij op onderwerp te raadplegen);
- de frequentie van het gebruik is niet toegenomen (ook in de oude situatie werd door journalisten/freelancers steeds een volledig onderzoek gedaan); en
- de aard van het gebruik is hetzelfde (nog steeds louter consumptief, er wordt geen nieuwe geldstroom mee gecreëerd).
Deze wijze van opslag en gebruik ligt dus -zo betoogt PCM vervolgens- in het verlengde van de archivering zoals deze al jaren plaatsvond en waarvoor de Freelancers bij het aangaan van hun freelance-overeenkomsten impliciet toestemming hebben verleend. Zij mocht in elk geval ten aanzien van kopij van vóór 17 februari 1999, het moment waarop de Freelancers bezwaar maakten tegen opslag in de Centrale Databank, op die impliciete toestemming vertrouwen, aldus PCM.

Daarnaast stelt PCM:

(ii) voor voornoemde wijze van opslag en gebruik dient ten behoeve van een goede informatievoorziening een ongeschreven beperking op het auteursrecht te gelden, nu de behoefte aan een dergelijke begrenzing door de wetgever niet is onderkend en een afweging van de betrokken

belangen in het voordeel van PCM dient uit vallen; althans (iii)het beroep van de Freelancers op hun auteursrechten om voornoemde wijze van opslag en gebruik te verbieden is in strijd met artikel 10 (informatievrijheid) van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM); althans (iv) de uitoefening van de auteursrechten door de Freelancers is in strijd met de redelijkheid en de billijkheid, althans levert misbruik van recht op; althans (v) de Freelancers hebben ten gevolge van voornoemde wijze van opslag en gebruik geen schade geleden die voor vergoeding in aanmerking komt.

3.1 Tot hun *verweer in conventie* voeren de Freelancers allereerst aan dat zij met betrekking tot het onder 2.1. sub A. gevorderde PCM Uitgevers, PCM Landelijke Dagbladen, De Volkskrant BV, Trouw BV en Het Parool BV niet ontvankelijk achten ten aanzien van Koenen, Polak en Smits, omdat tussen voornoemde eiseressen en voornoemde gedaagden geen rechtsverhouding bestaat. Ten aanzien van Reinsma achten zij om diezelfde reden PCM Uitgevers, PCM Landelijke Dagbladen en Het Parool BV niet-ontvankelijk.

3.2 Voor het overige hebben zij aangevoerd dat onduidelijk is op welke gronden PCM Uitgevers, PCM Landelijke Dagbladen en Media Resultant de Freelancers dagvaarden. In ieder geval achten zij geen basis aanwezig voor vorderingen van eiseressen gezamenlijk jegens ieder der Freelancers.

3.3 De Freelancers beamen dat hen vanwege de onder 2.2. bedoelde inbreuk chadevergoeding zal moeten worden betaald. Zij betwisten echter de uitgangspunten van PCM bij het bepalen van de hoogte daarvan. Bovendien voeren zij aan dat PCM in gebreke is gebleven gegevens te verschaffen over het aantal raadplegingen in de periode gelegen vóór medio 1998 en over andere verspreidingsvormen.

3.4 De Freelancers voeren aan dat reeds voor permanente opslag in het eigen elektronisch archief van de krant toestemming van de auteursrechthebbende vereist is. Zij wensen deze opslag niet langer zonder meer te gedogen. Opslag zonder toestemming van de rechthebbende in een elektronisch archief dat bij een derde is ondergebracht en dat door derden -alle personen buiten de kring van het eigen dagblad- raadpleegbaar is, achten zij te meer onrechtmatig.

3.5 De Freelancers betwisten dat hun toestemming voor eenmalige publicatie van hun werk in de betreffende krant zich impliciet zou uitstrekken tot méér dan dat.

3.6 Zij betwisten voorts dat het elektronisch archief te beschouwen is als een voortzetting van het traditionele archief. Beide archiefvormen bestaan naast elkaar en verschillen zowel in principiële als in kwalitatieve zin, aldus de Freelancers.

3.7 Tevens verzetten de Freelancers zich tegen het aannemen van een buitenwettelijke beperking op het auteursrecht als door PCM verdeigd. Voor zo n beperking is volgens hen geen plaats in een geval als het onderhavige waar het gaat om commerciële belangen van uitgevers tegenover de gerechtvaardigde belangen van auteurs om te kunnen bepalen wat er met hun werk gebeurt.

3.8 Het beroep op art 10 EVRM achten de Freelancers misplaatst, aangezien het papieren archief nog bestaat en toegankelijk is.

3.9 Op gronden als in conventie gesteld verzoeken de Freelancers in reconventie, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, in hun woorden:

1. Te verklaren voor recht dat gedaagden sub 3, 4 en 5, De Volkskrant B.V., NRC handelsblad B.V. en Trouw B.V., hierna de Kranten, door permanente opslag van stukken van eisers in het eigen elektronisch archief zonder hun toestemming inbreuk maken op het aan eisers toekomende auteursrecht;
2. Te verklaren voor recht dat de Kranten inbreuk maken op de auteursrechten van eisers door zonder hun toestemming het elektronisch archief onder te brengen bij derden, daaronder mede begrepen gedaagde sub 7.
3. Te verklaren voor recht dat raadpleging van de gezamenlijke elektronische database van de PCM Kranten door gedaagden, niet zijnde de Krant c.q. Kranten waaraan eisers kopij leveren en hebben geleverd, inbreuk maakt op het aan eisers toekomende auteursrecht.
4. Gedaagden sub 1 tot en met 7 te gebieden gedetailleerd inzicht te geven in de werkelijke gang van zaken met betrekking tot de opslag en exploitatie van de stukken van gedaagden;
5. Gedaagden sub 1 tot en met 7 te veroordelen aan eisers te vergoeden schade, nader op te maken bij staat, door ieder van eisers geleden en te lijden als gevolg van het handelen in strijd met hun respectievelijke auteursrechten, de morele rechten daaronder begrepen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum waarop het onrechtmatig handelen een aanvang nam tot aan de voldoening;
6. Gedaagden sub 1 tot en met 7 hoofdelijk te veroordelen in de kosten van dit geding, des dat de een betalende de anderen gekwetten zullen zijn;

in conventie

ontvankelijkheid

4.1 Er bestaat geen grond om de ontvankelijkheid met betrekking tot onderdeel A. van de vordering te beperken tot de uitgeefster waarmee de respectievelijke Freelancers contracteerden en Media Resultant, aangezien het gevorderde betrekking heeft op inbreuken op auteursrechten van de Freelancers door de hiervoor onder 2.2. bedoelde exploitatie, gepleegd door welke eisers dan ook.

4.2 PCM Uitgevers en PCM Landelijke Dagbladen hebben niets meer of anders gevorderd dan de andere eiseressen in conventie. Zij hebben daarbij geen eigen belang. Zij zijn (middellijke) aandeelhouders en bestuurders van de andere eiseressen in conventie. Zij zijn dus in hun vorderingen niet ontvankelijk.

in conventie en in reconventie

5.1 Partijen zijn het erover eens (i) dat de Freelancers auteursrechthebenden zijn op het door hen voor de krant gemaakte werk op grond waarvan zij het uitsluitend recht hebben dit werk openbaar te maken en te veeveelvoudigen en (ii) dat zij de uitgeefster waarmee zij hebben gecontracteerd toestemming hebben gegeven tot eenmalige publicatie van hun werk in de krant.

opslag eigen elektronisch archief

5.2 In de eerste plaats dient te worden beoordeeld of de uitgeefsters in beginsel toestemming van de Freelancers behoefden voor opslag van hun werken in het digitaal archief dat elk van de dagbladen genereert, verder ook te noemen het digitaal of elektronisch archief van de individuele krant.

5.3 In confesso is dat digitale archivering gepaard gaat met veeveelvoudigingen. PCM heeft aangevoerd dat het elektronisch archief van de individuele krant destijds slechts voor de besloten kring van de eigen medewerkers van het desbetreffende dagblad toegankelijk was. Zij heeft een beroep gedaan op de auteursrechtbeperkingen van de artikelen 16b en 17 van de Auteurswet (Aw), die betrekking hebben op respectievelijk de veeveelvoudiging beperkt tot enkele exemplaren uitsluitend dienend voor eigen gebruik en de veeveelvoudiging ten behoeve van een onderneming voor intern gebruik.

5.4 Voornoemd beroep op de artikelen 16b en 17 Aw stuit echter af op de omstandigheid dat in deze procedure vaststaat dat de digitale archieven van de individuele kranten steeds mede hebben gediend tot gebruik buiten de eigen besloten kring, dat wil zeggen buiten de kring van medewerkers van één dagblad/onderneming. De dagbladen worden door afzonderlijke rechtspersonen uitgegeven en deze zijn, zoals ook PCM ten pleidooie heeft bevestigd, aan te merken als zelfstandige ondernemingen. Tussen de dagbladen onderling werd documentatie uit de individuele digitale archieven uitgewisseld, die bovendien deels waren samengevoegd. Daarnaast was sprake van een lezersservice en van levering van digitale kopij aan Lexis Nexis en anderen, hetgeen eveneens is aan te merken als extern gebruik. Elk van de uitgeefsters behoefde dus, gelet op het feitelijk gebruik dat hieraan door hen is gegeven, de toestemming van de voor haar werkzame Freelancers voor de opslag van hun werk in het digitale archief van de individuele krant.

onderbrenging eigen archief bij Media Resultant

5.5 Wat betreft het onderbrengen van het elektronisch archief van een individuele krant bij een derde, Media Resultant, heeft PCM verdedigd dat de uitgeefster zich mag bedienen van hulppersonen bij het onderhouden van het archief, hetgeen volgens PCM uitsluitend uitvoerende werkzaamheden betreft die naar inhoud en strekking niet persoonsgebonden zijn. Van belang is dat de Freelancers hebben aangevoerd dat de verhouding tussen de uitgeefsters en Media Resultant voor hen onduidelijk is en dat volgens hen niet de individuele uitgeefster, maar het PCM-concern bepaalt wat er met het elektronisch archief van het dagblad gebeurt. Dat laatste is door PCM onvoldoende betwist. Door PCM is niet gesteld, noch is gebleken, dat door de uitgeefsters met Media Resultant contractueel is overeengekomen dat elke uitgeefster de volledige zeggenschap over de van haar dagblad afkomstige kopij behoudt, terwijl Media Resultant een zelfstandige rechtspersoon is waarover -naar moet worden aangenomen, nu PCM hieromtrent niets heeft gesteld- geen van de uitgeefsters zeggenschap heeft. Daarom kan Media Resultant niet worden aangemerkt als een hulp-persoon met de door PCM bedoelde beperkte rol en dient te worden aangenomen dat de uitgeefsters inbreuk maken op de auteursrechten van de Freelancers indien zij van de Freelancers afkomstige digitale kopij zonder hun toestemming aan Media Consultant in beheer hebben gegeven.

Centraal Archief

5.6 Thans komt de vraag aan de orde of de Freelancers redelijkerwijs geacht moeten worden bij het aangaan van hun freelance-overeenkomsten toestemming te hebben verleend voor het onderbrengen van hun bijdragen in de Centrale Databank, voorzover bestemd voor raadpleging door journalisten en freelancers van PCM dagbladen.

Partijen zijn het eens dat die toestemming in ieder geval niet is gegeven voor zover de Centrale Databank ten behoeve van anderen dan medewerkers van de dagbladen is geëxploiteerd.

5.7 Vast staat dat de Freelancers de uitgeefster(s) waarmee zij hebben gecontracteerd toestemming hebben gegeven voor eenmalige publicatie van hun bijdragen in de krant. Sommige van de hiervoor bedoelde contracten stammen uit de periode voordat bij het desbetreffende dagblad met digitale archivering werd begonnen. De rechtbank acht het echter niet van belang onderscheid te maken tussen contracten afgesloten vóór en na de invoering van digitale archivering, omdat naar haar oordeel in deze procedure in beide gevallen moet worden aangenomen dat de Freelancers na de bedoelde invoering hebben ingestemd met digitale archivering van hun werk, althans voor zover het opname betreft in het elektronisch archief van het dagblad waaraan zij verbonden waren.

Niet weersproken is immers dat bij de dagbladen archivering alsmede onderlinge uitwisseling van documentatie sinds jaar en dag binnen de branche gebruikelijk zijn, zodat de Freelancers hiervan op de hoogte moeten zijn geweest. Voorts hebben de Freelancers uiteengezet dat zij in verband met de elektronische opmaak van de krant hun kopij digitaal aanleverden en hebben zij expliciet gesteld -en dit ook nog op 17 februari 1999 aan de dagbladen laten weten- dat zij geen bezwaar hebben tegen opname in het eigen elektronisch archief van de krant en dit steeds hebben gedoogd. Zij kunnen dus geacht worden met de digitale wijze van opslag in het archief van het dagblad waaraan zij verbonden waren, het daarmee verband houdende intern gebruik en het gebruik bestaande uit de uitwisseling van documentatie tussen de dagbladen onderling, bekend te zijn geweest en daarmee te hebben ingestemd.

5.8 De hierboven bedoelde toestemming kan echter niet geacht worden zich uit te strekken tot nieuwe wijzen van gebruik of exploitatie van de digitale archieven, die voor de Freelancers redelijkerwijs niet voorzienbaar waren. Zo wordt door PCM erkend dat voor de externe commerciële exploitatie van het digitale archief expliciet toestemming van de Freelancers nodig was, aangezien dit gebruik niet geacht kan worden in het verlengde te liggen van de oude vorm van archivering en het gebruik daarvan.

5.9 Naar het oordeel van de rechtbank gaat hetgeen hiervoor onder 5.8 eerste zin is overwogen ook op voor de opslag van kopij van de Freelancers in de Centrale Databank en het gebruik daarvan binnen het PCM-concern. Daarvoor was dus de expliciete toestemming van de Freelancers vereist. Immers, hoewel het eigen digitaal archief van een dagblad gezien kan worden als een eigentijdse voortzetting van zijn oude dynamisch archief, gaat de volledige centralisering van de digitale archieven van alle PCM dagbladen fundamenteel verder. Ook indien men in aanmerking neemt dat vóór de digitalisering reeds sprake wasvan gekoppelde archieven bij sommige dagbladen en van uitwisseling van documentatie tussen alle dagbladen, is een gecentraliseerd gezamenlijk archief bestemd voor raadpleging door medewerkers van alle PCM dagbladen als exploitatievorm naar het oordeel van de rechtbank te beschouwen als nieuw. Door de volledige samenvoeging en centralisering ontstaat een archief dat is losgemaakt van de afzonderlijke dagbladen en dat juist door zijn verzamelingskarakter c.q. zijn volledigheid, gepaard aan verregaande toegankelijkheid en simpele distributiemogelijkheden c.q. verhandelbaarheid een nieuwe, economisch te exploiteren waarde vertegenwoordigt, en dat laatste óók binnen het PCM-concern zelf, dat -als gezegd- uit te onderscheiden rechtspersonen bestaat.

Daarbij geldt dat de databank destijds (zie 1.16.) niet gescheiden was voor wat betreft raadpleging door medewerkers van de PCM dagbladen en voor wat betreft (andere) commerciële exploitatie, zodat het theoretische scheiden van de interne PCM functie en de externe functie in het kader van de vraag of PCM auteursrechtinbreuk pleegde door de Centrale Databank zonder toestemming van de Freelancers op te zetten, niet overeenkomt met de feitelijke ontwikkelingen. Dat PCM zou overgaan tot het instellen van een extern gezamenlijk archief konden de Freelancers redelijkerwijs niet voorzien toen zij instemden met opname van hun kopij in het eigen digitale archief van de krant.

5.10 PCM heeft verdedigd dat, met overeenkomstige toepassing van HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 (Dior/Evora), ten gunste van de Centrale Databank voor zover bestemd voor raadpleging door journalisten en freelancers van PCM dagbladen, een ongeschreven auteursrechtbeperking dient te worden aangenomen ten behoeve van een goede informatievoorziening. De rechtbank ziet hiertoe echter geen aanleiding. Niet valt in te zien dat een goede informatievoorziening dient plaats te vin-

den door middel van het instellen van een Centrale Databank. Dat het PCM concern deze vorm van opslag kennelijk prefereert boven voortzetting van de praktijk van een eigen digitaal archief per dagblad, waarmee de Freelancers hadden ingestemd, is daartoe niet voldoende. **5.11** Met het voorgaande is tevens gegeven dat het beroep van PCM op de informatievrijheid van artikel 10 EVRM niet opgaat. Het auteursrecht dient volgens vaste jurisprudentie te worden gerekend tot de bij de wet geregelde beperkingen op de informatievrijheid die in een democratische samenleving nodig zijn ter bescherming van onder meer de rechten van anderen, zoals bedoeld in artikel 10 lid 2 EVRM. **5.12** Nu uit al het voorgaande volgt dat het auteursrecht de Freelancers de mogelijkheid biedt op te komen tegen opname van hun werk in de Centrale Databank, terwijl tevens de reikwijdte van de door de Freelancers impliciet gegeven toestemming is bepaald, is daarnaast geen plaats voor het hiervoor onder 2.4 sub iv weergegeven beroep op rechtsverwerking van PCM.

5.13 PCM heeft ten slotte aangevoerd dat de Freelancers door de opname van hun werk in de Centrale Databank, voor zover geraadpleegd door PCM dagbladen, geen schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Zij heeft echter niet duidelijk uiteengezet waarom dat dient te worden aangenomen. In beginsel moet er immers van worden uitgegaan dat een auteur schade lijdt door een inbreuk op zijn auteursrechten, waaronder begrepen de morele rechten. Voor zover PCM heeft bedoeld te stellen dat bedoelde inbreuk de primaire exploitatiemogelijkheid van de auteur niet aantast, is deze stelling ontoereikend omdat de auteur in het hier bedoelde geval in ieder geval schade lijdt doordat zijn werk in digitale vorm zonder zijn toestemming uit handen is gegeven met voor hem niet meer te controleren en te beïnvloeden gevolgen en omdat de exploitatie van zijn werk door het PCM-concern ten behoeve van intern (concern)gebruik zonder enige vergoeding aan hem is geschied.

5.14 Het voorgaande brengt mee dat de in conventie door PCM onder 2.1. sub B1. en B2. gevorderde verklaringen voor recht niet toewijsbaar zijn, evenmin als het onder 2.1. sub C. en D. gevorderde.

5.15 De Freelancers hebben in reconventie gevraagd te verklaren voor recht dat uitgeefsters door permanente opslag van de stukken van de Freelancers in het eigen elektronisch archief zonder hun toestemming, inbreuk maken op het aan de Freelancers toekomende auteursrecht (zie 3.9. sub 1). De Freelancers hebben hun, door PCM betwiste, belang bij een zodanige verklaring aldus toegelicht dat, hoewel zij in beginsel geen bezwaar hebben tegen opslag in het eigen elektronisch archief en dit steeds hebben gedoogd, het duidelijk moet zijn dat zij rechthebbenden zijn, om te kunnen optreden tegen voor hen ongewenste vormen van exploitatie van dit archief. Nu echter vaststaat dat uitgeefsters sinds medio 1998 het eigen elektronisch archief niet meer met kopij hebben aangevuld, terwijl, zoals hiervoor onder 5.7. is overwogen, voor de periode daaraan voorafgaand dient te worden uitgegaan van toestemming van de Freelancers tot opname van hun werk in het eigen elektronisch archief, hebben de Freelancers bij de hier besproken vordering geen belang, zodat deze niet toewijsbaar is.

5.16 Nu vaststaat dat de Freelancers geen toestemming hebben gegeven hun kopij onder te brengen in een door een derde beheerd digitaal archief, hoewel deze daarvoor was vereist, is de in reconventie onder 3.9. sub 2. vermelde vordering toewijsbaar, voor zover het gaat om het opnemen van werk van de Freelancers in het archief.

5.17 De onder 3.9. sub 3. weergegeven vordering van de Freelancers moet worden beperkt, omdat van de hier bedoelde inbreuk jegens een Freelancer slechts sprake is indien diens werk wordt geraadpleegd, dat alsdan zonder zijn toestemming wordt verveelvoudigd en openbaar gemaakt. De verklaring voor recht is aldus beperkt toewijsbaar.

schadevergoeding

5.18 In conventie resteert de vordering van PCM onder 2.1. sub A. tot bepaling van de maatstaf volgens welke PCM aan de Freelancers schadevergoeding verschuldigd is voor de exploitatie van de Centrale Databank buiten het PCM-concern zoals deze in het verleden heeft plaatsgevonden. Partijen zijn het erover eens dat terzake van deze exploitatie aan de Freelancers schadevergoeding verschuldigd is.

5.19 Volgens PCM dient de schadebegroting te worden gerelateerd aan de gedeelde redelijke gebruiksvergoeding, waarbij volgens haar maatgevend dient te zijn wat redelijke partijen als vergoeding voor het gebruik van het desbetreffende recht zouden zijn overeengekomen, hetgeen dient te worden bepaald aan de hand van daadwerkelijk betaalde vergoedingen voor het gebruik van vergelijkbare rechten in soortgelijke situaties. PCM acht een vaste eenmalige vergoeding gerelateerd aan het initieel honorarium van de auteur (het honorariummodel) voor wat het verleden betreft het enige reële aanknopingspunt. Betaling van een tarief gerelateerd aan de omzet van de uitgever (het royaltymodel) acht zij niet aan de orde, omdat destijds voor eenieder duidelijk was dat het elektronisch hergebruik aanvankelijk verliesge-

vend zou zijn, aldus PCM. Zij acht het redelijk bij wijze van schadevergoeding voor de elektronische herexploitatie voor onbeperkte duur van kopij die in 1998 en 1999 in de Centrale Databank is opgenomen (exclusief CD-rom en Internet), uit te gaan van een percentage van 1% van het initieel honorarium. Voorts stelt PCM dat zij in de periode 1993 tot 1998 royaltyinkomsten heeft genoten uit elektronisch gebruik van publicaties van onder meer freelancers tot een bedrag van in totaal 1.390.228. Zij is bereid om 50% van deze nettowinst als schadevergoeding aan de auteursrecht-hebbenden, waaronder de Freelancers uit te keren. Indien de rechtbank voor de periode vóór 1998 voornoemde methodiek volgt, heeft PCM er geen bezwaar tegen dat het eerdergenoemde percentage van 1% wordt verdubbeld.

5.20 De Freelancers hebben aangevoerd dat PCM thans geen belang heeft bij haar vordering, die voorbarig is omdat door PCM niet is onderhandeld c.q. is overlegd over een (maatstaf voor) schadevergoeding.

In de tweede plaats gaat het volgens de Freelancers om talloze auteursrechtinbreuken die niet onder één noemer zijn te brengen en waarvoor één algemene maatstaf niet kan worden bepaald. Bij het bepalen van de schadevergoeding dient bovendien rekening te worden gehouden met de individuele Freelancer en zijn achtergronden. Daarnaast zijn er nog tal van andere onderwerpen die volgens de Freelancers dienen te worden gezien. In ieder geval achten de Freelancers de door PCM verschaft gegevens zelfs voor de berekening van uitsluitend winstafracht ontoereikend.

5.21 Met betrekking tot het eerste bezwaar overweegt de rechtbank dat de Freelancers onvoldoende hebben toegelicht waarom het belang van PCM afhangt van de omstandigheid of vooraf over schadevergoeding is onderhandeld, zodat dit bezwaar zal worden gepasseerd.

Het tweede bezwaar van de Freelancers is evenwel gegrond. Het gaat immers om schadevergoeding voor in het verleden gemaakt inbreukmakend gebruik van in de Centrale Databank opgenomen werken van de Freelancers en niet om een maatstaf voor een digitale exploitatieregeling van deze werken in de toekomst met toestemming van de rechthebbenden. Daarbij zijn aard, ernst en duur van alle inbreuken relevant. Bovendien dient te worden vastgesteld door wie de inbreuken zijn gemaakt. Immers jegens degene die inbreuk op hun auteursrechten heeft gemaakt hebben de Freelancers recht op vergoeding van de daardoor geleden schade, dan wel op winstafracht. PCM (alle eiseressen samen) kan niet als inbreukmaker gelden.

Vanaf medio 1998 lijkt Media Resultant als inbreukmaker te kunnen worden aangemerkt, omdat zij vanaf dat tijdstip de Centrale Databank exploiteerde. Wie de exploitatie in handen had/hadden gedurende de eerste helft van 1998 en wie gedurende de periode daarvoor (in haar betoog omtrent een vast te stellen maatstaf is door PCM de periode vanaf 1993 betrokken) is echter onduidelijk gebleven. Een algemene maatstaf als door PCM bedoeld voor een door alle eiseressen tezamen te betalen schadevergoeding aan ieder der Freelancers kan derhalve niet worden gegeven, hetgeen meebrengt dat de onder 2.1. sub A. gevorderde verklaring voor recht niet toewijsbaar is.

5.22 Aan de orde is thans de onder 3.9. sub 5. opgenomen vordering in reconventie van de Freelancers tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat, door ieder van de Freelancers geleden en te lijden als gevolg van het handelen in strijd met hun respectievelijke auteursrechten, de morele rechten daaronder begrepen.

5.23 Zoals in deze procedure is vastgesteld zijn, afgezien van (a) de door PCM erkende inbreuken op de auteursrechten van de Freelancers (inclusief die in de periode 1993 t/m 1997 door exploitatie van de digitaal opgeslagen kopij van de Freelancers buiten het PCM-concern) de volgende inbreuken gemaakt: (b) het onderbrengen door de uitgeefsters van het eigen elektronisch archief bij Media Resultant, voor zover in dat archief werk van de Freelancers is opgenomen; (c) de raadpleging van bijdragen van ieder der Freelancers in de Centrale Databank door personen verbonden aan andere uitgeefsters dan de uitgeefster voor wie de werken zijn gemaakt.

5.24 De uitgeefsters zijn ieder voor zich gehouden de schade als gevolg van voormelde onder b. genoemde en door haar gepleegde inbreuken, door de desbetreffende Freelancer geleden, te vergoeden. Met betrekking tot de hiervoor onder a. en c. genoemde inbreuken rusten eveneens schadevergoedingsverplichtingen op de gedaagde(n) in reconventie die als inbreukmaker dient/dienen te worden aangemerkt. Nu tevens voldoende aannemelijk is dat de Freelancers door bovenvermelde inbreuken schade hebben geleden (zie rechtsoverweging 5.13.), is de onder 3.9. sub 5. gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure voor toewijzing vatbaar.

5.25 De Freelancers hebben, ten slotte, onder 3.9. sub 4. gevorderd alle gedaagden in reconventie te gebieden gedetailleerd inzicht te geven in de werkelijke gang van zaken met betrekking tot de opslag en exploitatie van de stukken van gedaagden (de rechtbank leest: de Freelancers). Dit gevraagde bevel is toewijsbaar.

PCM heeft in deze procedure nog onvoldoende helder uiteengezet door

wie van de gedaagden in reconventie, welke inbreuken van welke duur en/of aantal zijn gemaakt op de auteursrechten van ieder der Freelancers. Tevens is onduidelijk gebleven op welke (contractuele) basis, in welke omvang (aantal abonnees, aantal raadplegingen e.d.) en tegen welke vergoeding de onder 5.23 onder a bedoelde commerciële exploitatie van digitale kopij van de Freelancers geschiedde. PCM dient de Freelancers in dit alles gedetailleerd inzicht te geven.

5.26 PCM zal als de in conventie geheel en in reconventie in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in conventie en in reconventie.

Beslissing

De rechtbank:

in conventie

- wijst de vorderingen af;

in reconventie

- verklaart voor recht dat De Volkskrant B.V., NRC Handelsblad B.V. en Trouw B.V. inbreuk maken op de auteursrechten van ieder van de Freelancers afzonderlijk, door zonder toestemming van de desbetreffende Freelancer het elektronisch archief onder te brengen bij Media Resultant, voor zover in dat archief werk van de desbetreffende Freelancer is opgenomen;

- verklaart voor recht dat raadpleging van de kopij van de Freelancers in de gezamenlijke elektronische database van de PCM-dagbladen door personen verbonden aan een andere uitgeefster dan de uitgeefster voor wie het werk was gemaakt, inbreuk maakt op de auteursrechten die toekomen aan de Freelancer die het desbetreffende werk heeft gemaakt;

- beveelt PCM gedetailleerd inzicht te geven in de gang van zaken met betrekking tot de opslag en exploitatie van het werk van de Freelancers als bedoeld in rechtsoverweging 5.23. onder a., b. en c.;

- veroordeelt PCM aan de Freelancers te vergoeden de schade, nader op te maken bij staat, door ieder van de Freelancers geleden en te lijden als gevolg van het handelen in strijd met hun respectievelijke auteursrechten, de morele rechten daaronder begrepen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum waarop het onrechtmatig handelen een aanvang nam tot aan de voldoening;

in conventie en in reconventie

- veroordeelt PCM hoofdelijk in de kosten van het geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Freelancers begroot op fl. 4.270,-;

- verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

- wijst af het meer of anders gevorderde;

Coll.: Gewezen door mrs. D.J. Cohen Tervaert, A.C. Faber en M.E. Leijten, leden van genoemde kamer, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 augustus 2000, in tegenwoordigheid van de griffier.

Nr. 64 Trip6 en Glennie vs. Gamepoint

Pres. Rb. Den Haag 17 augustus 2000

Vonnis in kort geding gewezen in de zaak van:

1. Jan Matthijs Hubert Cobben, handelend onder de naam Trip 6, wonende te Amsterdam,
2. Raymond Glennie, wonende te Glasgow, Verenigd Koninkrijk, eisers, procureur: mr. W. Taekema, advocaat: mr. C.W. Noorda te Amsterdam,

tegen

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Gamepoint B.V., gevestigd en kantoorhoudende te 's-Gravenhage, gedaagde. Procureur: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, advocaat: mr. P.G. van der Putt te Amsterdam.

Overwegingen ten aanzien van het verloop van het geding:

Eisers - hierna ook aan te duiden als respectievelijk “Trip6” en “Glennie” - hebben gedaagde - hierna ook te noemen “Gamepoint” - doen dagvaarden om te verschijnen ter terechtzitting in kort geding van 10 augustus 2000. Ter zitting heeft de raadsvrouw van eisers de vordering toegelicht aan de hand van pleitnotities en producties. Gamepoint heeft verweer gevoerd bij monde van haar raadsman, die daarbij eveneens een pleitnota met producties heeft gehanteerd. Vervolgens hebben partijen vonnis gevraagd onder overlegging van de stukken, de pleitnota's daaronder begrepen.

Overwegingen ten aanzien van het recht:

De feiten

In dit kort geding kan van de volgende feiten worden uitgegaan:

a. Glennie heeft in opdracht van Trip6 een internet-computerspel ontworpen, genaamd Webdarts. Het auteursrecht op dat spel berust bij Glennie. Trip6 is in Nederland de exclusieve distributeur van Glennie met betrekking tot Webdarts.

b. Trip6 heeft in juli 1999 met Gamepoint een licentieovereenkomst gesloten met betrekking tot de openbaarmaking van Webdarts op het internet. Die overeenkomst is op schrift gesteld, doch nimmer ondertekend. Het betreffende schriftelijke stuk geeft evenwel, naar beide partijen te kennen hebben gegeven, de inhoud van hetgeen is overeengekomen juist weer.

c. In dat stuk komen onder meer de volgende bepalingen voor:

‘Validity of the license

GamePoint will have the right to run the webdarts java code on 1 server, only on the gamepoint.net domain (e.g. www.gamepoint.net and/or webdarts.gamepoint.net or other gamepoint.net subdomains). GamePoint will own this right for five years, that is, upto and including the year 2004. Gamepoint does explicitly not have the right to resell the game wrthout written permission from Trip6 technology, neither to



exploit the game in any other commercial fashion without written consent from Trip6 technology. This does not include the placement of banner ads and selling leasing access to the GamePoint network Such commercial exploitation, within the general exploitation of the GamePoint network, is of course the good right, and the sole decision of GamePoint. As mentioned above, the support agreememt is only valid for one year, starting on the day that the webdartssoftware is up&running on the designated GamePoint server.’

‘Reseller agreement

GamePoint has the right to demo the game and to sign Ietters of intent for reselling the same to other companies:

The price of the game will be ar least the price of the game mentioned below and for which Trip6 technology is currently offering the software to Gamepoint: this price will then be for a one-year only license: Trip6 technology will be involved with, and has the right to cancel/veto any deals pertaining to the reselling of the Webdarts game; Trip6 technology has at all times the Intellectual Property rights pertaining to the source code:

For each reseller deal, a proposal will be brought out by Trip6 technology for installation and (minor) modifications for a reasonable price comparable to the pricings received by GamePoint from Trip6 technology for various other projects:

GamePoint will receive 60% of the licensefee of webdarts; This percentage is explicitly not applicable to the proposal brought out for extra modifications and installations:

It is felt, that Gampoint and Trip6 technology best work together in negotiating reseller bonuses and pricings for each separate deal related to reselling the Webdarts software.’

d. GamePoint is, ingevolge het door haar verkregen licentierecht, Webdarts gaan aanbieden op haar internet-domein. Van een internetpagina waarop Webdarts staat beslaat het eigenlijke spel (de zogenaamde applet) ongeveer tweederde gedeelte. Boven die, in een groene kleur uitgevoerde, applet bevindt zich een zich over de gehele pagina uitstrekkende, smalle ruimte, ook wel banner genaamd. Onder de applet bevindt zich eveneens een dergelijke banner, zij het dat die een grotere oppervlakte beslaat. In deze banners worden door Gamepoint advertenties van derden geplaatst.

e. Behalve door rechtstreekse benadering via het Gamepoint.net domein. heeft GamePoint het spel Webdarts ook toegankelijk gemaakt door een hyperlink te plaatsen op haar internetadressen www.spelpunt.nl, www.netgames.nl, www.hartenjagen.net, www.klaverjassen.net, www.classicgaming.nl, www.webdarts.nl en www.spelpunt.net.

f. Gamepoint heeft onder toepassing van voormelde bepaling inzake haar recht om op haar beurt aan derden een licentie op Webdarts te geven (in de overeenkomst aangeduid als “reselling”), sublicentie-overeenkomsten gesloten met onder meer Planet Internet en Freeler, zulks met toestemming van Trip6. De weergave van de applet zoals door deze sublicentienemers wordt gebruikt wijkt af van de “standaard” applet, omdat deze is aangepast aan de wensen en de stijl van de sublicentienemers. Deze wijzigingen zijn in opdracht en voor rekening van Gamepoint vervaardigd door Trip6. Ook de boven- en onderbanner zijn geheel uit-gevoerd in de stijl van de sublicentienemer en worden door deze gebruikt, Overeenkomstig hetgeen daaromtrent in de overeenkomst is bepaald is/wordt door Gamepoint terzake van deze sublicenties een bedrag aan Trip6 uitgekeerd.

g. In juni 2000 heeft Gamepoint onderhandelingen gevoerd met de Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS) teneinde aan deze een sublicentie te verschaffen in de zin van het vorenstaande, met de bedoeling dat door NS in het kader van haar zomertoer-actie aan bezoekers van haar op die actie gerichte website het spel Webdarts ter beschikking werd gesteld. Tevens heeft Gamepoint aan Trip6 verzocht met het verlenen van een dergelijke sublicentie in te stemmen.

h. Gamepoint en Trip6 hebben hierop verder onderhandeld, onder meer omtrent de aan Trip6 te betalen vergoeding en de overige aan de sublicentie verbonden voorwaarden. Partijen zijn het daaromtrent echter niet eens geworden. Trip6 heeft aan Gamepoint dan ook geen toestemming verleend voor het aangaan van een sublicencieovereenkomst met NS.

i. Gamepoint heeft vervolgens. op basis van een door haar met NS gesloten overeenkomst, Webdarts aan NS ter beschikking gesteld, echter niet op de wijze als hierboven onder e omschreven. De wijze waarop de NS Webdarts ter beschikking heeft bestaat hierin dat bezoekers van de NS-site met betrekking tot de zomertoer-actie via een zogenaamde “diep-framed-link” (dat is een hyperlink waarbij voor de internet-gebruiker niet waarneembaar is waarnaar hij wordt doorgelinkt als hij het betreffende symbool aanklikt) worden doorgeschakeld naar een internet-pagina op het Gamepoint-net, waar zij vervolgens Webdarts te zien krijgen in de standaardapplet, doch met een boven- en onderbanner die geheel zijn uitgevoerd in de stijl van de zomertoer-actie van de NS.

De vordering, de grondslag daarvoor en het verweer

2 Na wijziging van hun eis, waartegen Gamepoint zich niet heeft verzet, vorderen eisers (samengevat) dat de president:

I. Gamepoint zal gelasten met onmiddellijke ingang iedere terbeschikkingstelling van Webdarts anders dan als toegestaan op grond van de licentieovereenkomst, waaronder het ter beschikking stellen via <http://zomertoer/gamepoint.net/538/index.php3>, en/of de terbeschikkingstelling via www.netgames.nl, www.hartenjagen.net, www.klaverjassen.net, www.classisgaming.nl, www.webdarts.nl en www.spelpunt.nl met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

II. Gamepoint zal gelasten met onmiddellijke ingang iedere inbreuk op de auteurs- en/of persoonlijkheidsrechten van eiser sub 2, Glennie, te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden:

III. Gamepoint te veroordelen aan eisers een bedrag te betalen van fl 5.000.- bij wijze van voorschot op schadevergoeding;

IV. Met vaststelling van een dwangsom.

3 Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten leggen eisers aan die vorderingen (samengevat) de volgende stellingen ten grondslag:

Gamepoint is op grond van de licentieovereenkomst tussen partijen gehouden Webdarts uitsluitend ter beschikking te stellen op het Gamepoint.net domein. Door Webdarts beschikbaar te stellen op de internetadressen <http://zomertoer/gamepoint.net/538/index.php3>, en/of de terbeschikkingstelling via www.netgames.nl, www.hartenjagen.net, www.klaverjassen.net, www.classisgaming.nl, www.webdarts.nl en www.spelpunt.net handelt Gamepoint in strijd met die overeenkomst.

Gamepoint handelt bovendien in strijd met de bepaling van de partijen overeenkomst die haar het recht ontzegt “to exploit the game in any other commercial fashion without written consent from Trip6 technology.” Het door Webdarts aan NS ter beschikking stellen op de wijze als omschreven onder 1 sub i. levert op een commerciële exploitatie van Webdarts door Gamepoint terwijl Trip6 voor die exploitatie geen toestemming heeft gegeven, Aldus handelt Gamepoint tevens in strijd met het auteursrecht van Glennie, nu het ter beschikking stellen aan de NS heeft te gelden als een veeveelvoudiging van diens auteursrechtelijk beschermde werk waarvoor door Glennie geen toestemming is gegeven. In de door Gamepoint aan NS ter beschikking gestelde versie van Webdarts is de chatfunctie (gedeeltelijk) uitgeschakeld, hetgeen is aan te merken als een vermindering van het werk van Glennie als bedoeld in artikel 25 van de Auteurswet, welke vermindering een inbreuk op zijn persoonlijkheidsrechten vormt.

4 Gamepoint heeft tegen de vorderingen van eisers gemotiveerd verweer gevoerd. Daarop zal, voorzover van belang in het onderstaande nader worden ingegaan,

Beoordeling van het geschil

5 De rechtbank zal eerst de stelling van Trip6 behandelen, inhoudende dat Gamepoint door bet plaatsen van een Webdarts-hyperlink op internetadressen die niet behoren tot het gamepoint.net domein in strijd handelt met de licentieovereenkomst.

6 Die stelling komt voorshands onjuist voor, nu ten processe is gebleken dat de hyperlink weliswaar staat op internetadressen die niet behoren tot het gamepoint.net domein, doch dat die betreffende hyperlink wel doorschakelt naar dat gamepoint.net domein en de internet-gebruiker die de hyperlink aanklikt eerst daar (dus op dat gamepoint.net domein) Webdarts te zien krijgt. Aldus wordt voldaan aan de verplichting voor Gamepoint “to run Webdarts only on the gamepoint.net domain” zoals omschreven in de licentieovereenkomst. Trip6 heeft er nog wel op gewezen dat de internetgebruiker die de hyperlink aanklikt niet kan waarnemen dat hij of zij wordt doorgelinkt naar het gamepoint.net domein, doch ook als dit juist zou zijn levert dat nog geen schending van de thans besproken verplichting van Gamepoint op, nu in de licentieovereenkomst niets is opgenomen omtrent de vraag wat de internetgebruiker wel of niet zou moeten (kunnen) waarnemen aangaande de internetadressen waarop hij of zij Webdarts uiteindelijk aantreft.

7 Voorzover de vordering er toe strekt Gamepoint in algemene termen te verbieden Webdarts via een hyperlink die naar het gamepoint.net domein voert benaderbaar te maken, kan deze in verband met het vorenoverwogene niet worden toegewezen.

8 Vervolgens komt aan de orde de vraag of Gamepoint door de wijze waarop zij Webdarts aan NS ter beschikking heeft gesteld in strijd handelt met de in de licentieovereenkomst opgenomen verbod “to exploit the game in any other commercial fashion”.

9 Naar het voorlopig oordeel van de president moet deze vraag bevestigend worden beantwoord, aangezien de wijze waarop NS door Gamepoint in de gelegenheid is gesteld Webdarts te gebruiken voor haar zomertoer-actie valt aan te merken als het op verkapte wijze verlenen

van een sublicentie in de zin van de partijen overeenkomst. Gamepoint heeft wel betoogd dat zij niet meer en anders doet dan NS toestaan “the placement of banner ads and selling/leasing acces to the gamepoint network” (hetgeen in de licentieovereenkomst is opgenomen als uitzondering op het thans besproken verbod tot commerciële exploitatie) doch wat er ook precies met die uitzondering bedoeld moge zijn, de faciliteit waarover de NS de beschikking heeft gekregen kan daar redelijkerwijs in elk geval niet onder worden begrepen, omdat het er voor de beantwoording van de thans besproken vraag (te weten: of er sprake is van commerciële exploitatie van Webdarts) niet uitsluitend om gaat op welke wijze de internetgebruiker uiteindelijk Webdarts te zien krijgt doch daarvoor ook het bredere (internet) verband waarin het eindscherm is opgenomen van belang is.

10 Wat dat laatste betreft is ten processe gebleken, zulks op grond van mededelingen van Gamepoint, dat NS Webdarts gebruikt als een niet onbelangrijk onderdeel van een intensieve en kostbare reclamecampagne ten behoeve van haar “zomertoer” product. Verder staat vast dat de internetgebruiker het onder 1 sub i. weergegeven scherm, waarop Webdarts voorkomt binnen twee banners die verwijzen naar NS respectievelijk de zomertoer, eerst bereikt nadat hij of zij via het internet-domein van NS diverse pagina's van NS met daarop aanprijzingen van NS-producten in het algemeen en de zomertoer in het bijzonder heeft mogen/moeten aanschouwen. Aangezien op een aantal van die pagina's op aanlokkelijke wijze het (uiteindelijk) zullen bereiken van Webdarts aan de internetgebruiker in het vooruitzicht wordt gesteld, welk vooruitzicht een belangrijke zo niet doorslaggevende rol zal spelen bij de beslissing van de gebruiker om de betreffende pagina's door te lopen/linken, wordt Webdarts door NS onmiskenbaar voor commerciële doeleinden gebruikt. Dat NS daarvoor aan GamePoint een vergoeding betaalt heeft Gamepoint, daarnaar ter zitting door de president uitdrukkelijk gevraagd, niet betwist, waarmee vaststaat dat er al evenzeer sprake is van een commerciële exploitatie van Webdarts door Gamepoint in de zin van de licentieovereenkomst, waarvoor Gamepoint de toestemming van Trip6 behoeft.

11 Waar Gamepoint die toestemming niet heeft verkregen, staat vast dat zij heeft gehandeld en nog steeds handelt in strijd met met de bepalingen van de licencieovereenkomst, hetgeen met zich brengt dat de vordering van Trip6 die er toe strekt daaraan een halt toe te roepen -welke vordering naar zijn aard spoedeisend is- toegwijjsbaar is. Hetzelfde geldt voor de vordering van Glennie, die is gebaseerd op zijn auteursrecht.

12 De vordering van Glennie tot staking van inbreuk op zijn persoonlijkheidsrechten is evenwel niet toegwijjsbaar, nu tegenover de betwisting van de aan die vordering ten grondslag gelegde stellingen door Gamepoint niet op voorhand aannemelijk is geworden dat het (gedeeltelijk) weglaten van de chatfunctie als een vermindering van Webdarts valt aan te merken, terwijl een verdergaand onderzoek naar de juistheid van die stelling van Glennie het bestek van een kort geding te buiten gaat.

13 Ook de vordering tot het toekennen van een voorschot op schadevergoeding is toewijjsbaar. Tussen partijen staat vast dat, indien Gamepoint (met toestemming van Trip6) met NS een sublicentieovereenkomst had gesloten, Trip6 daarvoor een vergoeding had ontvangen, welke zij in de thans door Gamepoint gekozen constructie voorshands is misgelopen. Trip6 heeft voorts voldoende aannemelijk gemaakt dat zij bij het ontvangen van een voorschot op een dergelijke vergoeding een spoedeisend belang heeft. Het door Trip6 gevorderde bedrag komt bovendien niet bovenmatig voor.

14 Gamepoint zal, als de grotendeels in het ongelijk gesteld partij, worden verwezen in de op deze procedure vallende kosten.

15 Met betrekking tot de vordering van Glennie, gebaseerd op zijn auteursrecht, geldt nog het volgende. Ambtshalve wordt overwogen dat aan gerede twijfel onderhevig is of artikel 50 lid 6 van het TRIPS-verdrag rechtstreekse werking heeft. Ter vermijding van de daardoor mogelijke, ongewenste, onzekerheid en de onwenselijke mogelijke gevolgen daarvan zal de president een ‘reasonable period’ bepalen waarbinnen eiseres uiterlijk een bodemprocedure zal moeten aanspannen, zodat in elk geval aan de bewuste verdragsbepaling is voldaan. Alle omstandigheden in aanmerking genomen en ook gelet op de considerans en op art. 41 lid 2 TRIPS-verdrag is de president van oordeel dat een redelijke uiterste termijn voor het aanspannen van de bodemprocedure onder die omstandigheden momenteel te stellen ware op zes maanden na het in kracht van gewijsde gaan van dit vonnis

Beslissing

De president:

Gebiedt Gamepoint om met onmiddellijke ingang iedere terbeschikkingstelling van Webdarts anders dan als toegestaan op grond van de ten processe bedoelde licentieovereenkomst tussen Trip6 en Gamepoint te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden; Gebiedt Gamepoint meer in het bijzonder om met onmiddellijke ingang iedere terbeschikkingstelling van Webdarts aan de Nederland-

se Spoorwegen op de wijze als in dit vonnis onder 1 sub i is omschreven te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, Gelast Gamepoint om met onmiddellijke ingang iedere inbreuk op het auteursrecht van Glennie te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden. Bepaalt dat Gampoint een dwangsom van fl 10.000,- zal verbeuren voor iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van voormeld verbod en/of voormeld bevel, alsmede voor iedere dag, een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend, dat deze overtreding mocht voortduren; Veroordeelt Gamepoint om aan eisers te betalen een bedrag van fl 5,000,-; Veroordeelt Gamepoint in de op deze procedure vallende kosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van eisers begroot op fl 465,74 aan verschotten en fl 1.550,- aan procureurssalaris;

Wijst af het meer of anders gevorderde;

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

Bepaalt dat Glennie (tenzij zulks reeds eerder door gedaagde mocht zijn gedaan) binnen zes maanden nadat dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan een bodemprocedure zal moeten aanspannen over de vraag of Gamepoint inbreuk heeft gemaakt op voormelde auteursrechten en dat, indien Glennie zulks nalaat, bovenstaand gebod zal zijn vervallen vanaf het moment dat genoemde termijn zal zijn verstreken.

Aldus gewezen door mr. J.W. du Pon en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 17 augustus 2000 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk J.G. Visser

Glennie is maker van het Internet computerspelletje ‘Webdarts’ en Trip6 is de exclusieve distributeur van Webdarts in Nederland. Trip6 heeft met Gamepoint een licentie overeenkomst gesloten op grond waarvan Gamepoint Webdarts alleen mag laten ‘draaien’ op het *gamepoint.net* domein. Gamepoint heeft nadrukkelijk niet het recht om het spelletje te sub-licentiëren ‘*neither to exploit the game in any other commercial fashion*’. Gamepoint heeft wel het recht om reclamebanners te plaatsen en haar is ook toegestaan ‘*selling/leasing access to the Gampoint network*’. Gamepoint heeft ook het recht om contacten te leggen en betrokken te zijn bij het verkopen van licenties aan anderen, waarbij Gamepoint een percentage van de *licence fee* zal krijgen. Tot zover de contractuele achtergrond (zie ov. 1 sub c).

Gamepoint maakt het spel rechtstreeks toegankelijk via het gamepoint.net domein, maar ook via een aantal andere haar toebehorende internetadressen zoals www.spelpunt.nl en www.webdarts.nl (zie ov. 1 sub e).

Gamepoint gaat vervolgens ook een overeenkomst aan met de Nederlandse Spoorwegen op grond waarvan Webdarts voor bezoekers van de NS-website via een *framed deep link* naar de website van Gamepoint(.net) toegankelijk wordt gemaakt. Een *framed deep link* (of, zoals de rechter zegt een “*deep-framed-link*”) is een hyperlink naar een achterliggende (diep) pagina van een ander site waarbij de bezoeker *niet ziet* dat hij is “doorverbonden” met een geheel andere site. De pagina waarnaar gelinked wordt, wordt namelijk aangeboden in een *venster (frame)* van de website waarvandaan wordt gelinked.

Van belang voor de ‘kleuring’ van deze zaak is dat dit gebeurt tegen de achtergrond van mislukte onderhandelingen tussen Trip6 (en Gamepoint) enerzijds en de NS anderzijds over het verstrekken van een *reguliere sublicentie* voor het draaien van Webdarts op de NS-website.

Trip6 en Glennie vragen onder andere een verbod tegen Gamepoint om Webdarts toegankelijk te maken via de andere haar toebehorende internetadressen én om dat te doen via de *framed deep link* op de NS-website.

De grondslag voor de eerste vordering, het verbod tegen het linken vanaf de andere haar toebehorende internetadressen, is met name dat Gamepoint op grond van de overeenkomst slechts toestemming heeft om Webdarts te laten ‘draaien’ op het *gamepoint.net domein*. De President wijst deze vordering (blijkens ov. 6 en 7) af, omdat hij van mening is dat Gamepoint het spel inderdaad alleen op het *gamepoint.net* domein laat ‘draaien’, terwijl de andere internetadressen slechts *doorschakelen* naar de *gamepoint.net* homepage.

Ten aanzien van de (betaalde) *framed deep link* op de NS-website oordeelt de President (in ov. 9 en 10) dat deze in strijd komt met het (contractuele) verbod ‘*to exploit the game in any other commercial fashion*’ (en niet valt onder het wel toegestane ‘*selling/leasing access to the Gamepoint network*’). Hiermee is de op de overeenkomst gebaseerde vordering van Trip6 toegewijsbaar (zie ov. 11). ‘Hetzelfde geldt’, aldus de President, ‘voor de vordering van Glennie, die is gebaseerd op zijn auteursrecht’. Het is niet helemaal duidelijk of de President hiermee bedoelt dat, omdat Gamepoint één van de voorwaarden van de licentie overtreedt, zij daarom geen toestemming heeft voor wat zij doet en daarom met het geheel van haar handelingen inbreuk maakt op het auteursrecht, of dat hij bedoelt dat de enkele handeling van het aanbieden van een *framed deep link* in dit geval een zelfstandige auteursrechtinbreuk met zich mee brengt. Dat laatste zou de meest interessante vaststelling zijn die zou kunnen bijdragen aan de rechtsontwikkeling.

Dat hyperlinken op zichzelf in beginsel geen auteursrechtinbreuk oplevert (en niet onrechtmatig is), lijkt inmiddels vrij algemeen te worden aanvaard. Hugenholtz bracht in NJV-verband (*Handelingen* NJV 128e jrg./1998-I, pp. 211-213) de stelling naar voren ‘Dient het gebruik van hyperlinks (elektronische verwijzingen) naar auteursrechtelijk beschermd werken in beginsel zonder toestemming van de auteursrechthebbenden te worden toegelaten?’. Deze vraag werd door een ruime meerderheid van de NJV-vergadering bevestigend beantwoord (*Handelingen* NJV 128e jrg./1998-II, p.93).

Ook *deep link*en levert, mits het zorgvuldig gebeurt, in beginsel geen auteursrechtinbreuk of onrechtmatige daad op. Zie Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000 (Dagbladen/Eureka, Kranten.com) elders in dit nummer.

Framed (deep) links zijn echter zowel visueel als conceptueel zodanig geïncorporeerd in de Website waar ze op staan dat het goed verdedigbaar lijkt dat daarbij sprake is van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking of verveelvoudiging. Bovendien zijn ze snel misleidend omtrent de herkomst van de informatie (vgl. Visser, ‘Naar een multimediabestendig auteursrecht’ in *ITeR-studie nr. 10*, Samsom 1998, p. 43 en De Cock Buning en Vermeer, ‘Hyperlinks en metatags; meeliften in cyberspace’, *Computerrecht* 1999, p. 168, nt. 18).

Het (opzettelijk) aanbrengen van hyperlinks naar informatie waarvan men weet dat deze inbreuk maakt op enig auteursrecht, zal intussen vermoedelijk snel als onrechtmatig worden aangemerkt (zie Rb. ’s-Gravenhage 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999, p. 209 (Scientology c.s./XS4ALL c.s)).

In Duitsland is recent een uitgebreid gemotiveerd vonnis gewezen waarin een *framed deep link* (ook) werd verboden: LG Hamburg 12 Juli 2000, te vinden via <www.netlaw.de/urteile/index.html>.

Het onderhavige vonnis leert intussen hoofdzakelijk dat Internet licentieovereenkomsten zorgvuldig dienen te worden opgesteld.

Nr. 65 Tellus vs. Brokerhof

Pres. Rb. Arnhem 31 mei 2000

Vonnis van de president van de arrondissementsrechtbank te Arnhem in het kort geding met rolnummer 2000/305, van:

1. de vennootschap onder firma Tellus V.O.F., kantoorhoudende te Rotterdam, alsmede haar vennoten:
 2. S.I. van Hoegee
 3. T. Jacobs
- beiden wonende te Rotterdam, eisers bij dagvaarding van 11 mei 2000, procureur: mr. J.M.J. Huver te Arnhem, advocaat : mr. M.G. Bannenberg te Rotterdam,

tegen

Brokerhof van Financieel Planburo, wonende te Otterlo, gedaagde, procureur: mr. J.S. Wurfbain te Barneveld, advocaat: mr. C.J. van Dijk te Barneveld.

1 Procesverloop

Eisers, hierna gezamenlijk te noemen Tellus c.s. en afzonderlijk respectievelijk Tellus, Van Hoegee en Jacobs, hebben edaagde, hierna te noemen Brokerhof, ter terechtzitting van 29 mei 2000 in kort geding doen dagvaarden en bij ondelinge conclusie van eis gevorderd als weergegeven in de dagvaarding. Brokerhof heeft geconcludeerd tot weigering van de gevorderde voorzieningen. De raadslieden hebben de zaak bepleit overeenkomstig de door hen overgelegde pleitnotities en de daarbij behorende produkties. Ten slotte zijn de processtukken voor het wijzen van vonnis overgelegd.

2 De vaststaande feiten

2.1 Tellus en Financieel Planbureau zijn beide ondernemingen die zich bezighouden met de commerciële exploitatie van geregistreerde domeinnamen.

2.2 Van Hoegee en Jacobs zijn vennoten van Tellus. Brokerhof exploiteert de onderneming Financieel Planbureau.

2.3 Bij e-mails van respectievelijk 15 oktober 1998 en 5 november 1998 heeft de Stichting internet domeinregistratie Nederland (hierna: de stichting) aan Brokerhof meegedeeld dat de registratie van de door hem aangevraagde domeinnamen financiering.nl, krediet.nl en lening.nl is geweigerd omdat deze domeinnamen een algemene benaming zijn en dat met de beoogde domeinnamen misverstanden kunnen worden opgeroepen.

2.4 Bij ongedateerd schrijven (waarschijnlijk van omstreeks juli 1999) heeft de stichting aan Brokerhof meegedeeld dat per 1 april 1999 een ruimer beleid wordt gevoerd bij de toekenning van domeinnamen. De stichting heeft een opsomming gegeven van de door Brokerhof aangevraagde domeinnamen waarvan de blokkade is opgeheven.

2.5 Op of omstreeks 1 september 1999 heeft de stichting de domeinnamen krediet.nl, lening.nl en financiering.nl aan Tellus toegekend.

2.6 De raadsman van Brokerhof heeft bij schrijven 30 maart 2000 de stichting meegedeeld dat hij heeft ontdekt dat de door Brokerhof in 1998 aangevraagde domeinnamen krediet.nl, financiering.nl en lening.nl inmiddels op naam van Tellus geregistreerd staan. De stichting is verzocht een verklaring te geven voor het feit dat deze domeinnamen niet voorkomen in de opsomming van gedeblokkeerde domeinnamen in de onder 2.4 genoemde brief.

2.7 Bij schrijven van 21 april 2000 heeft de stichting aan de raadsman van Brokerhof het volgende meegedeeld: ‘Ondanks de zorgvuldigheid die hierbij is betracht, blijkt, medio februari nadat Financieel Planburo via haar deelnemer hierover vragen stelde, dat krediet.nl en financiering.nl niet in het gegevensbestand zijn terecht gekomen op basis waarvan brieven, waarin de mogelijkheid aan de eerste aanvrager werd geboden de naam van de speciale lijst alsnog te laten registreren, werden verstuurd.’

2.8 Tellus c.s. hebben de domeinnamen inmiddels verkocht aan een derde.

2.9 Met verlot van de president van deze rechtbank van 4 mei 2000 heeft Brokerhof op 4 mei 2000 conservatoir beslag tot levering laten leggen onder de stichting en onder Tellus en haar vennoten op de domeinnamen krediet.nl, financiering.nl en lening.nl.

2.10 Bij dagvaarding van 18 mei 2000 heeft Brokerhof met betrekking tot genoemde domeinnamen tegen Tellus c.s. en de stichting een versneld regime bodemprocedure bij deze rechtbank aanhangig gemaakt.

3 Het geschil

3.1 Tellus c.s. stellen dat uitsluitend zij de rechthebbende zijn op de domeinnamen krediet.nl, financiering.nl en lening.nl (hierna ook te noemen: de domeinnamen) en dat zij deze namen op rechtmatige wijze hebben verkregen. Volgens Tellus c.s. blijkt noch uit de e-mails van 15 oktober 1998 en 5 november 1998 noch uit de brief van de stichting van 21 april 2000 dat Brokerhof de eerste aanvrager van de domeinnamen is op grond waarvan hij rechten zou hebben gehad op deze domeinnamen. Voorts menen Tellus c.s. dat Brokerhof niet te goeder trouw heeft gehandeld omdat hij zich als eigenaar van de domeinnamen heeft opgesteld en vervolgens beslag daarop heeft laten leggen. Daarnaast hebben Tellus c.s. aangevoerd dat zij vanwege het door Brokerhof gelegde beslag op de domeinnamen schade lijden, voorlopig begroot op fl 350.000,-, aangezien zij de domeinnamen inmiddels hebben verkocht aan een derde, maar vanwege dat beslag niet tot levering kunnen overgaan.

3.2 Tellus c.s. vorderen opheffing van het beslag op de domeinnamen, één en ander versterkt met een dwangsom en met veroordeling van Brokerhof in de kosten van dit geding.

3.3 Brokerhof heeft afwijzing van de gevraagde voorzieningen bepleit.

4 De beoordeling van het geschil

4.1 Voorop wordt gesteld dat ingevolge het bepaalde in artikel 705, lid 2, Rv. het beslag dient te worden opgeheven indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht blijkt. Dit brengt mee dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die opheffing van het beslag vordert -met inachtneming van de beperkingen van de kort geding procedure- aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is. De kort geding rechter zal evenwel hebben te beslissen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd.

4.2 De vordering van Brokerhof op grond waarvan hij conservatoir beslag tot levering heeft laten leggen op de domeinnamen is erop gebaseerd dat hij de rechthebbende is van deze domeinnamen. Volgens Brokerhof is hij de eerste aanvrager van de domeinnamen en heeft de stichting hem abusievelijk niet in het automatische gegevensbestand opgenomen op basis waarvan de brieven, waarin de mogelijkheid aan de eerste aanvrager werd geboden de namen alsnog te laten registreren vóór 1 september 1999, werden verstuurd, zodat hij niet wist en ook niet in de gelegenheid is gesteld de domeinnamen alsnog op zijn naam te laten registreren.

4.3 Uit de gedingstukken blijkt dat de stichting per 1 april 1999 een ruimer beleid voert bij de toekenning van domeinnamen. Als gevolg daarvan is een aantal domeinnamen dat voor 1 april 1999 geblokkeerd was alsnog vrijgegeven voor registratie. De stichting heeft de eerste aanvragers van de domeinnamen die voorheen geblokkeerd waren alsnog in de gelegenheid gesteld om die domeinnamen vóór 1 september 1999 op hun naam te laten registreren. Indien de eerste aanvragers geen verzoek daartoe ingediend hebben, zijn de gedeblokkeerde domeinnamen na 1 september 1999 geregistreerd op naam van degene die (na die eerste aanvragers) als eerste daarom heeft verzocht.

4.4 De stichting heeft Brokerhof omstreeks juli 1999 een brief gezonden waarin hem is meegedeeld dat een aantal door hem aangevraagde domeinnamen dat voor 1 april 1999 geblokkeerd was voor registratie, alsnog op zijn naam aangevraagd kan worden. Daarbij heeft de stichting een opsomming gegeven van domeinnamen die Brokerhof in het verleden heeft aangevraagd. Vaststaat dat bij die opsomming de onderhavige domeinnamen niet vermeld staan. De stichting heeft bij brief van 21 april 2000 aan Brokerhof meegedeeld dat (abusievelijk) de eerste aanvrager van de domeinnamen krediet.nl en financiering.nl geen brief is toegezonden om hem in de gelegenheid te stellen de domeinnamen alsnog te laten registreren. Uit de brief van de stichting van 15 mei 2000 blijkt dat die brief ook niet naar de eerste aanvrager van de domeinnaam lening.nl is gezonden.

4.5 De kernvraag in dit geschil is of Brokerhof als eerste aanvrager van de domeinnamen kan worden aangemerkt op grond waarvan hij, gelet op het ten deze door de stichting gevoerde beleid, als eerste rechten heeft kunnen en nog kan doen gelden op de domeinnamen. Tellus c.s. veronderstellen dat Brokerhof niet de eerste aanvrager van de domeinnamen is. Zo hij al als zodanig moet worden aangemerkt, heeft hij niet vóór 1 september 1999 een registratie van deze domeinnamen aangevraagd, aldus Tellus c.s. Tellus c.s. hebben echter op geen enkele wijze onderbouwd dat Brokerhof niet de eerste aanvrager is danwel dat Brokerhof op de hoogte was van de mogelijkheid de domeinnamen te laten registreren vóór 1 september 1999 en dit desondanks niet heeft gedaan. Tellus c.s. hebben geen stukken overgelegd van de stichting waaruit blijkt dat Brokerhof niet de eerste aanvrager is. Evenmin hebben Tellus c.s. een lijst overhandigd van de op de website van de stichting versche-

nen lijst van gedeblokkeerde domeinnamen ter adstructie van hun stelling dat Brokerhof wist of kon weten dat de domeinnamen gedeblokkeerd waren. De omstandigheid dat Brokerhof met Tellus c.s. onderhandelingen heeft gevoerd over de overname van de domeinnamen en niet te goeder trouw heeft gehandeld zoals door Tellus c.s. is aangevoerd kan, alleen al omdat dit betwist wordt door Brokerhof, niet van doorslaggevende betekenis worden geacht.

4.6 Ook het feit dat de stichting in haar brief van 21 april 2000 niet heeft meegedeeld dat Brokerhof niet de eerste aanvrager van de domeinnamen is, maar in plaats daarvan een omslachtig antwoord heeft gegeven op de vraag van de raadsman van Brokerhof in zijn brief van 30 maart 2000 wat de gang van zaken is geweest met betrekking tot de domeinnamen, zou -zoals ook door Brokerhof is gesteld- een aanwijzing kunnen zijn dat Brokerhof toch de eerste aanvrager van de domeinnamen is. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat voorshands niet is uit te sluiten dat in de versneld regime procedure alsnog komt vast te staan dat Brokerhof als de eerste aanvrager van de domeinnamen moet worden aangemerkt

4.7 Tellus c.s. hebben nog aangevoerd dat Brokerhof na de levering van de domeinnamen aan de derde aan wie ze zijn verkocht, tegen die derde een (juridische) procedure kan instellen indien hij meent dat hij de rechthebbende is van de domeinnamen. Dienaangaande wordt overwogen dat de levering van de domeinnamen aan een derde weliswaar nog geen onomkeerbare situatie in het leven roept, maar dat het in die situatie voor Brokerhof aanzienlijk moeilijker zou zijn om de domeinnamen alsnog op zijn naam geregistreerd te krijgen dan wanneer hij kan volstaan met de thans al aanhangig gemaakte bodemprocedure tegen Tellus c.s.

4.8 De slotsom is dat Tellus c.s. de ondeugdelijkheid van de door Brokerhof gepretendeerde vordering op grond waarvan hij conservatoir beslag tot levering heeft laten leggen, niet summierlijk hebben aangetoond. Het beslag zal daarom niet worden opgeheven.

4.9 Als de in het ongelijk gestelde partij zullen Tellus c.s. in de proceskosten worden verwezen.

5 De beslissing

De president,

5.1 weigert de gevorderde voorzieningen;

5.2 veroordeelt Tellus c.s. in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Brokerhof begroot op fl 1.550,- voor salaris procureur en op fl 400,- wegens griffierecht.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.L. Drabbe en in het openbaar uitgesproken op 31 mei 2000 in tegenwoordigheid van de griffier mr. S.I.A. Hensen.

Nr. 66 Officier van justitie vs. RTL nieuws

Raad voor de journalistiek 1 augustus 2000

Beslissing van de Raad voor de Journalistiek inzake de klacht van de Officier van Justitie te Amsterdam

tegen

de hoofdredacteur van RTL Nieuws

Bij brief van 27 april 2000 met één bijlage en bijgevoegd een videoband, heeft mr. J.M. Vrakking, Hoofdofficier van Justitie te Amsterdam (klager) een klacht ingediend tegen de hoofdredacteur van RTL Nieuws (verweerder). Hierop heeft H. Taselaar, hoofdredacteur, gereageerd in een brief van 27 juni 2000.

De zaak is behandeld ter zitting van de Raad van 13 juli 2000. Namens klager verschenen mr. J. Steenbrink en mr. E. Ooteman. Verweerder is niet verschenen.

De feiten

De eerste zittingsdag van het strafproces tegen verdachte Mink K. op 13 maart 2000 vond achter gesloten deuren plaats. Door een onzorgvuldigheid is de geluidsinstallatie in de perskamer open blijven staan. Daardoor was hetgeen in de zittingszaal werd besproken in de perskamer te horen. De geluidskwaliteit was slecht en het volume laag. Een deel van de verklaring van de verdachte en van het betoog van de officier van justitie is door RTL Nieuws opgenomen en nog diezelfde dag uitgezonden.

De standpunten van partijen

Klager is van mening dat met de opname en uitzending van de vertrouwelijke informatie grenzen zijn overschreden. Elke journalist weet of behoort te weten dat er bij een openbare zitting geen opnamen mogen worden gemaakt zonder dat de rechter hiervoor toestemming heeft gegeven. Door de beslissing van de rechter om een zitting achter gesloten deuren voort te zetten, wordt expliciet duidelijk dat sprake is van een verbod om opnamen te maken. In het onderhavige geval heeft de rechter aan de aanwezige journalisten duidelijk gemaakt dat de zitting achter gesloten deuren zou worden voortgezet. Zij moesten de zaal verlaten. Voor hen was de boodschap dus helder, aldus klager. In feite is er sprake van een strafbaar feit, nu artikel 139 e Wetboek van Strafrecht geschonden, dat de doorgifte van de door wederrechtelijk opnemen van een gesprek verkregen gegevens strafbaar stelt.

Volgens verweerder waren de tijdens de besloten zitting gemaakte opmerkingen van Mink K. en de Officier van Justitie van een groot maatschappelijk belang en daarom relevant voor het maken van opnamen en het openbaar maken daarvan. De zaak ging over een wapenopslag van een zeer grote omvang. Duidelijk werd dat Mink K. als informant voor justitie/politie werkte inzake wapenhandel en zich op zijn informantenstatus beriep om zich vrij te pleiten. Na de IRT-affaire en de Parlementaire Enquête Opsporingsmethoden lag er voor de pers een groot belang om te weten te komen welke rol politie en justitie speelden in de onderhavige zaak. Niet alleen radio en televisie hebben het nieuws gebracht, er is ook in alle andere media, vooral kranten, over gepubliceerd. Er zit in de optiek van RTL Nieuws overigens geen verschil tussen pen of computer en radio- of televisie-opnamen. Niet de wijze waarop de informatie wordt vergaard en doorgegeven is van belang, het gaat om de inhoud afgezet tegen het algemeen belang.

Beoordeling van de klacht

Hetgeen besproken wordt tijdens een terechtzitting die ingevolge een beslissing van de rechter plaatsvindt achter gesloten deuren, is niet bedoeld voor openbaarmaking en levert dus vertrouwelijke informatie op. De rechter heeft in zo'n geval immers besloten dat die informatie geheim moet blijven in het belang van een goed verloop van de strafprocedure. Uitgangspunt moet zijn dat het belang van de openbaarheid van de rechtspraak en de vrije nieuwsgaring bij die besluitvorming is meegewogen. Reeds daarom zal een journalist, die niettegenstaande het bevel van de rechter tot sluiting van de deuren en anders dan door mededelingen van de bij de terechtzitting betrokkenen, zoals de verdachte, de leden van het openbaar ministerie, de rechter en eventuele op de zitting gehoorde getuigen, bekend raakt met de inhoud van wat op die zitting is besproken, zich hebben te onthouden van publicatie daarvan, in welke vorm ook. Journalisten hebben immers het resultaat van de door de rechter gemaakte afweging te eer-

biedigen. Dit betekent dat het maken van opnamen van wat op zo'n zitting is besproken en de uitzending daarvan via televisie dan ook journalistiek ontoelaatbaar is. Dat zou anders kunnen zijn in het uitzonderlijke geval dat tijdens die zitting zodanig ernstige misstanden zijn gebleken die niet op een andere wijze aan het licht zouden kunnen komen dat zij omwille van het algemeen belang publicatie met veronachtzaming van de rechterlijke beslissing tot sluiting van de deuren zouden rechtvaardigen. Bovendien moet, indien zich zo'n geval voordoet, er een zorgvuldige afweging van belangen plaatsvinden alvorens tot uitzending wordt overgegaan.

De uitzending van RTL Nieuws had betrekking op de vertrouwelijke informatie die ten gevolge van het openstaan van de microfoon in de perskamer te horen was. De uitgezonden fragmenten moesten bewijzen dat verdachte Mink K. een informant was van politie en justitie. Deze informatie kan niet worden aangemerkt als van wezenlijk belang om een ernstige misstand aan de kaak te stellen. Bovendien waren er andere middelen voorhanden om, als er al van een misstand sprake zou zijn, die openbaar te maken. Van belang is tevens dat niet is gebleken dat de belangen van de verdachte en van justitie zijn meegewogen bij de beslissing om de gewraakte fragmenten op te nemen en uit te zenden. In dit geval zijn daarom de grenzen overschreden van hetgeen, gelet op de eisen van journalistieke verantwoordelijkheid, maatschappelijk aanvaardbaar is. Er behoort hier overigens geen onderscheid te bestaan ten aanzien van de schrijvende pers en het citeren in een radio- of televisieprogramma van wat in de schrijvende pers omtrent de inhoud van het verhandelde op de zitting is meegedeeld. Immers de hierboven geformuleerde uitgangspunten gelden ook voor de schrijvende pers.

Beslissing

De Raad acht de klacht gegrond.

De Raad verzoekt betrokkenen aan deze beslissing aandacht te besteden in een uitzending van het programma RTL Nieuws.

Aldus vastgesteld door de Raad op 1 augustus 2000 door mr. W.D.H. Asser, voorzitter, drs. G.H.J.M. Bueters, mw. mr. V. Keur, M.J. Kes en mw. drs. B.L.W. Tillema, leden, in tegenwoordigheid van mw. mr. I.H.J. Konings, secretaris.