

IO

oktober 1999
elfde jaargang

Onder het stof vandaan

Jaap Timmers

Het Europese 'First Amendment'

deel I

Dirk Voorhoof

Concessiewet: no guts, go glory

Nico van Eijk

Jurisprudentie nr. 47-50

Bernstein vs. United States • SENA
vs. NOS • SENA vs. Nederlandse
Kabelkrant Pers • KNVB vs.
Feyenoord • Productschap Vis e.a.
vs. AXA Verzekeringen

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en
Communicatierecht

Elfde jaargang, nummer 10
oktober 1999

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar. Bestuur VMC: PROF. MR. E.C.M. JURGENS (voorzitter), MR. W.F. KORTHALS ALTES (secretaris), MR. R.A. VECHT (penningmeester), PROF. MR. P.B. HUGENHOLTZ (vice-voorzitter), MR. C. VAN BOXTEL, MR. C.E. DRION, DR. N.A.N.M. VAN EIJK, MR. F. KUITENBROUWER, MR. H.M. LINTHORST.

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

REDACTIE

MR. J. VAN DEN BEUKEL, MR. M.M.M. VAN EECHOUDE (eindredactie), MR. M.J. GEUS, MR. A.W. HINS, PROF. MR. K.J.M. MORTELMANS, PROF. MR. H.J. DE RU, PROF. MR. G.A.I. SCHUIJT (voorzitter) en MR. D.J.G. VISSER

MEDEWERKERS

PROF. DR. J.C. ARNBAK, PROF. MR. E.J. DOMMERING, PROF. MR. F.W. GROSHOUDE, 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. MOCHTEL, PROF. MR. J.H. SPOOR, PROF. MR. D.W.F. VERKADE, PROF. DR. D. VOORHOOF

REDACTIESECRETARIAAT

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met MR. M.M.M. VAN EECHOUDE, p/a UvA, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, tel/fax 020 - 525 3645/ 525 3033, e-mail eechoud@jur.uva.nl

ABONNEMENTEN & LIDMAATSCHAP

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

LEDEN VMC: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement f 125,- per lid per kalenderjaar (studenten f 75,-; rechtspersoon f 300,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adreswijziging e.d. voor VMC-leden bij secretaris VMC, Reguliersgracht 62, 1017 LT Amsterdam, tel/fax 020 - 626 9124, e-mail 106353.145@compuserve.com

NIET-LEDEN: opgave nieuw abonnement, opzegging, 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

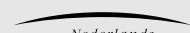
LOSSE NUMMERS: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs f 19,50.

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

ISSN: 0924 - 5057

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

© 1999 Vereniging voor Media- en Communicatierecht


**Nederlandse
uitgeversverbond**
**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

INHOUDSOPGAVE

GASTCOMMENTAAR

Onder het stof vandaan 263
Jaap Timmers

ARTIKELEN

Het Europese 'First Amendment' 264
De Straatsburgse jurisprudentie over
artikel 10 EVRM (1996-juli 1999) deel I
Dirk Voorhoof

Concessiewet: no guts, go glory 272
Nico van Eijk

DOCUMENTATIE 276

JURISPRUDENTIE

Nr. 47 US Court of Appeals (9th C.) 6 mei 1999, Bernstein vs. United States, m. nt. L.F. Asscher 279

Nr. 48 Hof Den Haag 6 mei 1999, SENA vs. NOS, m. nt. D.J.G. Visser 287

Nr. 49 Rb. Den Haag 30 september 1998, SENA vs. Nederlandse Kabelkrant Pers, m. nt. D.J.G. Visser 293

Nr. 50 Rb. Rotterdam 9 september 1999, KNVB vs. Feyenoord 295

Nr. 51 Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999, Productschap Vis e.a. vs. AXA Verzekeringen 299

Onder het stof vandaan

Jaap Timmers

Op het eerste gezicht, schreef de NVJ op 24 augustus nadat VNU een 'heroverweging' van de positie van haar dagbladen had aangekondigd, is de kans groot dat een belangrijk deel van de Nederlandse lezersmarkt wordt 'overgedaan' aan een van de steeds minder talrijke spelers op de dagbladmarkt. Helemaal gelijk kregen we niet; de VNU-bladen gaan niet naar een van de weinige spelers, maar naar twee. Per saldo zit er niettemin weer een concern minder aan tafel en zijn twee overblijvende spelers nog wat machtiger geworden, en, dankzij de Limburgse herverkaveling, nog wat sterker verweven. Dat 'zorgelijke vertrekpunt' was niet overdreven.

De Nederlandse Mededingsautoriteit moet nu de overname toetsen: blijft er wel voldoende concurrentie op de dagbladmarkt? Helder zijn de criteria niet. Gaat het om de regionale markt? Of die van alle kranten? Per regio is er nauwelijks meer sprake van concurrentie en waar die er nog is maar sterk bedreigd lijkt –in Limburg– klinkt de verzekering van De Telegraaf dat geen titel wordt opgeheven, geloofwaardig na wat dit concern eerder heeft laten zien met de bejegening van zijn regionale dochters. Geruststellend is voorts, dat de redactiestatuten van beide Limburgse kranten een scherpe scheiding vastleggen tussen eigendom en inhoud.

Directe concurrentie is er de laatste jaren vooral tussen regionale en landelijke kranten, en al is de band tussen een landelijk opererend concern en de nieuwe supermacht van de regio dan versterkt, voor afname van de concurrentie landelijk-regionaal hoeft niet te worden gevreesd.

Je moet er ook niet aan denken dat de NMa de overname afwijst. Andere binnenlandse partijen zijn er niet, of ze zouden bij de NMa op dezelfde bezwaren stuiten als Wegener. Een onderzoek naar de mogelijkheid van verzelfstandiging kreeg alleen bij de NVJ en het Genootschap van hoofdredacteurs de handen op elkaar; zelfs in de kring van de VNU-kranten zijn weinig hartstochtelijke pleitbezorgers gehoord. Alleen de animo om buitenlandse uitgevers binnen te halen is nóg geringer. Met enig hartzeer herinneren we ons onze vergeefse pleidooien uit het begin van de jaren negentig voor sluitende afspraken over het maximale aandeel op de krantenmarkt ter vervanging van het vrijblijvende herenakkoord van de uitgevers.

Ondanks dat 'zorgelijke vertrekpunt' dus alles maar zo laten en tevreden zijn met de minst slechte oplossing? Zeker niet, want er zijn wel andere dreigingen dan een mogelijke afname van de directe concurrentie tussen dagbladtitels. Perscombinatie had NDU nog maar net overgenomen of de eerste klachten klonken op over de machtspositie van dit concern bij het drukken en bezorgen van kleinere, nog op eigen benen staande kranten. Snelle en kleurrijke persen zijn voor kleinere bedrijven zonder langdurige contracten met derden nauwelijks te betalen en de bezorging wordt zelfs voor de grote

concerns een nachtmerrie. De grote drie hoeven niet eens de gunst van de lezers te winnen om de strijd in hun voordeel te beslissen, of in elk geval het eigen uitgangspunt te verbeteren.

Dan is er de positie van de GPD, die de meeste regionale kranten voorziet van nieuws van buiten de eigen regio. Afgezien van de noordelijke provincies heeft het nieuwe Wegener vrijwel een landelijke dekking, een eigen net van buitenlandse correspondenten en een eigen Haagse redactie. Zullen de Wegener-kranten het leeuwendeel van de GPD-kosten blijven dragen als ze het meeste nieuws al in huis hebben? Toch is deze organisatie voor de niet-Wegener-kranten van groot belang. Vervolgens komt het ANP ter sprake. Hoe onmisbaar is de berichtgeving van deze dienst over Wegenerland? Is te volstaan met onderlinge nieuws-uitwisseling (zeker nu de uitwisselingstoelage van de VNU-journalisten toch moet blijven)? Dan komen niet alleen het ANP en de overige regionale kranten in de problemen, maar ook de landelijke kranten.

Het zijn geen vragen waarop de NMa antwoord kan geven. Ze liggen op het terrein van de politiek. Staatssecretaris Van der Ploeg heeft een rapport gekregen van de commissie-Jessurun. Wat hij daarmee gaat doen is nog onduidelijk. De NMa andere instructies geven mag hij niet. Wel kan hij het Bedrijfsfonds voor de pers laten onderzoeken hoe kleinere spelers op de markt beschermd kunnen worden tegen de nieuwe moloch van het gedrukte woord en hoe nieuwe initiatieven toch nog een kans kunnen krijgen. De gedroomde drukfabrieken van de jaren zestig en het landelijke bezorgapparaat moeten misschien nog eens onder het stof vandaan worden gehaald.

J.J. Timmers is bestuurslid van de NVJ en redacteur van Trouw.

Het Europese 'First Amendment'

De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (1996-juli 1999) deel I

Dirk Voorhoof

Het is al weer enkele jaren geleden dat in dit blad een kroniek over artikel 10 EVRM verscheen. Sindsdien heeft het EHRM 41 uitspraken gedaan. In het eerste deel van deze kroniek staat de vrijheid van politieke meningsuiting centraal en de manier waarop in de rechtspraak van het Hof de relatie tot uitdrukking komt tussen artikel 10 EVRM en de doelstelling en waarborgen die in het EVRM verankerd zitten in functie van een democratische samenleving. In het tweede deel –dat in de volgende aflevering van Mediaforum verschijnt– wordt aandacht besteed aan de publicatie van geheime of vertrouwelijke documenten, het journalistiek bronnengeheim, kritiek op rechters, de gerechtsverslaggeving en het vermoeden van onschuld, kritiek in de economische sfeer, de verantwoordelijkheid van de uitgever, de osmotische verhouding tussen recht en journalistieke ethiek en de wijze waarop het Hof de 'margin of appreciation' hanteert in verband met artikel 10 EVRM.

In *Mediaforum* 1994-11/12 en *Mediaforum* 1995-11/12 werd een overzicht gepubliceerd van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met artikel 10 EVRM.¹ Het eerste artikel gaf een algemeen overzicht van de rechtspraak van het Hof voor de periode tot en met 1994. De tweede bijdrage ging grondiger in op de jurisprudentie van de jaren 1994 en 1995. Met dit overzicht wordt de draad terug opgeraapt en wordt vanaf het arrest in de zaak *Goodwin* (27 maart 1996) verder gerapporteerd over de rechtspraak van het Europees Hof betreffende de vrijheid van expressie en informatie zoals gewaarborgd door artikel 10 EVRM.² De laatste arresten die in de analyse worden betrokken zijn de dertien arresten van 8 juli 1999 waarin Turkije elf keer werd veroordeeld wegens schending van de vrijheid van (politieke) meningsuiting. Een lijst van de 41 arresten voor de periode januari 1996 tot juli 1999 is afgedrukt in een afzonderlijk kader (p. 267).

In het vorige overzicht (1994-1995) werd elk arrest, case per case, chronologisch voorgesteld en toegelicht. Deze manier van presentatie kon dit keer niet worden gevolgd omwille van het te grote aantal te behandelen arresten. Daarom is geopteerd voor een meer thematische verwerking van de rechtspraak van het Hof. De aandacht gaat daarbij vooral naar de meest interessante, opmerkelijke, innoverende of controversiële stellingen en overwegingen van het Hof, waarop trouwens vaak een repliek is terug te vinden in het vertoog dat in de 'dissenting opinion' van de in de minderheid gestelde rechters is geformuleerd.³

Groeiend aantal zaken

Tot 1970 was er één arrest waarin artikel 10 EVRM centraal stond, nl. het arrest *De Becker* van 27 maart 1962. In de jaren zeventig hielden drie arresten verband met artikel 10 EVRM. In het *Sunday Times* arrest van 26 april 1979 stelde het Hof voor het eerst een schending vast van artikel 10 EVRM. In de jaren tachtig waren er twaalf arresten waarin het Hof uitspraak deed over een aangeklaagde schending van artikel 10 EVRM. Enkel in de zaak *Barthold* (25 maart 1985) en in de zaak *Lingens* (8 juli 1986) concludeerde een meerderheid van de rechters dat er een schending was van artikel 10 EVRM. In de periode januari 1990 - juli 1999 werden door het Hof ruim 70 arresten uitgesproken waarin de toetsing gebeurde van één of andere vorm van overheidsinmenging aan artikel 10 EVRM. In ruim meer dan de helft van de zaken leidde dit tot een veroordeling van de lidstaat.⁴ De voorbije twee en half jaar, i.e. de analyseperiode van deze bijdrage, leverde een veertigtal arresten op in verband met artikel 10 EVRM, soms in combinatie met artikel 8,⁵ artikel 9⁶ of artikel 11 EVRM.⁷ In vijftientig arresten werd een ontoelaatbare overheidsinmenging in de vrijheid van meningsuiting van de verzoekers vastgesteld en concludeerde het Hof tot een schending van artikel 10 EVRM.

Wat dus onmiddellijk opvalt is dat het aantal zaken in verband met artikel 10 EVRM de laatste jaren fors is toegenomen en dat de rechtsgang naar Straatsburg in deze materie voor de verzo-

¹ D. Voorhoof, 'De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1958-1994)', *Mediaforum* 1994/11-12, p. 116-124 en D. Voorhoof, 'Het Europese 'First Amendment'. De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1994-1995)', *Mediaforum* 1995/11-12, p. 128-137.

² Zie ook Council of Europe, *Case-law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights, Forty years of case-law, 1959-1999*, DH-MM (99) 6, 45 p. and R. Ryssdal, *The case-law of the European Court of Human Rights on the freedom of expression guaranteed under the European Convention on Human Rights*, Report to the 10th Conference of European Constitutional Courts, Budapest, 6-10 May 1996, Doc. Cour (96) 326, 18 p.

³ Voor enkele duidelijke voorbeelden, zie EHRM, *Goodwin*, 27 maart 1996, joint dissenting opinion van de rechters Ryssdal, Bernhardt e.a.; EHRM, *Wingrove*, 25 november 1996, dissenting opinion van De

Meyer en Lohmus; EHRM, *Zana*, 25 november 1997, dissenting opinion van Thór Vilhjálmsson en partly dissenting opinion van Van Dijk, bijgetreden door Palm, Loizou, e.a.; EHRM, *Lehideux & Isorni*, 23 september 1998, joint dissenting opinion van Foighel, Loizou en Sir John Freeland; EHRM, *Janowski*, 21 januari 1999, dissenting opinions van Wildhaber, Sir Nicolas Bratza en Rozakis, Bonello en Casadevall en EHRM, *Bladet Tromsø & Stensaas*, 20 mei 1999, joint dissenting opinion van Palm, Fühmann en Baka en dissenting opinion van rechter Greve.

⁴ Zie ook D. Voorhoof, 'Art. 10 EVRM en de vrijheid van de media', *ICM-Jaarboek Mensenrechten 1995-1996*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu Uitgevers 1996, p. 111-143 en D. Voorhoof, 'Guaranteeing the freedom and independence of the media', in: *Media and Democracy*, Straatsburg: Council of Europe Publ. 1998, p. 35-59.

⁵ In de zaak *Halford* komt het Hof tot de conclusie dat er een schending is van artikel 8 EVRM, zonder dat het nodig is om de gewraakte

kers ook steeds vaker tot het beoogde resultaat leidt. Deze vaststelling ligt overigens geheel in lijn met de algehele stijging van het aantal te behandelen zaken voor het Straatsburgse Hof en de toename van het aantal vastgestelde inbreuken.

De nieuwe procedure

De enorme kwantiteit van de in Straatsburg ingeleide zaken was ondertussen aanleiding tot het in werking stellen van het 11de protocol, waardoor vanaf 1 november 1998 de tussenstap bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens wordt overgeslagen en de zaak voortaan in twee fasen direct door het Hof wordt behandeld. In een eerste fase beslist voortaan een Comité van drie rechters over de ontvankelijkheid. Indien dit Comité niet unaniem tot de onontvankelijkheid beslist, komt de zaak voor een Kamer van zeven rechters of voor de Grote Kamer (zeventien rechters), die zowel beslissen over de ontvankelijkheid als over de gegrondheid van de klacht.

In principe wijst één van de Kamers van zeven rechters voortaan het arrest. Belangrijke zaken kunnen worden voorgelegd aan de Grote Kamer. Voortaan bestaat ook de mogelijkheid dat na een arrest van een Kamer van zeven rechters, de Grote Kamer de zaak 'heronderzoekt', na toelating door een panel van vijf rechters van de Grote Kamer. In dit geval is sprake van een 're-hearing' en de Grote Kamer velt dan een definitieve uitspraak.

De in deze bijdrage behandelde arresten zijn evenwel nog alle volgens de klassieke procedure verlopen, d.w.z. dat deze zaken na een ontvankelijkheidsbeslissing en na een rapport door de Europese Commissie voor de Rechten van Mens zijn doorverwezen naar het Europees Hof. Ondertussen is het vernieuwde Hof operationeel. De meest recente arresten betreffende de vrijheid van meningsuiting zijn door het nieuwe, permanente Hof gewezen, alle overigens door de 'Grand Chamber', wat meteen het principieel belang reveleert dat met deze arresten verbonden is. Het allereerste arrest van het nieuwe Hof betrof uitgerekend een artikel 10-zaak. Met het arrest van 21 januari 1999 in de zaak *Fressoz & Roire* tegen Frankrijk heeft het nieuwe Europese Hof, in Grote Kamer dus én unaniem, meteen duidelijk gemaakt dat de journalistieke vrijheid op een hoog beschermingsniveau kan blijven rekenen vanuit Straatsburg.

De trend is duidelijk: de jurisprudentie in verband met artikel 10 EVRM zit in de lift en met de toename van het aantal nieuwe EVRM-leden ziet het ernaar uit dat het Straatsburgse Hof ook in de komende jaren talrijke zaken te behandelen krijgt waarin de vrijheid van expressie en informatie centraal staat. Het hoge beschermingsniveau dat het Straatsburgse Hof verbindt aan artikel 10 EVRM, de algemene toestand inzake de vrijheid van politieke meningsuiting en de soms smalle manoeuvreerruimte voor de media en de journalistiek in een aantal landen als Turkije, de Russische Federatie, Wit-Rusland, Bulgarije, Moldavië, Oekraïne, Roemenië, Polen, Slovaakse, Kroatië en Albanië laten voorspellen dat de komende jaren ook en vooral vanuit deze

EVRM-landen klachtprocedures op grond van artikel 10 EVRM in Straatsburg zullen worden ingeleid.⁸

In juni 1999 trok het nieuwe Europese Hof voor de Mensenrechten overigens al aan de alarmbel, geconfronteerd met een overaanbod nieuwe zaken. Een persbericht van het Hof van 21 juni 1999 wijst erop dat 'the continuing steep increase in the number of applications to the Court is putting even the new system under pressure'.

Het Hof richt een (nood)oproep tot de lidstaten, door erop te wijzen: 'There can be no doubt that the Council of Europe's member States have a vital role to play. To reduce the Court's workload, firm political commitment is needed to ensure the Convention is respected at national level. Governments, legislators and the judiciary in member States need to work together to enforce the Convention and all its articles and protocols (...)'

De notie 'inmenging van overheidswege'

Uit de rechtspraak van het Europees Hof kan worden afgeleid dat zeer verschillende vormen van restricties of sancties kunnen worden beschouwd als 'inmenging' in de vrijheid van expressie en informatie. Zo kwamen in de voorbije periode o.a. aan bod: het weigeren van een omroepvergunning; strafrechtelijke of civiele veroordelingen wegens laster, belediging of aantasting van de eer en goede naam; rechterlijke verboden tot het herhalen van bepaalde beledigende kritiek of van bepaalde lasterlijke aantijgingen; de veroordeling van publicaties wegens de openbaarmaking van privacy-schendende, geheime of vertrouwelijke informatie; de veroordeling van een journalist wegens de weigering om voor de rechter zijn bronnen bekend te maken; de veroordeling wegens aanzet tot terrorisme, wegens separatistische propaganda of wegens het verdedigen van oorlogsmisdaden; het verbod tot distributie en vertoning van een godslasterlijke film.

Het is manifest dat elk van deze vormen van overheidsop treden een directe, beperkende weerslag heeft op de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting van het individu of van de vrijheid van de media, de artistieke expressievrijheid of de journalistieke vrijheid.

Indirecte inmenging

Uit een aantal recente arresten blijkt dat ook indirecte vormen van inperking van de vrijheid van meningsuiting door het Hof als een overheidsinmenging in de zin van artikel 10 EVRM kunnen worden beschouwd. Het Hof erkent in een arrest van 19 februari 1998 (*Bowman*) dat de gewraakte bepaling uit de Britse *Representation of the People Act 1983* (section 75), die beperkingen oplegt in verband met de financiering van verkiezingspropaganda 'does not directly restrain freedom of expression, but instead limits to GBP 5 the amount of money which unauthorised persons are permitted to spend on publications and other means of communication during the election period. Moreover, it does not restrict the expenditure on the transmission of information or

overheidsinmenging ook nog te beoordelen vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM (EHRM, *Halford*, 25 juni 1997). In de zaak *Guerra* oordeelt het Hof dat de nalatigheid van een lokale overheid om klagers bepaalde milieu-informatie te verstrekken, wel een schending oplevert van artikel 8 EVRM, maar niet ressorteert onder toepassing van artikel 10 EVRM. Het Hof herbevestigt de zienswijze dat 'freedom to receive information, referred to in paragraph 2 of Article 10 of the Convention, basically prohibits a government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him. That freedom cannot be construed as imposing on a State, in circumstances as those of the present case, positive obligations to collect and disseminate information of his own motion': EHRM, *Guerra*, 19 februari 1998, r.o. 53. Vgl. EHRM, *Leander*, 26 maart 1987, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 116, r.o. 74. Zie ook M.T. Kamminga, 'Recht op milieurelevante informatie', *NJCM-Bull.* 1998, p. 855-859.

⁶ In het arrest *Larissis* van 24 februari 1998 concludeert het Hof tot een

schending van artikel 9 EVRM, zonder dat het noodzakelijk is om de zaak, die betrekking heeft op bekeringsijver en de vrijheid van godsdienstige meningsuitingen, ook nog te beoordelen vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM (EHRM, *Larissis*, 24 februari 1998, r.o. 62-64).

⁷ In een aantal arresten stelt het Hof de schending vast van artikel 11 EVRM, zonder dat het noodzakelijk is om de zaak ook nog te beoordelen vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM (EHRM, *United Communist Party e.a.*, 30 januari 1998; EHRM, *Socialist Party e.a.*, 25 mei 1998 en EHRM, *Sidirouopoulos e.a.*, 10 juli 1998). Opvallend is overigens wel dat het Hof in deze zaken de artikelen 10 en 11 in een onderlinge samenhang situeert en inhoudelijk als gemeenschappelijk toetsingskader hanteert (cfr. infra).

⁸ Press release by the Registrar, 'Steep rise in workload for European Court of Human Rights', 349, 21 juni 1999. Zie ook <http://www.dhcoeur.coe.fr/eng/Press/New%20Court/Pressbriefing.june99.html>.

opinions in general, but only that incurred during the relevant period with a view to promoting or procuring the election of a candidate' (*Bowman*, r.o. 33).

Toch is het Hof van oordeel dat een dergelijke wettelijke bepaling als een overheidsinmenging is te beschouwen zoals bedoeld in artikel 10 lid 1 en dus de toets aan het tweede lid van artikel 10 EVRM moet doorstaan. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid is het Hof van oordeel dat de gewraakte beperking op de verspreiding van verkiezingspropaganda voor verzoekster in feite neerkomt op een totaal verbod om de bewuste (anti-abortus)informatie te verspreiden. Het Hof acht het opleggen van een maximumuitgave van 5 Britse pond voor verkiezingspropaganda niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Terloops vestigt het Hof er de aandacht op dat voor de pers terzake geen restricties gelden en de pers dus wel bepaalde kandidaten kan steunen of afkeuren.⁹

Fysieke inmenging

Maatregelen die in essentie verband houden met fysiek gedrag, zoals bijvoorbeeld het tijdelijk arresteren van bepaalde personen of de veroordeling wegens deelname aan een niet-toegelaten of gewelddadige demonstratie, kunnen eveneens als een vorm van overheidsinmenging te beschouwen zijn vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM. In het arrest van 23 september 1998 (*Steel e.a.*, r.o. 92) is het Hof van oordeel dat dergelijke maatregelen tegen demonstranten en deelnemers aan protestacties te beschouwen zijn als 'interferences with their right to freedom of expression'.¹⁰

Overigens kunnen terzake wel beperkingen of sancties worden opgelegd wanneer deze noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, bijvoorbeeld ter voorkoming van de openbare rust en veiligheid of ter bescherming van de rechten van anderen. Het verhinderen dat in de buurt van een congrescentrum op vreedzame wijze pamfletten worden uitgedeeld waarin wordt geprotesteerd tegen de wapenhandel, is evenwel niet in overeenstemming geacht met artikel 10 EVRM, met name omdat dergelijke maatregel geen steun kan vinden in de Britse wetgeving.

Politieke participatie

Het bij wet inperken van de mogelijkheid tot participatie aan het politieke leven of het verbod om zich kandidaat stellen bij verkiezingen kan eveneens worden beschouwd als een overheidsinmenging in de zin van artikel 10 EVRM. Zowel in de zaak *Ahmed e.a.* als in de zaak *Rekvényi* was het Hof van oordeel dat de gewraakte maatregelen 'by curtailing the applicant's involvement in political activities, interfered with the exercise of his right to freedom of expression'.¹¹

In de zaak *Ahmed e.a.* (2 september 1998) bekloeg een aantal Britse onderdanen (lokale ambtenaren) zich erover dat hun vrijheid van meningsuiting op ontoelaatbare wijze werd ingeperkt door de Britse wetgeving die hen verbiedt zich kandidaat te stellen bij de verkiezingen of deel te nemen aan bepaalde activi-

teiten van een politieke partij. Het Hof beoordeelt de gewraakte beperkingen in overeenstemming met artikel 10 EVRM omdat zij een legitiem doel nastreven (nl. de bescherming van de rechten van anderen in functie van een effectieve politieke democratie op lokaal vlak) en er uiteindelijk op gericht zijn om in hoofde van de bedoelde categorie ambtenaren een voldoende mate van neutraliteit en vertrouwen van het publiek in de lokale instellingen te garanderen.¹²

Met het arrest *Rekvényi* (20 mei 1999) zit het Hof helemaal op dezelfde lijn. In deze zaak beklagde verzoeker zich over de beperkingen in de Hongaarse wetgeving op allerlei vormen van politiek engagement voor politieambtenaren en militairen. Het Hof benadrukt enerzijds het belang van een politiek-neutrale politiemacht, zeker rekening houdend met de historische achtergrond van bepaalde lidstaten in hun ontwikkeling naar pluralistische en democratische staatsstructuren. Anderzijds vestigt het Hof er de aandacht op dat het Hongaarse verbod niet absoluut is en militairen en politieambtenaren nog altijd de mogelijkheid hebben hun politieke overtuiging te vertolken, deel te nemen aan manifestaties of via interviews in de media of publicaties hun politieke standpunten openbaar te maken. Het Hof is van oordeel dat er geen schending is van artikel 10 EVRM.

Er werd in de inleiding reeds opgemerkt dat een aantal vormen van overheidsinmenging door het Hof niet werden beoordeeld vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM, maar wel vanuit het perspectief van artikel 8, 9 of 11 EVRM. In een aantal zaken waarin door de verzoekers tegelijk de schending werd ingeroepen van artikel 9 en van 10 EVRM, is het Hof van oordeel dat de gewraakte overheidsinmenging uitsluitend vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM dient beoordeeld te worden. In een arrest van 9 juni 1998 (*Incal*, r.o. 60) merkt het Hof op dat 'the applicant further complained of an infringement of his right to freedom of thought, guaranteed by Article 9 of the Convention. Like the Commission, the Court considers that this complaint is subsumed by the complaint under Article 10 and that it is not necessary to examine it separately'.¹³ Ook in enkele arresten van 8 juli 1999 (*Gerger* r.o. 34, *Arslan* r.o. 30, *Karatas* r.o. 35, *Baskaya en Okçuoglu* r.o. 44 en *Okçuoglu* r.o. 32) wordt opgemerkt dat hoewel de klacht van verzoeker zowel artikel 9 als artikel 10 EVRM betrof, 'this complaint should be considered from the standpoint of Article 10 alone'. Zelfs wanneer door de verzoeker oorspronkelijk enkel de schending van artikel 9 EVRM wordt aangevoerd, kan het Hof de zaak toch nog uitsluitend vanuit het perspectief van artikel 10 beoordeelen. In het *Polat*-arrest van 8 juli 1999 laat het Hof opmerken (r.o. 28): 'The Court observes in that connection that since it is master of the characterisation to be given in law to the facts of a case, it does not consider itself to be bound by the characterisation given by the applicants, governments or Commission'. Het Hof besliste om de zaak te beoordeelen 'from the standpoint of Article 10 of the Convention alone'.¹⁴

⁹ Merk op dat ook de notie 'slachtoffer' in deze zaak flexibel is geïnterpreteerd. Tegen verzoekster was nl. vervolging ingesteld wegens inbreuk op de Britse wetgeving betreffende de verkiezingsuitgaven. Maar de betrokkene werd uiteindelijk door de rechter vrijgesproken omdat de inbreuk op de betreffende wetgeving niet bewezen was. Toch kon achteraf volgens het Hof door Bowman een overheidsinmenging in de zin van artikel 10 EVRM worden aangevoerd. Immers: 'The fact that the prosecuting authorities decided to commence proceedings against the applicant was, at the very least, a strong indication to her that, unless she modified her behaviour during future elections, she would run the risk of being prosecuted again and possibly convicted and punished. In these circumstances, the Court considers that Mrs Bowman could properly claim to have been directly affected by the law in question (...) and, therefore, to be the victim of a violation of the Convention within the meaning of Article 25§1'.

¹⁰ Zie ook EHRM, *Chorherr*, 25 augustus 1993, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 266, r.o. 23.

¹¹ EHRM, *Ahmed e.a.* (r.o. 41) en EHRM, *Rekvényi* (r.o. 26). Merk op dat in beide gevallen de klacht van verzoekers zich richt tegen bepaalde wetgeving die beperkingen oplegt aan de vrijheid van politieke activiteiten en, volgens het Hof, daarmee aan de vrijheid van politieke meningsuiting. Het louter bestaan van een restrictieve wetgeving of reglementering volstaat dus om zich als 'slachtoffer' in de zin van artikel 34 EVRM (vroegere art. 25) tot Straatsburg te kunnen wenden, althans wanneer aannemelijk kan worden gemaakt dat de verzoeker in de realiteit negatieve gevolgen van deze wet ondervindt of kan ondervinden en dit neerkomt op een inmenging in diens uitoefening van de vrijheid van meningsuiting. Zie ook Bowman, r.o. 29.

¹² Zie ook E. Verhulp, Noot onder EHRM 2 september 1998, *Mediaforum* 1998-11/12, nr. 51.

¹³ Zie ook *Zana*, 25 november 1997, r.o. 39.

¹⁴ Een overheidsinmenging in verband met religieuze meningsuitingen beoordeelde het Hof daarentegen uitsluitend vanuit het perspectief van artikel 9 EVRM: EHRM, *Larissis*, 24 februari 1998, r.o. 62-64.

In enkele zaken betreffende het verbieden of ontbinden van bepaalde politieke partijen of politieke organisaties (*United Communist Party e.a.*, *Socialist Party e.a.*, *Sidiropoulos e.a.*) beoordeelde het Hof weliswaar formeel de gewraakte overheidssinmenging vanuit het perspectief van artikel 11 EVRM, maar steunde het Hof zich inhoudelijk bij de beoordeling ervan vooral op de vrijheid van expressie en informatie zoals gewaarborgd door artikel 10 EVRM. In het arrest van 30 januari 1998 (*United Communist Party of Turkey e.a.*, r.o. 42-43) argumenteert het Hof het betrekken van artikel 10 EVRM bij de toetsing in het kader van artikel 11 EVRM als volgt: 'The Court reiterates that notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 must, in the present case, also be considered in the light of Article 10. The protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11. (...) That applies all the more in relation to political parties in view of their essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy'.

Uitputting nationale rechtsmiddelen

Met het arrest in de zaak *S. Ahmet* (15 november 1996) is verduidelijkt dat het niet volstaat dan men een 'overheidsinmenging' in de zin van artikel 10 EVRM kan aanvoeren voor het Straatsburgse Hof, maar dat men de schending van de vrijheid van meningsuiting ook moet hebben ingeroepen voor de nationale rechtscolleges in toepassing van artikel 35 EVRM (uitputting van de nationale rechtsmiddelen).

Hoewel het Hof deze bepaling met een zekere flexibiliteit toepast,¹⁵ moet toch wel enig spoor te vinden zijn van het feit dat de verzoekende partij voor de nationale rechter de schending van de vrijheid van meningsuiting op één of andere wijze als middel heeft aangevoerd dan wel de problematiek omtrent de vrijheid van meningsuiting op enige wijze in een nationaal vonnis of arrest ter sprake is gekomen. In het arrest van 15 november 1996 stelt het Hof vast dat 'at no time (...) the applicant did rely on Article 10 of the Convention, or on arguments to the same or like effect based on domestic law, in the courts dealing with the case'. Daarom concludeert het Hof dat niet is voldaan aan de voorwaarde van de uitputting van de nationale rechtsmiddelen.

Het feit dat het EVRM directe werking heeft in de Griekse rechtsorde en de Griekse rechtscolleges dus in de mogelijkheid waren en zelfs ertoe verplicht waren ambtshalve de schending van artikel 10 EVRM in te roepen, maar nalieten dit te doen, verschoont geenszins het feit dat de verzoekende partij heeft nagelaten de schending van de vrijheid van meningsuiting aan te voeren voor de nationale rechtscolleges. Het Hof formuleert het als volgt (r.o. 32-34): 'Even if the Greek courts were able, or even obliged, to examine the case of their own motion under the Convention, this cannot have dispensed the applicant from relying on the Convention in those courts or from drawing their attention to the problem he intended to submit subsequently, if need be, to the institutions responsible for European Supervision. That applies where, as here, a charge of disturbing the peace (by distributing leaflets, DV) may be challenged –and indeed in the present case was challenged by Mr. Ahmet Sadik– on the basis of arguments which do not raise the matter of freedom of expression. Accordingly, domestic remedies were not exhausted in the instant case'.

Vgl. EHRM, *Kokkinakis*, 25 mei 1993, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 260-A, r.o. 54-55.

¹⁵ Zie bijv. EHRM, *Fressoz & Roire*, 21 januari 1999, r.o. 36-39. Vgl. EHRM, *Sidiropoulos e.a.*, 10 juli 1998, r.o. 24-27.

EHRM uitspraken januari 1996 - juli 1999

(te raadplegen via <http://www.dhcour.coe.fr>)

- 27.03.1996 Goodwin vs. Verenigd Koninkrijk. *Mediaforum* 1996-5, p. B69-B76 m. nt. W.F. Korthals Altes op p. 73-74. (Schending art. 10)
- 15.11.1996 S. Ahmet. (Nationale rechtsmiddelen niet uitgeput)
- 25.11.1996 Wingrove vs. Verenigd Koninkrijk. *Mediaforum* 1997-2, p. B17-B22 m. nt. T. Schiphof op p. 30-31. (Geen schending art. 10)
- 24.02.1997 De Haes & Gijssels vs. België. *Mediaforum* 1997-4, p. B45-B57 m. nt. D. Voorhoof op p. 68-69. (Schending art. 10, schending art. 6)
- 09.06.1997 Telesystem Tirol Kabeltelevision. ECRM uitspraak 18 mei 1995: zie *Mediaforum* 1996-6, p. B85-B87. (Zaak van de rol geschrapt)
- 25.06.1997 Halford. (Schending art. 8, geen noodzaak tot onderzoek vermeende schending art. 10)
- 01.07.1997 Oberschlick vs. Oostenrijk (n° 2). *Mediaforum* 1997-9. (Schending art. 10)
- 29.08.1997 Worm vs. Oostenrijk. *Mediaforum* 1997-10, p. B133-B139. (Geen schending art. 10)
- 25.11.1997 Grigoriades vs. Griekenland. (Schending art. 10)
- 20.10.1997 Radio ABC vs. Oostenrijk. *Mediaforum* 1998-1, nr. 1 m. nt. A.W. Hins. (Schending art. 10)
- 25.11.1997 Zana vs. Turkije. *Mediaforum* 1998-2, nr. 6 m. nt. G.A.I. Schuijt. (Geen schending art. 10)
- 30.01.1998 United Communist Party of Turkey. (Schending art. 11, geen noodzaak tot onderzoek vermeende schending art. 10)
- 19.02.1998 Guerra e.a. vs. Italië, *Mediaforum* 1998-4, nr. 20. (Schending art. 8, art. 10 niet van toepassing)
- 09.02.1998 Bowman vs. Verenigd Koninkrijk. *Mediaforum* 1998-4, nr. 21. (Schending art. 10)
- 24.02.1998 Larissis e.a. (Schending art. 9, geen noodzaak tot onderzoek vermeende schending art. 10)
- 20.05.1998 Schöpfer vs. Zwitserland. *Mediaforum* 1998-7/8, nr. 35 m. nt. G.J. Kemper. (Geen schending art. 10)
- 25.05.1998 Socialist Party e.a. (Schending art. 11, geen noodzaak tot onderzoek vermeende schending art. 10)
- 09.06.1998 Incal vs. Turkije. *Mediaforum* 1998-7/8, nr. 34 m. nt. G.A.I. Schuijt. (Schending art. 10, schending art. 6)
- 09.06.1998 Tekin. (Schending art. 3, geen noodzaak tot onderzoek vermeende schending art. 10)
- 10.07.1998 Sidiropoulos e.a. (Schending art. 11, geen noodzaak tot onderzoek vermeende schending art. 10)
- 25.08.1998 Hertel vs. Zwitserland. *Mediaforum* 1998-10, nr. 46 m. nt. J.J.C. Kabel. (Schending art. 10)
- 02.09.1998 Ahmed e.a. vs. Verenigd Koninkrijk. *Mediaforum* 1998-11/12, nr. 51 m. nt. E. Verhulst. (Geen schending art. 10, geen schending art. 11)
- 23.09.1998 Lehideux & Isorni vs. Frankrijk. *Mediaforum* 1999-1, nr. 1 m. nt. A.J. Nieuwenhuis. (Schending art. 10)
- 23.09.1998 Steel e.a. vs. Verenigd Koninkrijk. (Schending art. 10 t.a.v. derde tot vijfde verzoeker)
- 21.01.1999 Fressoz & Roire vs. Frankrijk. *Mediaforum* 1999-3, nr. 14. (Schending art. 10)
- 21.01.1999 Janowski vs. Polen. *Mediaforum* 1999-4, nr. 19 m. nt. G.A.I. Schuijt. (Schending art. 10)
- 20.05.1999 Bladet Tromsø & Stensaa vs. Noorwegen. *Mediaforum* 1999-9, nr. 42 m. nt. A.J. Nieuwenhuis (Schending art. 10.)
- 20.05.1999 Rekvényi (Geen schending art. 10, geen schending art. 11)
- 08.07.1999 Ceylan vs. Turkije (Schending art. 10)
- 08.07.1999 Arslan vs. Turkije (Schending art. 10)
- 08.07.1999 Gerger vs. Turkije (Schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Polat vs. Turkije (Schending art. 10)
- 08.07.1999 Karatas vs. Turkije (Schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Erdogan & Ince vs. Turkije (Schending art. 10)
- 08.07.1999 Baskaya & Okçuoglu vs. Turkije (Schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Okçuoglu vs. Turkije (Schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Sürek & Özdemir vs. Turkije (Schending art. 10)
- 08.07.1999 Sürek (n° 1) vs. Turkije. *Mediaforum* 1999-9, p. 248-249 m. nt. G.A.I. Schuijt (Geen schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Sürek (n° 2) vs. Turkije. *Mediaforum* 1999-9, nr. 43 m. nt. G.A.I. Schuijt (Schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Sürek (n° 3) vs. Turkije (Geen schending art. 10, schending art. 6)
- 08.07.1999 Sürek (n° 4) vs. Turkije (Schending art. 10, schending art. 6)

Uitingsvrijheid, politiek pluralisme en democratie

In een aantal arresten van de voorbije jaren is door het Europees Hof nadrukkelijk gewezen op het belang van de vrijheid van expressie en informatie voor het project van een democratische samenleving en de eraan ten grondslag liggende fundamentele waarden. In het *Bowman*-arrest van 19 februari 1998 formuleert het Hof het kernachtig als volgt (r.o. 42): 'Free elections and freedom of expression, particularly political debate, together form the bedrock of any democratic society'.

Bij de beoordeling van de legitimiteit van overheidsinmenging in de vrijheid van meningsuiting vertrekt het Europees Hof stevast van het uitgangspunt dat de expressievrijheid zoals deze is gewaarborgd in artikel 10 EVRM 'constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb: such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"'.

De vrijheid van expressie en informatie vormt een noodzakelijke pijler voor een democratische samenleving, waarin plaats moet zijn voor meningen, denkbeelden en informatie die hinderlijk kunnen zijn voor de overheid of voor bepaalde groepen in de samenleving. Zonder botsing van ideeën en informatie is er geen pluralisme, verdraagzaamheid en openheid van geest. En zonder die waarborgen is er dus ook geen democratische samenleving.

Pluralisme

De relatie tussen de vrijheid van meningsuiting, pluralisme en de basisregels binnen een democratie is ook uitvoerig toegelicht door het Hof in een arrest van 30 januari 1998 (*United Communist Party of Turkey*).¹⁷ In dit arrest wordt de overheid aangewezen als 'the ultimate guarantor of the principle of pluralism. In the political sphere that responsibility means that the State is under the obligation, among others, to hold, in accordance with Article 3 of Protocol No. 1, free elections at reasonable intervals by secret ballot under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. Such expression is inconceivable without the participation of a plurality of political parties representing the different shades of opinion to be found within a country's population. By relaying this range of opinion, not only within political institutions but also – with the help of the media – at all levels of social life, political parties make an irreplaceable contribution of political debate, which is at the very core of the concept of a democratic society'.

In hetzelfde arrest wordt ook bevestigd dat 'one of the principal characteristics of democracy (is) the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without

recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression'. In het arrest in de zaak *Rekvenyi* (20 mei 1990) laat het Hof de overweging noteren 'that the pursuit of activities of a political nature comes within the ambit of Article 10 in so far as freedom of political debate constitutes a particular aspect of freedom of expression. Indeed, freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society'.

Belang pers

Het belang van de vrijheid van meningsuiting in relatie tot de ondersteuning van de democratische samenleving is in de recente rechtspraak van het Europees Hof ook nadrukkelijk geëxpliciteerd naar de media toe.²⁰ In het arrest *Fressoz & Roire* (21 januari 1999, r.o. 45) heeft het Hof als uitgangspunt geformuleerd dat de pers een essentiële rol te vervullen heeft in een democratische samenleving. Ook in het arrest van 20 mei 1999 (*Bladet Tromsø & Stensaas*, r.o. 59) benadrukt het Hof nog maar eens hoezeer bij de toetsing aan artikel 10 EVRM rekening moet worden gehouden met het maatschappelijk belang dat gemoeid is met de vrijheid van de pers: 'One factor of particular importance for the Court's determination in the present case is the essential function the press fulfils in a democratic society'.

In de dertien arresten van 8 juli 1999 herinnert het Hof er o.a. aan 'that there is little scope under Article 10§2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest'. Het Hof zegt ook in dit soort zaken rekening te houden met de 'essential role of the press in ensuring the proper functioning of a political democracy'.

De keerzijde van de medaille is dat wanneer bepaalde meningsuitingen geen verband houden met een maatschappelijk debat en niet de vrijheid van de pers in het geding is, het Hof eerder de toelaatbaarheid van een overheidsinmenging aanvaardt. Het arrest *Janowski* van 21 januari 1999 is hiervan een duidelijke, maar weliswaar omstreden, illustratie.

Naar aanleiding van een discussie op een marktplein had Janowski twee ambtenaren 'dommeriken' en 'uilskuikens' genoemd. Janowski, een journalist, had m.n. geprotesteerd tegen het feit dat de twee politieagenten enkele marktkramers hadden aangemaand hun standplaats te verlaten. Als toevallige getuige van dit politieoptreden had hij de politieambtenaren erop gewezen dat zij niet bevoegd waren om de handelaars van het marktplein te verdrijven, gelet op de vrijheid van handel. Janowski werd veroordeeld wegens deze beledigende uitlatingen.

Volgens het Hof kunnen de beledigende opmerkingen die Janowski maakte niet beschouwd worden als onderdeel van een open discussie betreffende een maatschappelijke aangelegenheid. Evenmin heeft de zaak op enige wijze iets te maken met de persvrijheid aangezien verzoeker bij deze gelegenheid duidelijk als een privé-persoon optrad, en niet in zijn hoedanigheid van journalist. De veroordeling van Janowski kan daarom volgens het Hof niet beschouwd worden als een poging door de overheid

¹⁶ EHRM, *Incal*, 9 juni 1998, r.o. 46. Deze basisoverweging is het perspectief van waaruit het Europees Hof sedert het *Handyside*-arrest de toelaatbaarheid van overheidsinmenging in het kader van artikel 10 EVRM beoordeelt: EHRM, *Handyside*, 7 december 1997, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 24, r.o. 49. Zie bijv. ook *Sürek* (n° 4), r.o. 54.

¹⁷ EHRM, *United Communist Party of Turkey e.a.*, 30 januari 1998. Vgl. EHRM, *Socialist Party e.a.*, 25 mei 1998. Zie ook Th. L. Bellekom, 'Partijverboden en de arrogantie van het democratische gelijk', *NJCM-Bull.* 1999, 634-656.

¹⁸ EHRM, *United Communist Party of Turkey e.a.*, 30 januari 1998, r.o. 43-44 en 57. Zie ook EHRM, *Lingens*, 8 juli 1986, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 103, r.o. 42 en EHRM, *Castells*, 23 april 1992, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 236, r.o. 43.

¹⁹ EHRM, *Rekvenyi*, 20 mei 1999, r.o. 26.

²⁰ Zie ook EHRM, *Sunday Times* (n° 1), 26 april 1979, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 30, r.o. 64-65; EHRM, *Lingens*, 8 juli 1986, *Publ. Hof, Serie*

A, Vol. 103, r.o. 41-44; EHRM, *Oberschlick* (n° 1), 23 mei 1991, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 204, r.o. 58-59; EHRM, *Observer en Guardian*, 26 november 1991, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 216, r.o. 59-60; EHRM, *Sunday Times* (n° 2), 26 november 1991, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 217, r.o. 50; EHRM, *Castells*, 23 april 1992, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 236, r.o. 43; EHRM, *Thorger Thorgerison*, 25 juni 1992, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 239, r.o. 63-64; EHRM, *Jersild*, 23 september 1994, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 298, r.o. 31; EHRM, *Prager en Oberschlick*, 26 april 1995, *Publ. Hof, Serie A*, Vol. 313, r.o. 34; EHRM, *Goodwin*, 27 maart 1996, r.o. 39-40; EHRM, *De Haes & Gijssels*, 24 februari 1997, r.o. 37; EHRM, *Oberschlick* (n° 2), 1 juli 1997, r.o. 29 en EHRM, *Worm*, 29 augustus 1997, r.o. 47.

²¹ Zie bijv. EHRM, *Sürek* (n° 2), 8 juli 1999, r.o. 34-35.

²² EHRM, *Janowski*, 21 januari 1999. Zie ook de noot van G.A.I. Schuijt, *Mediaforum* 1999-4, p. 117-118.

om de censuur opnieuw in te voeren of elke vorm van kritiek in de toekomst te ontmoedigen. Het Hof is van oordeel dat ambtenaren bij de oefening van hun functie weliswaar bestand moeten zijn tegen een ruimere mate van kritiek, maar dit betekent toch nog niet dat zij een zelfde mate van kritiek moeten dulden als politici. Omdat ambtenaren bij de oefening van hun functie een zeker vertrouwen moeten kunnen genieten van het publiek, kan het daarom noodzakelijk zijn om hen te beschermen tegen offensieve en misplaatste vormen van verbaal geweld.

Aangezien in voorliggende zaak noch het belang van de persvrijheid, noch dat van een maatschappelijk debat in de afweging moet worden betrokken, komt het Hof tot de (aarzelende) conclusie dat uiteindelijk artikel 10 EVRM niet werd geschonden. Zoals het Hof het uitdrukt: 'Consequently, even if there were some circumstances arguing the other way, sufficient grounds existed for the decision ultimately arrived at by the national courts'. Geen schending dus van artikel 10 EVRM.

De context in de zaak Janowski verschilt dan ook grondig van deze in de zaak *Oberschlick* n°2 (1 juli 1997). In deze zaak was de uitgever/journalist van het tijdschrift *Forum* veroordeeld wegens de belediging 'Trottel' (idiot) aan het adres van de FDÖ-politicus Jörg Haider. De beledigende term was gebruikt als opschrift bij een artikel dat een scherpe kritiek formuleerde in verband met bepaalde politieke stellingnames van de politicus in kwestie. Hoewel het Hof de belediging ernstig vindt, zijn er toch onvoldoende redenen voor een veroordeling.

Het Hof laat opmerken dat 'the applicant's article, and in particular the word *Trottel* may certainly be considered polemical, but they did not on that account constitute a gratuitous personal attack as the author provided an objectively understandable explanation for them derived from Mr. Haider's speech, which was itself provocative. As such they were part of the political discussion provoked by Mr. Haider's speech (...)'. In deze zaak komt het Hof dan ook logischerwijze tot de conclusie dat er geen noodzaak bestond voor de overheidsinmenging in de uitoefening van de vrijheid van expressie van Oberschlick. Een schending daarom van artikel 10 EVRM.²³

Vrijheid van meningsuiting in Turkije

De bedenkelijke reputatie van Turkije inzake de naleving van de mensenrechten,²⁴ vooral in de context van de 'Koerdische kwestie', leidde de voorbije jaren tot een groot aantal klachten in Straatsburg wegens schending van de vrijheid van (politieke) meningsuiting en van de persvrijheid. Een aantal van deze klachten vertaalde zich ondertussen in een reeks onvermijdelijke veroordelingen door het Europees Hof wegens schending van artikel 10 EVRM.

In een eerste arrest kon Turkije nog net een veroordeling wegens schending van artikel 10 EVRM ontlopen. De zaak *Zana* (25 november 1997) betreft de veroordeling van Mehdi Zana, de vroegere burgemeester van de stad Diyarbakir. Zana was veroordeeld wegens een interview (vanuit de gevangenis) met een journalist van de krant *Cumhuriyet*. Het interview werd door de Turkse autoriteiten beschouwd als een steunbetuiging voor de PKK, vooral ook omdat Zana in het interview de terroristische aanslagen van de PKK zou hebben geminimaliseerd. Zana had o.m. gezegd dat iedereen wel eens fouten maakt en dat de PKK-aanslagen waarbij vrouwen en kinderen het slachtoffer waren, bij

vergissing waren gebeurd. Zana werd in Turkije veroordeeld wegens steun aan een terroristische organisatie.

Het Europees Hof was van oordeel dat deze uitspraken van Zana minstens ambigu waren en een steunbetuiging suggereerden voor de PKK. Het Hof hield vooral rekening met het feit dat deze uitspraken waren gedaan door de voormalige burgemeester van Diyarbakir en net in een periode van aanslagen door de PKK, waarbij verschillende burgerslachtoffers waren gedood. Het Hof was van oordeel dat de uitspraken van Zana, via een interview gepubliceerd in een belangrijke krant met nationale verspreiding, 'had to be regarded as likely to exacerbate an already explosive situation in that region'. De veroordeling van Zana wegens dit kranteninterview kon in de gegeven omstandigheden volgens het Hof de toets aan artikel 10 EVRM doorstaan.²⁵

In een arrest van 9 juni 1998 in de zaak *Incal* lijkt het Hof zich strenger op te stellen. Het Hof is van oordeel dat de veroordeling wegens de redactie van een politiek pamflet waarin de arbeidersbevolking werd opgeroepen om zich te organiseren tegen de terreur van de Turkse staat, in strijd is met artikel 10 EVRM. Het Hof benadrukt vooral dat een regering moet tolereren kritisch op het beleid aangesproken te worden: 'In a democratic society the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny of (...) public opinion'.

Het Hof wijst er op dat 'the dominant position which the government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries'. Daar waar het effectief gaat om het beschermen van de openbare orde of het voorkomen van geweld komt het wel aan de overheid toe om beperkingen op te leggen aan de vrijheid van politieke meningsuiting, maar dit moet 'appropriately and without excess'.

Het Hof zegt zich terdege bewust te zijn van en bereid te zijn rekening te willen houden met de gespannen situatie in Turkije en in het bijzonder met de context van de strijd tegen het terrorisme in Zuidoost-Turkije. Maar het Hof is uiteindelijk van oordeel dat het litigieuze pamflet en de politieke actie van Incal op geen enkele manier konden verantwoordelijk geacht worden voor enige terroristische activiteit.

Wat krampachtig probeert het Hof het verschil aan te wijzen met de zaak *Zana*, door te benadrukken dat, in tegenstelling tot de zaak *Zana*, niets erop wijst dat 'Mr. Incal was in any way responsible for the problems of terrorism in Turkey, and more specifically in Izmir'. Het Hof concludeerde dat met de inbeslagname van het pamflet en de strafrechtelijke veroordeling van Incal een inbreuk was gepleegd op artikel 10 EVRM omdat dergelijke overheidsinmenging niet kon beschouwd worden als noodzakelijk in een democratische samenleving. Opmerkelijk in dit arrest is ook nog de (zijdelingse) overweging van het Hof waarin wordt opgemerkt dat de Turkse overheid ook had kunnen volstaan om wijzigingen in de tekst aan te brengen, maar dat onmiddellijk werd beslist om het pamflet in beslag te nemen en vervolging in te stellen (r.o. 55). In de volgende paragraaf herneemt het Hof evenwel zijn principiële sceptische houding tegenover preventieve overheidsinmenging door te stellen: 'The Court notes the radical nature of the interference in question. Its preventive aspect by itself raises problems under Article 10'.²⁶

²³ EHRM, *Oberschlick* (n°2), 1 juli 1997, r.o. 31-35. Zie ook S. Peyrou-Pistouley, 'L'extension regrettable de la liberté d'expression à l'insulte', *Rev. Trim. Dr. Homme* 1998, 593-607.

²⁴ Zie o.a.: Interim Resolution DH (99) 245, Concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 25 May 1998 in the case of the Socialist Party and others against Turkey, 4 maart 1999; Interim Resolution DH (99) 434, Human Rights. Action of the Security Forces

in Turkey: measures of a general character, 9 juni 1999 en Interim Resolution DH (99) 529, Concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 25 May 1998 in the case of the Socialist Party and others against Turkey, 28 juli 1999.

²⁵ Voor een kritische bespreking, zie de noten van G. Schuijt, *Mediaforum* 1998-2, p. 60-61 en R. De Winter, *NJCM-Bull.* 1998, p. 365-367.

²⁶ EHRM, *Incal*, 9 juni 1998. Zie ook de noot van G. Schuijt, *Mediaforum* 1998-7/8, p. 224.

De dertien arresten van 8 juli 1999 houden verband met de strafrechtelijke veroordeling van de verzoekers in evenveel verschillende zaken (*Ceylan, Arslan, Gerger, Polat, Karatas, Erdogan en Ince, Baskaya en Okcuoglu, Okcuoglu, Sürek en Özdemir, Sürek n° 1-4*), telkens veroordelingen op basis van de Turkse wet van 1991 tot het voorkomen en bestrijden van het terrorisme. Elk van de verzoekers had straffen opgelopen naar aanleiding van bepaalde publieke toespraken, interviews, artikels in kranten of tijdschriften of de publicatie van een boek in verband met de Koerdische kwestie. In een aantal gevallen werd in deze publicaties verwezen naar de 'bevrijdingstrijd' van de PKK of werd een interview gepubliceerd met een PKK-leider of een vertegenwoordiger van het Nationaal Bevrijdingsfront voor Koerdistan, de politieke vleugel van de PKK. Telkens was de incriminatie 'separatistische propaganda tegen de Turkse staat' of 'propaganda tegen de onverdeeldheid van de Turkse natie'. De meeste veroordelingen liepen op tot 20 maanden gevangenisstraf. Elk van de verzoekers beklagde zich over de schending van artikel 10 EVRM, een aantal voerde ook de schending aan van artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces).

In de dertien arresten herbevestigt het Europees Hof de fundamentele principes van zijn vroegere rechtspraak volgens welke de vrijheid van meningsuiting een essentiële pijler vormt voor een democratische samenleving (cf. supra). Het Hof benadrukt in de verschillende arresten 'that there is little scope under Article 10 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest'²⁷ en herneemt de stelling dat de regering moet kunnen tolereren op een kritische wijze op het beleid aangesproken te worden via de media en niet al te voortvarend naar een repressief beleid terzake moet grijpen. De regering kan immers over andere middelen beschikken om politieke tegenstanders van repiek te dienen.

Het Hof erkent wel dat de overheid kan tussenkomen in de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid in functie van de bescherming van de openbare orde of om geweld te voorkomen. Het Hof wijst er op 'that the duties and responsibilities which accompany the exercise of the right of freedom of expression by media professionals assume special significance in situations of conflict and tension'. Bijzondere voorzichtigheid is volgens het Hof aangewezen bij de publicatie van interviews met vertegenwoordigers van organisaties die oproepen tot geweld tegen de Staat, omdat zulke interviews het risico inhouden 'that the media become a vehicle for the dissemination of hate speech and the promotion of violence'.²⁸ Na een grondige analyse van de inhoud en van het taalgebruik van de verschillende publicaties en teksten en nadat het Hof deze ook in de context heeft geplaatst van de politieke ontwikkelingen en de veiligheidsproblematiek in Zuidoost-Turkije, komt het Hof in elf van de dertien zaken tot de conclusie dat de veroordeling van verzoekers niet kan beschouwd worden 'als noodzakelijk in een democratische samenleving'.²⁹ Volgens het Hof zijn er geen aanwijzingen dat deze toespraken en publicaties aanleiding waren of een oproep bevatten tot geweldpleging. In de meeste zaken is volgens het Hof ook sprake van een wel erg repressieve aanpak en van bijzonder strenge straffen. In één van de zaken benadrukt

het Hof dat de gevangenisstraf van de uitgever van een weekblad in feite te beschouwen is als een maatregel die van aard is 'of discouraging the contribution of the press to open discussion on matters of public concern'.³⁰

In twee van de dertien zaken kan het Hof geen schending vaststellen van artikel 10 EVRM (*Sürek n°1* en *Sürek n°3*), m.n. omdat in deze zaken de gewraakte lezersbrieven en een artikel die in een weekblad waren gepubliceerd volgens het Hof duidelijk wel konden worden gekwalificeerd als aanzet of oproep tot verdere aanslagen en geweldsacties in de betrokken regio. In de zaak *Sürek n°1* wijst het Hof erop dat 'the impugned letters amount to an appeal to bloody revenge by stirring up base emotions and hardening already embedded prejudices which have manifested themselves in deadly violence'. Rekening houdend met de veiligheidssituatie en de gewelddadige conflicten tussen het Turkse leger en de PKK, is het Hof van oordeel dat gewraakte publicaties een overheidsoptreden rechtvaardigden: 'Indeed, the message which is communicated to the reader is that recourse to violence is a necessary and justified measure of self-defence in the face of the aggressor'.³¹

In de zaak *Sürek n°3* is het volgens het Hof duidelijk 'that the impugned article associated itself with the PKK and expressed a call for the use of armed forces as a means to achieve national independence of Kurdistan'. Ook hier is het Hof van oordeel dat rekening houdend met de veiligheidsituatie in Zuidoost-Turkije 'in such a context the content of the article must be seen as capable of inciting to further violence in the region'.³² Het Hof is van oordeel dat het in beide gevallen gaat om 'hate speech and the glorification of violence'.

In een aantal 'dissenting' en 'concurring' opinions wordt erop gewezen dat het Hof in deze Turkse zaken niet voldoende waarborgen biedt aan de vrijheid van politieke meningsuiting. Volgens een aantal rechters (waaronder de Belgische en de Luxemburgse) houdt het Hof teveel rekening met de inhoud of de vormgeving van de gewraakte publicaties en moet meer rekening gehouden worden met hun doelstelling en hun daadwerkelijke impact.

De rechters stellen: 'An approach which is more in keeping with the wide protection afforded to political speech in the Court's case-law is to focus less on the inflammatory nature of the words employed and more on the different elements of the contextual setting in which the speech was uttered'. Daarom wordt voorgesteld dat vanuit dit perspectief een aantal vragen gesteld moet worden en dat 'it is only by a careful examination of the context in which the offending words appear that one can draw a meaningful distinction between language which is shocking and offensive –which is protected by Article 10– and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society'.³³ Ook rechter Bonello drukt in een *concurring opinion* zijn onbehagen uit over de wijze waarop het Hof in de Turkse zaken zijn argumentatie heeft ontwikkeld. Zich vooral baserend op rechtspraak van het US-Supreme Court vertolkt hij het standpunt dat 'punishment by the national authorities of those encouraging violence would be justifiable in a democratic society only if the incitement were such as to create "a clear and present danger"'.³⁴

²⁷ Zie bijv. EHRM, *Gerger*, 8 juli 1999, r.o. 48.

²⁸ Zie bijv. EHRM, *Sürek en Özdemir*, 8 juli 1999, r.o. 63 en EHRM, *Sürek (n°4)*, 8 juli 1999, r.o. 60.

²⁹ In een aantal zaken acht het Hof ook de schending van artikel 6 EVRM bewezen omdat door de aanwezigheid van militairen in de Turkse rechtscollages er voor de verzoekers onvoldoende waarborgen bestonden op een onafhankelijke en onpartijdige behandeling van hun zaak.

³⁰ EHRM, *Sürek (n°2)*, 8 juli 1999, r.o. 41.

³¹ EHRM, *Sürek (n°1)*, 8 juli 1999, r.o. 62. Zie ook de partly dissenting opinion van Tulkens, Casadevall & Greve en van Fischbach.

³² EHRM, *Sürek (n°3)*, 8 juli 1999, r.o. 40. Zie ook de partly dissenting opinion van Tulkens, Casadevall & Greve en van Fischbach.

³³ Joint concurring opinion van Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall en Greve bij EHRM, *Sürek (n°4)*, 8 juli 1999. De vragen die volgens deze rechters moeten worden gesteld luiden dan als volgt: 'Was the language intended to inflame or incite to violence? Was there a real and genuine risk that it might actually do so? (...) Was the publication given a degree of prominence either in an important newspaper or through another medium which was likely to enhance the influence of the impugned speech? Were the words far away from the centre of violence or on its doorstep?'

When the invitation to the use of force is intellectualised, abstract, and removed in time and space from the foci of actual or impending violence, then the fundamental right to freedom of expression should be generally prevail'.³⁴

Racisme, negationisme en het verdedigen van oorlogsmisdaden

Het arrest *Lehideux & Isorni* (23 september 1998) houdt verband met de publicatie in de krant *Le Monde* van een paginagrote advertentie waarmee de Franse bevolking werd opgeroepen tot een positievere attitude tegenover de wegens oorlogscollaboratie veroordeelde maarschalk Philippe Pétain. De initiatiefnemers werden correctioneel veroordeeld omdat de advertentie werd beschouwd als een publieke verdediging van de oorlogsmisdaden tijdens de tweede wereldoorlog, in het bijzonder de deportatie en uitroeiing van tienduizenden Joden waarvoor Pétain verantwoordelijk werd geacht.

Het Straatsburgse Hof van zijn kant is tot de conclusie gekomen dat deze veroordeling een schending inhoudt van artikel 10 EVRM. Het Hof houdt er rekening mee dat de tekst in de advertentie wel degelijk expliciet melding maakt van de gruweldaden van het nazi-regime. Het feit dat de gewraakte advertentie de persoonlijke verantwoordelijkheid van Pétain ten aanzien van de deportatie van tienduizenden Joden onvermeld laat, is volgens het Hof weliswaar moreel laakbaar, maar rechtvaardigt niet de strafrechtelijke veroordeling van verzoekers. Het Hof wijst ook op de omstandigheid dat de advertentie refereert naar feiten die reeds meer dan 40 jaren geleden gebeurd zijn en dat de advertentie deel uitmaakt van de doelstelling van de verenigingen die opkomen voor het eerherstel van Pétain, zonder dat tegen deze verenigingen ooit strafvervolgning werd ingesteld.

Tenslotte wijst het Hof er ook nog op dat in plaats van strafrechtelijke vervolging in zaken zoals deze, eerder kan volstaan worden met een vordering tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het Hof is finaal van oordeel dat in casu de strafrechtelijke veroordeling een niet-proportionele inmenging is in de vrijheid van meningsuiting van verzoekers en bijgevolg in strijd is met artikel 10 EVRM.³⁵

Artikel 17 EVRM

In het arrest *Lehideux & Isorni* komt op een bijzondere wijze ook de toepassing van artikel 17 EVRM ter sprake. Tengevolge van dit artikel houdt de vrijheid van meningsuiting immers niet het recht in om denkbeelden of informatie te uiten of te verspreiden welke tot doel hebben de rechten of vrijheden dewelke in het EVRM zijn vermeld, te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan volgens het EVRM is voorzien. Artikel 17

EVRM verleent m.a.w. een basis om beperkingen of sancties te legitimeren tegen meningsuitingen die een bedreiging vormen voor de rechten en vrijheden van anderen of voor de democratische staatsordening.

Bij herhaling heeft de Commissie verzoekschriften betreffende een vermeende inbreuk op artikel 10 EVRM niet-ontvankelijk verklaard omdat het telkens meningsuitingen betrof die aanzetten tot racisme of vreemdelingenhaat en (mede) daardoor geen aanspraak konden laten gelden op de bescherming van artikel 10 EVRM.³⁶ Een aantal beslissingen van de Commissie en een overweging in het arrest *Jersild* (23 september 1994) lieten uitschijnen dat in bepaalde gevallen een beroep op artikel 17 EVRM kan volstaan, waardoor zonder toetsing aan artikel 10, lid 2 EVRM, bepaalde vormen van meningsuiting uitgesloten kunnen worden van de bescherming van artikel 10 EVRM.³⁷

Met het arrest van 23 september 1998 in de zaak *Lehideux & Isorni* lijkt het Hof niet zover te willen gaan. Het arrest relateert wel artikel 10 aan artikel 17 EVRM bij de beoordeling van een overheidsinmenging in de vrijheid van expressie en informatie, maar zonder evenwel aan artikel 17 EVRM een zelfstandige betekenis te geven. Het Hof stelt (r.o. 38): 'The Court will rule on the application of Article 17 in the light of all circumstances of the case. It will accordingly begin by considering the question of compliance with Article 10, whose requirements it will however assess in the light of Article 17'.³⁸

Na in casu te hebben vastgesteld dat er een schending was van artikel 10 EVRM, acht het Hof het niet meer nodig artikel 17 EVRM toe te passen (r.o. 58).³⁹ Toch laat het Hof ook met dit arrest nog de mogelijkheid bestaan om met een beroep op artikel 17 EVRM bepaalde meningen of opinies de bescherming van artikel 10 EVRM te ontfangen, m.n. waar het Hof stelt (r.o. 53): 'There is no doubt, like any other remark directed against the Convention's underlying values, the justification of a pro-Nazi policy could not be allowed to enjoy the protection afforded by Article 10'.⁴⁰

[wordt vervolgd]

Prof. D. Voorhoof is hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Gent (België).

³⁴ Concurring opinion van Bonello bij EHRM, *Sürek* n°2 en n°4.

³⁵ Voor een uitgebreid toegelichte tegenargumentatie zie de joint dissenting opinion van Foighel, Loizou, Sir John Freeland en de dissenting opinions van Morenilla en Casadevall. Deze laatste vestigt o.m. ook de aandacht op 'the very disturbing favourable conjuncture which apparently obtains at present for certain extreme-right ideas in Europe'.

³⁶ Zie o.a. Commissie, nr. 8348/78 en 8046/79, 11 oktober 1979, *J. Glimmerveen en J. Hagenbeek vs. Nederland*, D&R 18, 17; Commissie, nr. 12194/86, 12 mei 1988, *M. Kühnen vs. Duitsland*, D&R 56, 205; Commissie, nr. 12774/87, 12 oktober 1989, *H., W., P. en K. vs. Oostenrijk*, D&R 62, 216; Commissie, nr. 19459/92, 29 maart 1993, *F.O. Pohl vs. Duitsland*, onuitg.; Commissie, nr. 21318/93, 2 september 1994, *W. Ochsenberger vs. Oostenrijk*, onuitg.; Commissie, nr. 21128/92, 11 januari 1995, *U. Walendy vs. Duitsland*, D&R 80, 95; Commissie, nr. 25096/94, 6 september 1995, *Otto E.F.A. Remer vs. Duitsland*, D&R 82, 117; Commissie, nr. 25062/94, 18 oktober 1995, *G. Honsik vs. Oostenrijk*, D&R 83, 77; Commissie, nr. 25992/94, 29 november 1995, *Nationaldemokratische Partei*

Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern vs. Duitsland, D&R 84, 149; Commissie, nr. 24398/94, 16 januari 1996, *F. Rebhandl vs. Oostenrijk*, onuitg.; Commissie, nr. 31159/96, 24 juni 1996, *P. Marais vs. Frankrijk*, D&R 86, 184 en Commissie, nr. 36773/97, 9 september 1998, *H. Nachtman vs. Oostenrijk*, onuitg.

³⁷ EHRM, *Jersild*, 23 september 1994, *Publ. Hof, Serie A.*, Vol. 298, r.o. 35, waarin o.a. de overweging: 'There can be no doubt that the remarks in respect of which the Greenjackets were convicted were more than insulting to members of the targeted groups and did not enjoy the protection of Article 10'. Vgl. Commissie, nr. 8348/78 en 8046/79, 11 oktober 1979, *J. Glimmerveen en J. Hagenbeek vs. Nederland*, D&R 18, 17.

³⁸ Zie ook EHRM, *United Communist Party of Turkey e.a.*, 30 januari 1998, r.o. 32.

³⁹ Zie ook de concurring opinion van rechter Jambrek.

⁴⁰ Zie ook de noot van A. Nieuwenhuis, *Mediaforum* 1999-1, p. 19-20 en A. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

Concessiewet: no guts, go glory

Nico van Eijk

Het Kabinet heeft vlak voor de zomer aan het parlement de ontwerp-wijziging van de Mediawet toegezonden 'in verband met de invoering van een vernieuwd concessiestelsel voor de landelijke omroep' ('Concessiewet').¹ Daar was moed voor nodig want de Raad van State had scherpe kritiek op de voorstellen.² In dit artikel wordt het voorstel op onderdelen besproken. Geconcludeerd wordt dat er -opnieuw- geen heldere keus is gemaakt tussen het belang van een goede centrale publieke omroepvoorziening en de belangen van de zittende omroeporganisaties. Nog meer 'afgedwongen' samenwerking moet de oplossing brengen. Tegelijkertijd wordt het bestel weer voor tien jaar dichtgespijkerd. Nieuwe, echte hervormingen van de publieke omroep worden daarmee wederom vooruit geschoven. Bestaande dissonanties blijven bestaan of worden uitgebreid.

De historie van de publieke omroep³

De omroep was, is, en zal altijd wel een van de meest omstreden onderwerpen van regulering blijven. Al vanaf het eerste begin werd er gesteggeld over de inrichting van de publieke omroep en de verhouding tot andere vormen van omroep. Door de decennia heen is een bijzonder accent gelegd op de vraag of één 'nationale' publieke omroep (het 'BBC-model' of een variant daarop) te verkiezen is boven een bestel dat is gebaseerd op het bestaan van individuele omroepverenigingen. Tussen deze Scylla en Charybdis vaart –voornamelijk koersloos– het gedoemde schip 'de samenwerking'.

In de jaren dertig ontstond een bestel waarin verzuilde omroeporganisaties de boventoon voerden. Vanaf het begin was er kritiek op het ontbreken van samenwerking en een goed algemeen programma. Tijdens de Tweede Wereldoorlog werden in Londen snode plannen gesmeed om één centraal geleide publieke omroep te introduceren. In eerste instantie leek de beoogde opzet te lukken (de omroepen werden –bezig met de voorbereiding van de eerste naoorlogse uitzendingen– op 8 mei 1945 nog door het militaire gezag uit de omroepgebouwen gezet), maar alras bleek de samenleving niet substantieel te zijn veranderd, waarmee ook de omroeporganisaties weer hun oude plek konden innemen: wederopbouw in plaats van vernieuwing. Met de Omroepwet⁴ van 1967 werd een 'open' omroepbestel ingevoerd (en werd tegelijkertijd de commerciële omroep buiten de deur gehouden), maar er zijn sindsdien slechts enkele nieuwe organisaties toegetreten (TROS, EO en Veronica; BNN is momenteel de enige aspirant-omroep). Volgens het economisch principe 'last in, first out' is Veronica inmiddels alweer uitgestapt.

Twintig jaar later werd de Omroepwet opgevolgd door de huidige Mediawet.⁵ Weliswaar voegde de oorspronkelijke Mediawet niet veel toe (abonneetelevisie werd geregeld, de regeling voor het Bedrijfsfonds voor de pers werd in de wet opgenomen), sindsdien is de wet vele malen gewijzigd en is onder meer commerciële omroep geïntroduceerd. Als ik goed tel, is de Concessiewet de 21e wijziging van de wet, is de 20e nog niet door de Eerste Kamer en de 22e alweer op komst.⁶ Al met al een fraai voorbeeld van de instrumentele functie van het recht.

Veel van de wijzigingen hadden betrekking op de positie en structuur van de publieke omroep. Regels inzake de 'samenwerking' tussen de omroepverenigingen werden telkens aangescherpt terwijl tegelijkertijd de positie van de NOS werd versterkt. Tevens kregen de omroepen te maken met meer en meer programmavoorschriften. De onderliggende teneur is duidelijk: eigenlijk vertrouwt de politiek de omroepen niet, wordt veel belang gehecht aan een meer centraal aangestuurde publieke omroep, maar bestaat er tevens weinig animo om de positie van de omroeporganisaties ten principale ter discussie te stellen.

De publieke omroep nu

Op grond van de huidige versie van de Mediawet is voor vijf jaar een concessie verleend aan de omroepverenigingen. Daarnaast voeren de NOS en de NPS de 'bij uitstek' en 'aanvullende' taken uit, d.w.z. taken die bij uitstek geschikt zijn voor gezamenlijke verzorging zoals het journaal en de sport, en datgene wat de blijft liggen zoals minderhedenprogrammering en cultuur/kunst. Voorheen was er voor wat betreft de duur van de toekenning van zendtijd aan omroepverenigingen geen beperking in tijd, maar was de toewijzing van zendtijd uitsluitend gekoppeld aan de hoeveelheid leden. Met een wijziging in 1994 werd de toekenning gekoppeld aan een concessie van vijf jaar.⁷ Hiermee werd mede beoogd om vijf jaar later een meer fundamenteel besluit te kunnen nemen over de inrichting van de publieke omroep.

Met name de wijziging van de wet van 13 november 1997 ('houdende wijzigingen van bepalingen van de Mediawet in verband met een herziening van de organisatiestructuur van de landelijke omroep')⁸ was een poging om samenwerking tussen de omroepen meer gestalte te geven en daarbij –door een versterking van haar positie– een grotere rol toe te kennen aan een nieuw in te stellen orgaan, de Raad van Bestuur van de NOS. Zoals bekend heeft de Nederlandse Omroep Stichting (NOS) niet alleen een programmataak, maar is zij tevens het samenwerkings- en coördinatie-orgaan van de landelijke publieke omroep. De Raad van Bestuur kwam in plaats van het oude NOS-bestuur dat met uitzondering van de voorzitter en vier leden, bestond uit de vertegenwoordigers van de omroepverenigingen. Daarmee lag

¹ Kamerstukken II 1998/99, 26 660.

² Kamerstukken II 1998/99, 26 660, A.

³ Deze historische beschouwingen zijn onder meer ontleend aan: N.A.N.M. van Eijk, *Omroepvrijheid & overheidsbemoeienis*, Amsterdam: Cramwinckel 1992.

⁴ Stb. 1967, 176.

⁵ Stb. 1987, 249.

⁶ Respectievelijk *Kamerstukken I* 1998/99, 26 256, nr. 321 (implementatie wijziging richtlijn 'Televisie zonder grenzen') en *Kamerstukken II* 1998/99, 26 707, nr. 1-2 (afschaffing omroepbijdrage).

⁷ Stb. 1994, 946.

⁸ Stb. 1997, 544.

de controle op de publieke omroep – en dus ook op de samenwerking – bij de omroepverenigingen die uit de aard van positie een minstens even groot belang hebben bij het benadrukken van de eigen onafhankelijkheid en identiteit. Het dagelijks bestuur van de NOS kon in de oude vorm dan ook niets anders dan zich telkens neerleggen bij de wens van de omroepverenigingen. De door de politiek gewenste samenwerking kwam dan ook niet of nauwelijks van de grond.

In de nieuwe constellatie werden de leden van de Raad van Bestuur (drie in getal) voortaan benoemd door de minister. De Raad van Bestuur kreeg de belangrijkste uitvoerende taken toegewezen (tot en met het opleggen van beperkte sancties bij onvoldoende bereidheid tot medewerking van de omroepverenigingen). Op deze manier werd gepoogd om de verlamdende werking van een rechtstreekse controle van de omroepverenigingen op de organisatie van de publieke omroep te beperken. Echter, tegelijkertijd werd voorzien in een Raad van Toezicht. In de Raad van Toezicht, die als een soort van Raad van Commissarissen functioneert en de belangrijkste besluiten/plannen van de Raad van Bestuur moet goedkeuren, hebben de omroepverenigingen een meerderheid. In feite werd zo het probleem slechts verplaatst.

Naast deze organisatorische wijzigingen uit 1997 kent de huidige Mediawet tevens een verplichting voor omroepen om een beleidsplan te overleggen met daarin een nadere invulling van de bereidheid tot samenwerking (per net). Zonder een goedgekeurd beleidsplan kan geen concessie worden gekregen. Zoals te verwachten werd er door de omroepverenigingen aan de wettelijke eisen voldaan en werden de omroepen keurig over de televisienetten en vijf radionetten verdeeld. Netbesturen (gecontroleerd door de op het net actieve omroepverenigingen) en netcoördinatoren (benoemd door het bestuur) zorgen voor de concrete invulling van de gemaakte afspraken. In sommige gevallen worden de resultaten positief ervaren (de AKN samenwerking op Nederland 1) in andere gevallen valt de samenwerking in de categorie 'agreements to disagree'. Op programmatische gebied hecht de wetgever grote waarde aan het 'coördinatiereglement', vast te stellen door de Raad van Toezicht en uit te voeren door de raad van bestuur. Daarin zijn afspraken opgenomen over zenderprofielen, het voorkomen van overlappende programmering, verwijzingen naar elkaars programma's, etc.

Dat er in de huidige constructie een spanningsveld is tussen samenwerking en het behoud van de eigen identiteit, kan aardig worden geïllustreerd aan de hand van de informatieve programma's. Alle drie de televisienetten hebben nu een gezamenlijke actualiteitenrubriek (Nederland 1: Netwerk, Nederland 2: 2 Vandaag en Nederland 3: Nova). Vaak is onduidelijk welke (omroep)identiteit verbonden is aan de onderwerpen die in een uitzending aan de orde komen. De kijker zou gediend zijn bij een zo groot mogelijke transparantie. Het probleem is nog wel het meest nadrukkelijk aanwezig bij NOVA, waarin – geheel geïntegreerd – de NOS en de VARA samenwerken. De NOS is bovendien verantwoordelijk voor 'onafhankelijke' programma's zoals het NOS-journaal.

De publieke omroep straks

De eerdere herzieningen hebben naar de mening van regering (en parlement naar mag worden aangenomen) onvoldoende resultaat gehad. Het voorstel voor de Concessiewet⁹ voorziet in wijzigingen op vrijwel alle hiervoor besproken punten. De publieke

omroep krijgt ook voor de eerste maal een wettelijke taakomschrijving (artikel 13c). Diverse voorbereidende acties werden ondernomen die tot het hier besproken voorstel hebben geleid.¹⁰

Concessies

Volgens het voorstel komen de afzonderlijke concessies te vervallen en worden ze vervangen door één aan de NOS te verlenen concessie (artikel 30a). Een goedgekeurd beleidsplan is de belangrijkste eis voor het verkrijgen van de concessie (artikel 30b). Dat lijkt dus op een BBC-achtige structuur, zou een buitenstaander in alle onschuld kunnen roepen. Eindelijk komt er één centraal geleide instelling voor de publieke omroep! Echter, een dergelijke verstreckende maar ook zeer voor de hand liggende wijziging heeft men niet op het oog. Neen, enige pagina's met enerzijds/anderzijds-overwegingen zijn nodig om de positie van de omroepverenigingen grotendeels ongewijzigd te laten: aan de ene kant is er geen sprake meer van verzuiling, aan de andere kant hebben de omroepverenigingen nog steeds een groot draagvlak.¹¹

De omroepverenigingen krijgen weliswaar geen concessie meer, maar wel een 'erkenning' (artikel 31). Op grond van de erkenning zijn de omroepverenigingen gerechtigd om programma's te verzorgen. In feite verandert er dus niets. Een fraai *jeu de mots*, maar de rol van de omroepverenigingen blijft in ieder geval op het punt van programmav verzorging intact. Zelfs het aantal zenduren blijft hetzelfde, namelijk 650 uur televisie en 3000 uur radio per jaar (artikel 39).

De duur van de NOS-concessie – onder het oude stelsel golden concessies voor vijf jaar – wordt verdubbeld naar tien jaar (artikel 30a, lid 2), terwijl de omroepverenigingen een erkenning krijgen voor telkens vijf jaar (artikel 31). Het lijkt uitgesloten dat een van de bestaande verenigingen niet opnieuw voor vijf jaar mag meedoen (of later niet voor verlening in aanmerking zou komen) aan de tweede helft van de concessietermijn van tien jaar. Door de directe/indirecte koppeling aan de NOS-concessie ontstaat er eigenlijk een situatie dat de omroepverenigingen – tenzij er echt rare dingen gebeuren – er van uit mogen gaan dat ze nog tien jaar van de Hilversumse lentegeuren en herfstkleuren kunnen genieten. Tot 2010 gebeurt er dus niets.

Zeggenschap

Wat wijzigt er op organisatorisch vlak? Hier zou men mogen verwachten dat er forse veranderingen worden voorgesteld aangezien uit de Memorie van Toelichting blijkt dat (nog) meer samenwerking gewenst is. Het realiseren hiervan wordt vanzelfsprekend bepaald door de zeggenschapsverhoudingen binnen de organisatie van de publieke omroep. Houden de omroepen hun belangrijke meerderheidspositie binnen de Raad van Toezicht of vind er een daadwerkelijke machtsverschuiving plaats naar de Raad van Bestuur? Helaas, wanneer we ons door de wijzigingsvoorstellen heen worstelen kan slechts een conclusie worden getrokken: de Raad van Toezicht blijft de bepalende instantie voor wat betreft het beleid van de publieke omroep (artikel 18-18b). Daar doet niet aan af dat de uitvoerende taken van de Raad van Bestuur enigermate verzwakt worden (artikel 19 en 19a). Ook kunnen er strengere sancties worden opgelegd aan omroepverenigingen die niet tot voldoende medewerking bereid zijn (artikel 103a). Overigens vindt het Commissariaat voor de Media dat sancties niet door de Raad van Bestuur maar door het Commissariaat als onafhankelijke toezichthouder moeten worden uitgedeeld.¹² Het coördinatiereglement, opgesteld door de

⁹ Artikelnummers in de tekst verwijzen naar de nummering ingevolge het wetsvoorstel Concessiewet.

¹⁰ Zoals het instellen van de Commissie Ververs, die met een omstreken rapport kwam ('Terug naar het publiek', *Kamerstukken II* 1995/96, 23 968, nr. 18), de naar aanleiding hiervan verschenen regeringsnota en

de daaropvolgende discussie over de taken en doelstelling van de publieke omroep.

¹¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 660, nr. 3, p. 4-5.

¹² Brief aan de Vaste Commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, d.d. 27 augustus 1999.

Raad van Bestuur, moet nog steeds worden goedgekeurd door de Raad van Toezicht. Ook de complexe situatie met netbesturen (gecontroleerd door de omroepverenigingen) en de netcoördinator (uitvoering onder verantwoordelijkheid van de Raad van Bestuur) blijft in stand.

Een oorspronkelijk plannetje om zenderprofilering voor te schrijven in plaats van samenwerking van een aantal omroepen per net, zou wellicht een aardige mogelijkheid zijn geweest om de bepalende rol van de omroepverenigingen terug te dringen.¹³ De Raad van Cultuur was onder meer voorstander van zenderprofilering.¹⁴ Echter, het voorstel leverde te veel kritiek op van de omroepen. In combinatie met wat bijkomende kanttekeningen van de Raad van State leidde dit ertoe dat de betrokken bewindsman deze vernieuwing prompt weer introk.¹⁵

Programmavoorschriften

De weinig veranderingsgezinde houding van de overheid op het gebied van de organisatie wordt ruimschoots gecompenseerd door een verhoogde bemoeienis met de programmatische aspecten van de publieke omroep. Dit kan een zorgelijke ontwikkeling worden genoemd. De wetgever beaamt eerst volmondig het klassieke uitgangspunt –de uitingenvrijheid brengt mee dat de overheid zich zo min mogelijk met de inhoud van de media moet bemoeien–, om vervolgens enige passages te wijden aan het feit dat de publieke omroep verantwoording moet afleggen: ‘...hoort zichtbaar en controleerbaar te zijn op welke wijze publieke middelen worden besteed’.¹⁶ Oftewel gezond Hollands koopmanschap: wie betaalt, bepaalt.

Enige voorbeelden van de veranderingen. Een van de minste is de gecompliceerde instelling van een ‘visitatiecommissie’ door de Raad van Beheer (artikel 30c, tweede en derde lid). Een opzetje afkomstig van het NOS-bestuur dat onder meer steun vond bij de Raad van Cultuur.¹⁷ De commissieleden worden niet benoemd door de Raad van Beheer maar door de Raad van Toezicht, op voordracht van de Raad van Bestuur en gehoord Onze Minister. De betreffende commissie van vijf leden is representatief voor het kijk- en luisterpubliek (hoe dat bepaald gaat worden heeft mijn warme belangstelling; zie in dit verband ook het advies van de Raad van State).¹⁸ De commissie moet per vijf jaar beoordelen of de publieke omroep aan haar taak voldoet en kan aanbevelingen doen.

Programmavoorschriften zijn een goede graadmeter voor het vertrouwen dat men heeft in de bij de publieke omroep betrokken partijen. Wordt verondersteld dat het gaat om capabele personen en instellingen, dan kan worden volstaan met zeer algemene richtsnoeren (‘het programma van de publieke omroep moet het algemeen belang dienen’). Als alternatief kan gedacht worden aan het geven van een beperkt aantal specifieke voorschriften (‘tien balletvoorstellingen en twintig opera’s’).¹⁹ De opeenvolgende wijzigingen van de Mediawet laten zien dat het vertrouwen in de omroepverenigingen en in de bestuurlijke organisatie van de publieke omroep maar beperkt aanwezig is en zeker geen stijgende lijn vertoont. Er komen telkens meer en gedetailleerde voorschriften bij. Ook in de Concessiewet is dat het geval.

In artikel 40 wordt uitgebreid beschreven wat voor soort programmering er op de televisie- en radionetten moet zijn. Voor de radio zijn er bijvoorbeeld specifieke genrebeschrijvingen in de

wet opgenomen (zoals ‘eigentijdse en vernieuwende moderne (pop)muziek en klassieke muziek’). En we kunnen meer cultuur, meer informatie/educatie en kunst op de buis verwachten (artikel 50). Cultuur en Informatie/educatie nemen met ieder met 5% toe en gaan naar respectievelijk 25% en 35%. Het aandeel kunst wordt opgehoogd van 10% naar 12,5%. Daarentegen wordt de verstrooiing in de ban gedaan. Er mag nog maar 25% verstrooiing per net worden uitgezonden. Het is mijn inschatting dat creatieve interpretatie van de gebruikte begrippen evenveel flexibiliteit oplevert als in het verleden al het geval was.

Ook is het nationalistische element versterkt. Voortaan moet maar liefst 60% van de zendtijd op televisie besteed worden aan oorspronkelijke Nederlands- en Friestalige producties. Deze zware taaleis lijkt rechtstreeks ontleend aan de Franse media-regulering, die zelfs vergelijkbare regels kent voor radio (Engelstalige muzak is nu vervangen door Franstalige muzak). Men kan zich afvragen of een dergelijk zwaar criterium uit cultureel, economisch en maatschappelijk oogpunt wel wenselijk is. Het doet geen recht aan de internationale omgeving en het multiculturele karakter van de Nederlandse maatschappij. Bovendien bestaat het gevaar dat uitzendingen in andere talen dan het Engels (de eerste, dan wel tweede ‘televisietaal’) in de verdrukking komen omdat aan de hoge NL-eis moet worden voldaan.²⁰

De vraag kan worden gesteld of met deze gedetailleerde voorschriften niet een grens is overschreden. De Raad van State meent dat de vrijheid van meningsuiting met zich mee brengt dat er geen voorschriften worden gesteld met betrekking tot de inhoud van programma’s. Algemeen inhoudelijke eisen zijn –gelet op de taakstelling en financiering van de publieke omroep– wel te rechtvaardigen. De Raad onderschrijft hiermee de heersende leer inzake de artikel 7 lid 2 Grondwet, ofschoon de verwijzing naar de taakstelling en financiering van de publieke omroep een interessante is, die nog nadere studie verdient.²¹ Echter, voor wat betreft de aanscherping van de hiervoor beschreven percentages is er volgens de Raad onvoldoende onderbouwing. Andere aanscherpingen kunnen evenmin de onvoorwaardelijke instemming krijgen en er wordt om nadere toelichting verzocht. Die wordt door de bewindsman keurig gegeven en tot aanpassing is dus niet overgegaan.

Mijns inziens zal er evenwel een moment komen (wellicht zijn we dat nu al gepasseerd) waarop de grens tussen algemeen inhoudelijke eisen en eisen ten aanzien van individuele programma’s vervaagt c.q. beide aspecten elkaar overlappen. Voorschriften worden zo gedetailleerd dat ze nog maar op een beperkt aantal uren programma betrekking hebben. Er kan dan even goed worden gesproken van voorschriften die op individuele programma’s betrekking hebben en niet meer op een bepaalde categorie van programma’s (bijvoorbeeld: ‘een dagelijks te verzorgen nieuwsprogramma voor kinderen bevat tenminste één item over hedendaagse kunst’).

Neventaken en toegang tot verspreiding

Het weinig vernieuwende karakter van het wetsvoorstel blijft niet alleen uit de beperkte wijzigingen ten aanzien van de organisatie en de programmering, maar blijkt ook uit andere onderdelen van het voorstel. Hier worden er twee besproken.

¹³ In een brief aan de Tweede Kamer stelde de Staatssecretaris zenderprofilering als onderdeel van de Concessiewet in het vooruitzicht. Brief d.d. 20 januari 1999, besproken met de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen: *Kamerstukken II 1998/99*, 26 200 VIII, nr. 64.

¹⁴ Raad voor Cultuur, *Advies concessiewetgeving landelijke publieke omroep*, Den Haag, 29 september 1998.

¹⁵ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 660, A, p. 5-7.

¹⁶ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 660, nr. 3, p. 5.

¹⁷ Raad voor Cultuur, *Advies concessiewetgeving landelijke publieke omroep*, p. 10-11.

¹⁸ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 660, A, p. 12-13.

¹⁹ Hetgeen in het buitenland wel gebeurt, maar in Nederland op gespannen voet zou kunnen staan met artikel 7.2 Grondwet.

²⁰ De Raad van State constateert ook nog een spanningsveld met voorschriften met betrekking tot het verplichte aandeel Europese programmering: *Kamerstukken II 1998/99*, 26 660, A, p. 8-10.

²¹ Zie bijvoorbeeld: J.M. de Meij, *Uitingenvrijheid*, Amsterdam: Cramwinckel 1996, hoofdstuk 5.

In de eerste plaats blijft de taak van de publieke omroep beperkt tot traditionele vormen van radio en televisie. Andere wijzen van programmaverzorging –bijvoorbeeld in de vorm van betaaltelevisie of speciale internetuitzendingen– worden tot ‘neven-taken’ bestempeld en zijn slechts toegestaan wanneer ze om niet geschieden (artikel 13c, lid 3). Het zou eerder voor de hand hebben gelegen om de publieke omroep hier een voortrekkersrol te laten spelen en de verspreiding via nieuwe technologieën en alternatieven te bevorderen.

Dit zou goed passen bij een motie die de Tweede Kamer recentelijk bij de behandeling van de Telecommunicatiewet aannam. In de motie wordt gesteld dat de bijzondere toegangspositie van niet-commerciële publieke dienstverlening zo veel mogelijk technologie-onafhankelijk van aard behoort te zijn. Distributiemogelijkheden zouden zich in beginsel moeten uitstrekken tot de telecommunicatiesector in het algemeen. Bovendien wordt de regering verzocht om voorstellen te doen die er toe leiden dat een bijzondere toegangspositie voor de niet-commerciële publieke dienstverlening op nationaal, regionaal en lokaal niveau wordt gerealiseerd die overeenkomt met tenminste 15% van de beschikbare transportcapaciteit op de openbare telecommunicatienetwerken en omroepnetwerken.²²

In het wetsvoorstel wordt eerder het omgekeerde gerealiseerd. Reeds bestaande distributiemogelijkheden kunnen voor het eerst met een nadrukkelijke wettelijke onderbouwing worden gewijzigd ten nadele van de publieke omroep. Allereerst wordt via de Concessiewet een nieuw onderdeel toegevoegd aan het tweede lid van artikel 3.3 Telecommunicatiewet. Bij ministeriële regeling van de minister van Verkeer en Waterstaat –in overeenstemming met de minister van OCenW– wordt bij de vaststelling van frequentieruimte die aan de publieke omroepinstellingen wordt verleend bepaald welke technische eigenschappen de uitzending van de programma’s van de publieke omroepinstellingen dienen te hebben (artikel II, A). De toelichting bij het artikel is neutraal van aard:²³ bepaald kan worden of de uitzendingen in mono, stereo, digitaal of analoog, of via AM of FM worden uitgezonden. Hierdoor kan onder meer de (on)gewenste situatie ontstaan dat er kwaliteitsverschillen komen tussen publieke en commerciële omroep. Dit is momenteel al het geval op lokaal niveau. Kleinschalige commerciële omroepen zenden in stereo uit met grote vermogens, terwijl publieke lokale omroepen moeten volstaan met mono-uitzendingen via laagvermogen-zenders.

In de tweede plaats worden de Mediawet en Telecommunicatiewet ‘verduidelijkt’. De verspreiding van regionale en lokale publieke programma’s via omroepnetwerken wordt door aanpassing van artikel 82i Mediawet beperkt tot één radio- en één televisieprogramma. Nu geldt er nog een must-carry regel voor alle programma’s van deze omroepen, die met het nieuwe wetsvoorstel definitief onderdeel uitmaken van de publieke omroep (artikel 13c). Een vergelijkbare verandering wordt aangebracht in artikel 3.3, lid 3 Telecommunicatiewet. Publieke regionale en lokale omroepen krijgen slechts één frequentie voor de uitzending van hun programma’s en nog maar frequentieruimte voor één programma (artikel II, A). Los van de al hiervoor aangehaalde motie, wekken beide ingrepen verbazing omdat juist de laatste tijd meer distributieruimte beschikbaar is gekomen door technologische ontwikkelingen (digitalisering van de omroepnetwerken) en betere frequentieplanning. Eigenlijk wordt een erg beperkte ‘kanaalbenadering’ gehanteerd, terwijl het vandaag de dag meer voor de hand had gelegen te spreken van capaciteit (waarvan een deel te bestemmen voor publiek gebruik), zoals ook de motie doet.

Een consequentie van de maatregelen zal zijn dat bijvoorbeeld doelgroepen- en nicheprogrammering als onderdeel van de lokale publieke omroep verder in de verdrukking zal komen. Daar doet niet aan af dat in bepaalde gemeenten over meerdere lokale kanalen kan worden beschikt op basis van contractuele afspraken met aanbieders van omroepnetwerken. Juist het beperken van de wettelijk verspreidingsverplichting zal de druk vergroten om de aangegane contractuele afspraken opnieuw ter discussie te stellen en in lijn te brengen met de wet. In meerdere opzichten heeft men hier de kansen laten liggen om juist nieuwe openingen te creëren voor de publieke dienstverlening.

Conclusie

De conclusie kan geen andere zijn dan dat dit wetsvoorstel het stempel ‘no guts, no glory’ verdient. Of zoals de Raad van State het formuleert: ‘Een helder eindperspectief ontbreekt’.²⁴ De sceptici onder ons zullen een stapje verder durven zetten en mogelijk spreken van een oorspronkelijk ambitieuze staatssecretaris die netjes in het gareel is gebracht en de platgetreden paden volgt van marginale aanpassingen en verdere ‘Verelendung’ van het belang van een goede publieke omroep. Op grond van de wijzigingen in de regelgeving, zal er in het komende decennium niet veel –althans in positieve zin– in de publieke omroep veranderen. En mocht er al wat verbeteren, dan zal dat door de complexiteit die de wet kent ten aanzien van de besluitvorming en samenwerking veel tijd vergen.

Dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR).

²² Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 70.

²³ Kamerstukken II 1998/99, 26 660, nr. 3, p. 50-51.

²⁴ Kamerstukken II 1998/99, 26 660, A, p. 1.

Aan deze rubriek werkten mee:
Jilles van den Beukel en Alexander Mayhew

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

J Opgenomen in de rubriek Jurisprudentie

Rechtspraak

GvEA EG 8 juli 1999, VTM vs. Commissie, <http://curia.eu.int>

Vestigingsvrijheid • Dwingende redenen van algemeen belang • Art. 90 lid 1 (86 lid 3) EG • Artikel 52 (43) EG

De Vlaamse regeling waarbij aan VTM het exclusief recht is toegekend om televisiereclame uit te zenden die tot de gehele Vlaamse Gemeenschap is gericht, is in strijd met artikel 90 lid 1 (thans art. 86 lid 3) van het EG-Verdrag in samenhang met art. 52 (thans, na wijziging, art. 43). De overheidsmaatregelen zijn niet gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Een cultuurbeleid en de instandhouding van het pluralisme van de pers, verbonden met de vrijheid van meningsuiting, kunnen redenen van algemeen belang vormen, die een beperking van de vestigingsvrijheid rechtvaardigen, maar de Vlaamse regeling is niet geschikt om de verwezenlijking van deze doelstelling te verzekeren en gaat verder dan noodzakelijk is ter bereiking van die doelstellingen.

GvEA EG 19 juli 1999, Hautala vs. Raad EU, <http://curia.eu.int>

Openbaarheid documenten EU • Art. 4 lid 1 Besluit 93/731

Verzoek om inzage in een rapport aan de Raad van de Groep Export van Conventionele Wapens werd afgewezen. Inzage in het gehele rapport mocht de Raad afwijzen. De weigeringsgrond van art. 4 lid 1 van Besluit 93/731 moet eng worden uitgelegd, in overeenstemming met het beginsel van het recht op informatie en het evenredigheidsbeginsel. Hieruit volgt dat de Raad had moeten onderzoeken of gedeeltelijk toegang kon worden verleend tot die delen van het rapport waarvoor de weigeringsgrond niet geldt.

GvEA EG 19 juli 1999, Rothmans International vs. Commissie EG, <http://curia.eu.int>

Openbaarheid documenten EG • Besluit 94/90 • Comitologie Commissies

Rothmans vroeg inzage tot aantal documenten, waaronder de verslagen van de Customs Code Commissie. Dit verzoek werd geweigerd omdat de verslagen van die commissie geen stuk van de Commissie van de Europese Gemeenschappen vormden. Dit argument wordt door het Hof verworpen. Dit soort 'comitology-committees' zijn gevormd ter assistentie van de

Commissie in de uitoefening van haar bevoegdheden. Het weigeren van toegang tot de verslagen van dergelijke commissies zou een aanmerkelijke beperking vormen van het recht op toegang tot documenten.

Hof Den Bosch 14 oktober 1998, NVJ e.a. vs. Brabants Nieuwsblad e.a., NJ 1999, 594

Redactiestatuut • Persfusie

Zie Mediaforum 1999-1, nr. 4 met nt. G.A.I. Schuijt

Hof Den Haag 6 mei 1999, SENA vs. NOS, nr. 48, m. nt. D.J.G. Visser J

Art. 7 WNR • Billijke vergoeding

Voor de vaststelling van de billijke vergoeding ex art. 7 WNR zijn de volgende factoren relevant: het aantal uren waarop fonogrammen worden uitgezonden, het aantal luisteraars en kijkers, de BUMA/STEMRA-tarieven, wat in het buitenland wordt betaald door de publieke omroepen, wat commerciële omroepen betalen. Op basis hiervan moet een berekeningsmodel worden ontwikkeld. De uitkomst zal in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis betaalde, maar moet de NOS een verhoging betalen als dat gerechtvaardigd is door de ontwikkelingen sindsdien.

Rb. Arnhem (R-C) 15 juni 1999, Scientology vs. X, <http://www.rechtbank-arnhem.org>

Verschoningsrecht • Internetprovider

X is vennoot van de internetprovider Y. Scientology wil van X weten wie Z is, die op het internet vertrouwelijke teksten openbaar maakt en daarmee ook inbreuk maakt op het auteursrecht. X beroept zich op zijn verschoningsrecht omdat hij van Scientology niet de garantie heeft gekregen dat hij dan wel de internetprovider niet aangeklaagd zullen worden. De R-C beslist dat een internetprovider niet iemand is die ex. art. 191 Rv tot geheimhouding verplicht is uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hem in die hoedanigheid is toevertrouwd. Een partij-getuige in een civiele zaak komt geen beroep op een verschoningsrecht toe, behalve indien hij zich aan een strafrechtelijke veroordeling terzake van misdrijf zou blootstellen.

Rb. Den Haag 30 september 1998, Sena vs. Nederlandse Kabelkrant Pers, nr. 49, m. nt. D.J.G. Visser J

Art. 7 WNR • Billijke vergoeding

Factoren die een rol spelen bij het vaststellen van de billijke vergoeding ex. art. 7 WNR. Het verschijnen van het SENA-recht brengt niet als vanzelfsprekend met zich mee dat de te verdelen koek groter wordt. Comparitie van partijen gelast voor het geven van inlichtingen en het beproeven van een schikking. (Zie ook hierboven Hof Den Haag 6 mei 1999).

Rb. Rotterdam 9 september 1999, KNVB vs. Feyenoord, nr. 50 J

Uitzendrechten • Mededingingsrecht • Eenlijnsprestatie

De voetbalwedstrijden worden gehouden in het door Feyenoord gehuurde stadion en zijn slechts tegen betaling voor het publiek toegankelijk. Deze inkomsten komen toe aan Feyenoord. Daaraan doet niet af dat de wedstrijden worden georganiseerd door de KNVB en dat Feyenoord een deel van de inkomsten afdraagt aan de KNVB. De vraag wie rechthebbende is van de uitzendrechten dient zoveel mogelijk gelijklopend te worden beantwoord als de vraag naar de rechthebbende van de rechten op kaartverkoop. Ook de reglementen van de KNVB leiden niet tot een andere conclusie. Bovendien is de KNVB aan te merken als een ondernemersorganisatie en er kan redelijkerwijze geen twijfel over bestaan dat deze bepalingen de mededinging op de Nederlandse markt beperken. Dat betekent dat de desbetreffende bepaling nietig is behoudens een door de NMa verleende ontheffing.

Rb. Rotterdam 12 mei 1999, Name Management Center vs. Staatssecretaris V&W, Awb-katern, 54

Nummerplan • Art. 40d lid 1 onder a WTV

Een nummerplan als bedoeld in art. 40d lid 1 onder a WTV (thans art. 4.1 Telecommunicatiewet) is een besluit van algemene strekking en houdt niet in een algemeen verbindend voorschrift. Dat geldt ook voor een wijziging van een nummerplan. Het niet betrekken van eiseres bij de consultatieronde over de wijziging van het nummerplan kan niet aan de minister kan worden verweten. De minister had het echter niet bij die constatering moeten laten en aandacht moeten besteden aan de inhoudelijke bezwaren van eiseres tegen de wijziging. Geen deugdelijke motivering. Beroep gegrond.

Pres. Rb. Arnhem 5 augustus 1999, Mujahedin vs. Haggi Moni, <http://www.rechtbank-arnhem.org>

Belediging • Uitsingsvrijheid • Politiek debat

Een vereniging van Iraanse activisten in Nederland acht zich beledigd door uitlatingen van voormalig medestander Haggi Moni, die de Mujahedin, de grootste verzetsbeweging in Iran, van misdrijven heeft beschuldigd. Uitsingsvrijheid tegenover het belang de activistenvereniging. De aard van het politieke debat noopt de Pres. tot grote terughoudendheid. In het licht van het politieke debat, het zich afzetten tegen vroegere medestanders en de met elkaar strijdige publicaties waarvan de juistheid in kort geding niet kan worden onderzocht, kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat de uitlatingen van Haggi Moni jegens de activistenvereniging onrechtmatig zijn.

Pres. Rb. Den Haag 18 augustus 1999, MTV Networks vs. Casema ☒

Toegang tot de kabel

Op advies van de programmaraad heeft Casema de doorgifte van het programma van MTV via het kabelnet in Delft en Nootdorp gestaakt. MTV vordert doorgifte in afwachting van de beslissing van OPTA. Dat Casema de doorgifte zou staken wist MTV al in mei 1999. Nu MTV tot 22 juli 1999 gewacht heeft met het indienen van een verzoekschrift bij de OPTA kan zij zich er niet op beroepen dat zij niet op tijd een voorlopige voorziening in een bestuursrechtelijke procedure kan verkrijgen. Op de beoordeling van de kwestie ten gronde kan niet worden vooruitgelopen

Pres. Rb. Den Haag 22 juli 1999, Allergan vs. Ipsen Farmaceutica, KG 1999, 223

Vergelijkende reclame

Reclame voor het geneesmiddel DYSPORT bevat een vergelijking met het soortgelijke geneesmiddel BOTOX van eiseres. Deze individuele vergelijkende reclame voldoet niet aan het daarvoor geldende criterium, dat de juistheid van de gehanteerde gegevens wordt bevestigd door tenminste twee vergelijkende onderzoeken, waarvan de gegevens voor iedereen toegankelijk zijn en niet worden weersproken door de resultaten van andere deugdelijke onderzoeken. Onrechtmatig; rectificatie.

Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999, Productschap Vis e.a. vs. AXA Verzekeringen, nr. 51 J

Misleidende reclame

Wordt in commercial de suggestie gedaan dat men bij het eten van gekookte mosselen een aanmerkelijk gezondheidsrisico loopt en als dat zo is, is dat dan onjuist en misleidend en of nodeloos denigrerend? Afgezien van het 'aanmerkelijk' acht de Pres. het niet onjuist dat men bij het eten van mosselen een gezondheidsrisico loopt. Overgelegde opiniepeilingen bieden geen sterke aanwijzing dat de houding van het publiek tegenover het eten van mosselen door de commercial zal wijzigen. De commercial gaat niet verder dan voor het overbrengen van de boodschap –het verdient aanbeveling risico-verzekeringen af te sluiten– nodig is. (Zie ook RCC 13 augustus 1999 hieronder; overigens: AXA sponsort inmiddels de nationale mosselweek).

Pres. Rb. Utrecht 11 juni 1999, Merck Sharpe & Dohme vs. Schering-Plough, KG 1999, 187

Ongeoorloofde reclame • Wet op de Geneesmiddelenvoorziening

Eiseres en gedaagde produceren een geneesmiddel dat hetzelfde medische doel beoogt te bereiken. Zij hebben registratie aangevraagd, doch nog niet verkregen. Gedaagde heeft artsen en/of apothekers uitgenodigd voor een 'lecture dinner', waar het door haar geproduceerde middel besproken zal worden. Eiseres vordert onder meer een verbod daarvan, zolang het betreffende geneesmiddel nog niet is geregistreerd. Pas na registratie mag voor een geneesmiddel reclame worden gemaakt. Schering-

Plough heeft een ongeoorloofde voorsprong genomen op eiser door zich het tijdverlies dat met de registratie gemoeid is, te besparen.

ABRvS 23 april 1999, X vs. Staatssecretaris WVC, Bestuursrecht Actueel mei 1999, p. 12

Frequentieverdeling • Wijziging programmaformat

Bij de verdeling van restfrequenties kwam X niet in aanmerking voor een frequentie, Y wel. Y verkeert in staat van faillissement en in overleg met de curator is Z de uitzendingen van Y gaan verzorgen onder wijziging van de programmaformule. Voor die wijziging heeft de staatssecretaris van WVC toestemming gegeven. X maakt daar bezwaar tegen. Anders dan de Rb. oordeelt ABRvS dat het belang van X daar niet rechtstreeks bij is betrokken. De Rb. sloot zich ten onrechte aan bij CBB 24 januari 1996, Mediaforum 1996-3, p. B44-B48. Thans is er geen sprake van een hernieuwde toewijzing van de frequentie aan Y. De staatssecretaris heeft terecht de bezwaren van X ongegrond verklaard.

CvdM 17 augustus 1999, Arcade vs. KTA ☒

Toegang tot de kabel

Op grond van uitspraken van de Rb. Amsterdam en de ABRvS moet het Commissariaat voor de Media een nieuwe beslissing nemen op de bezwaren van KTA tegen het besluit van 30 juli 1996 KTA een boete op te leggen voor elke dag dat zij naliet aan de daarbij gegeven aanwijzingen te voldoen. Sedert 1 januari 1998 heeft het CvdM echter niet meer de bevoegdheid bindende aanwijzingen te geven. De aanwijzing met betrekking tot het oplegde tarief zolang partijen niet tot overeenstemming zijn gekomen heeft nog wel gelding voor de periode tot 1 januari 1998.

RCC 13 augustus 1999, Productschap Vis e.a. vs. AXA Verzekeringen ☒

Misleidende reclame • Art. 7 Reclame Code

Commercial suggereert dat er een gerede kans bestaat dat de spreker de presentatie niet kan geven, omdat hij mosselen heeft gegeten. Die suggestie acht de commissie onjuist. Gelet op de onjuiste voorstelling van zaken acht de commissie de uiting misleidend. Gelet op de publiciteit rond de onderhavige reclame heeft de commissie besloten een openbare aanbeveling te doen. (Zie Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999 hierboven)

US Court of Appeals (9th C.) 6 mei 1999, Bernstein vs. United States, nr. 47, m. nt. L.F. Asscher

Uitingsvrijheid • Privacy • Encryptie

Amerikaans exportverbod op encryptieprogramma van professor Bernstein is in strijd met het first amendment alsmede met het fourth amendment, het recht op privacy en het recht op anonimiteit, dus het communicatiegeheim.

Binnenland

Evenementen op open tv-net

Op 7 september 1999 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet en de Tabakswet in verband met de implementatie van de gewijzigde EG-Televisierichtlijn. Het wetsvoorstel (Kamersstukken II, 1998/99, 26 256, nr. 1-3) was op 19 oktober 1998 bij de Tweede Kamer ingediend (Mediaforum 1999-1, p. 11). Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel is de invoeging van een nieuw hoofdstuk IVA in de Mediawet, getiteld 'Evenementen van aanzienlijk belang voor de samenleving'. Op basis van dit hoofdstuk kunnen bij algemene maatregel van bestuur evenementen worden aangewezen die voor een groot deel van de bevolking te volgen moeten zijn op een open televisienet. De Tweede Kamer heeft een amendement aangenomen dat betrekking heeft op de definitie van het begrip 'open net'. Daarvan is sprake als tenminste 75% van alle huishoudens in Nederland het programma zonder bijzondere kosten kan ontvangen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel legde de lat hoger, namelijk op 85%. Over de vraag welke evenementen precies zullen worden aangewezen zal de staatssecretaris van OCenW nog overleg voeren met de Tweede Kamer. Een voorlopige groslijst werd dit voorjaar al gepubliceerd (zie Mediaforum 1999-5, p. 147). Handelingen II 1998/99, 7 september 1999, p. 100-5772

Afschaffing omroepbijdragen

In het regeerakkoord van het huidige kabinet werd een onderzoek aangekondigd naar de mogelijkheden om de omroepbijdragen af te schaffen. Dit onderzoek heeft inmiddels plaats gevonden. Staatssecretaris Van der Ploeg van OCenW schreef dit voorjaar al aan de Tweede Kamer dat hij streeft naar een 'fiscalisering' per 1 januari 2000 (Mediaforum 1999-6, p. 175). Op 27 augustus 1999 heeft de regering een daartoe strekkend wetsvoorstel ingediend. Het wetsvoorstel schrapt onder meer alle bepalingen in de Mediawet die met de heffing van de omroepbijdragen samenhangen. Voortaan zal de minister van OCenW jaarlijks een 'rijksomroepbijdrage' beschikbaar stellen voor de publieke omroep. De rijksomroepbijdrage bestaat tenminste uit het bedrag van de in het jaar 1998 door de Dienst Omroepbijdragen aan de minister afgedragen inkomsten. Dit bedrag wordt geïndexeerd, zodat de onafhankelijkheid van de publieke omroep tot op zekere hoogte gewaarborgd blijft. Tot op zekere hoogte, want er bestaat geen bescherming tegen toekomstige wetswijzigingen. Door het verdwijnen van de omroepbijdrage vervalt ook de mogelijkheid voor provincies en gemeenten een opslag te heffen voor regionale radio, regionale televisie en lokale radio. Ter compensatie zal het rijk een bedrag storten in het Provinciefonds, resp. het Gemeentefonds. Dit voornemen blijkt uit de memorie van toelichting. De tekst van het wetsvoorstel bevat geen garanties op dit punt. Kamersstukken II 1998/99, 26 707, nr. 1-3

Bezwaarschriften bij Commissariaat voor de Media

Het Commissariaat voor de Media heeft op 15 juli 1999 een nieuwe regeling vastgesteld inzake de behandeling van bezwaarschriften door de Adviescommissie Bezwaarschriften. De regeling kan worden aangehaald als 'Reglement Adviescommissie Bezwaarschriften' en trad in werking op 1 september 1999. Op dezelfde dag kwam het oude Reglement d.d. 22 juni 1994 te

vervallen. Het nieuwe reglement verwijst onder meer naar de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 1999 van het Commissariaat voor de Media (*Mediaforum* 1999-3, p. 81).
Stcrt. 1999, 170, p. 6

Toegang tot omroepnetwerken

OPTA en Nma hebben de richtsnoeren gepubliceerd voor de beslechting van geschillen over toegang tot omroepnetwerken op grond van art. 8.7 van de Telecommunicatiewet en art. 6 en 24 Mededingingswet. OPTA en Nma maken onderscheid tussen drie functies die een aanbieder van een omroepnetwerk kan vervullen, t.w. aanbieder van infrastructuur, aanbieder van het standaardpakket en aanbieder van andere diensten, zoals bijvoorbeeld programma's en telecommunicatiediensten. De richtsnoeren hebben alleen betrekking op de eerste twee functies. Bij de beoordeling van geschillen over de hoogte van de gevraagde doorgiftevergoedingen zal gelet worden op transparante en non-discriminatoire voorwaarden en een kostengeoriënteerde prijs. Wat daaronder zal worden verstaan wordt in de richtsnoeren uiteengezet.

Stcrt. 1999, 159, p. 6

Aansprakelijkheid tussenpersonen

De minister van Justitie Korthals heeft de Tweede Kamer een notitie gestuurd over de aansprakelijkheid van tussenpersonen op het internet. De minister had die notitie toegezegd tijdens het overleg met de vaste commissie voor Justitie over de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg. Volgens de minister blijken voorshands de bestaande algemene normen over aansprakelijkheid te voldoen. Zij zijn flexibel genoeg voor de wereld on line. Hem lijkt de vrees dat al snel sprake zou zijn van aansprakelijkheid van providers ongerechtvaardigd, met name de tussenpersonen die zich beperken tot het enkele ter beschikking stelling van de technische infrastructuur. Voor het civiele recht en het auteursrecht acht hij geen bijzondere wetgeving nodig. Voor het strafrecht is een bijzondere vervolgingsuitsluitingsgrond nodig voor bepaalde handelingen van tussenpersonen in verband met de verspreiding van strafbare uitingen. In dat verband verwijst de minister naar het wetsvoorstel voor een Wet Computercriminaliteit II, dat onlangs bij de Tweede Kamer is ingediend (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 671, nr. 1-2).

Kamerstukken II 1998/99, 25 880, nr. 7

Europa

Elektronische handtekeningen

De Raad heeft in juni een gemeenschappelijk standpunt vastgesteld voor het ontwerp van de richtlijn over elektronische handtekeningen. Een van de wijzigingen in het ontwerp betreft de verbeterde rechtsgeldigheid van handtekeningen die niet voldoen aan het hoogste veiligheidsniveau.

PbEG C 243/33 d.d. 27 augustus 1999

Beschikkingen inzake Cégétel

De Commissie heeft twee besluiten genomen inzake een samenwerking tussen de Franse spoorwegen, Vivendi, BT en Mannesmann om telecommunicatiediensten in Frankrijk te verrichten. In hoofdlijnen ziet de Commissie geen beperking van de mededinging in deze samenwerking. De samenwerking is juist noodzakelijk om de concurrentie met France Telecom aan te gaan. Interessant detail is dat er een alleenrecht voor het gebruik van de glasvezel-

netten van de spoorwegen wordt verleend en dat de Commissie hiertegen geen bezwaar maakt.

PbEG L 218/14 en 24 d.d. 18 augustus 1999

Aanmelding EBU-inkoopregeling

De EBU, de European Broadcasting Union, heeft een wijziging van het Eurovisie systeem voor de inkoop van uitzendrechten van sportevenementen bij de Commissie aangemeld. Hierdoor krijgen niet-EBU leden ofwel commerciële omroepen meer mogelijkheden om sublicenties te verwerven voor hun betaaltelevisiezenders. De Commissie is voornemens om positief te reageren op de aanmelding.

PbEG C 248/4 d.d. 1 september 1999

Verschenen

J.E.J. Prins, B.J. Koops, A.P. Meijboom & S.H. Katus, *Recht & informatietechnologie. Handboek voor rechtspraktijk en beleid* (losbladig), Den Haag: Sdu; f 99,- + f 0,50 per pagina.

Agenda

Herziene data CIER-lezingen. Enkele data voor de CIER-lezingen van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht 1999/2000 zijn gewijzigd. In plaats van de in *Mediaforum* 1999-9 aangekondigde data, vindt de lezing van Dekhuijzen over Intellectueel eigendomsrecht en informatietechnologie plaats op 13 oktober 1999, en de lezing van Kessedjan over Provisional measures and intellectual property law op 31 mei 2000.

•**Intellectueel eigendomsrecht en informatietechnologie.** CIER-lezing door mr. A.E. Dekhuijzen. Woensdag 13 oktober 1999 16.00-18.00 uur. Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Nobelstraat 2a Utrecht. Informatie & aanmelding: mw. J. Borlée tel. 030-2537743.

•**Merken- en handelsnaamrechtelijke aspecten van het Domain Name System.** CIER-lezing door mw. mr. B.N. Westerbrink. Woensdag 8 december 1999 16.00-18.00 uur. Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Nobelstraat 2a Utrecht. Informatie & aanmelding: mw. J. Borlée, tel. 030-2537743.

•**Grondrechten in het digitale tijdperk.** Studiemiddag Vereniging voor Media- en Communicatierecht. 26 november 1999, Trippenhuis, Kloveniersburgwal 29 Amsterdam. VMC-leden ontvangen een uitnodiging per brief.

Nr. 47 Bernstein vs. United States

US Court of Appeals (9th C.) 6 mei 1999

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit

Daniel J. **Bernstein**, Plaintiff-Appellee,

v.

United States **Department of Justice**; United States **Department of Commerce**; **Department of State**; United States **Department of Defense**; United States **Arms Control and Disarmament Agency**; **National Security Agency**; United States **Department of Energy**; **Central Intelligence Agency**; Madeline E. **Albright**, United States Secretary of State; William M. **Daley**, United States Secretary of Commerce; William **Cohen**, United States Secretary of Defense; Kenneth A. **Minihan**, Director, United States National Security Agency; John B. **Holum**, Director, United States Arms Control And Disarmament Agency; William G. **Robinson**; Gary M. **Oncale**; Ambassador Michael **Newlin**; Charles **Ray**; Mark **Koro**; Greg **Stark**; Defendants-Appellants.

Appeal from the United States District Court for the Northern District of California

Marilyn Hall Patel, District Judge, Presiding

Argued and Submitted December 8, 1997 San Francisco, California.

Filed May 6, 1999

Before: Myron H. Bright, Betty B. Fletcher, and Thomas G. Nelson, Circuit Judges.

Opinion by Judge B. Fletcher; Concurrence by Judge Bright; Dissent by Judge T.G. Nelson

Counsel

Scott R. *McIntosh* (argued), Douglas N. *Letter*, United States Department of Justice, Washington, D.C., for the defendants-appellants.

Cindy A. *Cohn* (argued), McGlashan & Sarraile, San Mateo, California, and Lee *Tien*, Berkeley, California, for the plaintiff-appellee.

Ivan K. *Fong*, Covington & Burling, Washington, D.C., for *amicus curiae* Electronic Privacy Information Center; American Civil Liberties Union; American Civil Liberties Union of Northern California; Center For Democracy and Technology; Computer Professionals for Social Responsibility; Economic Strategy Institute; Free Congress Research and Education Foundation; Human Rights Watch; Independence Institute; International Information System Security Certification Consortium; Internet Mail Consortium; Internet Society; National Association of Manufacturers; Privacy International; U.S. Public Policy Committee of the Association for Computing; Dr. Whitfield Diffie; Dr. Peter Neumann; and Dr. Ronald Rivest.

Garrett *Epps*, University of Oregon School of Law, Eugene, Oregon, for *amicus curiae* Silicon Valley Software Industry Coalition; Professor Keith Aoki; Professor Margreth Barrett; Professor James Boyle; Professor Garrett Epps; Professor Peter Jaszi; Professor David Lange; and Professor Eugene Volokh.

Brian *Conboy*, Wilkie Farr & Gallagher, Washington, D.C., for *amicus curiae* Maynard Anderson; D. James Bidzos; National Computer Security Association; Mark Rasch; RSA Data Security, Inc.; Dr. Eugene Spafford; and Dr. Ross Stapleton-Gray.

J. Joshua *Wheeler*, Charlottesville, Virginia, for *amicus curiae* Thomas Jefferson Center for the Protection of Free Expression.

Richard D. *Marks*, Vinson & Elkins, Washington, D.C., for *amicus curiae* Association for the Advancement of Science.

Opinion

B. Fletcher, Circuit Judge:

The government defendants appeal the grant of summary judgment to the plaintiff, Professor Daniel J. Bernstein ('Bernstein'), enjoining the enforcement of certain Export Administration Regulations ('EAR') that limit

Bernstein's ability to distribute encryption software. We find that the EAR regulations (1) operate as a prepublication licensing scheme that burdens scientific expression, (2) vest boundless discretion in government officials, and (3) lack adequate procedural safeguards. Consequently, we hold that the challenged regulations constitute a prior restraint on speech that offends the First Amendment. Although we employ a somewhat narrower rationale than did the district court, its judgment is accordingly affirmed.

Background

A Facts and Procedural History

Bernstein is currently a professor in the Department of Mathematics, Statistics, and Computer Science at the University of Illinois at Chicago. As a doctoral candidate at the University of California, Berkeley, he developed an encryption method – 'a zero-delay private-key stream encryptor based upon a one-way hash function' –¹ that he dubbed 'Snuffle.' Bernstein described his method in two ways: in a paper containing analysis and mathematical equations (the 'Paper') and in two computer programs written in 'C,' a high-level computer programming language ('Source Code'). Bernstein later wrote a set of instructions in English (the 'Instructions') explaining how to program a computer to encrypt and decrypt data utilizing a one-way hash function, essentially translating verbatim his Source Code into prose form.

Seeking to present his work on Snuffle within the academic and scientific communities, Bernstein asked the State Department whether he needed a license to publish Snuffle in any of its various forms. The State Department responded that Snuffle was a munition under the International Traffic in Arms Regulations ('ITAR'), and that Bernstein would need a license to 'export' the Paper, the Source Code, or the Instructions.² There followed a protracted and unproductive series of letter communications between Bernstein and the government, wherein Bernstein unsuccessfully attempted to determine the scope and application of the export regulations to Snuffle.³

Bernstein ultimately filed this action, challenging the constitutionality of the ITAR regulations. The district court found that the Source Code was speech protected by the First Amendment, see *Bernstein v. Department of State*, 922 F. Supp. 1426 (N.D. Cal. 1996) ('Bernstein I'), and subsequently granted summary judgment to Bernstein on his First Amendment claims, holding the challenged ITAR regulations facially invalid as a prior restraint on speech, see *Bernstein v. Department of State*, 945 F. Supp. 1279 (N.D. Cal. 1996) ('Bernstein II').

In December 1996, President Clinton shifted licensing authority for nonmilitary encryption commodities and technologies from the State Department to the Department of Commerce. See Exec. Order No. 13,026, 61 Fed. Reg. 58,767 (1996). The Department of Commerce then promulgated regulations under the EAR to govern the export of encryption technology, regulations administered by the Bureau of Export Administration ('BXA'). See 61 Fed. Reg. 68,572 (1996) (codified at 15 C.F.R. Pts. 730-74). Bernstein subsequently amended his complaint to add the Department of Commerce as a defendant, advancing the same constitutional objections as he had against the State Department. The district court, following the rationale of its earlier Bernstein opinions, once again granted summary judgment in favor of Bernstein, finding the new EAR regulations facially invalid as a prior restraint on speech. See *Bernstein v. Department of State*, 974 F. Supp. 1288 (N.D. Cal. 1997) ('Bernstein III'). The district court enjoined the Commerce Department from future enforcement of the invalidated provisions, an injunction that has been stayed pending this appeal.

B Overview of Cryptography

Cryptography is the science of secret writing, a science that has roots stretching back hundreds, and perhaps thousands, of years. See generally David Khan, *The Codebreakers* (2d ed. 1996). For much of its history, cryptography has been the jealously guarded province of governments and militaries. In the past twenty years, however, the science has blossomed in the civilian sphere, driven on the one hand by dramatic

¹ The term 'hash function' describes a function that transforms an input into a unique output of fixed (and usually smaller) size that is dependent on the input. For some purposes (e.g. error checking, digital signatures), it is desirable that it be impossible to derive the input data given only the hash function's output – this type of function is known as a 'one-way hash function.' Hash functions have many uses in cryptography and computer science, and numerous one-way hash functions are widely known. 'Zero-delay' means that Snuffle can be used for interactive communications because it encrypts and decrypts on a character-by-character basis – the users need not complete an entire message before encrypting and sending.

² In June 1995, after Bernstein initiated this suit, the State Department clarified its earlier determination, explaining that while ITAR did restrict the Source Code and the Instructions, it did not restrict the Paper.

³ Bernstein notes that his difficulties with the State Department are by no means unique. Declarations provided by Bernstein demonstrate ongoing suppression of academic publication by the State Department under ITAR. See Demberger Decl. (found in violation of ITAR for posting encryption program on the internet); Junger Decl. (stated that ITAR caused him to censor publication of his work for fear of violating the regulations); Zimmerman Decl. (target of a criminal investigation for publishing encryption software on the internet).

theoretical innovations within the field, and on the other by the needs of modern communication and information technologies. As a result, cryptography has become a dynamic academic discipline within applied mathematics. It is the cryptographer's primary task to find secure methods to encrypt messages, making them unintelligible to all except the intended recipients:

Encryption basically involves running a readable message known as 'plaintext' through a computer program that translates the message according to an equation or algorithm into unreadable 'ciphertext.' Decryption is the translation back to plaintext when the message is received by someone with an appropriate 'key.' Bernstein III, 974 F. Supp. at 1292.

The applications of encryption, however, are not limited to ensuring secrecy; encryption can also be employed to ensure data integrity, authenticate users, and facilitate nonrepudiation (e.g., linking a specific message to a specific sender). See *id.*

It is, of course, encryption's secrecy applications that concern the government. The interception and deciphering of foreign communications has long played an important part in our nation's national security efforts. In the words of a high ranking State Department official:

Policies concerning the export control of cryptographic products are based on the fact that the proliferation of such products will make it easier for foreign intelligence targets to deny the United States Government access to information vital to national security interests. Cryptographic products and software have military and intelligence applications. As demonstrated throughout history, encryption has been used to conceal foreign military communications, on the battlefield, aboard ships and submarines, or in other military settings. Encryption is also used to conceal other foreign communications that have foreign policy and national security significance for the United States. For example, encryption can be used to conceal communications of terrorists, drug smugglers, or others intent on taking hostile action against U.S. facilities, personnel, or security interests. Lowell Decl. at 4 (reproduced in Appellant's Excerpts of Record at 97).

As increasingly sophisticated and secure encryption methods are developed, the government's interest in halting or slowing the proliferation of such methods has grown keen. The EAR regulations at issue in this appeal evidence this interest.

C The EAR regulations⁴

The EAR contain specific regulations to control the export of encryption software, expressly including computer source code. Encryption software is treated differently from other software in a number of significant ways. First, the term 'export' is specifically broadened⁵ with respect to encryption software to preclude the use of the internet and other global mediums if such publication would allow passive or active access by a foreign national within the United States or any one outside the United States. 15 C.F.R. S 734.2(b)(9)(B)(ii).⁶ Second, the regulations governing the export of nonencryption software provide for several exceptions that are not applicable to encryption software.⁷ In addition, although printed materials containing encryption source code are not subject to EAR regulation, the same materials made available on machine-readable media, such as floppy disk or CD-ROM, are covered. 15 C.F.R. S 734.3(b), Note to Paragraphs (b)(2) & (b)(3). The government, moreover, has reserved the right to restrict source code in printed form that may be easily 'scanned,' thus creating some ambiguity as to whether printed publications are necessarily exempt from licensing. See 61 Fed. Reg. 68,575 (1996).

If encryption software falls within the ambit of the relevant EAR provisions, the 'export' of such software requires a prepublication license. When a prepublication license is requested, the relevant agencies

undertake a 'case-by-case' analysis to determine if the export is 'consistent with U.S. national security and foreign policy interests.' 15 C.F.R. S 742.15(b). All applications must be 'resolved or referred to the President no later than 90 days' from the date an application is entered into the BXA's electronic license processing system. 15 C.F.R. S 750.4(a). There is no time limit, however, that applies once an application is referred to the President. Although the regulations do provide for an internal administrative appeal procedure, such appeals are governed only by the exhortation that they be completed 'within a reasonable time.' 15 C.F.R. S 756.2(c)(1). Final administrative decisions are not subject to judicial review. 15 C.F.R. S 756.2(c)(2).

Discussion

I Prior Restraint

The parties and amici urge a number of theories on us. We limit our attention here, for the most part, to only one: whether the EAR restrictions on the export of encryption software in source code form constitute a prior restraint in violation of the First Amendment. We review *de novo* the district court's affirmative answer to this question. See *Roulette v. Seattle*, 97 F.3d 300, 302 (9th Cir. 1996).

1 It is axiomatic that 'prior restraints on speech and publication are the most serious and least tolerable infringement on First Amendment rights.' *Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 559 (1976). Indeed, the Supreme Court has opined that 'it is the chief purpose of the [First Amendment] guaranty to prevent previous restraints upon publication.' *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 713 (1931). Accordingly, '[a]ny prior restraint on expression comes...with a "heavy presumption" against its constitutional validity.' *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971). At the same time, the Supreme Court has cautioned that '[t]he phrase "prior restraint" is not a self-wielding sword. Nor can it serve as a talismanic test.' *Kingsley Books, Inc. v. Brown*, 354 U.S. 436, 441 (1957). We accordingly turn from '[t]he generalization that prior restraint is particularly obnoxious' to a 'more particularistic analysis.' *Id.* at 442.

2 The Supreme Court has treated licensing schemes that act as prior restraints on speech with suspicion because such restraints run the twin risks of encouraging self-censorship and concealing illegitimate abuses of censorial power. See *Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.*, 486 U.S. 750, 759 (1988). As a result, 'even if the government may constitutionally impose content-neutral prohibitions on a particular manner of speech, it may not condition that speech on obtaining a license or permit from a government official in that official's boundless discretion.' *Id.* at 764 (emphasis in original). We follow the lead of the Supreme Court and divide the appropriate analysis into two parts. The threshold question is whether Bernstein is entitled to bring a facial challenge against the EAR regulations. See *id.* at 755. If he is so entitled, we proceed to the second question: whether the regulations constitute an impermissible prior restraint on speech. See *id.* at 769.

A Is Bernstein entitled to bring a facial attack?

3 A licensing regime is always subject to facial challenge⁸ as a prior restraint where it 'gives a government official or agency substantial power to discriminate based on the content or viewpoint of speech by suppressing disfavored speech or disliked speakers,' and has 'a close enough nexus to expression, or to conduct commonly associated with expression, to pose a real and substantial threat of...censorship risks.' *Id.* at 759.

⁴ Because the district court capably detailed the ITAR and EAR regulatory regimes, see Bernstein III, 974 F. Supp. at 1292-96, we present only an overview of the relevant provisions here.

⁵ 'Export,' even as applied to software generally, is defined quite broadly to include any release, including oral exchanges of information and visual inspections, in a foreign country or to a foreign national within the United States. 15 C.F.R. S 734.2(b)(2) & (3).

⁶ Specifically, 15 C.F.R. S 734.2(b)(9)(B)(ii) provides that 'export' includes: downloading or causing the downloading of, such software to locations (including electronic bulletin boards, Internet file transfer protocol, and World Wide Web sites) outside the U.S., or making such software available for transfer outside the United States, over wire, cable, radio, electromagnetic, photo-optical, photoelectric or other comparable communications facilities accessible to persons outside the United States, including transfers from electronic bulletin boards, Internet file transfer protocol and World Wide Web sites, unless the person making the software available takes precautions adequate to prevent unauthorized transfer of such code outside the United States.

⁷ These exceptions allow for export of software that is publicly available, 15 C.F.R. S 734.7(c); results from fundamental research or is educational, 15 C.F.R. SS 734.3(b)(3), 734.8, 734.9; is already available from foreign sources, 15 C.F.R. S 768.1(b); or contains only a de minimis quantity of domestically-derived content, 15 C.F.R. S 734.4(b)(2).

⁸ In using the term 'facial challenge' in the prior restraint context, the Supreme Court has meant two distinct things. First, if entitled to bring a facial challenge, a plaintiff need not apply for a license before challenging the licensing regime. See *Lakewood*, 380 U.S. at 755-56. This is a question of standing. Second, a litigant challenging an enactment on its face champions the rights of those not before the court and thus may attack the statute 'whether or not his conduct could be proscribed by a properly drawn statute.' *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51, 56 (1965); see also *Secretary of State of Md. v. J. H. Munson Co.*, 467 U.S. 947, 957 (1984); *Roulette*, 97 F.3d at 303 n.3. This goes to the scope of the constitutional challenge.

4 The EAR regulations at issue plainly satisfy the first requirement – ‘the determination of who may speak and who may not is left to the unbridled discretion of a government official.’ *Id.* at 763. BXA administrators are empowered to deny licenses whenever export might be inconsistent with ‘U.S. national security and foreign policy interests.’ 15 C.F.R. § 742.15(b). No more specific guidance is provided. Obviously, this constraint on official discretion is little better than no constraint at all. See Lakewood, 486 U.S. at 769-70 (a standard requiring that license denial be in the ‘public interest’ is an ‘illusory’ standard that ‘renders the guarantee against censorship little more than a high-sounding ideal.’). The government’s assurances that BXA administrators will not, in fact, discriminate on the basis of content are beside the point. See *id.* at 770 (presumption that official will act in good faith ‘is the very presumption that the doctrine forbidding unbridled discretion disallows.’). After all, ‘the mere existence of the licensor’s unfettered discretion, coupled with the power of prior restraint, intimidates parties into censoring their own speech, even if the discretion and power are never actually abused.’ *Id.* at 757.

The more difficult issue arises in relation to the second requirement – that the challenged regulations exhibit ‘a close enough nexus to expression.’ We are called on to determine whether encryption source code is expression for First Amendment purposes.⁹

We begin by explaining what source code is.¹⁰ ‘Source code,’ at least as currently understood by computer programmers, refers to the text of a program written in a ‘high-level’ programming language, such as ‘PASCAL’ or ‘C.’ The distinguishing feature of source code is that it is meant to be read and understood by humans and that it can be used to express an idea or a method. A computer, in fact, can make no direct use of source code until it has been translated (‘compiled’) into a ‘low-level’ or ‘machine’ language, resulting in computer-executable ‘object code.’ That source code is meant for human eyes and understanding, however, does not mean that an untutored layperson can understand it. Because source code is destined for the maw of an automated, ruthlessly literal translator – the compiler – a programmer must follow stringent grammatical, syntactical, formatting, and punctuation conventions. As a result, only those trained in programming can easily understand source code.¹¹ Also important for our purposes is an understanding of how source code is used in the field of cryptography. Bernstein has submitted numerous declarations from cryptographers and computer programmers explaining that cryptographic ideas and algorithms are conveniently expressed in source code.¹²

That this should be so is, on reflection, not surprising. As noted earlier, the chief task for cryptographers is the development of secure methods of encryption. While the articulation of such a system in layman’s English or in general mathematical terms may be useful, the devil is, at least for cryptographers, often in the algorithmic details. By utilizing source code, a cryptographer can express algorithmic ideas with precision and methodological rigor that is otherwise difficult to achieve. This has the added benefit of facilitating peer review – by compiling the source code, a cryptographer can create a working model subject to rigorous security tests. The need for precisely articulated hypotheses and formal empirical testing, of course, is not unique to the science of cryptography; it appears, however, that in this field, source code is the preferred means to these ends.

5 Thus, cryptographers use source code to express their scientific ideas in much the same way that mathematicians use equations or economists use graphs. Of course, both mathematical equations and graphs are used in other fields for many purposes, not all of which are expressive. But mathematicians and economists have adopted these modes of expression in order to facilitate the precise and rigorous expression of complex scientific ideas.¹³ Similarly, the undisputed record here makes it clear that cryptographers utilize source code in the same fashion.¹⁴

6 In light of these considerations, we conclude that encryption software, in its source code form¹⁵ and as employed by those in the field of cryptography, must be viewed as expressive for First Amendment purposes, and thus is entitled to the protections of the prior restraint doctrine. If the government required that mathematicians obtain a prepublication license prior to publishing material that included mathematical equations, we have no doubt that such a regime would be subject to scrutiny as a prior restraint. The availability of alternate means of expression, moreover, does not diminish the censorial power of such a restraint – that Adam Smith wrote *Wealth of Nations* without resorting to equations or graphs surely would not justify governmental prepublication review of economics literature that contain these modes of expression.

The government, in fact, does not seriously dispute that source code is used by cryptographers for expressive purposes. Rather, the government maintains that source code is different from other forms of expression (such as blueprints, recipes, and ‘how-to’ manuals) because it can be used

⁹ As an initial matter, we note that the fact that the regulations reach only ‘exports’ does not reduce the burden on Bernstein’s First Amendment rights. It is Bernstein’s right to speak, not the rights of foreign listeners to hear, that we are concerned with here. The government does not argue, nor could it, that being cut off from a foreign audience, as distinguished from a domestic one, does not implicate First Amendment concerns. See *Bullfrog Films, Inc. v. Wick*, 847 F.2d 502, 509 n.9 (9th Cir. 1988). In addition, because the regulations define ‘export’ to include the use of internet fora that may be accessible by foreign nationals, as well as domestic communications with foreign nationals, we think it plain that the regulations potentially limit Bernstein’s freedom of speech in a variety of both domestic and foreign contexts. See *Reno v. American Civ. Lib. Union*, 117 S. Ct. 2329, 2348-49 (1997) (rejecting government argument that restriction of expression on the internet is justified because ample alternative channels of communication exist).

¹⁰ In undertaking this task, we are mindful that computer technology, and the lexicon of terms that accompanies it, is changing rapidly. Nevertheless, because the regulations speak in terms of ‘source code,’ we premise our discussion on the meaning commonly ascribed to this term by the programming community.

¹¹ It must be emphasized, however, that source code is merely text, albeit text that conforms to stringent formatting and punctuation requirements. For example, the following is an excerpt from Bernstein’s Snuffle source code: `for (; ;)(uch=gtchr()); if (!(n & 31)) (for (i=0; i<64; i++) l[ctr[i]] = k[i] + h[n-64+i] Hash512(wm, wl, level, 8); ).` As source code goes, Snuffle is quite compact; the entirety of the Snuffle source code occupies fewer than four printed pages.

¹² Source code’s power to convey algorithmic information is illustrated by the declaration of MIT Professor Harold Abelson: The square root of a number X is the number Y such that Y times Y equals X. This is declarative knowledge. It tells us some thing about square roots. But it doesn’t tell us how to find a square root. In contrast, consider the following ancient algorithm, attributed to Heron of Alexandria, for approximating square roots: To approximate the square root of a positive number X: Make a guess for the square root of X. Compute an improved guess as the average of the guess and X divided by the guess. Keep improving the guess until it is good enough. Heron’s method

doesn’t say anything about what square roots are, but it does say how to approximate them. This is a piece of imperative ‘how to’ knowledge. Computer science is in the business of formalizing imperative knowledge – developing formal notations and ways to reason and talk about methodology. Here is Heron’s method formalized as a procedure in the notation of the Lisp computer language: `(define (sqrtx) (define (good-enough? guess) ((abs ((square guess) x)) tolerance)) (define (improve guess) (average guess (/ x guess))) (define (try guess) (if (good-enough? guess) guess (try (improve guess)))) try 1)`

¹³ We are reminded of at least one occasion in which a judicial thinker resorted to a mathematical equation to express a legal principle. See *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947) (Judge Hand’s famous BPL formula to determine ‘when the absence of a barge or other attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from her moorings.’).

¹⁴ Bernstein’s Snuffle, in fact, provides an illustration of this point. By developing Snuffle, Bernstein was attempting to demonstrate that a one way hash function could be employed as the heart of an encryption method. The Snuffle source code, as submitted by Bernstein to the State Department, was meant as an expression of how this might be accomplished. The Source Code was plainly not intended as a completed encryption product, as demonstrated by the fact that it was incomplete and not in a form suitable for final compiling. The Source Code, in fact, omits the hash function entirely – until combined with such a function and compiled, Snuffle is incapable of performing encryption functions at all. Snuffle was also intended, in part, as political expression. Bernstein discovered that the ITAR regulations controlled encryption exports, but not one-way hash functions. Because he believed that an encryption system could easily be fashioned from any of a number of publicly-available one way hash functions, he viewed the distinction made by the ITAR regulations as absurd. To illustrate his point, Bernstein developed Snuffle, which is an encryption system built around a one-way hash function.

¹⁵ We express no opinion regarding whether object code manifests a ‘close enough nexus to expression’ to warrant application of the prior restraint doctrine. Bernstein’s Snuffle did not involve object code, nor does the record contain any information regarding expressive uses of object code in the field of cryptography.

to control directly the operation of a computer without conveying information to the user. In the government's view, by targeting this unique functional aspect of source code, rather than the content of the ideas that may be expressed therein, the export regulations manage to skirt entirely the concerns of the First Amendment. This argument is flawed for at least two reasons.

7 First, it is not at all obvious that the government's view reflects a proper understanding of source code. As noted earlier, the distinguishing feature of source code is that it is meant to be read and understood by humans, and that it cannot be used to control directly the functioning of a computer. While source code, when properly prepared, can be easily compiled into object code by a user, ignoring the distinction between source and object code obscures the important fact that source code is not meant solely for the computer, but is rather written in a language intended also for human analysis and understanding.

8 Second, and more importantly, the government's argument, distilled to its essence, suggests that even one drop of 'direct functionality' overwhelms any constitutional protections that expression might otherwise enjoy. This cannot be so.¹⁶ The distinction urged on us by the government would prove too much in this era of rapidly evolving computer capabilities. The fact that computers will soon be able to respond directly to spoken commands, for example, should not confer on the government the unfettered power to impose prior restraints on speech in an effort to control its 'functional' aspects. The First Amendment is concerned with expression, and we reject the notion that the admixture of functionality necessarily puts expression beyond the protections of the Constitution.

9 The government also contends that the challenged regulations are immune from prior restraint analysis because they are 'laws of general application' rather than being 'directed narrowly and specifically at expression.' *Lakewood*, 486 U.S. at 760-61. We cannot agree. Because we conclude that source code is utilized by those in the cryptography field as a means of expression, and because the regulations apply to encryption source code, it necessarily follows that the regulations burden a particular form of expression directly.

¹⁶ If it were, we would have expected the Supreme Court to start and end its analysis of David Paul O'Brien's burning of his draft card with an inquiry into whether he was kept warm by the ensuing flames. See *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

¹⁷ The government also argues that the EAR regulations are 'laws of general application' because they are not purposefully aimed at suppressing any particular ideas that may be expressed in source code. With respect to this contention, the panel (including the dissenter) agree that the purpose of the regulations is irrelevant to prior restraint analysis. It is clear that a prior restraint analysis applies equally to content-neutral or content based enactments. See *FW/PBS, Inc. v. Dallas*, 493 U.S. 215, 223 (1990) (plurality opinion of O'Connor, J.) ('Because we conclude that the city's licensing scheme lacks adequate procedural safeguards, we do not reach...whether the ordinance is properly viewed as a content-neutral time, place, and manner restriction...'); *Lakewood*, 486 U.S. at 764 ('[E]ven if the government may constitutionally impose content-neutral prohibitions on a particular manner of speech, it may not condition that speech on obtaining a license or permit from a government official in that official's boundless discretion.') (emphasis in original). Indeed, where unbridled discretion is vested in a governmental official, it is difficult to know whether a licensing regime is content-based or content-neutral. Accordingly, the government's purpose in censoring encryption source code is, at this stage of our First Amendment inquiry, beside the point. In other words, a prepublication licensing regime that has a chilling and censorial effect on expression is properly subject to facial attack as a prior restraint, whatever the purpose behind its enactment. See *Lakewood*, 486 U.S. at 759 (upholding facial attack against newsrack ordinance because of censorial effects, without discussing governmental purpose for enacting the ordinance).

¹⁸ It is at this juncture that we part ways with the dissent. The dissent concedes that source code can be expressive. Nevertheless, the dissent contends that *Bernstein* is not entitled to bring a facial attack against the EAR regulation. This argument, it seems to us, is based on two foundations. First, the dissent conceives of the exchange of source code among scientists as 'conduct.' We disagree. The source code at issue here is text intended for human understanding, albeit in a specialized language. To say that the 'export' of this text is 'conduct' for First Amendment purposes, rather than straightforward scientific 'expression,' is to call into question all distribution and circulation of scientific texts that communicate ideas by using specialized language.

10 The Supreme Court in *Lakewood* explored what it means to be a 'law of general application' for prior restraint purposes. In that case, the Court cited a law requiring building permits as a 'law of general application' that would not be subject to a facial attack as a prior restraint, reasoning that such a law carried 'little danger of censorship,' even if it could be used to retaliate against a disfavored newspaper seeking to build a printing plant. *Id.* at 761. In the Court's view, 'such laws provide too blunt a censorship instrument to warrant judicial intervention prior to an allegation of actual misuse.' *Id.* Unlike a building permit ordinance, which would afford government officials only intermittent and unpredictable opportunities to exercise unrestrained discretion over expression, the challenged EAR regulations explicitly apply to expression and place scientific expression under the censor's eye on a regular basis. In fact, there is ample evidence in the record establishing that some in the cryptography field have already begun censoring themselves, for fear that their statements might influence the disposition of future licensing applications. See, e.g., National Research Council, *Cryptography's Role In Securing The Information Society* 158 (1996) ('Vendors contended that since they are effectively at the mercy of the export control regulators, they have considerable incentive to suppress any public expression of dissatisfaction with the current process.'). In these circumstances, we cannot conclude that the export control regime at issue is a 'law of general application' immune from prior restraint analysis.¹⁷

11 Because the prepublication licensing scheme challenged here vests unbridled discretion in government officials, and because it directly jeopardizes scientific expression, we are satisfied that *Bernstein* may properly bring a facial challenge against the regulations.¹⁸ We accordingly turn to the merits.

B Are the regulations an impermissible prior restraint?

12 '[T]he protection even as to previous restraint is not absolutely unlimited.' *Near*, 283 U.S. at 716. The Supreme Court has suggested that the 'heavy presumption' against prior restraints may be overcome where official discretion is bounded by stringent procedural safeguards. See *FW/PBS*, 493 U.S. at 227 (plurality opinion of O'Connor, J.); *Freedman*

ges. Of course, source code may be functional as well as expressive. We are not persuaded, however, that that fact transmogrifies the distribution of scientific texts from 'expression' into 'conduct' deserving of diminished First Amendment protection. Having cast the question as one relating to 'conduct,' the dissent then takes a second step. Drawing from *Lakeside*, the dissent asks whether the 'conduct'—the exchange of cryptographic source code—is 'commonly associated with expression.' This question the dissent answers in the negative; in other words, the dissent concludes that source code is not used expressively often enough. We find this conclusion somewhat perplexing, as there is nothing in the record to support it. *Bernstein* has introduced extensive expert evidence to support his contention that source code is frequently used for expressive purposes. The government, however, has failed to introduce anything into the record to rebut this evidence. In fact, the government has made it clear that it means to control the export of source code no matter how commonly associated it may be with expression: 'Whatever ideas may be reflected in the software, or the intent of the exporter to convey ideas, the NSA recommends that encryption software be controlled for export solely on the basis of what it does...' Second Lowell Decl., Appellant's Excerpts of Record at 104.

¹⁹ The Supreme Court has also suggested that the presumption against prior restraints may be overcome where publication would directly and imminently imperil national security. See *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 730 (1971) (Stewart, J., joined by White, J., concurring); *Near*, 283 U.S. at 716; see also *United States v. The Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990, 992 (W.D. Wisc. 1979). In order to justify a prior restraint on national security grounds, the government must prove the publication would 'surely result in direct, immediate, and irreparable damage to our Nation or its people.' *New York Times*, 403 U.S. at 730 (Stewart, J., joined by White, J., concurring); see also *id.* at 726-27 (Brennan, J., concurring) (finding that national security is a sufficient interest only where there is 'governmental allegation and proof that publication must inevitably, directly, and immediately cause the occurrence of an event kindred to imperiling the safety of a transport already at sea'); *Burch v. Baker*, 861 F.2d 1149, 1155 (9th Cir. 1988) ('Prior restraints are permissible in only the rarest of circumstances, such as imminent threat to national security.'). The government does not argue that the prior restraint at issue here falls within the extremely narrow class of cases where publication would directly and immediately imperil national security.

v. Maryland, 380 U.S. 51, 58-59 (1965); *Kingsley Books*, 354 U.S. at 442-43; 11126 Baltimore Blvd. v. Prince George's County, 58 F.3d 988, 995 (4th Cir. 1995) (en banc). As our analysis above suggests, the challenged regulations do not qualify for this First Amendment safe harbor.¹⁹ In *Freedman v. Maryland*, the Supreme Court set out three factors for determining the validity of licensing schemes that impose a prior restraint on speech: (1) any restraint must be for a specified brief period of time; (2) there must be expeditious judicial review; and (3) the censor must bear the burden of going to court to suppress the speech in question and must bear the burden of proof.²⁰ See 380 U.S. at 58-60. The district court found that the procedural protections provided by the EAR regulations are 'woefully inadequate' when measured against these requirements. *Bernstein III*, 974 F. Supp. at 1308. We agree.

13 Although the regulations require that license applications be resolved or referred to the President within 90 days, see 15 C.F.R. S 750.4(a), there is no time limit once an application is referred to the President. Thus, the 90-day limit can be rendered meaningless by referral. Moreover, if the license application is denied, no firm time limit governs the internal appeals process. See 15 C.F.R. S 756.2(c)(1) (Under Secretary 'shall decide an appeal within a reasonable time after receipt of the appeal.'). Accordingly, the EAR regulations do not satisfy the first *Freedman* requirement that a licensing decision be made within a reasonably short, specified period of time. See *FW/PBS*, 493 U.S. at 226 (finding that 'a prior restraint that fails to place time limits on the time within which the decisionmaker must issue the license is impermissible'); *Riley v. National Fed. of the Blind*, 487 U.S. 781, 802 (1988) (licensing scheme that permits 'delay without limit' is impermissible); *Vance v. Universal Amusement Co.*, 445 U.S. 308, 315-17 (1980) (prior restraint of indefinite duration is impermissible). The EAR regulatory regime further offends *Freedman*'s procedural requirements insofar as it denies a disappointed applicant the opportunity for judicial review.²¹ See 15 C.F.R. S 756.2(c)(2); *FW/PBS*, 493 U.S. at 229 (plurality opinion of O'Connor, J.) (finding failure to provide 'prompt' judicial review violates *Freedman*); *Freedman*, 380 U.S. at 59 (licensing procedure must assure a prompt final judicial decision).

14 We conclude that the challenged regulations allow the government to restrain speech indefinitely with no clear criteria for review. As a result, *Bernstein* and other scientists have been effectively chilled from engaging in valuable scientific expression. *Bernstein*'s experience itself demonstrates the enormous uncertainty that exists over the scope of the regulations and the potential for the chilling of scientific expression. In short, because the challenged regulations grant boundless discretion to government officials, and because they lack the required procedural protections set forth in *Freedman*, we find that they operate as an unconstitutional prior restraint on speech.²² See *Lakewood*, 486 U.S. at 769-772 (holding that newsrack licensing ordinance was an impermissible prior restraint because it conferred unbounded discretion and lacked adequate procedural safeguards).

C Concluding Comments

We emphasize the narrowness of our First Amendment holding. We do not hold that all software is expressive. Much of it surely is not. Nor need we resolve whether the challenged regulations constitute content-based restrictions, subject to the strictest constitutional scrutiny, or whether they are, instead, content-neutral restrictions meriting less exacting scrutiny. We hold merely that because the prepublication licensing regime challenged here applies directly to scientific expression, vests boundless discretion in government officials, and lacks adequate procedural safeguards, it constitutes an impermissible prior restraint on speech. We will, however, comment on two issues that are entwined with the underlying merits of *Bernstein*'s constitutional claims. First, we note that

insofar as the EAR regulations on encryption software were intended to slow the spread of secure encryption methods to foreign nations, the government is intentionally retarding the progress of the flourishing science of cryptography. To the extent the government's efforts are aimed at interdicting the flow of scientific ideas (whether expressed in source code or otherwise), as distinguished from encryption products, these efforts would appear to strike deep into the heartland of the First Amendment. In this regard, the EAR regulations are very different from content-neutral time, place and manner restrictions that may have an incidental effect on expression while aiming at secondary effects.

Second, we note that the government's efforts to regulate and control the spread of knowledge relating to encryption may implicate more than the First Amendment rights of cryptographers. In this increasingly electronic age, we are all required in our everyday lives to rely on modern technology to communicate with one another. This reliance on electronic communication, however, has brought with it a dramatic diminution in our ability to communicate privately. Cellular phones are subject to monitoring, email is easily intercepted, and transactions over the internet are often less than secure. Something as commonplace as furnishing our credit card number, social security number, or bank account number puts each of us at risk. Moreover, when we employ electronic methods of communication, we often leave electronic 'fingerprints' behind, fingerprints that can be traced back to us. Whether we are surveilled by our government, by criminals, or by our neighbors, it is fair to say that never has our ability to shield our affairs from prying eyes been at such a low ebb. The availability and use of secure encryption may offer an opportunity to reclaim some portion of the privacy we have lost. Government efforts to control encryption thus may well implicate not only the First Amendment rights of cryptographers intent on pushing the boundaries of their science, but also the constitutional rights of each of us as potential recipients of encryption's bounty. Viewed from this perspective, the government's efforts to retard progress in cryptography may implicate the Fourth Amendment, as well as the right to speak anonymously, see *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 115 S. Ct. 1511, 1524 (1995), the right against compelled speech, see *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 714 (1977), and the right to informational privacy, see *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977). While we leave for another day the resolution of these difficult issues, it is important to point out that *Bernstein*'s is a suit not merely concerning a small group of scientists laboring in an esoteric field, but also touches on the public interest broadly defined.

II Scope of Declaratory Relief

The government also challenges the scope of the declaratory relief granted by the district court. The government argues that the relief provided is invalid in two respects: (1) that the relief extends to encryption object code and encryption commodities; (2) that the relief extends to encryption technology. The district held that the Export Administration Regulations, 15 C.F.R. pt. 730 et seq. (1997) and all rules, policies and practices promulgated or pursued thereunder insofar as they apply to or require licensing for encryption and decryption software and related devices and technology are in violation of the First Amendment on the grounds of prior restraint and are, therefore, unconstitutional as discussed above, and shall not be applied to plaintiff's publishing of such items, including scientific papers, algorithms or computer programs. *Bernstein III*, 974 F. Supp. at 1310.

We review the district court's grant of declaratory relief de novo. See *Crawford v. Lungren*, 96 F.3d 380, 384 (9th Cir. 1996); *Ablang v. Reno*, 52 F.3d 801, 803 (9th Cir. 1995).

This inquiry leads us into the uncertain jurisprudence of 'severability.' See generally John Copeland Nagle, *Severability*, 72 N.C. L. REV. 203 (1993). The general principle is clear: '[A] court should refrain from invalidating more of [a] statute than is necessary...' '[W]henver an act of

²⁰ Whether all three *Freedman* factors apply to all prior restraints is the subject of dispute. Compare *FW/PBS*, 493 U.S. at 229-30 (plurality opinion of O'Connor, J.) (finding the government does not bear the burden of going to court to defend its licensing requirement where restrained speakers are likely to challenge the restraint in court) with *id.* at 239 (Brennan, J., concurring in judgment) ('We have never suggested that our insistence on *Freedman* procedures might vary with the particular facts of the prior restraint before us.'). Because we conclude that the EAR regulations fail *Freedman*'s first two procedural requirements, we need not reach the issue of whether the third *Freedman* factor applies in this case.

²¹ As noted earlier, the BXA enjoys essentially unbounded discretion under the EAR regulations in administering the license process. Accordingly, even if the challenged regulations provided for judicial

review, the lack of explicit limits on the decisionmaker's discretion would likely make such review meaningless. In this sense, the presence of unbounded discretion itself may be considered fatal for purposes of prior restraint review. See *Lakewood*, 486 U.S. at 769-70 (striking down a licensing scheme where the mayor could merely claim that the license 'is not in the public interest' when denying a permit application).

²² Our conclusion relating to the Source Code also resolves the status of the regulations as applied to the Instructions. Because the Instructions are essentially a translation of the Source Code into English, they are, if any thing, nearer the heartland of the First Amendment. Consequently, to the extent the challenged regulations are unconstitutional as applied to the Source Code, they necessarily are unconstitutional as applied to the Instructions.

Congress contains unobjectionable provisions separable from those found to be unconstitutional, it is the duty of this court to so declare, and to maintain the act in so far as it is valid.” *Alaska Airlines, Inc. v. Brock*, 480 U.S. 678, 684 (1987) (quoting *Regan v. Time, Inc.*, 468 U.S. 641, 652 (1984)); see also *National Collegiate Athletic Ass’n v. Miller*, 10 F.3d 633, 640 (9th Cir. 1993). The applicable legal standard has also been oft repeated: “[u]nless it is evident that the Legislature would not have enacted those provisions which are within its power, independently of that which is not, the invalid part may be dropped if what is left is fully operative as a law.” *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 108 (1976) (per curiam); accord *NCAA v. Miller*, 10 F.3d at 640. Thus, in the general case, severability analysis properly focuses on legislative intent. See *Alaska Airlines, Inc.*, 480 U.S. at 685.

This case, however, is not the general case. First, the challenged enactment here is a regulation, rather than a statute. As a result, we cannot look to the usual public sources to determine the intentions of the drafters. Nevertheless, we agree with the government that the EAR regulations can be conceptually severed into component parts governing commodities, software, and technology. We also assume that the Department of Commerce, even if barred from imposing prepublication licensing on encryption source code, would have enacted regulations controlling the export of encryption commodities, object code, and technology. But while the district court may have erred in treating software and commodities as the same item, the integrated structure of the regulations does not permit us to sever the various provisions in the manner requested by the government. To sever the unconstitutional portion of the regulations, we would have to line edit individual sections, deleting or modifying the definition of ‘software’ while retaining ‘commodities’ and ‘technology.’ We would then have to redefine general terms such as ‘items’ which refer collectively to commodities, software, and technology. We have neither the power nor the capacity to engage in line by line revisions of the challenged regulations or to redefine terms within the regulations. See *Hill v. Wallace*, 259 U.S. 44, 70-71 (1922); *American Booksellers Ass’n v. Hudnut*, 771 F.2d 323, 332-33 (7th Cir. 1985). To do so would be to improperly invade the province reserved to the Executive. Accordingly, we affirm the district court’s grant of declaratory relief.

Conclusion

Because the prepublication licensing regime challenged by Bernstein applies directly to scientific expression, vests boundless discretion in government officials, and lacks adequate procedural safeguards, we hold that it constitutes an impermissible prior restraint on speech. We decline the invitation to line edit the regulations in an attempt to rescue them from constitutional infirmity, and thus endorse the declaratory relief granted by the district court.

AFFIRMED.

BRIGHT, Circuit Judge, separately concurring

I join Judge Fletcher’s opinion. I do so because the speech aspects of encryption source code represent communication between computer programmers. I do, however, recognize the validity of Judge Nelson’s view that encryption source code also has the functional purpose of controlling computers and in that regard does not command protection under the First Amendment. The importance of this case suggests that it may be appropriate for review by the United States Supreme Court.

T.G. NELSON, Circuit Judge, Dissenting

Bernstein was not entitled to bring a facial First Amendment challenge to the EAR, and the district court improperly granted an injunction on the basis of a facial challenge. I therefore respectfully dissent. The basic error which sets the majority and the district court adrift is the failure to fully recognize that the basic function of encryption source code is to act as a method of controlling computers. As defined in the EAR regulations, encryption source code is ‘[a] precise set of operating instructions to a computer, that when compiled, allows for the execution of an encryption function on a computer.’ 15 C.F.R. pt. 722. Software engineers generally do not create software in object code—the series of binary digits (1’s and 0’s)—which tells a computer what to do because it would be enormously difficult, cumbersome and time-consuming. Instead, software engineers use high-level computer programming languages such as ‘C’ or ‘Basic’ to create source code as a shorthand method for telling the computer to perform a desired function. In this respect, lines of source code are the building blocks or the tools used to create an encryption machine. See e.g., *Patrick Ian Ross, Bernstein v. United States Department of State*, 13 Berkeley Tech. L.J. 405, 410-11 (1998) (‘[E]lectronic source code that is ready to compile merely needs a few keystrokes to generate object code—the equivalent of flipping an ‘on’ switch. Code used for this purpose can fairly easily

be characterized as “essentially functional”’); Pamela Samuelson et al., *A Manifesto Concerning Legal Protection of Computer Programs*, 94 Colum. L. Rev. 2308, 2315-30 (1994) (‘[P]rograms are, in fact, machines (entities that bring about useful results, i.e., behavior) that have been constructed in the medium of text (source code and object code).’). Encryption source code, once compiled, works to make computer communication and transactions secret; it creates a lockbox of sorts around a message that can only be unlocked by someone with a key. It is the function or task that encryption source code performs which creates its value in most cases. This functional aspect of encryption source code contains no expression; it is merely the tool used to build the encryption machine.

This is not to say that this very same source code is not used expressively in some cases. Academics, such as Bernstein, seek to convey and discuss their ideas concerning computer encryption. As noted by the majority, Bernstein must actually use his source code textually in order to discuss or teach cryptology. In such circumstances, source code serves to express Bernstein’s scientific methods and ideas.

While it is conceptually difficult to categorize encryption source code under our First Amendment framework, I am still inevitably led to conclude that encryption source code is more like conduct than speech. Encryption source code is a building tool. Academics and computer programmers can convey this source code to each other in order to reveal the encryption machine they have built. But, the ultimate purpose of encryption code is, as its name suggests, to perform the function of encrypting messages. Thus, while encryption source code may occasionally be used in an expressive manner, it is inherently a functional device.

We are not the first to examine the nature of encryption source code in terms of First Amendment protection. Judge Gwin of the United States District Court for the Northern District of Ohio also explored the function versus expression conundrum of encryption source code at some length in *Junger v. Daley*, 8 F. Supp. 2d 708 (N.D. Ohio 1998). Junger, like Bernstein, is a professor, albeit a law professor, who wished to publish in various forms his work on computers, including a textbook, *Computers and the Law*. The book was determined by the Government to be subject to export without a license, but his software programs were determined to come within the licensing provisions of the EAR. In the course of rejecting Junger’s claims, the court said:

Like much computer software, encryption source code is inherently functional; it is designed to enable a computer to do a designated task. Encryption source code does not merely explain a cryptographic theory or describe how the software functions. More than describing encryption, the software carries out the function of encryption. The software is essential to carry out the function of encryption. In doing this function, the encryption software is indistinguishable from dedicated computer hardware that does encryption.

In the overwhelming majority of circumstances, encryption source code is exported to transfer functions, not to communicate ideas. In exporting functioning capability, encryption source code is like other encryption devices. For the broad majority of persons receiving such source code, the value comes from the function the source code does. *Id.* at 716.

The Junger decision thus adds considerable support for the propositions that encryption source code cannot be categorized as pure speech and that the functional aspects of encryption source code cannot be easily ignored or put aside.

Both the district court and the majority hold that because source code can be used expressively in some circumstances, Bernstein was entitled to bring a facial challenge to the EAR. Such an approach ignores the basic tenet that facial challenges are inappropriate ‘unless, at a minimum, the challenged statute “is directed narrowly and specifically at expression or conduct commonly associated with expression.”’ *Roulette v. City of Seattle*, 97 F.3d 300, 305 (9th Cir. 1996) (quoting *City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.*, 486 U.S. 750, 760 (1988)). That encryption source code may on occasion be used expressively does not mean that its export is ‘conduct commonly associated with expression’ or that the EAR regulations are directed at expressive conduct. See *id.* at 303 (‘The fact that sitting can possibly be expressive, however, isn’t enough to sustain plaintiffs’ facial challenge.’); see also *Junger*, 8 F. Supp. 2d at 718 (‘[T]he prior restraint doctrine is not implicated simply because an activity may on occasion be expressive.’).

The activity or conduct at issue here is the export of encryption source code. As I noted above, the basic nature of encryption source code lies in its functional capacity as a method to build an encryption device. Export of encryption source code is not conduct commonly associated with expression. Rather, it is conduct that is normally associated with providing other persons with the means to make their computer messages secret. The overwhelming majority of people do not want to talk about the source code and are not interested in any recondite message that may be contained in encryption source code. Only a few people can

actually understand what a line of source code would direct a computer to do. Most people simply want to use the encryption source code to protect their computer communications. Export of encryption source code simply does not fall within the bounds of conduct commonly associated with expression such as picketing or handbilling. See *Roulette*, 97 F.3d at 303-04.

Further, the EAR regulates the export of encryption technology generally, whether it is software or hardware. See 15 C.F.R. S 742.15; *Junger*, 8 F. Supp. 2d at 718 ('The Export Regulations do not single out encryption software.'). These regulations are directed at preventing the functional capacity of any encryption device, including its source code, from being exported without a government license. The EAR is not specifically directed towards stifling the expressive nature of source code or Bernstein's academic discussions about cryptography. This is demonstrated by the fact that the regulations do not object to publication in printed form of learned articles containing source code. See 15 C.F.R. S 734.3. Thus, the EAR is generally directed at non-expressive conduct – the export of source code as a tool to make messages secret and impervious to government eavesdropping capabilities.

Because this is a law of general application focused at conduct, Bernstein is not entitled to bring a facial challenge. The district court's injunction based upon the finding of a facial prior restraint is thus impermissible. This is not to say that Bernstein's activities would not be entitled to First Amendment protection, but that the legal path chosen to get that protection must be the correct one. We should be careful to 'entertain[] facial freedom-of-expression challenges only against statutes that, "by their terms", sought to regulate "spoken words," or patently "expressive or communicative conduct."' *Roulette*, 97 F.3d at 303 (citing *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 612-13 (1973)). Bernstein may very well have a claim under an as-applied First Amendment analysis; however, such a claim must be left to the district court's determination in the first instance. Here, the district court did not rule on Bernstein's as-applied claims. I would therefore vacate the district court's injunction and remand for consideration of Bernstein's as-applied challenges to the EAR. Accordingly, I respectfully dissent.

Noot

Lodewijk F. Asscher



1 Aanleiding tot bovenstaand geding is het Amerikaanse exportverbod voor verleutelingssoftware ofwel encryptie. Export zonder vergunning is verboden, en als export geldt iedere publicatie die de mogelijkheid open laat van actieve of passieve toegang voor een buitenlander binnen of buiten de Verenigde Staten. Het exportverbod leidt al jaren tot fel debat tussen voor- en tegenstanders van de vrije verspreiding van encryptie. De zogenaamde *cryptowar* wordt gevoerd tussen de veiligheidsdiensten en opsporingsautoriteiten enerzijds en de computerindustrie en de mensenrechtenorganisaties anderzijds. De eersten vrezen niet meer alle communicatie van pedofielen, terroristen en andere boeven te kunnen aftappen als die de beschikking krijgen over sterke versleutelingsprogramma's. De softwareproducenten zijn juist bang achterop te raken in de internationale concurrentieslag als gevolg van het verbod. De mensenrechtenorganisaties strijden voor het recht van een ieder zijn communicatie te beschermen.

2 Daniel Bernstein is hoogleraar wiskunde aan de universiteit van Illinois, Chicago. Als student ontwikkelde Bernstein een encryptie-methode en doopte die 'Snuffle'. De methode legde hij neer in twee computerprogramma's. Deze programma's zijn geschreven in computertaal C, zogenaamde *source code* of broncode. Later schreef hij ook een gebruiksaanwijzing in het Engels. De Amerikaanse overheid deelde Bernstein desgevraagd mee dat hij voor publicatie van Snuffle een vergunning nodig had. Immers, Snuffle was munitie op grond van de *International Traffic in Arms Regulations* en viel onder het exportverbod.

3 Bernstein bracht de zaak voor de rechter waarbij hij de grondwettelijkheid van de exportregels bestreed. Zijn beroep op het *first amendment* slaagde eerst bij de *District Court* en nu bij het *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, het Hof dat onder andere jurisdictie heeft over *Silicon Valley*.

4 Bernstein voert aan dat de exportregels een ontoelaatbare voorafgaande beperking (*impermissible prior restraint*) op de uitingsvrijheid vormen en daarmee in strijd zijn met het *first amendment*. Voorafgaande beperkingen kunnen leiden tot zelf-censuur en verborgen misbruik door de vergunninggevende instantie. Indien een systeem van vergunningen een overheidsinstantie de mogelijkheid geeft tussen uitingen te discrimineren op grond van inhoud of spreker en indien de beperking in voldoende nauw verband staat met expressie om gevaar van censuur te veroorzaken, is er sprake van een voorafgaande beperking met de grondwettelijke schijn tegen. Aan de eerste voorwaarde is in deze zaak reeds voldaan aangezien er geen sprake is van reële controle op de instanties die de exportvergunningen verlenen (r.o A4, p. 281).

5 De belangrijkste rechtsvraag is hier: is de broncode voor encryptie 'expressie' in de zin van het *first amendment*? Broncode is de tekst van een programma in een hoge programmeertaal, het hart van een programma. Objectcode daarentegen is bedoeld voor het uitvoeren van een programma, en is binair weergegeven (in nullen en enen). Het Hof analyseert in vijf stappen in hoeverre *source code* geldt als uiting in de zin van het *first amendment* (r.o. A4, A5, p. 281).

- i) Broncode is specifiek bedoeld om gelezen en begrepen te worden door mensen.
- ii) Broncode kan niet direct gebruikt worden om een computer te besturen (daarvoor moet het eerst vertaald worden in objectcode).
- iii) Voor het schrijven van broncode gelden strenge regels van grammatica, syntax en interpunctie waardoor alleen program-

meurs die de betreffende programmeertaal beheersen de broncode kunnen lezen.

iv) Broncode wordt in de cryptografie gebruikt om ideeën met betrekking tot algoritmes weer te geven.

v) Cryptografie is niet de enige wetenschap waar de behoefte bestaat aan grote precisie bij het formuleren en testen van hypothesen. Zoals wiskundigen vergelijkingen nodig hebben, zoals economen zich beroepen op grafieken, zo maken cryptografen gebruik van broncode om hun ideeën te uiten. Daaraan doet niet af dat er ook alternatieve communicatiemiddelen waren. Volgens het Hof is broncode—zoals het wordt gebruikt door cryptografen—een uiting in de zin van het *first amendment*.

6 Het tegenargument van de regering is dat broncode anders is dan andere uitingen, aangezien het kan worden gebruikt om direct een computer te besturen. Dit argument gaat volgens het Hof om twee redenen niet op. Ten eerste is broncode vooral geschreven voor menselijke analyse en begrip. Ten tweede is het niet zo dat 'one drop of direct functionality' een uiting buiten de constitutionele bescherming plaatst. Dan merkt het Hof op dat dit des te meer geldt nu de technologische ontwikkelingen zorgen voor steeds meer computermogelijkheden waarbij de scherpe grens tussen expressie en functie ook niet altijd te trekken is. Het Hof erkent hiermee de invloed en gevolgen van technologische veranderingen op het *first amendment*. Hins acht software beschermd door artikel 7 lid 3 Grondwet en 10 EVRM indien zo'n programma tot doel heeft informatie toegankelijk te maken (A.W. Hins, 'Gedachten en gevoelens over de elektronische snelweg' in: *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Publicaties van de Staatsrechtkring, nr. 11, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 31-32). Me dunkt dat ook programma's die informatie juist ontoegankelijk maken in sommige gevallen op grond van dezelfde redening beschermd zullen zijn.

7 Kortom: de exportverboden zijn een voorafgaande beperking op de uitingsvrijheid. Die beperking is ontoelaatbaar aangezien de procedurele waarborgen in het vergunningensysteem volstrekt ontoereikend zijn (r.o. B12-B14, p. 282-283). Dat maakt de exportregels ongrondwettelijk maar, zo merkt het Hof nadrukkelijk op, met deze uitspraak is niet beoogd alle software onder het *first amendment* te brengen.

8 Het Hof wijst er nog op dat de pogingen van de overheid om de verspreiding van kennis over encryptie te beheersen veel meer raken dan alleen de uitingsvrijheid van cryptografen. Hier raakt het Hof een snaar die ook in Nederland gevoelig is. Immers, zo merkt het Hof op, alle nieuwe technologie heeft er voor gezorgd dat we geheel afhankelijk zijn van techniek voor onze communicatie en dat we daarbij steeds minder privacy hebben: 'it is fair to say that never has our ability to shield our affairs from prying eyes been at such a low ebb.' Encryptie biedt ons de mogelijkheid iets van die verloren privacy terug te winnen en daarom hebben de exportverboden implicaties voor ons allen als 'potential recipients of encryption's bounty'. Hier zijn in het geding het recht anoniem te uiten, het recht tegen gedwongen uitingen, het recht op informatiele privacy en het *fourth amendment* dat ziet op huiszoeking en communicatiegeheim. In Nederland is de 'Commissie digitale grondrechten' belast met de opdracht te adviseren over een aanpassing van de Grondwet met het oog op de technologische turbulentie (Besluit van 23 februari 1999, *Stb.* 1999, 101). In de *Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg* gaf de regering reeds aan dat encryptie wat haar betreft vrij moet blijven (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 880 nrs. 1-2, p. 10). Wellicht moet de vrijheid om de eigen communicatie te beschermen nu ook een constitutionele basis krijgen.

9 De laatste stand van zaken in de VS is dat een voorstel is ingediend waarin de exportverboden (grotendeels) worden opgeheven. De strijd lijkt zich in de VS kortom te ontwikkelen in het voordeel van de cryptovrijheid. Tegelijkertijd is echter een voorstel in omloop dat de overheid in staat stelt om sleutels die zich bij derden bevinden op te eisen teneinde geëncrypteerde communicatie te kunnen ontcijferen. Even afwachten dus of er nu cryptovrede komt of dat slechts sprake is van een Pyrrusoverwinning voor Bernstein. Het *Department of Commerce* heeft een *rehearing* aangevraagd.

Hof Den Haag 6 mei 1999

Rolnr.: 97/669 Rolnr. rb.: 9511319

Het gerechtshof te 's-Gravenhage, kamer MC-5 heeft het volgende arrest gewezen in de zaak van:

Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten **SENA**, gevestigd te Hilversum, appellante, verweerder in het incidenteel appèl, procureur: jhr mr J.L.R.A. Huydecoper,

tegen

Stichting Nederlandse Omroep Stichting (**NOS**), gevestigd te Hilversum, geïntimeerde, incidenteel appellante, procureur: mr E. Grabandt, advocaat: mr R.S. Le Poole (Amsterdam).

Het geding

1 Appellante, hierna ook aangeduid als **SENA**, is in hoger beroep gekomen van de door de rechtbank te 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnissen van 7 augustus 1996 en 16 april 1997.

2 Bij memorie van grieven heeft **SENA** naast een algemene grief, 10 grieven tegen beide vonnissen aangevoerd met conclusie tot vernietiging daarvan voorzover daarbij de vorderingen van **SENA** zijn toegewezen, en om, in zoverre opnieuw rechtdoende:

1.a vast te stellen dat de geïntimeerde over de periode ingaande 1 juli 1993 en tot en met 31 december 1997 aan appellante verschuldigd is, ten titel van billijke vergoeding als bedoeld in art. 7 WNR, een bedrag, berekend naar de volgende maatstaf:

- f3.500,- per uur voor de uitzending, in enig onder verantwoordelijkheid van de geïntimeerde uitgezonden omroepprogramma dat door middel van het landelijke televisienetwerk via de televisie wordt uitgezonden, van muziek vastgelegd op commerciële fonogrammen (en wel ongeacht de mogelijkheid dat een deel van de betreffende fonogrammen buiten de werkingssfeer van de WNR valt); alsmede

- f350,- per uur van de uitzending, als zoëven hiervoor bedoeld, via een radiozender, met bepaling dat de hier verschuldigde vergoeding jaarlijks per 1 januari wordt geïndexeerd aan de hand van de ontwikkeling van de CPI prijsindex (gehele bevolking) over het daaraan voorafgaande kalenderjaar; 1.b de geïntimeerde te veroordelen om, aan de hand van de sub 1.a gevorderde maatstaf, met de appellante af te rekenen door telkens binnen één maand na het einde van ieder kalenderkwartaal, de over het afgelopen kwartaal verschuldigd geworden billijke vergoeding, verminderd met reeds betaalde voorschotten, aan appellante te betalen; 2 de geïntimeerde te veroordelen in de kosten van beide instanties, 3 het te wijzen arrest te verklaren uitvoerbaar bij voorraad, zonder borgtocht.

De afkorting WNR staat voor Wet op de naburige rechten. Grief 10 behelst een vermeerdering van eis.

3 Bij memorie van antwoord heeft geïntimeerde, hierna ook aangeduid als de NOS, de grieven bestreden. Zij heeft zich verzet tegen de eisvermeerdering. Van haar kant heeft de NOS, incidenteel appellerend, acht grieven tegen de genoemde vonnissen van de rechtbank aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging daarvan en vaststelling van de billijke vergoeding over 1995 op een bedrag van f700.000,-, althans op een door het gerechtshof in goede justitie te bepalen bedrag, met veroordeling van **SENA** in de kosten van beide instanties.

4 **SENA** heeft de grieven in het incidenteel appèl bestreden.

5 Partijen hebben ter zitting hun standpunten doen bepleiten, **SENA** door haar procureur en de NOS door haar advocaat. Bij die gelegenheid hebben beide partijen producties in het geding gebracht, **SENA** bij akteverzoek. Onder overlegging van de processtukken, waaronder de pleitaantekeningen, hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

In het principaal en incidenteel appèl

6 Het verzet van de NOS tegen de vermeerdering van eis heeft niet op de wettelijk voorgeschreven wijze plaatsgevonden. Om die reden kan

daarop niet worden ingegaan. Het hof zal uitgaan van de vermeerderde eis.

Door de grieven in het principaal en incidenteel hoger beroep wordt het geschil in volle omvang aan het oordeel van het hof onderworpen.

7 De door de rechtbank in haar vonnis van 7 augustus 1996 onder 1 vastgestelde feiten zijn niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

8 Ook in hoger beroep staat de vraag centraal op welke wijze de billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7, lid 1 WNR, moet worden vastgesteld die de NOS verschuldigd is aan **SENA**, de representatieve rechtspersoon als bedoeld in artikel 15, lid 1 WNR, wegens het uitzenden door de NOS en de door haar vertegenwoordigde andere publieke omroepen van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen of reproducties daarvan.

9 Uit de hierboven onder 2 weergegeven eis van **SENA** blijkt dat **SENA** wenst dat voor het berekenen van de billijke vergoeding een formule wordt gehanteerd waarvan de factoren zijn:

- (a) het aantal uren gedurende welke muziek ten gehore wordt gebracht door middel van
- (b) uitzending door landelijk televisienetwerk of radiozender
- (c) vermenigvuldigd met een bedrag per televisie-uur of radio-uur.

10 Uit de hierboven onder 3 omschreven vordering van de NOS blijkt dat zij de billijke vergoeding vastgesteld wenst te zien op een vast bedrag.

Het begrip 'billijke vergoeding' in de WNR en de Europese context

11 Het hof constateert dat de wet vrijwel geen enkel aanknopingspunt biedt voor de bepaling van de billijke vergoeding. Het enige dat de wet in artikel 7 zegt is dat de producent van het fonogram en de uitvoerende kunstenaar voor het uitzenden of op andere wijze openbaar maken van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan aanspraak kunnen maken op een billijke vergoeding. Factoren die daarvoor bepalend zijn, worden in het geheel niet genoemd.

12 Artikel 8 lid 2 van Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (Pb. L 346/61), bepaalt dat de Lid-Staten een recht instellen 'om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt voor uitzending via de ether of voor enige mededeling aan het publiek, en dat deze vergoeding wordt verdeeld tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen.'

Het hof stelt vast dat de wetgever het niet nodig heeft geoordeeld artikel 7 WNR in verband met deze Richtlijn te wijzigen. Kennelijk – en naar het hof voorkomt: terecht – is de wetgever ervan uitgegaan dat de genoemde bepaling van de Richtlijn niet meer verlangt dan wat al in artikel 7 lid 2 WNR besloten ligt.

13 Ook de Richtlijn brengt de oplossing van het probleem in de onderhavige procedure niet naderbij. Genoemde bepaling van de Richtlijn noch de considerans geven concrete aanwijzingen voor de bepaling van de billijke vergoeding.

14 Uit de Richtlijn kan het hof niet anders afleiden dan dat de aanspraak op een billijke vergoeding is geharmoniseerd doch dat vooralsnog geen harmonisatie is nagestreefd van de wijze waarop de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld. De consequentie hiervan is dat de wijzen waarop de billijke vergoeding wordt bepaald, per Staat uiteen mogen en kunnen lopen. Uit de door partijen over de situatie in het buitenland verstrekte gegevens blijkt dat het laatste feitelijk het geval is. Het betekent voorts dat opvattingen van de nationale wetgever over de billijke vergoeding een rol kunnen (blijven) spelen.

De parlementaire geschiedenis

15 De Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp 'Regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties en wijziging van de Auteurswet 1912 (Wet op de naburige rechten)' [Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 21 244, nr. 3] leert dat de WNR in het bijzonder strekt tot uitwerking van het in 1961 te Rome gesloten Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182). Voorts wordt met de wet beoogd uitvoering te geven aan de in 1971 te Genève gesloten Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (Trb. 1986, 183).

16 De Memorie van Toelichting vermeldt voorts onder meer (pagina 12): Aanvankelijk heeft de Nederlandse regering zich op het standpunt gesteld dat toetreding tot het Verdrag van Rome niet aangewezen was. Overwogen werd dat van toetreding ernstige financiële gevolgen voor het omroepbudget en in verband daarmee verhoging van de omroepbijdrage gevreesd moesten worden. Een ander argument was dat een groot gedeelte van de te ontvangen gelden naar buitenlandse rechthebbenden zou wegvloeien, aangezien de Nederlandse muziekimport groter is dan de -export.

17 In de Memorie van Toelichting wordt gewag gemaakt van hoorzittingen die onder meer de volgende gegevens opleverden (pagina 2-3):

- Naar het oordeel van de gehoorde organisaties van rechthebbenden kan de totale opbrengst van de aan de rechthebbenden verschuldigde vergoedingen worden geschat op een bedrag van ongeveer 12 miljoen gulden per jaar, welk bedrag na ongeveer 10 jaren bereikt zal worden.

- De financiële gevolgen voor de omroep zullen naar verwachting voorlopig niet afwijken van het bedrag dat thans reeds op vrijwillige basis wordt betaald aan de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers (NVPI) voor het gebruik van fonogrammen door de omroep (600.000 gulden per jaar, oplopend in tien jaren tot 1 mln. gulden.)

- Door de verlegenwoordigers van de gehoorde organisaties werd een onderscheid gemaakt tussen de opbrengst die het gevolg zou kunnen zijn van toetreding tot het Verdrag en de opbrengst die het gevolg zou kunnen zijn van hetgeen naast het bepaalde in het Verdrag aan secundaire rechten met betrekking tot beeld dragers zou moeten worden toegekend in de nationale regeling. Deze bedragen zijn respectievelijk ongeveer 8 miljoen gulden en 4 miljoen gulden. Het bedrag van 8 miljoen gulden werd door de vertegenwoordigers van de rechthebbenden als volgt nader onderverdeeld:

- Omroepen f1.000.000,-
- Lokale omroep en bijvoorbeeld concertzender f200.000,-
- Zieken-, bejaarden-, kerkomroepen f100.000,-
- Kabeluitzendingen van buitenlandse omroeporganisaties f100.000,-
- Abonnee-TV en abonnee-radio f1.300.000,-
- Achtergrondmuziek in winkels, ateliers, fabrieken, werkplaatsen, vliegvelden f1.750.000,-
- Horeca, discotheken f1.750.000,-
- Sportvelden, tentoonstellingen en andere evenementen en manifestaties, vliegtuigen f1.500.000,-
- PTT-hitline f200.000,-

Bij de hierboven genoemde bedragen moet worden aangetekend dat het hier alleen gaat om schattingen, hetgeen nog te meer klemt nu in artikel 32 van het wetsvoorstel een beperking in de tijd is opgenomen. De hoogte van de vergoedingen die door de verschillende categorieën betalingsplichtigen zullen moeten worden voldaan, zal in beginsel in contractuele onderhandelingen tussen [organisaties van] rechthebbenden en gebruikers worden vastgesteld.

- Het percentage van de opbrengst, dat aan buitenlandse rechthebbenden toekomt, wordt geschat tussen de 50% en 80%. Vertegenwoordigers van rechthebbenden hebben evenwel erop gewezen dat er naar hun stellige verwachting overeenkomsten met buitenlandse organisaties van rechthebbenden zullen worden gesloten, die ertoe zullen leiden dat het grootste deel van de aan buitenlandse rechthebbenden toekomende vergoedingen in Nederland kan blijven.

18 Daarop volgt onmiddellijk de passage waarin wordt aangegeven waarom de regering tot herziening van het oorspronkelijke standpunt is gekomen (pagina 3):

Op basis van dit onderzoek en de resultaten van de hoorzittingen heeft de regering in het aanvankelijk met betrekking tot de toetreding tot het Verdrag van Rome ingenomen standpunt herzien. Hieraan ligt de overweging ten grondslag dat noch het in het verleden met betrekking tot de omroep aangevoerde argument van financiële aard noch de tijdens de hoorzittingen door de gebruikers geuite bezwaren van zodanig gewicht zijn dat het oorspronkelijke standpunt gehandhaafd moet blijven.

19 Uit deze passages blijkt enerzijds dat de regering aanvankelijk niet wenste toe te treden tot het Verdrag van Rome mede vanwege de vrees voor 'ernstige financiële gevolgen voor het omroepbudget en in verband daarmee verhoging van de omroepbijdrage', en anderzijds dat de regering dit standpunt (mede) heeft herzien wegens het bij de hoorzitting naar boven gekomen gegeven dat de financiële gevolgen voor de omroep naar verwachting voorlopig niet zullen afwijken van het bedrag dat thans reeds op vrijwillige basis wordt betaald aan de NVPI.

In dit verband kan ook nog gewezen worden op de Brief van de Ministers van Justitie en van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur [Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19 435, nr. 1, pagina 3] welke de volgende passage bevat:

Tegelijkertijd werd een andere onzekerheid opgehelderd. De NOS betaalt reeds vele jaren op vrijwillige basis aan de NVPI jaarlijks een

vergoeding voor het gebruik van fonogrammen door de omroep. In de herfst van 1984 bleek mondeling overeenstemming tussen de NOS en NVPI te bestaan over een nieuw, tienjarig contract, waarbij de vergoeding naburige rechten en secundaire rechten van uitvoerende kunstenaars en fonogramproducenten zou betreffen. Het nieuwe contract zou voor de omroep geen noemenswaardige financiële gevolgen hebben (boven het tot nu toe betaalde bedrag van f600.000). Hieruit bleek dat een toekenning van secundaire rechten in verband met het gebruik van fonogrammen geen verdere nadelige financiële gevolgen voor de omroep zou hebben.

20 Vermelding verdient verder hetgeen de regering in de Memorie van Toelichting opmerkt onder het kopje 'Gevolgen voor de sociaal-economische ontwikkeling en voor bedrijfsleven, burgers en non-profit-instellingen' (pagina 8):

Voor de gebruikers van de beschermde prestaties (bijvoorbeeld horecagelegenheden) betekent het onderhavige wetsvoorstel dat voor bepaalde vormen van gebruik een vergoeding zal worden betaald, hetgeen voor hen een extra kostenpost zal vormen. Dit geldt in het bijzonder voor het gebruik bedoeld in artikel 6 (thans 7, hof) van het wetsvoorstel. In het kader van de onderhandelingen over deze vergoedingen zou de mogelijkheid aan de orde kunnen worden gesteld om de hoogte van de tarieven geleidelijk op te bouwen.

In dit kader is ook van belang wat de regering antwoordde op de vraag van leden van de PvdA-fractie in hoeverre er gevaar bestaat dat de geschatte financiële consequenties van het wetsontwerp hoger zullen uitvallen [Memorie van Antwoord (Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 244, nr. 6, pagina 6-7)]:

Het bedrag van 12 miljoen gulden waarop de totale opbrengst van de aan de rechthebbenden verschuldigde vergoedingen wordt begroot, is slechts een schatting. Uiteindelijk zullen de door de verschillende categorieën betalingsplichtigen verschuldigde vergoedingen moeten worden vastgesteld in contractuele onderhandelingen. Het risico dat dit bedrag hoger of lager zal uitvallen is -vanzelfsprekend- niet geheel uit te sluiten. Het ligt in de rede dat de door de organisaties van rechthebbenden genoemde bedragen uitgangspunt zullen zijn voor de onderhandelingen.

Van gewicht is bovendien de volgende passage in de Memorie van Antwoord, pagina 30:

De leden van de SGP-fractie vroegen welke garanties bestaan dat de in het eerste lid bedoelde representatieve rechtspersoon (thans artikel 15 lid 1) de eerste jaren zal matigen in zijn onderhandelingen met de muziekgebruikers.

Vooropgesteld dient te worden dat voor het secundair gebruik van commerciële fonogrammen een billijke vergoeding verschuldigd is. Dit zal het uitgangspunt zijn van de onderhandelingen tussen de rechtspersoon, bedoeld in art. 14 (thans artikel 15, hof), en de betalingsplichtigen. Het ligt in de rede dat deze organisatie in de onderhandelingen met redelijke tariefvoorstellen zal komen, aangezien het niet in het belang van rechthebbenden is indien vanwege excessief hoge tariefvoorstellen geen overeenstemming kan worden bereikt over de te betalen vergoedingen. Overigens geldt hetzelfde voor betalingsplichtigen, van wie verwacht mag worden dat zij constructief meewerken aan de totstandkoming van billijke vergoedingsafspraken. Zoals op blz. 8 van de memorie van toelichting is opgemerkt, kan in de onderhandelingen een geleidelijke opbouw van de vergoedingen, in die zin dat de uiteindelijk afgesproken vergoedingshoogte na een bepaalde tijd wordt bereikt, worden voorgesteld. Dit is evenwel een kwestie die speelt tussen de incasso-organisatie en betalingsplichtigen. Garanties terzake zijn niet aanwezig en kunnen ook niet gegeven worden aangezien dit zal afhangen van het verloop van de onderhandelingen.

21 Kort samengevat komen de uitlatingen van de regering erop neer dat de regering ervan uit is gegaan dat de WNR voor de omroepen geen ernstige financiële gevolgen zou hebben, dat onderhandelingen tussen rechthebbenden en betalingsplichtigen als vertrekpunt zouden nemen de bedragen die door de organisaties tijdens de hoorzittingen zijn genoemd en dat de omroepen naar verwachting niet meer zouden hoeven betalen dan zij op dat moment op vrijwillige basis deden, eventueel met uitloop tot 1 miljoen over 10 jaar. In een en ander ligt besloten dat volgens de regering de billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7 -ruwweg- zou corresponderen met wat toentertijd door de omroepen feitelijk werd betaald krachtens een overeenkomst tussen de NOS en de NVPI.

Betekenis van de parlementaire geschiedenis voor het geschil

22 Over de betekenis van de opvatting van de regering voor de onderhavige zaak verschillen partijen van mening. SENA is van mening dat de opvattingen van de regering elke relevantie missen, terwijl volgens de NOS de opvatting van de regering van groot belang is voor de vaststelling van de billijke vergoeding.

23 Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

Allereerst neemt het hof in aanmerking dat de toetreding tot het Verdrag van Rome door de regering afhankelijk kon worden gesteld van de verwachte financiële consequenties voor de omroepen, de implementatie van de eerdergenoemde Richtlijn natuurlijk niet. Door de Richtlijn verloor de regering de 'greep' op de hoogte van de billijke vergoeding in die zin dat zij niet meer –zoals in de tijd vóór de Richtlijn– de aanspraken op billijke vergoedingen aan producenten en uitvoerende kunstenaars in het geheel zou mogen onthouden als die aanspraken voor de omroepen ernstige financiële gevolgen zouden hebben.

In de tweede plaats dient te worden bedacht dat de regering ervan uitging dat de billijke vergoeding in onderhandelingen tussen rechthebbenden en betalingsplichtigen zou worden vastgesteld maar dat de regering zelf uiteraard buiten die onderhandelingen staat.

Dit een en ander relativeert in sterke mate het belang van de opvatting van de regering. De regering is niet langer hoofdrolspeler. Zij is zelfs geen medespeler meer. Zij is slechts toeschouwer. Het spel wordt gespeeld door de NOS en SENA.

24 Toch is de parlementaire geschiedenis niet geheel zonder belang. Het belang is dan niet zozeer gelegen in de daarin terug te vinden en hierboven besproken uitspraken van de regering, als wel in de daarin tot uitdrukking komende opvattingen van de (toen: toekomstige) rechthebbenden. Met die opvattingen mag niet alleen, maar behoort rekening te worden gehouden.

Het gaat in deze zaak om de vaststelling van de door de NOS aan SENA te betalen billijke vergoeding. Aan het begrip 'billijke vergoeding' is naar het oordeel van het hof inherent dat de vergoeding redelijk moet zijn *in de verhouding tussen de NOS en de rechthebbenden*. Dat betekent dat eventuele door de rechthebbenden bij de NOS gewekte verwachtingen een rol kunnen spelen bij de bepaling van hetgeen een billijke vergoeding is in de relatie tussen de NOS en de rechthebbenden. In de visie van het hof is het begrip 'billijke vergoeding' dus niet gelijk te stellen met het begrip 'marktwaarde' zoals SENA lijkt voor te staan, waarbij het gaat om een louter op basis van 'objectieve', dat wil zeggen los van de partijen staande, gegevens als resultante van vraag en aanbod tot stand komende prijs. Te bedenken is voorts dat SENA (vrijwel) de enige 'aanbieder' is van het 'goed' dat voor de NOS onontbeerlijk is, zodat partijen op elkaar zijn aangewezen.

Het hof realiseert zich dat het gevolg van zijn opvatting is dat de billijke vergoeding die omroepen aan producenten en uitvoerende kunstenaars verschuldigd zijn, per land kan verschillen vanwege de mogelijkerwijze per land verschillende onderlinge verhoudingen. Dit is echter onvermijdelijk nu in de Richtlijn gekozen is voor het begrip 'billijke vergoeding' en de Richtlijn klaarblijkelijk niet bedoeld is om de hoogte van de billijke vergoeding in de Lid-Staten te harmoniseren. Hieronder zal duidelijk worden dat dit naar het oordeel van het hof niet betekent dat de hoogte van de vergoedingen die in het buitenland worden betaald, zonder invloed zijn op de hier te lande vast te stellen billijke vergoeding.

Gerechtigde verwachtingen?

25 In de hierboven gereleveerde parlementaire geschiedenis is duidelijk terug te vinden dat de NVPI, mede namens de Kunstbond FNV waarin uitvoerende kunstenaars verenigd zijn, openlijk kenbaar heeft gemaakt dat de financiële gevolgen van de WNR voor de omroepen in ieder geval niet substantieel zouden afwijken van wat tussen de NVPI en de NOS was overeengekomen. Deze uitspraken stroken met de artikelen 8.1 en 8.2 van de Overeenkomst d.d. 16 december 1986 tussen de NOS en de NVPI, luidende:

8.1 Deze overeenkomst prejudicieert niet op het eventueel tot stand komen in Nederland van wettelijke bepalingen betreffende de zogenaamde 'droits voisins'; partijen komen overeen dat de NVPI, zolang de onderhavige overeenkomst van kracht is, van de Omroep uit dien hoofde geen andere betalingen zal vragen dan die welke in deze overeenkomst zijn vastgelegd.

8.2 Indien er in Nederland een wettelijke regeling tot stand komt, welke ook een erkenning zal inhouden van de zogenaamde 'droits voisins' in enigerlei vorm voor uitvoerende kunstenaars, en deze erkenning zodanig is geregeld dat de huidige constructie waarin de NVPI mede een categorie van bij platenproducties en exploitatie betrokken uitvoerende kunstenaars vertegenwoordigt, niet meer geoorloofd of mogelijk is, zal worden nagegaan op welke wijze deze overeenkomst in goed overleg door partijen ongewijzigd kan worden voortgezet.

Uit deze bepalingen leidt het hof af dat voornoemde partijen in het geval waarin de WNR tijdens de looptijd van de overeenkomst in werking zou treden, ernaar zullen streven om de financiële verplichtingen voor de NOS ongewijzigd te laten. De NOS mocht aannemen dat de NVPI de financiële verplichtingen uit de overeenkomst van ongeveer hetzelfde niveau beschouwde als de billijke vergoeding op basis van de toekomstige WNR.

Aan een en ander mocht de NOS ten opzichte van de NVPI en de Kunstbond FNV de gerechtigde verwachting ontleen dat de

'billijke vergoeding' op basis van de WNR niet substantieel zou afwijken van wat de NOS reeds op vrijwillige basis vóór de inwerkingtreding van de WNR betaalde aan producenten en uitvoerende kunstenaars voor het uitzenden van fonogrammen.

De omstandigheden dat die uitspraken niet zijn gedaan door de SENA en dat op het moment waarop zij werden gedaan, geen contractuele relatie bestond tussen de NOS en SENA, heeft niet tot gevolg dat de gerechtvaardigde verwachtingen die de NOS mocht hebben ten opzichte van de NVPI, geen betekenis meer hebben in de relatie tot de SENA met betrekking tot de 'billijke vergoeding' krachtens de WNR. In relatie tot de NOS trad de NVPI op voor producenten en de Kunstbond FNV, de vakbond van uitvoerende kunstenaars. De SENA treedt thans mede op namens producenten en de Kunstbond FNV. Om die reden kan SENA niet met vrucht aanvoeren in het geheel geen boodschap te hebben aan hetgeen zich heeft afgespeeld in de verhouding tussen de NVPI en de NOS.

Conclusie ten aanzien van parlementaire geschiedenis en contractuele relatie tussen de NOS en NVPI

26 Het hof komt tot de conclusie dat de parlementaire geschiedenis van de WNR en de contractuele relatie tussen de NVPI en de NOS factoren zijn die invloed behoren te hebben op de hoogte van de door de NOS verschuldigde 'billijke vergoeding'. Wat de mate betreft waarin deze factoren invloed dienen te hebben, is het hof van oordeel dat de uitkomst van de berekening volgens het hierna aan de orde komende nog te ontwikkelen berekeningsmodel, in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moet overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed, met dien verstande dat plaats moet zijn voor afwijkingen als nader omschreven onder 49. De parlementaire geschiedenis en de contractuele relatie tussen de NOS en NVPI uit het verleden vrijwaren de NOS niet van ontwikkelingen op het nationale en Europese niveau.

Lump sum of formule?

27 Partijen verschillen voorts van mening over de vraag hoe de 'billijke vergoeding' dient te worden vastgesteld. SENA opteert voor een vergoeding welke wordt vastgesteld overeenkomstig een formule met variabele en vaste factoren. De opstelling van de NOS is niet geheel duidelijk. Zij lijkt uitsluitend geporteerd voor een lump sum.

28 In een lump sum komen –althans op een zichtbare wijze– geen variabele factoren tot uitdrukking. De NOS wil echter wel dat met variabele factoren rekening wordt gehouden. Dit blijkt onder andere uit het slot van de pleitaantekeningen in hoger beroep van de raadsman van de NOS.

29 Het hof is van oordeel dat de billijkheid van de vergoeding alsmede de berekenbaarheid en de controleerbaarheid daarvan worden bevorderd door het werken met een formule. Het hof wijst erop dat ook in de overeenkomst tussen de NOS en de NVPI gewerkt werd met variabele factoren (zie de artikelen 9.1, 9.2, 10.1 en 10.2). Het is natuurlijk wel nodig dat ook worden vastgelegd het tijdstip en de wijze van meting van de variabele factoren.

Vaste en variabele factoren

Uitgezonden uren

30 Het aantal uren gedurende welke muziek wordt uitgezonden, is een voor de hand liggende factor. Partijen verschillen daarover niet van mening.

Potentiële en feitelijke aantal luisteraars en kijkers

31 Wel bestaat tussen partijen onenigheid over de vraag of behalve het uitzenden ook het feitelijke aantal luisteraars en kijkers van belang is.

32 De WNR spreekt alleen over 'uitzenden' en 'op een andere manier openbaar maken'. SENA meent dat in dit verband slechts van belang is het bereik van de uitzending, ook wel 'potential audience' genoemd. De NOS acht daarentegen ook het feitelijke aantal luisteraars en kijkers ('actual audience') relevant.

Het hof is van oordeel dat hantering van uitsluitend de factor 'potential audience' niet tot een billijke vergoeding leidt. Het zou betekenen dat voor het uitzenden van een muziekprogramma dat, hoewel het door 15 miljoen mensen beluisterd en bekeken zou kunnen worden, feitelijk door één miljoen mensen wordt beluisterd of bekeken, evenveel betaald moet worden als voor het uitzenden van een muziekprogramma waarnaar door 8 miljoen mensen wordt geluisterd of gekeken. Het hof acht dit ongerijmd. Rekening moet daarom worden gehouden met het feitelijke aantal luisteraars en kijkers.

Het hof merkt op dat SENA ondanks haar verzet tegen de 'actual

audience'-factor, met het feitelijke aantal luisteraars en kijkers wel rekening houdt bij de billijke vergoeding die zij van de commerciële omroepen verlangt, al is het ook op indirecte wijze. Bij de commerciële omroepen is de billijke vergoeding namelijk gekoppeld aan de inkomsten van die omroepen. Die inkomsten bestaan voor een groot deel uit reclame-inkomsten welke –naar algemeen bekend is– afhankelijk zijn van het feitelijke aantal luisteraars en kijkers. Ook bij de berekening van de BUMA-rechten spelen dit soort feitelikheden op indirecte wijze een rol. Zo is met betrekking tot het bedrag dat bijvoorbeeld door de uitbaters van horeca-gelegenheden moet worden betaald, een factor het aantal vierkante meters van de ruimte waarbinnen de muziek ten gehore wordt gebracht. In de regel zal er uiteindelijk een verband bestaan tussen dat gegeven en het aantal bezoekers van een horeca-gelegenheid: niemand zal bijvoorbeeld een café met een bepaald oppervlak blijven exploiteren als dat niet correspondeert met een bepaald aantal klanten. Opmerking verdient dat de omroepen niet de mogelijkheid hebben om de omvang van het 'potential audience' te verlagen indien zou blijken dat een bepaald muziekprogramma slechts door een beperkt aantal mensen wordt beluisterd.

33 'Actual audience' behoort dus naar het oordeel van het hof een factor te zijn. Overeenstemming is nodig over een bij voorkeur zo eenvoudig mogelijke wijze van berekening daarvan.

34 Naar het voorbeeld van de 'Interim Decision' van de 'Copyright Tribunal' van 3 december 1997 (in de zaak tussen British Sky Broadcasting Limited cs / The Performing Right Society Limited) –waarvan een kopie ter gelegenheid van de pleidooien is overgelegd– acht het hof het overwegen waard de factor 'potential audience' in die zin een rol te laten spelen dat de billijke vergoeding is samengesteld uit een vast bedrag per zender en een variabel bedrag voor het feitelijke aantal luisteraars per uitgezonden muziek uur.

Prijs per uur

35 Vervolgens zal een prijs per uur moeten worden vastgesteld. Over de vraag welke factoren daarbij een rol behoren te spelen, bestaat tussen partijen geen overeenstemming.

Prijs per uur. Betekenis van BUMA/STEMRA-tarieven

36 Partijen verschillen van mening over de vraag in welke mate de BUMA/STEMRA-tarieven als leidraad kunnen dienen voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Naar het hof begrijpt is SENA van mening dat de hoogte van de billijke vergoeding zoveel mogelijk moet aan sluiten bij het niveau van de BUMA/STEMRA-tarieven. De NOS bestrijdt dat. Zij voert aan dat de aan de rechthebbenden op muzikauteursrecht te betalen licentievergoeding BUMA/STEMRA enerzijds en de billijke vergoeding op grond van de WNR anderzijds onvergelykbare grootheden zijn. Zij wijst erop dat muzikauteurs enerzijds en uitvoerende kunstenaars, platenproducenten anderzijds economisch gezien onvergelykbare grootheden zijn. Ook benadrukt zij dat BUMA/STEMRA het zogenaamde wereldrepertoire vertegenwoordigt, terwijl SENA uitsluitend de uitvoerende kunstenaars en platenproducenten uit landen die zijn aangesloten bij het Verdrag van Rome vertegenwoordigt waartoe niet de Verenigde Staten behoort, één van de belangrijkste leveranciers van (populaire) uitvoerende kunstenaars.

37 Het hof is van oordeel dat de prestaties van muzikauteurs enerzijds en uitvoerende kunstenaars en producenten anderzijds aan elkaar verwant zijn. Deze verwantschap ligt ten grondslag aan het Verdrag van Rome en de WNR. Om die reden ligt het voor de hand bij het bepalen van de billijke vergoeding aansluiting te zoeken bij de BUMA/STEMRA-tarieven. Daaraan doet de onderling afwijkende wettelijke regeling: verbodsrecht tegenover billijke vergoeding, op zich zelf niet af. Hiermee is met gezegd dat de billijke vergoeding gelijk dient te zijn aan de BUMA/STEMRA-tarieven. Het hof is van oordeel dat het niveau van de billijke vergoeding in verband met de volgende omstandigheden lager moet zijn:

(i) Aanwijzingen ontbreken dat de landen die het Verdrag van Rome hebben gesloten, en de wetgever voor ogen heeft gestaan dat de vergoedingen gelijk behoorden te zijn. Zou dat wel het geval zijn geweest, dan was dit –zo valt aan te nemen– op de een of andere manier tot uitdrukking gebracht.

(ii) De regeling van de naburige recht en is van latere datum dan die van het auteursrecht. Kennelijk was het lange tijd niet vanzelfsprekend dat de prestaties van uitvoerende kunstenaars en producenten werden beschermd. Hun prestaties werden –terecht of ten onrechte– geruime tijd niet beschouwd als van hetzelfde niveau als die van auteurs. Het overschrijden van de drempel van de erkenning brengt de prestaties niet automatisch, althans niet meteen, op hetzelfde niveau.

(iii) Uit de gegevens met betrekking tot de situatie in de ons omringende landen lijkt voorhands afgeleid te moeten worden dat de vergoedingen voor muzikauteurs, op een hoger niveau liggen dan die van uitvoerende kunstenaars en producenten.

(iv) Het BUMA/STEMRA repertoire is omvangrijker dan dat waarop de WNR betrekking heeft. Dit zou in de prijs verdisconteerd dienen te worden.

Prijs per uur. Betekenis van bedragen die door publieke omroepen in het buitenland worden betaald.

38 Partijen zijn het voorts niet eens over de betekenis van de bedragen die in het buitenland door de publieke omroepen voor het gebruik van fonogrammen aan uitvoerende kunstenaars en producenten worden betaald.

39 Het hof stelt vast dat partijen *in abstracto* de situatie in het buitenland van betekenis achten. De in deze procedure tot nu toe gepresenteerde gegevens daarover kunnen naar de mening van SENA dienst doen als referentiekader voor de beoordeling van de billijkheid van de door haar verlangde vergoeding. Volgens de NOS zijn de gegevens echter ontoereikend. Als de buitenlandse situatie van belang is, zouden haars inziens ook de gegevens uit België een rol dienen te spelen.

40 Het hof acht het geboden, mede met het oog op de Richtlijn 92/100 EEG betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, acht te slaan op hetgeen in de Lid-Staten en met name in de ons omringende landen als billijke vergoeding door omroeporganisaties wordt betaald. Weliswaar strekt deze Richtlijn er in de visie van het hof niet toe de wijze van berekening van de billijke vergoeding te harmoniseren en blijft er daarom ruimte voor nationale verschillen die mede zijn ingegeven door specifiek nationale verhoudingen, maar dit neemt niet weg dat het strijdig met de geest van het EG-verdrag en dus hoogst ongewenst zou zijn indien niet gestreefd zou worden naar een wijze van berekening van de billijke vergoeding welke past bij die in andere EU-landen.

De tot nu toe bekende gegevens met betrekking tot de situatie in het buitenland zijn met name waar het gaat om de wijze waarop de billijke vergoeding wordt berekend, onvoldoende duidelijk om daaruit een berekeningsgrondslag af te leiden die in Nederland kan worden gehanteerd.

Prijs Per uur. Betekenis van hetgeen door commerciële omroepen wordt betaald

41 Ook over de betekenis die moet worden gehecht aan hetgeen door de commerciële omroepen daadwerkelijk wordt betaald, verschillen partijen van mening. SENA vindt dat de publieke omroepen meer zouden moeten betalen, de NOS meent minder.

42 Naar het oordeel van het hof is voor het antwoord op de vraag wat de NOS als billijke vergoeding aan SENA dient te betalen, zeer relevant wat de commerciële omroepen feitelijk betalen. In beginsel zou de billijke vergoeding die beide categorieën van omroepen hebben te betalen, op hetzelfde niveau behoren te liggen. Eventuele afwijkingen moeten gerechtvaardigd zijn.

43 De NOS stelt zich op het standpunt dat zij per muziek uur minder zou moeten betalen dan een commerciële omroep omdat zij het algemeen belang dient en geen winst nastreeft.

44 Naar het voorlopig oordeel van het hof kunnen organisaties die het algemeen belang dienen en geen winst beogen, geen aanspraak erop maken dat zij voor goederen en diensten minder behoeven te betalen dan organisaties die niet het algemeen belang behartigen en winst beogen. Het zou er anders op neerkomen dat de leveranciers van goederen en dienstverleners gehouden zijn aan instellingen die het algemeen belang dienen en geen winst beogen, subsidies te verlenen. Daarvoor ontbreekt elke grond.

De NOS heeft ook nog aangevoerd dat het uitzenden van fonogrammen de verkoop van fonogrammen bevordert.

Dit geldt natuurlijk evenzeer voor het uitzenden van fonogrammen door commerciële omroepen.

45 Volgens SENA zou de NOS meer moeten betalen dan commerciële omroepen omdat de NOS over aanzienlijk meer financiële middelen beschikt dan de commerciële omroepen.

46 Het hof is van oordeel dat ook deze redenering niet opgaat. De reden is een variant van wat is overwogen onder 44. Simpel gezegd: in beginsel hoeft een organisatie die over ruime middelen beschikt voor een goed of dienst niet meer te betalen dan een organisatie met minder middelen. Gronden waarom van dit beginsel zou moeten worden afgeweken, zijn niet aangevoerd.

47 In dit verband heeft SENA ook aangevoerd dat de NOS-zenders een veel groter bereik hebben dan de gezamenlijke commerciële zenders.

48 Dit moge zo zijn, doch deze eventuele verschillen worden verdisconteerd in de factor 'actual audience'. Met deze verschillen zou nog beter rekening worden gehouden indien de factor 'potential audience' een rol zou spelen op de onder 34 genoemde wijze.

Prijs per uur. Betekenis van hetgeen door anderen dan omroepen wordt betaald

49 [Oorspronkelijke nummering begon hier weer met 46, bew.] Volgens SENA behoort een rol te spelen wat door anderen dan omroepen ter zake van het gebruik van fonogrammen wordt betaald. De NOS bestrijdt dit.

50 Het hof is van oordeel dat deze vergoedingen in het geheel niet richtinggevend zijn voor de billijke vergoeding die door omroepen moet worden betaald.

Conclusies ten aanzien van vaste en variabele kosten

51 Uit het bovenstaande volgt dat het hof –deels in het voetspoor van partijen– de volgende factoren relevant acht:

a het aantal uren waarop fonogrammen worden uitgezonden;

b het feitelijke aantal luisteraars en kijkers ('actual audience');

c de BUMA/STEMRA-tarieven;

d wat in het buitenland wordt betaald door de publieke omroepen;

e wat de commerciële omroepen betalen.

Het hof acht er voorts veel voor te zeggen ook de factor 'potential audience' in het berekeningsmodel een plaats te geven.

De uitkomst van het berekeningsmodel zal moeten voldoen aan hetgeen hierboven onder 26 is overwogen, met inachtneming van het onder 52 [Oorspronkelijk: 49, bew.] overwogene.

Verder verloop van de procedure

52 Naar het oordeel van het hof kunnen knopen thans nog niet worden doorgemaakt. Daarvoor ontbreken nog te veel gegevens. Het ligt meer voor de hand dat partijen eerst zelf op basis van de overwegingen en de daarin besloten liggende beslissingen –als zij zich daarmee tenminste kunnen verenigen– al dan niet met inschakeling van deskundigen, trachten een berekeningsmodel of formule te ontwikkelen. Zoals onder 26 overwogen zal de uitkomst in de eerste jaren vanaf de inwerkingtreding van de WNR ongeveer moeten overeenkomen met het bedrag dat de NOS voordien op vrijwillige basis aan de NVPI voldeed. Gelet op al het vorenoverwogene mag naar 's hofs voorlopig oordeel redelijkerwijze van de NOS gevergd worden dat zij bereid is verhoging van dat bedrag te aanvaarden als zulks gerechtvaardigd wordt door bijvoorbeeld:

- een uit cijfers blijkende toename van het aantal uitgezonden muziek-uren tijdens de looptijd van het contract met de NVPI en daarna;
- een eventuele uitbreiding van het aantal publieke zenders;
- een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de 'actual audience';
- een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de hoogte van de door de commerciële omroepen betaalde billijke vergoeding;
- een eventuele, uit cijfers blijkende, stijging van de billijke vergoedingen die door buitenlandse omroepen aan uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen worden betaald;
- een eventuele, uit cijfers blijkende stijging van de BUMA/STEMRA-tarieven.

Het moge duidelijk zijn dat veel meer gegevens op tafel moeten komen.

53 Het komt het hof dienstig voor een comparitie van partijen te gelasten om te onderzoeken of over het verdere verloop van de procedure afspraken kunnen worden gemaakt tussen partijen en om na te gaan of het aanbeveling verdient voor het ontwerpen van een berekeningsmodel deskundigen in te schakelen.

Beslissing

In het principaal en incidenteel appel

Het hof:

Alvorens verder te beslissen:

beveelt partijen, deugdelijk vertegenwoordigd, vergezeld van hun raadslieden te verschijnen in het Paleis van Justitie, Prins Claus laan 60 te 's-Gravenhage, voor de te dezen benoemde raadsheer-commissaris mr J.J. Brinkhof op 16 juni 1999 om 13.30 uur, teneinde inlichtingen te verschaffen.

Dit arrest is gewezen door mrs Brinkhof, Fasseur-van Santen en Van Sandick. Het arrest is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 6 mei 1999, in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk Visser



Op grond van art. 7 van de Wet op de Naburige rechten (WNR) moet voor het uitzenden of anderszins openbaarmaken van 'een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan' een 'billijke vergoeding' worden betaald aan incasso-organisatie SENA. Anders dan componisten en tekstdichters (en andere auteurs) hebben uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten geen *verbodsrecht* ten aanzien het openbaar maken van hun prestaties, maar slechts een via SENA geldend te maken *vergoedingsaanspraak*.

Sinds het inwerking treden van de WNR in 1993 zijn de NOS –als vertegenwoordiger van alle publieke omroepen– en SENA het oneens over de hoogte van de door de NOS te betalen billijke vergoeding. Ook over de aanknopingspunten bij het bepalen van die billijke vergoeding zijn partijen het hartgrondig oneens.

Bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van de billijke vergoeding is de arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd om op vordering van de meest gereede partij de hoogte van de vergoeding vast te stellen, aldus art. 7 lid 2 WNR. De Haagse Rechtbank heeft zich inmiddels al twee maal over dit geschil gebogen (op 18 oktober 1995, *Informatierecht/AMI* 1996, p. 37 en op 16 april 1997, *Informatierecht/AMI* 1997, p. 146 m. nt. Quaadvlieg) en het Haagse Hof al één keer eerder (op 4 april 1996, *Informatierecht/AMI* 1996, p. 120 m. nt. Verkade). Nu was het Haagse Hof voor de tweede maal aan het woord en komt met een uitgebreide analyse.

Het Hof begint in r.o. 11-14 met de vaststelling dat op basis van de tekst van de wet en die van Richtlijn 92/100/EEG geen enkel aanknopingspunt te vinden is over hoe de hoogte van de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld. Vervolgens leidt het Hof (in r.o. 22) uit de parlementaire geschiedenis af dat de regering ervan uit ging 1) dat de WNR voor de omroepen geen ernstige financiële gevolgen zou hebben, 2) dat bij de onderhandelingen het bedrag dat destijds al vrijwillig door de NOS aan de NVPI werd betaald het uitgangspunt zou zijn. Hierbij ging het om een bedrag van 600.000 gulden eventueel oplopend tot 1 miljoen over 10 jaar. In r.o. 22 en 23 wordt vervolgens het belang van de opvatting van de regering gerelativeerd.

In r.o. 24-26 worden de voor deze casus belangrijkste uitspraken gedaan door het Hof. Wat een 'billijke vergoeding' is wordt bepaald door wat partijen billijk vinden, en hetgeen uit de parlementaire geschiedenis blijkt vonden partijen destijds billijk en is dus relevant. Zozeer zelfs dat het Hof van oordeel blijkt dat de SENA in feite volledig gebonden is aan de uitspraken en toezeggingen van de overeenkomst met de NVPI uit het verleden. De SENA 'hangt' aan de 6 ton per jaar voor de eerste paar jaar volgend op de inwerkingtreding van de WNR.

Het Hof besluit r.o. 26 weliswaar met de overweging dat de parlementaire geschiedenis en de contractuele relatie tussen de NOS en NVPI uit het verleden de NOS 'niet vrijwaren van ontwikkelingen op het nationale en Europese niveau', maar dat zal, zoals hierna zal blijken, mogelijk juist in het voordeel van de NOS uitpakken.

Vervolgens geeft het Hof aan dat een vergoeding gebaseerd op een bepaalde formule de voorkeur verdient boven een *lump sum*. De relevante factoren zijn volgens het Hof de volgende:

1 Het aantal uren gedurende welke muziek wordt uitgezonden (hier waren partijen het over eens).

2 Het *feitelijk* aantal luisteraars en kijkers, ook wel aangeduid als 'actual audience' (hier is de SENA tegen, zij meent dat het gaat om de 'potential audience').

In navolging van een Engelse beslissing van het Copyright Tribunal overweegt het Hof dat zowel de 'potential' als de 'actual' audience kunnen worden meegenomen door een vast bedrag per zender en een variabel bedrag voor het feitelijke aantal luisteraars per uitgezonden muziek-uur vast te stellen.

Bij de vaststelling van de prijs per uur dient volgens het Hof wel aansluiting gezocht te worden bij de tarieven van de BUMA, maar dit betekent niet dat de billijke vergoeding voor de SENA gelijk dient te zijn aan de BUMA-tarieven. Volgens het Hof moet de SENA vergoeding lager zijn dan de BUMA vertoedig, omdat i) bij de totstandkoming van het Verdrag van Rome niet is aangegeven dat ze gelijk moesten zijn, ii) de prestaties van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten later in de tijd zijn erkend en (lange tijd) niet van hetzelfde niveau werden geacht als die van auteurs, iii) dat in de ons omringende landen ook het geval is en iv) het Buma repertoire omvangrijker is dan het SENA repertoire.

Vervolgens is volgens het Hof relevant hoeveel er in de ons omringende landen wordt betaald en is zelfs zeer relevant hoeveel door de commerciële omroepen wordt betaald. De conclusie is dat de volgende factoren relevant zijn en dat daar meer gegevens over moeten worden verschaft:

- a het aantal uren waarop fonogrammen worden uitgezonden;
- b het feitelijke aantal luisteraars en kijkers ('actual audience')
- c de BUMA-tarieven
- d de tarieven in het buitenland
- e de tarieven die de commerciële omroepen betalen

In r.o. 52 blijkt vervolgens echter dat volgens het Hof het bedrag dat de NOS vóór de invoering van de WNR vrijwillig aan de NVPI voldeed voor de eerste jaren de norm en het uitgangspunt is en dat de SENA aan de hand van *stijging* van één van de genoemde relevante factoren moet bewijzen dat een *stijging* van de te betalen vergoeding gerechtvaardigd is. Dit zal voor de SENA echter niet meevallen, nu één van de relevante factoren, het feitelijke aantal luisteraars en kijkers ('actual audience') bij de publiek omroepen die de NOS vertegenwoordigt nu juist de afgelopen tien jaar dramatisch is teruggelopen (door de komst van de commerciële). Op basis van deze factor zou de NOS juist (veel) minder aan de SENA hoeven te betalen.

Is dit nu een 'billijk' resultaat en hoe gaat het nu verder? Het lijkt er nu op dat de NOS '6 ton +' zal moeten betalen, hetgeen niet alleen veel minder is dan de aanvankelijk geëiste zeven en een half miljoen, maar ook wel erg veel minder dan de ruim 30 miljoen die de NOS jaarlijks aan de Buma betaalt. Zijn de naburige rechten zoveel minder waard dan de auteursrechten? In het buitenland is de verhouding in ieder geval anders, al blijft vergelijken moeilijk. In het hierna afgedrukte vonnis van de Rb. Den Haag 30 september 1998 (*SENA/NKP*), stelt de Haagse Rechtbank dat een verhouding één staat tot twee voor de SENA-respectievelijk de Bumavergoeding haar niet onredelijk voorkomt. Het Hof komt nu uit op een verhouding van één staat tot vijftig (!) en dat kan toch in alle redelijkheid en billijkheid niet de bedoeling zijn.

Wel zou nu door de NOS verdedigd kunnen worden dat zij inmiddels (veel) te veel betaalt aan de Buma. Het is immers aannemelijk dat de door het Hof genoemde parameters (waaronder 'actual audience') ook voor auteursrechtelijke vergoedingen hebben te gelden. De NOS kan zich in dat licht op het standpunt stellen dat de door haar betaalde auteursrechtelijke vergoeding fors zou moeten worden terug gebracht, in verband met het sterk teruggelopen aantal kijkers en luisteraars ('actual audience').

De tarieven die door de commerciële omroepen worden betaald aan SENA zijn volgens het Hof echter ook een belangrijke factor, en die zal vermoedelijk weer tot stijging van de vergoeding aanleiding kunnen geven.

De Haagse Rechtbank oordeelde aanvankelijk (zie *Informatierecht/AMI* 1996, p. 37) dat 6 miljoen bij wijze van voorlopige voorziening een billijke vergoeding was. Nu lijkt het Haagse Hof van oordeel dat 6 ton als definitieve betaling billijk is. Het mag duidelijk zijn dat de NOS daarmee enige terreinwinst heeft geboekt. De inmiddels meer dan vier jaar durende loopgravenoorlog tussen partijen is echter zeker nog niet ten einde en een eindvonnis is nog lang niet in zicht. De volgende veldslag vindt plaats bij de Hoge Raad, want SENA is (niet geheel onbegrijpelijk) in cassatie gegaan tegen dit tussenarrest.

Nr. 49 SENA vs. Nederlandse Kabelkrant Pers

Rb. Den Haag 30 september 1998

De arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage Sector civiel recht – kamer D
Vonnis in de zaak van:

de stichting Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten **SENA**, gevestigd te Hilversum,
eiseres bij dagvaarding van 10 april 1997, procureur: mr. J.L.R.A. Huydecoper,

tegen

de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging **Nederlandse Kabelkrant Pers**, gevestigd te 's-Gravenhage,
gedaagde, procureur: mr. U.W.G. Thöle, advocaat: mr. M.J. Resink te Amsterdam.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als **SENA** en **NKP**.

De rechtbank heeft kennis genomen van de stukken, te weten:

- de dagvaarding en de zakelijk met de dagvaarding overeenkomende conclusie van eis;
- de conclusie van antwoord, met producties;
- de conclusie van repliek;
- de conclusie van dupliek, met een productie.

Partijen hebben hun procesdossiers overgelegd en vonnis gevraagd.

Rechtsoverwegingen

1 Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet (meer) of onvoldoende weersproken, alsmede op grond van de in zoverre niet betwiste inhoud van de overgelegde producties staat tussen partijen het volgende vast:

1.1 **SENA** is de krachtens artikel 15 Wet op de naburige rechten (hierna: **WNR**) aangewezen rechtspersoon die bij uitsluiting als vertegenwoordigster van de rechthebbenden optreedt voor de invordering en verdeling van de ingevolge artikel 7 **WNR** verschuldigde vergoedingen.

1.2 **NKP** is de overkoepelende organisatie waarin de meeste in Nederland werkzame exploitanten van zogenoemde kabelkranten zich hebben verenigd.

1.3 Onder een kabelkrant is te verstaan een via een kabeldistributienetwerk verspreid televisieprogramma bestaande uit nieuws en reclame berichten ondersteund met geluid. Het geluid is veelal muziek.

2.1 **SENA** vordert dat de rechtbank zal verklaren voor recht dat de vergoeding die uit hoofde van artikel 7 **WNR** verschuldigd is voor de openbaarmaking van op commerciële fonogrammen vastgelegde muziek via kabelkranten, ten laste van de bij **NKP** aangesloten exploitanten van kabelkranten, moet worden berekend naar rato van 0,7% van het totaal in enig jaar aan derden, als tegenprestatie voor reclameuitingen, gefactureerde bedrag, met nevenvorderingen terzake van de wijze van betaling en de vaststelling van de grootte van de als grondslag te nemen reclameinkomsten, alsmede de veroordeling van **NKP** in de kosten van de procedure.

2.2 **NKP** voert gemotiveerd verweer.

3 De rechtbank merkt op dat partijen het kennelijk met elkaar eens zijn dat als grondslag voor de jaarlijks te betalen vergoeding kan dienen het bedrag van de jaarlijkse reclameinkomsten c.a. van de exploitanten. Ondanks het gevoerde overleg zijn zij het niet eens geworden over:

- a de hoogte van het als uitgangspunt te hanteren percentage van de reclameinkomsten;
- b de vraag of dit percentage in de relatie met **NKP** nadere correctie behoeft en zo ja in welke mate.

De rechtbank zal deze geschilpunten afzonderlijk behandelen.

a Het basistarief

4.1 In deze procedure hebben beide partijen verwezen naar en zich beroepen op de beslissingen van deze rechtbank in de Zaak van **SENA** tegen **NOS** van 7 augustus 1996 en 16 april 1997.

4.2 In die zaak heeft de rechtbank overwogen dat voor de vaststelling van de aan **SENA** te betalen billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7 **WNR** gewicht toekomt aan de volgende criteria:

- i de tarieven die door **BUMA** worden gehanteerd;
- ii de vergoedingen die in ons omringende landen van de Europese Unie worden betaald ter zake van uitzending van fonogrammen;

iii de vergoedingen die andere organisaties bereid zijn aan **SENA** te betalen;

iv de kijk- en luisterdichtheden.

De rechtbank is van oordeel dat ook in deze zaak deze criteria in beginsel behulpzaam kunnen zijn bij de vaststelling van de billijke vergoeding.

4.3 In de onderhavige procedure is door partijen geen inzicht gegeven in de buiten Nederland toegepaste tarieven. De rechtbank begrijpt dat in de optiek van beide partijen dat gegeven relevantie mist waar het gaat om de door exploitanten van kabelkranten te betalen vergoeding. Het criterium sub ii) zal daarom buiten beschouwing worden gelaten.

4.4 De rechtbank heeft voorts opgemerkt dat partijen de vergoeding kennelijk willen relateren aan de ontvangen reclameinkomsten. Die parameter is evenwel ook gerelateerd aan de kijk- en luisterdichtheid. Om te voorkomen dat aan het criterium luister- en kijkdichtheid twee maal gewicht wordt toegekend zal ook het criterium sub iv) buiten beschouwing worden gelaten.

4.5 Ter beoordeling blijven mitsdien de vergelijking met te betalen **BUMA**-rechten en de vergelijking met het door andere aanbieders op de markt van kabelkranten overeengekomen tarieven. De rechtbank merkt nu reeds op dat zij zich voorspand zal beperken tot een voorlopig oordeel aan de hand van de tot nu toe door partijen aangedragen feiten. Zij zal een comparatie van partijen bevelen om nadere inlichtingen te verkrijgen, deze met partijen te bespreken en ter beproefing van een regeling door partijen zelf.

Ad i

5.1 **SENA** stelt dat door **BUMA** de kabelkranten worden aangeslagen voor een tarief van 2,25% van de reclameinkomsten. Hierop wordt een korting toegepast van 30%. Naar de rechtbank begrijpt vindt deze korting zijn grondslag in de betrekkelijk hoge kosten van verwerving die een in de regel plaatselijk opererende kabelkrantexploitant moet maken. Het af te dragen **BUMA** recht bedraagt mitsdien circa 1,4%, aldus **SENA**. **NKP** stelt dat zij netto 1,37% netto van de commerciële inkomsten afdraagt aan **BUMA**.

5.2 Het in deze procedure gevorderde percentage van 0,7% is naar de rechtbank begrijpt aan te merken als het netto tarief. Dat wil zeggen dat in de optiek van **SENA** de kosten van verwerving er reeds in zijn verdisconteerd. Het dient dus vergeleken te worden met het door **SENA** genoemde tarief van 1,4% dan wel het door **NKP** genoemde tarief van 1,37%. Dat komt in beide gevallen neer op een verhouding van een op twee in het voordeel van het **BUMA**-recht. Deze verhouding komt de rechtbank op het eerste gezicht niet onredelijk voor. Zij herinnert in dit verband aan haar overweging in meer genoemd vonnis van 16 april 1997 dat op de Nederlandse markt, na onderhandeling, in 1995 het **BUMA**-recht kennelijk een factor 2 hoger werd gewaardeerd dan het **SENA**-recht. De rechtbank wijst er evenwel op dat het uiteindelijk de markt dient te zijn die moet bepalen welke de waardeverhouding is tussen **SENA**-recht en **BUMA**-recht. Dat de waarde van het **BUMA**-recht thans, althans in 1995, een factor 2 hoger zou liggen dan het **SENA**-recht laat zich wellicht mede verklaren door de omstandigheid dat het **BUMA**-recht het oudste recht is. Het verschijnen van het **SENA**-recht brengt niet als vanzelfsprekend met zich mee dat de te verdelen koek groter wordt. De beginselen van de markteconomie kunnen ook met zich meebrengen dat na onderhandeling zal blijken dat de **BUMA** iets van haar tarief zal moeten inleveren ten voordele van het **SENA**-recht. Pas dan kan blijken in welke verhouding een verdeling zal plaatsvinden.

5.3 **NKP** heeft gesteld dat de bij de **OLON** (Organisatie van Lokale Omroepen in Nederland) aangesloten een **SENA**-vergoeding betalen die in een verhouding van 11.1 tot 1 staat met het **BUMA**-recht. Ter comparatie dient **SENA** daarop alsnog te reageren, aan de hand van door haar voorafgaande aan de zitting aan de rechtbank en **NKP** toe te zenden stukken waaruit de inhoud van de met **OLON** gesloten overeenkomst blijkt.

Ad iii

6.1 **SENA** stelt dat zij inmiddels met vijf zelfstandige kabelkrantexploitanten die niet bij **NKP** zijn aangesloten een tarief van 0,75% is overeengekomen. Het verschil met het van **NKP** gevorderde is erop gebaseerd dat **NKP** de vergoeding bij haar leden zal incasseren en centraal met **SENA** zal afrekenen.

6.2 Deze opgave van **SENA** is door **NKP** niet betwist. Ter comparatie wil de rechtbank met partijen bespreken in hoeverre de vijf zelfstandige exploitanten van kabelkranten vergelijkbaar zijn met de bij **NKP** aangesloten. De rechtbank wijst erop dat zij begrijpt dat de vijf contracten zijn gesloten na onderhandeling. In zoverre is er grond om het resultaat van die onderhandelingen als een marktconform tarief aan te merken. Partijen dienen er dan ook rekening mee te houden dat het zich laat aanzien dat aan dit gegeven gewicht toekomt.

6.3 Voor een goede beeldvorming wil de rechtbank daarom inzicht hebben in de contracten en de daarbij overeengekomen bijkomende aanbiedingen. SENA dient daarom voorafgaande aan de comparitie de relevante bepalingen uit de gesloten contracten en de eventuele bijkomende overeenkomsten aan de rechtbank en NKP toe te zenden.

b De correcties

7.1 NKP onderscheidt onder de bij haar aangesloten leden een drietal soorten van kabelkrantexploitanten:

A zij die gebruik maken van gelijktijdig uitgezonden radioprogramma's;

B zij die gebruik maken van het gelijktijdig uitgezonden programma van Digimusic;

C zij die eigen muziek, dat wil zeggen eigen CD's, ten gehore brengen.

7.2 NKP stelt dat het tarief moet worden aangepast, of zelfs geheel niet geheven zou moeten worden op de volgende gronden:

I de aangeslotenen van NKP maken niet, respectievelijk slechts in geringe mate, openbaar de zin van de WNR;

II de aanbieders van de radioprogramma's die door een deel van de aangeslotenen als achtergrondmuziek worden gebruikt, hebben reeds een vergoeding aan SENA betaald waaronder de exploitatie via kabelnetten is begrepen;

III de exploitanten maken niet voor 100% gebruik van muziekwerken die vallen onder de werkingssfeer van de WNR. Zij zenden voor een deel of zelfs alleen maar zogenoemde niet-Rome-muziek uit.

8 A De leden die radioprogramma's gebruiken

I Geen openbaarmaking in de zin van de WNR

8.1 De rechtbank begrijpt dat een deel van de leden van NKP als achtergrondgeluid van hun televisieprogramma het radioprogramma van Sky Radio of Radio 10 uitzendt. Deze programma's worden dan ook door de kabelexploitant gelijktijdig als radioprogramma doorgegeven. Dit dient te worden aangemerkt als heruitzenden in de zin van artikel 1 sub h WNR. Artikel 2 lid 9 WNR bepaalt nu dat de heruitzending van een programma door hetzelfde organisme dat dat programma oorspronkelijk uitzendt niet als afzonderlijke openbaarmaking wordt beschouwd, aldus NKP.

NKP stelt nu dat zij hetzelfde organisme is als genoemde radiostations en dat zij dus niet afzonderlijk openbaar maakt en dus ook geen vergoeding aan SENA verschuldigd is.

8.2 De rechtbank verwerpt die stelling. Er zijn immers geen aanwijzingen dat de leden van de NKP zo nauw aan de radiostations zijn verbonden dat zij geacht kunnen worden met die stations één organisme in de zin van artikel 2 lid 9 WNR te vormen.

II Vrijgesteld door overeenkomsten

8.3 NKP stelt voorts dat SENA met Sky Radio en Radio 10 overeenkomsten heeft gesloten waaruit volgt dat het derden is toegestaan om zonder nadere vergoeding het programma verder te verspreiden. Zij wijst er op dat in de overeenkomst tussen SENA en Radio 10 Groep B.V. het volgende is opgenomen:

Het op basis van deze overeenkomst toegestane muziekgebruik betreft uitsluitend het gebruik van voor commerciële doeleinden uitgebrachte fonogrammen dan wel reproducties daarvan in de door Radio 10 verzorgde programma's, die worden uitgezonden op de wijze als aangegeven in de considerans van deze overeenkomst. Hieronder is mede begrepen de verdere verspreiding, al dan niet via de kabel, in Nederland van de door Radio 10 uitgezonden programma's door derden.

8.4 De rechtbank is voorshands van oordeel dat deze clausule ziet op de doorgifte van het oorspronkelijke radioprogramma, met name de doorgifte van dat programma door de kabelexploitant. Een kabelkrantprogramma is aan te merken als een nieuw en afzonderlijk programma. Het gaat mitsdien om andere programma's dan de programma's van Radio 10 waarvan in de hierboven geciteerde clausule sprake is. Om dienaangaande tot een definitief oordeel te kunnen komen dient SENA de considerans van de overeenkomst waarnaar in de hierboven geciteerde overeenkomst wordt verwezen over te leggen. Ter comparitie zal dan de betekenis van de overeenkomst met partijen kunnen worden besproken.

III Percentage niet-Rome-muziek

8.5 Ten slotte verschillen partijen van mening over het aandeel muziekwerken dat valt onder de werkingssfeer van de WNR. Dit bezwaar heeft NKP bij conclusie van dupliek voor zover het gaat om de kabelexploitanten die het radioprogramma van Sky Radio of Radio 10 als achtergrond bij hun televisie-programma gebruiken, niet meer nader toegelicht. Het komt de rechtbank voor dat dit gegeven voor deze groep kabelkrantexploitanten, ook relevantie mist. Aannemelijk is immers dat in het basistarief reeds rekening is gehouden met de omstandigheid dat Sky Radio en

Radio 10 ook een gedeelte niet-Rome-muziek uitzenden. Van deze radiozenders zijn de playlists bij SENA immers bekend. Dat doet vermoeden dat met de omstandigheid, dat niet in alle muziekwerken muziek zit voor SENA, al rekening is gehouden bij de overeenkomsten die zijn gesloten met de vijf zelfstandige kabelexploitanten en dat dit ook heeft meegewogen bij SENA bij het bepalen van haar uitgangspositie in de onderhandelingen NKP die immers feitelijk neerkomen op het halve BUMA-tarief. De rechtbank wil dit ter comparitie bespreken.

9 B De leden die het geluid van digimusic uitzenden

9.1 De rechtbank stelt voorop dat partijen haar slechts summier hebben voorgelicht omtrent het verschijnsel Digimusic. Voorshands gaat de rechtbank er van uit dat sprake is van een door derden (Digimusic?) samengesteld muziekprogramma dat niet als zodanig, dus als radioprogramma, wordt uitgezonden, maar dat aan kabelkrantexploitanten wordt aangeboden om te dienen als achtergrond geluid van het kabelkrantprogramma.

9.2 Voor deze groep van haar leden maakt NKP aanspraak op correctie voor het percentage niet-Rome-muziek. NKP stelt dat Digimusic uitsluitend niet-Rome-muziek doorgeeft.

9.3 Als de stelling van NKP juist zou zijn, dan is zij voor deze groep van de bij haar aangesloten inderdaad geen SENA-vergoeding verschuldigd. Deze stelling wordt evenwel door SENA betwist. Ter comparitie wil de rechtbank dit met partijen bespreken. Zij stelt zich voor dat als voorlopige indicatie van de juistheid van haar stelling, door NKP aan SENA de volledige playlist van het Digimusic-programma van een willekeurige dag ter beschikking wordt gesteld. Als zodanige dag wijst de rechtbank aan de dag waarop dit vonnis is uitgesproken.

10 C Leden die zelf het achtergrondgeluid samenstellen

10.1 Met betrekking tot deze groep leden stelt NKP dat zij door SENA alleen kunnen worden aangeslagen in evenredigheid met het percentage door hen uitgezonden Rome-muziek. NKP doet evenwel geen opgave omtrent de hoegrootheid van dat percentage. Zij dient zulks voorafgaande aan de comparitie op een controleerbare wijze te doen.

11 De rechtbank herinnert eraan dat de comparitie mede zal dienen voor het beproeven van een schikking

12 Elke verdere beschikking zal worden aangehouden.

Beslissing

De rechtbank:

gelast partijen, deugdelijk vertegenwoordigd en vergezeld van hun raadslieden, te verschijnen in het Paleis van Justitie aan de Prins Clauslaan 60 te 's-Gravenhage voor het geven van inlichtingen en het beproeven van een schikking, voor mr. Hensen, bij deze benoemd tot rechter-commissaris, op een door deze, na opgave door de procureur van SENA van de verhinderdata van alle betrokkenen in de maanden november en december 1998, nader te bepalen dag en uur;

beveelt partijen tenminste vier weken voor de nader te bepalen datum van de comparitie de in overwegingen 5.3, 6.3, 8.4, 9.3 en 10.1 bedoelde bescheiden aan de rechtbank en de wederpartijen toe te zenden;

houdt elke verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mrs. J.H.P.J. Willems, Chr.A.J.F.M. Hensen en M.Y. Bonneur en uitgesproken in het openbaar op 30 september 1998 in het bijzijn van de griffier.



Kabelkranten worden meestal 'omlijst' door muziek. Daarom moeten de exploitanten van kabelkranten (verenigd in de NKP) de nabuurrechtelijke billijke vergoeding betalen aan SENA. Zie de noot onder Hof Den Haag 6 mei 1999, nr. 48 (SENA/NOS) hiervoor.

Partijen zijn het niet eens over de hoogte van de te betalen vergoeding. De SENA wil 0,7% van de reclame-inkomsten ontvangen en de NKP vindt dat te veel. De rechtbank stelt vast dat door de NKP aan Buma netto circa 1,4% van de reclame-inkomsten wordt betaald en vindt een verhouding één staat tot twee voor de SENA respectievelijk de Buma op het eerste gezicht niet onredelijk. De NKP voert nog allerlei verweren die op een comparitie nader besproken zouden moeten worden. De NKP is tegen dit tussenvonnis echter in hoger beroep gegaan.

De overweging die dit tussenvonnis interessant maakt is de volgende: *'Het verschijnen van het SENA-recht brengt niet als vanzelfsprekend met zich mee dat de te verdelen koek groter wordt. De beginselen van de markteconomie kunnen ook met zich meebrengen dat na onderhandeling zal blijken dat de Buma iets van haar tarief zal moeten inleveren ten voordele van het SENA-recht. Pas dan kan blijken in welke verhouding een verdeling zal plaatsvinden'*.

De 'koek-theorie' lijkt hiermee in rechte enige erkenning te krijgen: meer rechthebbenden betekent mogelijkerwijs een lagere vergoeding per rechthebbende. Dit kan een aardig argument worden voor betalingsplichtigen in hun onderhandelingen met met name Buma.

Rb. Rotterdam 9 september 1999

Zaaknummer/rolnummer: 98129/HA ZA 98-1428

Vonnis van de meervoudige kamer voor de behandeling van burgerlijke zaken in de zaak van:

de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging **Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB)**, gevestigd te Zeist, eiseres, procureur mr. F. Waardenburg, advocaten mrs. M.B.W. Biesheuvel en H.J.A. Knijff te 's-Gravenhage,

tegen

de stichting **Stichting Feyenoord**, gevestigd te Rotterdam, gedaagde, procureur en advocaat mr. J.A.A. Oomens.

Partijen worden nader aangeduid als 'de KNVB' respectievelijk 'Feyenoord'.

1 De processtukken

De rechtbank heeft kennis genomen van de volgende processtukken:

- dagvaarding d.d. 1 april 1998;
- conclusie van eis, met producties;
- conclusie van antwoord, met producties;
- conclusie van repliek;
- conclusie van dupliek;
- akte aan de zijde van de KNVB, met producties, bij gelegenheid van de pleidooien;
- akte aan de zijde van Feyenoord, met producties, bij gelegenheid van de pleidooien;
- de bij gelegenheid van de pleidooien overgelegde pleitaantekeningen respectievelijk pleitnota.

2 De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding gebrachte producties en hetgeen bij gelegenheid van de pleidooien is gebleken, staat tussen partijen –voor zover van belang– (uiteindelijk) het volgende vast:

2.1 De KNVB organiseert de voetbalcompetitie in de Eerste Divisie (Toto-competitie) en die in de Eredivisie (PTT-Telecompetitie, tegenwoordig genaamd KPN-Telecompetitie), (hierna ook –tezamen–: de competitie) van het betaald voetbal. Hij verricht in dat kader allerlei werkzaamheden.

2.2 Feyenoord is lid van de KNVB.

2.3 Aan de Eredivisie-competitie neemt onder meer het eerste elftal van Feyenoord deel. De thuiswedstrijden van dat team van Feyenoord worden gespeeld in De Kuip, een stadion waarvan Feyenoord als huurster het gebruiksrecht heeft. Het publiek heeft tegen betaling toegang tot dat stadion. De revenuen van de verkoop van de toegangsbewijzen komen aan Feyenoord toe. Feyenoord betaalt daarvan een gedeelte aan de KNVB.

2.4

a De statuten van de KNVB hielden tot de wijziging in de Bondsvergadering van december 1996 onder meer in:

Verplichtingen van de leden

Artikel 6. Leden van de KNVB zijn verplicht:

- a. de statuten en reglementen van de KNVB, de besluiten van één van haar organen, alsmede de door het bondsbestuur van toepassing verklaarde wedstrijdregels daaronder begrepen, na te leven;*
- b. de belangen van de KNVB of van een van haar organen en van de voetbalsport in het algemeen niet te schaden;*
- c. alle overige verplichtingen, welke de KNVB in naam van haar leden aangaat of welke uit het lidmaatschap van de KNVB voortvloeien, te aanvaarden en na te komen.(...)'*

b Bij die wijziging is aan art. 6 lid 1 onder c. toegevoegd:
'Tot deze verplichtingen behoort onder meer het aanvaarden en nakomen van door de KNVB, mede namens de individuele leden, genoemd in artikel 5 lid 1, aangegane verplichtingen jegens één of meer derden aangaande de verkoop en/of exploitatie van televisie- en/of radio-opnamen/of uitzendrechten. Bij reglement zullen hieromtrent nadere bepalingen worden gesteld.'

2.5 Het Algemeen Reglement van de KNVB houdt onder meer in:

'(...) Slotbepalingen

Artikel 20

1.a. Het staat een club niet vrij door haar gemaakte of op andere wijze door haar verworven filmopnamen, video-opnamen en andere audiovisuele vastleggingen daaronder begrepen, van door het bestuur georganiseerde of met toestemming van het bestuur gespeelde wedstrijden op welke wijze dan ook te exploiteren, aan derden ter beschikking te stellen of in het openbaar te vertonen zonder schriftelijke toestemming van het bestuur (...).'

2.6 Het Reglement Betaald voetbal houdt onder meer in:

'(...) Financiële verplichtingen

Artikel 42

1. Van een club kan worden gevorderd:

a. een jaarlijks door het bestuur betaald voetbal vast te stellen inleggeld voor het deelnemen aan iedere door het bestuur betaald voetbal uitgeschreven wedstrijdenreeks;

b. een bij de begroting vast te stellen percentage van de wedstrijd-ontvangsten. Van deze wedstrijd-ontvangsten dient voor de in het betreffende uitvoeringsbesluit genoemde datum op daartoe bestemde formulieren opgave te worden gedaan aan het bestuur betaald voetbal. (...)

Onder wedstrijd-ontvangsten worden mede verstaan inkomsten uit contributie van ondersteunende leden, vaste donaties, seizoenkaarten, dameskaarten en alle overige bijzondere toegangsbewijzen, alsmede inkomsten uit radio- en/of televisieuitzendingen van wedstrijden of gedeelten van wedstrijden; (...)

Radio- en televisieuitzendingen

Artikel 59

Voor het maken van radio- en televisie-opnamen of voor een radio- en televisieuitzending van een wedstrijd is voorafgaande toestemming van het bestuur betaald voetbal nodig. (...).'

2.7 Een overeenkomst van juli 1998 houdt onder meer in:

'De ondergetekenden: 1. de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond sectie betaald voetbal, en 2. Eredivisie NV en 3. de Betaald Voetbal-Organisatie, lid van de KNVB en deel uitmakende van de algemene vergadering betaald voetbal, ieder afzonderlijk rechtsgeldig vertegenwoordigd, hierna te noemen: 'de clubs'

In aanmerking nemende dat:

- Tussen partijen geschillen zijn gerezen omtrent de eigendom van verschillende soorten rechten terzake van in competitieverband gespeelde wedstrijden;

- Onderdeel van bedoelde geschillen tevens de wijze is waarop de opbrengst van de hierboven genoemde rechten tussen partijen wordt verdeeld;

- Partijen ernaar streven deze geschillen te beslechten onder meer door wijziging van de statuten en bepaalde reglementen van de KNVB op de wijze en onder voorwaarden aangegeven in deze overeenkomst. In het verlengde hiervan zullen partijen zich onthouden van juridische procedures naar aanleiding van deze overeenkomst;

- Eredivisie NV onder meer ten doel heeft de organisatie van de Eredivisie en in dat kader in onderling overleg randvoorwaarden aan de KNVB zal geven, waaraan het jaarlijkse competitieprogramma van de hoogste klasse van het betaald voetbal in Nederland zal voldoen. De rol van de Eredivisie NV en KNVB in deze wordt door partijen erkend; (...)

Verklaren te zijn overeengekomen als volgt:

1. Definities

In deze overeenkomst, als hierna gedefinieerd, hebben de volgende begrippen de daarbij vermelde betekenissen:

'Mediarechten': rechten terzake van in competitieverband gespeelde wedstrijden: TV-productierechten, TV uitzendrechten (waaronder live, integraal, samenvattingen en fragmenten) en TV-archiefrechten;

'Overige Rechten': overige commerciële (uitbatingen)rechten terzake van in competitieverband gespeelde wedstrijden, waaronder sponsoring, merchandising, internet of aanverwante producten; (...)

2. Media

2.1 Partijen gaan er in het kader van deze overeenkomst vanuit dat de Media-rechten in volledige eigendom aan de thuisspelende club toebehoren, doch dat Overige Rechten aan meerdere partijen gezamenlijk kunnen toebehoren.

(...)

5. Juridische/reglementaire consequenties

5.1 Indien en voorzover de statuten of reglementen van KNVB aan de afspraken van deze Overeenkomst en/of de uitvoering daarvan in de weg staan, zullen de statuten en reglementen van KNVB worden aangepast. In dat kader zal in ieder geval artikel 6 lid 1 van de statuten van KNVB zo spoedig mogelijk ter wijziging aan de Bondsvergadering worden voorgelegd.

5.2 Partijen zullen zich inspannen om in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst en de besluitvorming binnen het Bedrijfstakproces ten spoedigste tot wijziging te komen van, onder meer, de navolgende

statutaire en KNVB reglementsbepalingen:

(a) artikel 6 van de statuten;

(b) artikel 20 algemeen reglement;

(c) artikel 59 lid 1 reglement betaald voetbal; (d) artikel 37 reglement wedstrijden betaald voetbal.

(...)

5.6 KNVB stemt ermee in het NOS-contract ten behoeve van Eredivisieclubs, gecoördineerd door Eredivisie N.V., te laten sluiten door de Eredivisieclubs op basis van acceptatie van de financiële uitgangspunten van het NOS-contract voor het seizoen 1998/1999. (...)

5.7 De in artikel 5.6 genoemde instemming vervalt indien de Eredivisieclubs geen toestemming c.q. ontheffing ontvangen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) voor het verkopen van de Media-rechten.

5.8 Partijen verplichten zich in het geval Eredivisie NV de in artikel 5.7 bedoelde toestemming c.q. ontheffing niet ontvangt, met elkaar te overleggen over de alsdan ontstane situatie.

5.9 KNVB, Eredivisie NV als ook Ajax en Feyenoord zullen over en weer aanhangig gemaakte procedures over statuten, reglementen als ook televisierechten (bodempprocedure) onverwijld, nadat de in artikel 5.2 genoemde wijzigingen van de statuten en reglementen zijn geëffectueerd, doen beëindigen. Mede uitgangspunt voor royement is de in artikel 5.7 genoemde toestemming c.q. ontheffing van de Nederlandse Mededingingsautoriteit voor het verkopen van de media-rechten. (...).'

Feyenoord is één van de oprichters van Eredivisie NV.

2.8 Onder de destijds geldende Wet economische mededinging is door de KNVB 'voor zover nodig en vereist' een ontheffingsverzoek ingediend voor, kort samengevat, de onder 2.4 en 2.6 genoemde bepalingen. Op dat verzoek is op 22 december 1997 beslist door de Minister van Economische zaken, waarbij een ontheffing is verleend tot 1 juli 1998, onder de voorwaarde dat de Europese Commissie de regeling niet in strijd met het communautaire mededingingsrecht zou achten. Het beroep tegen het onderhavige besluit is nog aanhangig.

2.9 Voor de contracten met betrekking tot de rechten tussen de KNVB enerzijds en SBS 6 en de NOS anderzijds, die op 1 juli 1999 afliepen, is een voorwaardelijk ontheffingsverzoek onder het overgangsrecht van de Mededingingswet (Mw) ingediend, waarop in afwachting van de uitkomst van deze procedure door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) nog niet is beslist.

3 De vordering en de grondslag daarvan

De vordering luidt om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1 Voor recht te verklaren dat het recht met betrekking tot het (doen) opnemen en uitzenden van radio- en televisie-opnamen, zowel voor samenvattingen als integrale wedstrijden (bedoeld is kennelijk: weergave, opmerking rechtbank) van de voetbalwedstrijden, die worden gespeeld in het kader van de door de KNVB georganiseerde competities toekomen aan alle clubs gezamenlijk: KNVB en de clubs.

2 Feyenoord te verbieden over te gaan tot een eenzijdige en individuele exploitatie, in welke vorm dan ook, van de radio- en televisie-opnamen, zowel voor samenvattingen als voor integrale wedstrijden (bedoeld is kennelijk: weergave, opmerking rechtbank) van wedstrijden gespeeld in het kader van een door KNVB georganiseerde competities (bedoeld is kennelijk: competitie, opmerking rechtbank), zulks op straffe van een dwangsom van f100.000,- (zegge: honderd duizend gulden) voor elke dag of keer dat Feyenoord het verbod na de betekening van het in dezen te wijzen vonnis zou schenden.

3 Subsidiar: Feyenoord te verbieden de tv-uitzendrechten van door haar te spelen thuiswedstrijden individueel uit te baten met voorbijgaan aan de reglementaire bepalingen van KNVB en het toezicht dat KNVB op grond daarvan dient uit te oefenen, zulks op straffe van een dwangsom van f100.000,- (zegge: eenhonderd duizend gulden) voor elke dag of keer na de betekening van het te wijzen vonnis dat Feyenoord dit verbod zou overtreden.

4 Feyenoord te veroordelen in de kosten van het geding.

Daaraan heeft de KNVB behalve de onder 2.1 tot en met 2.6 genoemde vaststaande feiten, zakelijk weergegeven en voor zover thans relevant (uiteindelijk) de volgende stellingen ten grondslag gelegd:

3.1 De rechten met betrekking tot het (doen) opnemen en uitzenden van radio- en televisie-opnamen inzake in de competitie door het team van Feyenoord thuis gespeelde voetbalwedstrijden, zowel voor wat betreft samenvattingen als integrale reportages (hierna: de rechten), komen toe aan de KNVB en de in de competitie spelende clubs gezamenlijk:

- Er is grote publieke belangstelling voor deze wedstrijden, die daardoor ook een commerciële waarde vertegenwoordigen. Dit wordt met name, althans mede, veroorzaakt door de aan de KNVB toe te schrijven organisatorische en financiële bijdragen, in het bijzonder de omstandigheid dat de wedstrijden in het kader van de door hem

georganiseerde competitie plaatsvinden. Het wezen van de competitie –een totaliteit van samenhangende wedstrijden, waarbij de KNVB organiseert en de clubs, in het bijzonder de spelers, de wedstrijden spelen– schept lotsverbondenheid.

- De KNVB loopt ook economisch risico; een deel van de recette gaat naar de KNVB en hij wordt door de overheid aangesproken op tal van kwesties het voetbal in ruime zin betreffende. Tenslotte verleent de KNVB financiële steun aan clubs die daaraan, structureel of tijdelijk, behoefte hebben.

3.2 De door de KNVB verdedigde visie is ook geruime tijd in de praktijk gevolgd. Tot 1996 heeft de KNVB gedurende decennia steeds overeenkomsten gesloten met zendgemachtigden en omroeporganisaties ten aanzien van het maken, uitzenden en exploiteren van beeld- en geluidsopnamen van voetbalwedstrijden; de KNVB heeft daarbij steeds exclusieve televisieuitzendrechten verleend. In vrijwel alle ons omringende landen is het de nationale bond die namens de clubs de radio- en televisierechten collectief exploiteert.

3.3 Feyenoord is, als lid van de KNVB, gehouden art. 6 lid 1 onder a, b en c van de statuten na te leven. Zij zal daarom ook rekening moeten houden met de belangen van de andere leden en de KNVB.

3.4 Doordat Feyenoord zich op het standpunt stelt dat de rechten ten aanzien van de door haar team gespeelde thuiswedstrijden uitsluitend, individueel en exclusief aan haar, Feyenoord, toekomen en in het verlengde daarvan deze rechten ook zelf uitbaat althans meent te kunnen uitbaten handelt zij onrechtmatig jegens de KNVB en zijn leden. Feyenoord respecteert de belangen en rechten van de KNVB en de andere clubs niet. De KNVB kan daardoor niet het juiste en volledige reglementaire toezicht uitoefenen dat voor een goed verloop van de competitie is vereist.

3.5 Door dit onrechtmatig handelen lijdt de KNVB schade, omdat de totstandkoming van wenselijke overeenkomsten met zendgemachtigden/ omroeporganisaties wordt belemmerd. Ook andere leden van de KNVB, met name de 33 van de 35 andere KNVB-leden bij wie sprake is van financiële tekorten, lijden daardoor schade.

4 Het verweer

De conclusie van Feyenoord strekt tot afwijzing van de vordering, met veroordeling bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad van de KNVB in de kosten van het geding.

Feyenoord heeft de stellingen van de KNVB gemotiveerd betwist en daartoe, zakelijk weergegeven en voor zover thans van belang, (uiteindelijk) het navolgende aangevoerd:

4.1 De KNVB mist ieder redelijk belang bij de gevraagde verklaring voor recht en voorzieningen. Feyenoord houdt zich aan de regels: haar wordt niet verweten en kan ook niet worden verweten dat zij enige bepaling uit de statuten of reglementen niet nakomt of dreigt niet na te komen. Zij komt bovendien de afspraken zoals vervat in de overeenkomst van juli 1998 volledig na. Een abstract verschil van inzicht schept niet voldoende belang bij de gevraagde verklaring voor recht, die de werkelijke inzet van dit geding vormt.

4.2 Inmiddels is de onder 2.7 genoemde overeenkomst gesloten, mede ten behoeve van Feyenoord. Het voortzetten van deze procedure is met art. 5.9 daarvan in strijd.

4.3 Ten aanzien van de door een voetbalclub van Feyenoord in het kader van de competitie thuis gespeelde wedstrijden komen de rechten alleen aan Feyenoord toe. Die gerechtigdheid vloeit voort uit het gebruiksrecht van het stadion waar de wedstrijd gespeeld wordt. Het organiseren van de wedstrijd dan wel de competitie waarin die wedstrijd gespeeld wordt vormt geen beschermingswaardige eenlijnsprestatie en vormt dus geen grondslag voor een recht als door de KNVB gepretendeerd.

4.4 De andere voetbalclubs delen de visie van Feyenoord dat de rechten toekomen aan de thuisspelende club. De rechten van de andere clubs worden daarbij niet miskend; tegenover elke uitwedstrijd staat immers ook een thuiswedstrijd. Voor zover de spelers zouden beschikken over rechten is de KNVB niet bevoegd om die uit te oefenen.

4.5 In art. 2.1 van de overeenkomst van juli 1998, waarbij de KNVB partij is, is ook neergelegd dat de rechten toekomen aan de thuisspelende club.

4.6 De statuten en reglementen van de KNVB gingen en gaan er, zowel voor als na de statutwijziging in december 1996, ook van uit dat de uitzendrechten op zich toekomen aan de thuisspelende club. De KNVB is aan dat uitgangspunt gebonden.

4.7 Het enkele feit dat de KNVB overeenkomsten sloot hebben de clubs lange tijd goed gevonden. De KNVB heeft in het verleden overigens slechts overeenkomsten gesloten met betrekking tot korte samenvattingen en flitsen van wedstrijden, niet met betrekking tot live en/of integrale uitzendingen. Feyenoord is er steeds van uitgegaan dat zij haar rechten ten aanzien van laatstbedoelde categorie zelf, individueel, kon exploiteren.

4.8 Voor het geval de KNVB zich mede beroept op rechten die hij zou hebben op grond van statuten en/of reglementen, los van de vraag bij wie de eigendom van de uitzendrechten op zich ligt:

- de aanvankelijke versie van art. 6 lid 1 onder c. van de statuten, geciteerd onder 2.4a, is te weinig specifiek om geacht te kunnen worden zich uit te strekken tot de uitzendrechten van thuiswedstrijden en biedt de KNVB verenigingsrechtelijk onvoldoende basis. Bovendien bepaalt dit artikel niet of de KNVB bevoegd is dergelijke overeenkomsten te sluiten, het geeft slechts voorschriften voor het geval de KNVB bevoegdelijk zulke overeenkomsten is aangegaan;
- de huidige versie van dat artikel, waarop de KNVB zich baseert, geciteerd onder 2.4b, is onverbindend nu in de overeenkomst van juli 1998 is afgesproken dat de wijziging zal worden teruggedraaid; bovendien is ook de gewijzigde tekst nog te weinig gespecificeerd;
- als bedoelde bepalingen moeten worden verstaan als een exclusieve machtiging aan de KNVB om de uitzendrechten van de clubs collectief te verkopen is dat een mededingingsbeperkende afspraak in de zin van art. 6 Mw. Deze afspraak is dan nietig, behoudens vrijstelling van de NMa, die niet is verleend (en evenmin is te verwachten). Feyenoord beroept zich op die nietigheid.
- Feyenoord is verenigingsrechtelijk niet gehouden zonder meer de besluiten en regels van de KNVB en zijn organen na te leven.

4.8 Voorts zijn de gevraagde verboden te algemeen en moeten de dwangsommen gematigd worden.

5 De nadere stellingen van partijen

5.1 De KNVB heeft in reactie op het verweer van Feyenoord onder meer het navolgende aangevoerd:

- De KNVB heeft in elk geval, ook los van werkelijke of dreigende schendingen van statuten, reglementen of afspraken door Feyenoord, belang bij een beslissing als door haar gevraagd omdat deze noodzakelijk is voor orde en rust.
- Zo lang de toestemming/ontheffing van de NMa genoemd in de overeenkomst van juli 1998 ontbreekt is geen sprake van royement van de lopende procedures.
- De overeenkomst van juli 1998 heeft niets te maken met de vraag wie rechthebbende is op de thans in geding zijnde rechten en geeft daarover ook geen uitsluitel. De overeenkomst is onder druk en op pragmatische gronden aangegaan. Met art. 2.1 van die overeenkomst is slechts een werkhypothese beoogd, die KNVB moest onderschrijven om opdrachten aan eerste divisieclubs veilig te stellen, en die –naar tussen partijen ook is besproken– uitsluitend gold in het kader van genoemde overeenkomst.
- De statuten zijn niet onverbindend; Feyenoord behoort niet vooruit te lopen op de uitkomst van de daarover lopende procedure. KNVB kan zich, tot daarin uitspraak is gedaan, nog op die statuten en het daarvan deel uitmakende, concreet en duidelijk geformuleerde, art. 6 daarvan in de huidige versie beroepen. Omdat de rechten aan de clubs en de KNVB gezamenlijk toebehoren kan de collectieve verkoop daarvan niet in strijd met art. 6 Mw zijn. De NMa wacht het oordeel van de civiele rechter dienaangaande af.

5.2 Feyenoord heeft hetgeen de KNVB nader heeft gesteld gemotiveerd betwist en nog aangevoerd:

- De procedure omtrent de geldigheid van het huidige art. 6 van de statuten zal niet tot een uitkomst leiden: de procedure slaapt en dient ingevolge de overeenkomst van juli 1998 geroyeerd te worden.

6 De beoordeling van het geschil

6.1 De KNVB vordert een verklaring voor recht en tevens een (primair en subsidiair) verbod. Hoewel hij daaraan niet ten grondslag legt dat Feyenoord zich op dit moment schuldig maakt aan de te verbieden gedragingen en evenmin dat zulks in concreto dreigt te gebeuren, vloeit uit het debat van partijen voort dat Feyenoord zich daartoe vrij acht, terwijl de KNVB zulks, op de door hem uiteengezette gronden, gelet op zijn eigen betrokkenheid bij de competitie niet alleen onwenselijk, doch ook onrechtmatig acht.

Dat geeft de KNVB een voldoende rechtens te respecteren belang om in zijn vordering met betrekking tot bedoelde verboden en ook de daarmee rechtstreeks samenhangende verklaring voor recht ontvangen te worden.

6.2 Gelet op de omstandigheid dat, naar ten pleidooie door beide partijen werd bevestigd, geen van de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van juli 1998 lopende procedures daadwerkelijk geroeyeerd is, ook niet die waarin Feyenoord eisertes is, kan Feyenoord zich –in het kader van de ontvankelijkheid van de KNVB in dit geding– niet te goeder trouw beroepen op art. 5.9 van die overeenkomst (nog daargelaten of overigens aan de in art. 5.9 gestelde voorwaarden geheel voldaan is). De punten die partijen in dat verband voor het overige verdeeld houden behoeven daarom geen bespreking.

6.3 De uitzendrechten van de door Feyenoord gespeelde thuiswedstrijden komen originair aan Feyenoord toe, op grond van het navolgende.

6.3.1 In confesso is dat er geen sprake is van een absoluut recht van intellectuele eigendom of een daarmee gelijk te stellen recht. De wedstrijden worden echter gehouden in het door Feyenoord gehuurde stadion en zijn slechts tegen betaling voor het publiek toegankelijk. Feyenoord verwerft zich daarmee inkomsten; niet in debat is dat deze inkomsten uit de kaartverkoop slechts aan haar toekomen, omdat zij aan het gebruiksrecht van het stadion waar de wedstrijd wordt gespeeld de bevoegdheid ontleent aan een ieder die niet wenst te betalen de toegang te ontzeggen. Daaraan doet niet af dat die wedstrijd een deel, wellicht zelfs een aanzienlijk deel, van haar aantrekkelijkheid voor het publiek ontleent aan het competitieverband waarin zij wordt gespeeld (zodat, vanwege die vergrote aantrekkelijkheid, ook hogere toegangsprijzen gerekend kunnen worden); evenmin doet daaraan af dat die competitie wordt georganiseerd en begeleid door de KNVB. Weliswaar draagt Feyenoord van die recette een vast (gering) percentage aan de KNVB af –hetgeen onder meer valt te beschouwen als een vergoeding voor die organiserende en faciliterende activiteiten van de KNVB, die tot financieel voordeel van Feyenoord strekken– doch dat maakt de KNVB nog geen mede-rechthebbende op de opbrengsten van die kaartverkoop. Het enkele, voor een klein deel, mededragen van het economisch risico is daartoe onvoldoende en omtrent andere relevante omstandigheden is niets gesteld of gebleken. Zulke andere relevante omstandigheden zijn in elk geval niet dat de KNVB, vanuit zijn verantwoordelijkheid en taak als (enige) voetbalbond, in een aantal situaties de gesprekspartner van de overheid is en financieel behoeftige clubs steunt. Die activiteiten houden immers geen, zeker geen direct, verband met de economisch waardevolle prestatie waarvoor entreegeld wordt geheven, te weten de thuiswedstrijden van Feyenoord.

6.3.2 Inzet van deze procedure zijn klaarblijkelijk niet de enkele feitelijke mededelingen van de uitslagen e.d. op radio of televisie, doch slechts die reportages waarbij, al dan niet live, in de vorm van 'flitsen' of integraal, beelden en/of verslagen van de wedstrijden worden overgebracht aan het niet in het stadion aanwezige publiek.

De mogelijkheid voor het publiek om de wedstrijd op radio of televisie te volgen is te beschouwen als een gewaardeerd (gedeeltelijk) substituuat (of surrogaat) voor het fysiek aanwezig zijn bij die wedstrijd. De mogelijkheid tot het uitzenden van de betreffende geluiden of beelden is in beginsel afhankelijk van het fysiek aanwezig zijn van tenminste enkele journalisten, cameramensen en apparatuur bij die wedstrijd. Daarom dient de vraag wie rechthebbende is van de uitzendrechten zoveel mogelijk gelijklopend te worden beantwoord als de vraag naar de rechthebbende van de rechten op kaartverkoop. Het verkochte product is immers in beide gevallen in de kern hetzelfde. De bijdrage van de KNVB aan het totstandkomen van de wedstrijden in competitieverband is ook in beide gevallen gelijk en in zijn Reglement Betaald Voetbal (art. 42) worden beide bronnen van inkomsten gelijkgesteld.

Daaraan doet de feitelijke gang van zaken in het verleden niet af; in het bijzonder kan niet worden gezegd dat Feyenoord haar (exclusieve) uitzendrechten zou moeten delen met de KNVB vanwege de omstandigheid dat de KNVB gedurende geruime tijd met omroeporganisaties heeft gecontracteerd over de uitzendrechten. Evenmin leidt de omstandigheid dat –naar de KNVB stelt– in sommige andere landen de nationale voetbalbond de uitzendrechten exploiteert tot het oordeel dat dit ook in Nederland het geval behoort te zijn.

6.3.3 Aan het vorenstaande doet evenmin af dat een voetbalwedstrijd alleen mogelijk is met een thuis- en een uitspelende club, terwijl het bij beide clubs bovendien overwegend de spelers zijn die de aantrekkelijkheid van de wedstrijd en daarmee de commerciële waarde daarvan tot stand brengen. De wedstrijd is een fysiek evenement, dat alleen kan plaatsvinden als daartoe een locatie ter beschikking wordt gesteld; daaruit vloeit voort dat aan degene die die locatie ter beschikking stelt het recht toekomt dat evenement te exploiteren. Hoe deze rechthebbende, in casu Feyenoord, haar spelers ertoe brengt dat zij spelen, en wat met de tegenspelende club wordt afgesproken staat daarbuiten.

Al aangenomen dat zulks van betekenis zou zijn voor het antwoord op de vraag bij wie een recht berust: niet valt in te zien waarom het onredelijk of onpraktisch zou zijn dat de rechten uitsluitend aan de thuis spelende

club toekomen, zeker niet tegen de achtergrond van het systeem van de competitie dat inhoudt dat elke club die bij Feyenoord uitspeelt, op haar beurt Feyenoord ook een keer thuis treft.

6.3.4 Ten overvloede verdient opmerking dat, ook als wel een éénlijnsprestatie aanwezig wordt geacht die bescherming verdient op een wijze die overeenkomt met een recht van intellectuele eigendom, de KNVB niet mede rechthebbende daarop is. De te beschermen prestatie is dan de wedstrijd en de KNVB is niet degene die die prestatie levert; hij is slechts een (belangrijke) betrokkene die faciliterend en organiserend optreedt. Aan het in kort geding gewezen vonnis van de President van de rechtbank te Utrecht waarnaar de KNVB verwezen heeft komt, wat daarvan verder moge zijn, geen kracht van gewijsde tussen partijen toe.

6.4 Het voorgaande doet er niet aan af dat het denkbaar is dat Feyenoord, hoezeer ook originair rechthebbende, als gevolg en in het kader van haar lidmaatschap van de KNVB deze rechten heeft overgedragen aan de KNVB. Kennelijk heeft de KNVB willen betogen dat dit het geval is; zo heeft in elk geval Feyenoord zijn standpunt –mede– opgevat.

Deze stelling van de KNVB snijdt echter geen hout.

Nog daargelaten of een dergelijke overdracht van rechten door middel van een opname in de statuten mogelijk is, de tekst van art. 6 lid 1 c houdt een dergelijke overdracht niet in en kan in redelijkheid door de KNVB ook zo niet worden opgevat. Het nakomen van door de KNVB aangegane verplichtingen is iets wezenlijk anders dan het overdragen van rechten aan de KNVB. Dit geldt zowel voor de oorspronkelijke als voor de aangepaste versie, zodat het twistpunt van welke tekst moet worden uitgegaan in dit verband terzijde kan blijven.

De onder 1. van het petitum gevraagde verklaring voor recht zal, gelet op het vorenstaande, worden geweigerd.

6.5 Art. 6 lid 1 onder a, b en c van de statuten (en de onder 2.5 en 2.6 geciteerde bepalingen uitde reglementen) zijn daarnaast kennelijk door de KNVB mede ten grondslag gelegd aan de door hem gevorderde verboden.

Door Feyenoord is (voor het geval van de door haar primair onjuist geachte interpretatie van die bepalingen van de KNVB wordt uitgegaan) aangevoerd dat de betreffende bepalingen, eenmaal ervan uitgaande dat de rechten bij Feyenoord berusten, van rechtswege nietig zijn wegens strijd met het mededingingsrecht (art. 6 Mw en/of art. 81 (voorheen 85) van het EGverdrag).

Voor het geval de KNVB heeft bedoeld die stelling te betwisten geeft de rechtbank als haar oordeel dat de KNVB is aan te merken als een ondernemersvereniging en dat er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat deze bepalingen de mededinging op de Nederlandse markt beperken (en ook het economisch verkeer tussen de EG-lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden), gelet op de omstandigheid dat de KNVB als de enige voetbalbond, van wie alle eredivisieclubs lid zijn, die markt geheel beheerst.

Dat betekent dat art. 6 lid 1 onder c nietig is, behoudens een door de bevoegde mededingingsautoriteiten verleende (of eventueel te verwachten) ontheffing. Voor zover de KNVB door toepassing van is art. 6.1 leden a en b indirect hetzelfde resultaat zou kunnen bereiken als door toepassing van art. 6.1 onder c worden beide eerstgenoemde bepalingen door diezelfde nietigheid getroffen.

Gelet op hetgeen omtrent een eventuele ontheffing bij gelegenheid van de pleidooien is verklaard moet worden aangenomen dat er, naast het (inmiddels zonder voorwerp geraakte) ontheffingsverzoek aan de NMa bedoeld onder 2.9 en het verzoek van de UEFA aan de Europese Commissie –die beide niet zien op de onder 2.4 tot en met 2.6 geciteerde bepalingen– thans geen sprake is van een ingediend verzoek om ontheffing aan de (inmiddels) in Nederlands dan wel EG-verband bevoegde mededingingsautoriteiten. Bovendien valt de indiening van zo'n verzoek klaarblijkelijk, gezien de negatieve verwachtingen die op dat punt bij partijen bestaan, ook niet te verwachten.

Meergenoemde bepalingen zijn dus nietig, zodat de KNVB zich niet op schending van de daarin vervatte verplichtingen kan beroepen.

6.6 Dat de KNVB en de andere clubs mogelijk schade zouden lijden als Feyenoord haar rechten zelf zou gaan exploiteren –hetgeen Feyenoord overigens betwist– is op zichzelf niet voldoende om een dergelijke exploitatie daarom onrechtmatig te achten en te verbieden. Ook de aanspraak die de KNVB heeft op afdracht van een deel van de opbrengsten kan er niet toe leiden dat een dergelijke actie van Feyenoord als onrechtmatig jegens de KNVB verboden zou kunnen worden.

Dat wordt evenmin anders als de opstelling van Feyenoord er toe zou leiden dat de KNVB niet in staat gesteld wordt tot het door hem gewenste toezicht en tot het sluiten van door hem gunstig geachte contracten. Het gaat hier immers in beginsel om normaal te achten effecten van de uitoefening van rechten in een vrije markteconomie.

Of dit oordeel onder omstandigheden anders zou uitvallen kan in het midden blijven, nu Feyenoord heeft gesteld en de KNVB niet heeft

betwist dat Feyenoord zich houdt aan de geldende afspraken en in het bijzonder aan de ook door de KNVB ondertekende overeenkomst van juli 1998.

6.7 De overige geschilpunten behoeven geen bespreking meer en de vorderingen zullen in al hun onderdelen worden afgewezen.

7 De beslissing

De rechtbank,

wijst af de vorderingen van de KNVB;

veroordeelt de KNVB in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Feyenoord bepaald op f370,- aan verschotten, en op f3.440,- aan salaris voor de procureur;

verklaart dit vonnis voorzover het de veroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mrs Van Zelm Van Eldik, Hofmeijer-Rutten en Saarloos.

Wegens afwezigheid van de voorzitter getekend door de oudste rechter. Uitgesproken ter openbare terechtzitting.

Nr. 51

Productschap Vis e.a. vs. AXA Verzekeringen

Pres. Rb. Utrecht 24 augustus 1999

Vonnis van de president van de arrondissementsrechtbank te Utrecht in het kort geding van:

1 **Productschap Vis**, gevestigd te Rijswijk, 2 de stichting **Stichting Nederlands Visbureau**, gevestigd te Rijswijk, 3 de vereniging **Verbond van de Nederlandse Visdetailhandel**, gevestigd te 's-Gravenhage, 4 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **J. Barbé B.V.**, gevestigd te Yerseke, gemeente Reimerswaal, 5 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Krijn Verwijs Yrseke B.V.**, gevestigd te Yerseke, gemeente Reimerswaal, 6 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Mosselhandel Prins & Dingemanse B.V.**, gevestigd te Yerseke, gemeente Reimerswaal, 7 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Mosselhandel Vette & Verhaart B.V.**, gevestigd te Yerseke, gemeente Reimerswaal, eiseressen, procureur: mr. H. van Dijk, advocaat: mr. E.A.M. Alders te 's-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **AXA Verzekeringen B.V.**, gevestigd te Utrecht, gedaagde, procureur: mr. B.F. Keulen, advocaat: mr. L.L.M. Heslenfeld te Amsterdam.

1 Het verloop van het geding

1.1 Eiseressen hebben gedaagde in kort geding doen dagvaarden.

1.2 Op de dienende dag, 9 augustus 1999, hebben eiseressen van eis geconcludeerd overeenkomstig de inhoud van het exploit van dagvaarding, waarvan een fotokopie aan dit vonnis is gehecht, en bij monde van hun advocaat hun vordering doen toelichten mede aan de hand van een overgelegde pleitnota en overgelegde producties.

1.3 Gedaagde heeft hierop bij monde van haar advocaat verweer doen voeren mede aan de hand van een overgelegde pleitnota en overgelegde producties.

1.4 Na voortgezet debat hebben partijen de stukken overgelegd en vonnis gevraagd.

2 De vaststaande feiten

2.1 Eiseres sub 1 is een publiekrechtelijke rechtspersoon die blijkens artikel 5 van de instellingsverordening Productschap Vis onder andere de bevoegdheid heeft om regelingen vast te stellen met betrekking tot:

- de registratie van ondernemingen waarin de visserij of de handel in vis wordt uitgeoefend of vis wordt be- of verwerkt;
- de afzet, de verdeling en de aanwending van vis en
- de mededinging in de sector van de visserij, de veiling en be- en verwerking van en de handel in vis.

2.2 De statuten van eiseres sub 2 luiden –voor zover relevant– als volgt: *‘Doel*

2.1 De stichting heeft tot doel, in binnen- en buiten land, de consumptie en afzet van vis en visproducten uit Nederland, die worden aangevoerd, aangekocht, ingevoerd en verhandeld, te bevorderen.

2.2 Zij tracht dit doel te bereiken door het verbeteren van de kennis over, en de waardering voor vis en visproducten en het bevorderen van de informatievoorziening over het Nederlandse visaanbod, de toepassingen en de marktvraag

2.3 Zij ontplooit daartoe activiteiten op het gebied van public relations, voorlichting, reclame, promotie en marktonderzoek.’

2.3 Eiseres sub 3 is een vereniging die blijkens haar statuten de volgende doelomschrijving heeft: *‘De vereniging heeft ten doel het bevorderen van de belangen van de visdetailhandel in het algemeen, alsmede het stimuleren, promoten en het geven van voorlichting over afzet van vis en visproducten, alles in de ruimste zin des woords.’*

2.4 Eiseressen sub 4 tot en met 7 drijven ondernemingen die zich bezig houden met het verkopen van onder andere mosselen aan detaillisten.

2.5 Sinds 16 juli 1999 doet gedaagde op de Nederlandse televisie een commercial uitzenden –hierna te noemen: de commercial– waarin de vangst, de verwerking en de consumptie van een mossel getoond wordt. Aan het einde van de commercial wordt een gesprek tussen zakenmannen in een restaurant weergegeven. Dit gesprek eindigt met de volgende

zinnen: Ene zakenman: 'Kunnen we op je rekenen? Sta jij daar morgen?' Andere zakenman (terwijl hij een mossel naar zijn mond brengt): 'Geef me één reden waarom ik daar morgen niet zal staan.' De commercial eindigt met de 'pay-off' (in beeld en geluid) 'AXA Verzekeringen. Voor al uw plannen en alles wat daar tussenkomt.'

2.6 Bij brief d.d. 30 juli 1999 heeft dr P. Hagel, waarnemend-directeur van het Rijksinstituut voor visserij-onderzoek (onderdeel van de Dienst Landbouwkundig Onderzoek van het Ministerie van Landbouw, Natuur-beheer en Visserij), aan de voorzitter van eiseres sub 1 het volgende medegedeeld:

'Naar aanleiding van het gebruik door de verzekeringsmaatschappij Axa van de mossel in een reclamepot als metafoor, uitgaande "van de volkswijsheid dat je van mosselen wel eens misselijk kan worden" het volgende. Uit Europese productiegebieden afkomstige tweekleppige weekdieren, dus ook mosselen uit productiegebieden in de Nederlandse kustwateren, dienen, zoals U bekend is, te voldoen aan de sanitaire eisen gesteld in Hoofdstuk V van de Bijlage bij de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 juli 1991 tot vaststelling van de gezondheidsvoorschriften voor de productie en het in de handel brengen van levende tweekleppige weekdieren 91/492/EEG.

Opzet en uitvoering van de sanitaire monitoring van de Nederlandse productiegebieden voor levende tweekleppige weekdieren, vloeit voort, uit de Nederlandse uitvoeringsmaatregelen van de Richtlijn 91/492/EEG. De uitvoering geschiedt, het is U uiteraard ook bekend, op basis van overeenstemming met de Centrale Directie van de Inspectie Waren en Veterinaire zaken te Den Haag, in opdracht van het Productschap Vis en het Ministerie van LNV door het Rijksinstituut voor Visserijonderzoek (RIVO). Op grond van de op de Richtlijn 91/492/EEG gebaseerde kwaliteitszorg voor schelpdieren in Nederland, inclusief mosselen, van overheid, schelpdiersector en visserijonderzoek mag gesteld worden, dat uit de Nederlandse productiegebieden van tweekleppige weekdieren afkomstige mosselen voldoen aan de Europese normen ter bescherming van de volksgezondheid en derhalve een veilig product vormen. Als zodanig onderscheiden de risico's van de consumptie van mosselen zich dan ook in geen enkel opzicht van die van de consumptie van andere veilige voedingsmiddelen. Voor een zogenaamde "volkswijsheid" als gesteld door Axa is in dit kader geen enkele plaats.'

2.7 Bij brief d.d. 30 juli 1999 heeft drs. H. Verburg, Hoofd-inspecteur Veterinair bij de Inspectie Gezondheidsbescherming van Waren en Veterinaire Zaken aan het Visserijcentrum het volgende medegedeeld: 'De consumptie van gekookte mosselen in Nederland levert in principe geen micro-biologische gevaren op, aangezien mogelijk aanwezige virussen resp. schadelijke bacteriën door het koken worden vernietigd. Er van uitgaande dat nabesmetting wordt voorkomen.

De Inspectie W&V raadt consumptie van rauwe mosselen om bovenvermelde reden af. Verder is besmetting met mariene toxinen een theoretische mogelijkheid van gevaar. In Nederland zijn daarvan echter de laatste tien jaar geen gevallen voorgekomen. Allergie voor mosselen komt bij mensen in Nederland voor. Voor wat betreft chemische risico's komen milieucontaminanten in aanmerking. Deze zijn in mosselen in Nederland geen probleem. Biogene aminen (histamine) komen voor maar niet in schadelijke hoeveelheden.

Conclusie: In Nederland vormt het eten van gekookte mosselen geen gezondheidsgevaar, met uitzondering voor de mensen die een voedselallergie hebben voor mosselen.'

2.8 Gedaagde heeft onder andere de volgende producties over gelegd:

- een rapport van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu te Bilthoven d.d. maart 1996 (rapportnummer 284550001) mer de titel 'De kans op infectie en ziekte na het eten van schelpdieren, besmet met *Campylobacter lari* - een oriënterende studie', waarvan de conclusie - voor zover relevant- luidt als volgt: '(...) Consumptie van een portie ongekookte met *C. lari* besmette mosselen levert een kans van ongeveer 5 - 20% (betrouwbaarheidsinterval 0,01-60%) op om infectie op te lopen met *Campylobacter lari*. De kans op diarree zou dan ongeveer 20% hiervan kunnen bedragen: (...) 1 - 4% voor mosselen (maximaal tot 12 %). Consumptiegegevens van ongekookte mosselen en oesters door de gehele Nederlandse bevolking zijn niet beschikbaar, zodat vertaling van het berekende risico naar verwachte aantallen patiënten nog niet mogelijk is. Maandelijkse consumptie van een dergelijke portie oesters zou de jaarlijkse kans op infectie verhogen tot 50% (mediaan, 95% betrouwbaarheidsinterval 6-99%) bij mosselen zelfs tot 60% (7-99%). Bij nog hogere consumptiefrekventies (wekelijks) stijgt de geschatte jaarkans op infectie tot nabij 100%. Echter, personen met een dergelijk consumptiepatroon (bij oesters wellicht zeldzaam) kunnen beschermende immuniteit ontwikkelen, zodat de kans op infecties en/of symptomen bij deze groep afneemt of zelfs wegvalt. (...) Koken van de mosselen leidt tot een verwaarloosbaar infectierisico, indien dit gebeurt volgens standaardrecept (volgens de aanwijzingen op de verpakking drie maal schudden na het bereiken van de kooktemperatuur). Indien mosselen onmiddellijk na openen van de schelp gegeten worden, kan geen absolute veiligheid gegarandeerd worden.'

- Een jaarverslag over het jaar 1997 van de Inspectie Gezondheidsbescherming dat luidt -voor zover relevant-: 'Vis, visproducten, schaal- en schelpdieren. Enterovirussen in schelpdieren. Enterovirussen kunnen voorkomen in de darmen van mensen en dieren. Verspreiding vindt plaats via feces. Deze virussen, waartoe onder andere het polio-virus behoort, kunnen ziekten veroorzaken. De aanwezigheid van virussen in schelpdieren vormt een potentieel volksgezondheidsrisico. Op dit moment worden bacteriën die voorkomen in de darm (fecale coliformen) gebruikt als indicatororganismen voor fecale verontreiniging en daarmee voor de aanwezigheid van virussen. Dit onderzoek geeft helaas geen zekerheid over de daadwerkelijke aan- of afwezigheid van virussen. Daarom is met behulp van een recent ontwikkelde PCR-methode onderzoek gedaan naar de aanwezigheid van enterovirussen in schelpdieren. Schelpdieren worden, voor ze verhandeld worden, enige tijd in schoon water gehouden om slib, zout en bacteriën te verwijderen. Er zijn aanwijzingen dat virussen hier bij langzamer verdwijnen dan bacteriën. In de periode van augustus 1996 t/m april 1997 zijn 21 monsters mosselen en 5 monsters oesters uit verscheidene EU-landen, alsmede 27 monsters Nederlandse oesters onderzocht op de aanwezigheid van enterovirussen en fecale coliformen (...) Hieruit blijkt dat beide organismen onafhankelijk van elkaar in schelpdieren kunnen voorkomen en dat fecale coliformen dus geen goed indicator organisme zijn voor de aanwezigheid van enterovirussen. Het volksgezondheidsrisico is op grond van de aangetoonde enterovirussen in schelpdieren niet altijd duidelijk. Het is nog niet eenduidig vast te stellen of de aangetoonde virussen ziekte kunnen veroorzaken bij de mens. De aanwezigheid van enterovirussen is ook indicatief voor de vervuiling van het water waaruit de schelpdieren afkomstig zijn. Het is aan te bevelen schelpdieren die besmet zijn met enterovirussen niet rauw te consumeren omdat de kans op besmetting met ziekteverwekkers dan groter is.'

- Een rapport van het 'Scientific Committee on Food' (onderdeel van het Directoraat-Generaal XXIV 'Consumentenbeleid en bescherming van de gezondheid van de consument' van de Europese Unie d.d. 4 juni 1998. Dit rapport luidt -voor zover relevant- als volgt: 'Of particular interest for EU is the ability of the bacteria to survive in or on fresh or processed foods imported from endemic areas. As the result of multiple sources of contamination, a wide variety of foods have been directly or indirectly implicated as a vehicle, the most common being fish, shellfish and crustaceans, but a wide variety of other foods have been implicated in the transmission of cholera, including soft drinks, fruit and vegetables, milk, seafood, locally brewed beer, egg and asparagus salad, potatoes as well as gruel (Hackney and Dishrag, 1988). Food may in some cases serve only as a passive vehicle of infection, while in other circumstances growth in foods is of major importance. It has been the traditional view that *V. cholerae* does not multiply in foods, but recent studies (Kolvin and Roberts, 1982) have indicated that it might grow well in a variety of cooked foods at 22, 30 and 37 C (e.g. in cooked rice and pulses) and especially in high pH foods, such as cooked prawns, hard boiled eggs and cooked mussels.'

- Een beschikking van de Europese Raad d.d. 29 april 1999 met betrekking tot de referentielaboratoria voor de controle op bacteriologische en virale besmettingen bij tweekleppige weekdieren, waarvan een van de overwegingen luidt als volgt: '(3) Overwegende dat uit verder wetenschappelijk onderzoek is gebleken dat de doeltreffendheid van facale bacteriën als indicator voor de aanwezigheid van virussen bij tweekleppige weekdieren gering is; dat bijgevolg, met het oog op de bescherming van de volksgezondheid de gezondheidscontrole op andere indicatoren moet komen te berusten;'

3 Het geschil en de beoordeling ervan

3.1 Voor de volledige inhoud en de grondslagen van de vordering wordt verwezen naar de aangehechte dagvaarding. Kort weergegeven houdt de vordering in dat gedaagde veroordeeld wordt tot onmiddellijke stopzetting van het (doen) uitzenden van de commercial.

3.2 Het verweer van gedaagde komt in het volgende voor zoveel nodig aan de orde.

3.3 Eisereessen hebben ter onderbouwing van hun vordering aangevoerd dat de in de commercial gedane suggestie dat men bij het eten van gekookte mosselen een aanmerkelijk gezondheidsrisico loopt, onjuist en misleidend is, en dat gedaagde derhalve jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld.

3.4 Deze stelling faalt in ieder geval in zoverre, dat de commercial -naar het oordeel van de president- niet suggereert dat de consumptie van mosselen een daadwerkelijk gezondheidsrisico vormt. Aan het einde van de commercial wordt namelijk slechts gewezen op de mogelijkheid dat men als gevolg vat het eten van mosselen een presentatie zou kunnen missen.

3.5 Gezien het voorgaande dient slechts beoordeeld te worden of voldoende aannemelijk is dat de suggestie dat men bij het eten van mosselen een gezondheidsrisico loopt, onjuist en misleidend is.

3.6 Ten deze is van belang of op grond van de wetenschappelijke literatuur terzake voldoende aannemelijk is dat het eten van mosselen een gezondheidsrisico met zich kan brengen. Vaststaat in ieder geval dat de consumptie van mosselen een gezondheidsrisico vormt voor personen die allergisch zijn voor mosselen. Voorts is de president echter van oordeel dat de stelling van eiseressen –voor zover deze betreft de risico's van het eten van mosselen voor mensen die niet allergisch voor mosselen zijn–, inhoudende dat deze risico's zich in geen enkel opzicht onderscheiden van de risico's van andere voedingsmiddelen, gezien de inhoud van de onder 2.6 bedoelde rapporten, niet als juist kan worden aanvaard. Zo wordt in vorenbedoelde rapporten onder andere aangegeven dat niet alleen in de mossel voor de verwerking reeds aanwezige bacteriën en virussen een gezondheidsrisico met zich kunnen brengen, maar tevens de besmetting van de mossel bij de bereiding ervan. Voorts komt uit deze rapporten naar voren dat niet uitgesloten kan worden dat, ondanks het testen van mosselen op de aanwezigheid van bepaalde bacteriën en virussen en vanwege het niet-voldoen van de gebruikte testmethoden, zich toch bacteriën en virussen in de mossel kunnen bevinden.

3.7 Anders dan eiseressen stellen kan het enkele feit dat (sommige van) vorenbedoelde rapporten dateren van enkele jaren geleden niet met zich brengen dat de in deze rapporten getrokken conclusies thans niet meer zouden gelden en uit dien hoofde buiten beschouwing zouden moeten blijven. Eiseressen hebben in ieder geval zelf geen rapporten van recentere datum overgelegd die de in door gedaagde overgelegde rapporten getrokken conclusies tegenspreken. De onder 2.6 bedoelde brief kan niet als een dergelijk rapport worden aangemerkt, nu het enkele feit dat –zoals in de brief is verwoord– Europese regelgeving ten aanzien van de verwerking van mosselen een bepaalde kwaliteitszorg voorschrijft, nog niet automatisch met zich brengt dat zou kunnen worden gegarandeerd dat de consumptie van mosselen geen enkel gezondheidsrisico vormt. Ook de onder 2.7 bedoelde brief kan niet als een rapport in vorenbedoelde zin worden beschouwd. De in deze brief bereikte conclusie –dat het eten van gekookte mosselen in Nederland geen gezondheidsgevaar vormt– volgt namelijk niet automatisch en met dezelfde stelligheid uit de in de brief weergegeven onderbouwing van deze conclusie. Blijkens het gebruik van de woorden 'in principe' kan de consumptie van gekookte mosselen onder bepaalde omstandigheden een micro-biologisch gevaar opleveren. Bovendien is de juistheid van het in de eerste zin van vorenbedoelde brief weergegeven oordeel afhankelijk gesteld van het uitgangspunt dat nabesmetting van de mossel wordt voorkomen. Tenslotte is de conclusie dat besmetting met mariene toxinen slechts een theoretische mogelijkheid is –naar het voorlopig oordeel van de president– onvoldoende wetenschappelijk onderbouwd.

3.8 Op grond van het vorenstaande kan niet geconcludeerd worden dat de suggestie dat men bij het eten van mosselen een gezondheidsrisico loopt –objectief beschouwd– onjuist is.

3.9 Voorts dient beoordeeld te worden of door de commercial bij het TV-kijkend publiek (mogelijk minder scherp observerend en waarnemend) een onjuiste voorstelling wordt gewekt en of de commercial –zoals eiseressen stellen–odeloos denigrerend is.

3.10 In deze is van belang op welke wijze het publiek op de commercial heeft gereageerd dan wel zal reageren. Uit de door gedaagde overgelegde producties blijkt dat in de afgelopen jaren regelmatig berichten in de pers zijn verschenen waarin het publiek gewezen werd op het risico dat men met het eten van mosselen loopt. Hieruit wordt voldoende aannemelijk dat als gevolg daarvan onder het publiek de algemene opvatting is ontstaan dat men van het eten van mosselen wel eens ziek kan worden. Het is bovendien voldoende aannemelijk dat het bestaan van deze opvatting met zich brengt dat het publiek door de commercial niet afgeschrikt wordt van het eten van mosselen, maar eerder bevestigd wordt in de juistheid van deze opvatting. Ten aanzien van de door partijen overgelegde opiniepeilingen overweegt de president dat vooropgesteld dient te worden dat met het betrekken van resultaten van opinie-peilingen bij de beoordeling en inschatting van de reactie van het publiek terughoudendheid betracht dient te worden, nu deze resultaten beïnvloed worden door factoren zoals vraagstelling, grootte van de in de peiling betrokken groep en samenstelling van de groep en de invloed van deze factoren over het algemeen –en ook in dit kort geding– niet vast te stellen is. In ieder geval rechtvaardigt het uit de onderhavige peilingen naar voren komende beeld niet de conclusie dat het publiek zich door het zien van de commercial massaal heeft laten afschrikken van het eten van mosselen. Daarbij dient wel te worden aangetekend dat deze peilingen zijn verricht kort na aanvang van het uitzenden van de commercial, waardoor eventuele (versterkende) effecten van de herhaling van de commercial niet bij deze peilingen zijn betrokken. De overgelegde resultaten van opinie-peilingen bieden voorts echter geen sterke aanwijzing voor het feit dat de houding van het publiek tegenover het eten van mosselen door het regelmatig uitzenden van de commercial zal wijzigen.

3.11 Voorts is van belang dat de commercial in het midden laat wat de specifieke oorzaak is van een gezondheidsrisico bij het eten van mosselen: het risico kan gelegen zijn in de mossel zelf, maar ook veroorzaakt worden door de verwerking dan wel de bereiding van de mossel. Hieruit volgt dat de commercial niet specifiek op de mosselhandelaars is gericht.

3.12 Tenslotte is van belang dat de commercial niet alleen de oorzaak van het risico in het midden laat, maar evenzeer het antwoord op de vraag of het gevaar zich in het in de commercial weergegeven geval zal verwezenlijken. De commercial geeft dan ook niet eventuele onsmakelijke gevolgen van het eten van een besmette mossel weer. Daarbij merkt de president op dat de wijze waarop de vangst en verdere bereiding van de mossel in de commercial in beeld gebracht is, niet zodanig is dat de kijker daaruit reeds zal afleiden dat de consumptie van de betreffende mossel een risico voor de gezondheid vormt.

3.13 Het vorenstaande betekent dat niet geconcludeerd kan worden dat de commercial jegens eiseressen onrechtmatig is op grond van het feit dat daarin een onjuiste dan wel misleidende voorstelling van zaken gegeven wordt dan wel op grond van het feit dat de commercialodeloos denigrerend is.

3.14 Tenslotte hebben eiseressen aangevoerd dat, zelfs indien de in de commercial gedane suggestie niet onjuist of misleidend zou zijn, door gedaagde jegens eiseressen onrechtmatig gehandeld wordt, nu gedaagde door op het bestaan van een gezondheidsrisico bij de consumptie van mosselen te wijzen een (eigen)belang (het belang van naamsbekendheid) dient, dat minder zwaar weegt dan het belang van eiseressen (het beschermen van de goede naam van de mossel).

3.15 In deze dient vooropgesteld te worden dat het doen van mededelingen dan wel (indirect) wijzen op feiten die op zich juist zijn, slechts onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig geacht kan worden.

3.16 Zoals hiervoor reeds overwogen brengt de commercial de vangst en verdere verwerking van mosselen niet op zodanige wijze in beeld datodeloos afbreuk gedaan wordt aan de goede naam van de mossel. Voorts is in de commercial opengelaten of het risico zich ook zal verwezenlijken. Bovendien vindt de verwijzing naar het risico pas plaats aan het einde van de commercial en wordt –als gevolg van het kort na deze verwijzing tonen van de pay-off– het publiek snel duidelijk dat de mosselen in het onderhavige geval slechts zijn gebruikt als metafoor voor 'het bestaan van risico's in het leven'.

3.17 De president is dan ook op grond van voormelde omstandigheden van oordeel dat de commercial niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is voor het overbrengen van de boodschap van gedaagde met een algemene strekking, namelijk dat het aanbeveling verdient risico-verzekeringen af te sluiten.

3.18 Voorts is niet aannemelijk gemaakt dat het uitzenden van de commercial bijzonder schadelijk effecten heeft gehad op de goede naam van de mossel. Niet uitgesloten wordt gaacht, dat als gevolg van het in september en oktober 1999 herhaald uitzenden van de commercial de voorstelling van het TV-kijkend publiek in het algemeen omtrent het risico van het eten van mosselen zich ten nadele van 'de mossel' wijzigt en mogelijk in zodanige mate dat het uitzenden van de commercial een onrechtmatig karakter zou kunnen krijgen. Aanwijzingen daarvoor, die thans een verbod tot uitzending rechtvaardigen, zijn echter niet gebleken.

3.19 De vordering zal derhalve worden afgewezen.

3.20 Eiseressen zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van dit geding worden veroordeeld.

4 De beslissing

De president:

4.1 wijst de vordering af;

4.2 veroordeelt eiseressen in de kosten van dit geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van gedaagde begroot op f1.550,- (éénduizend vijfhonderdvijftig gulden) voor salaris van haar procureur en op f400,- (vierhonderd gulden) exclusief BTW voor verschotten;

4.3 verklaart onderdeel 4.2 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Schepen, fungerend president, en is in het openbaar uitgesproken op 24 augustus 1999.

[Zie ook het oordeel van de Reclame Code Commissie, p. 277 dit nummer, bew.]

verschenen bij Otto Cramwinckel Uitgever

De Kabel: Kafka in de polder

Anthonie Dake en Jan Boers (red.) met
illustraties van Arend van Dam



Tegen het eind van het millennium kan het geen kwaad terug -en vooruit- te kijken om te begrijpen waar we nu staan. Daarbij kiest dit boek de kabeltelevisiesector in de laatste vijftientig jaar als uitgangspunt, maar ook de media, de omroep, de telecommunicatie en de informatietechnologie komen aan de orde. Dat levert boeiende verhalen op over de strijd tussen ondernemerschap en institutionele afscherming, over de spanning tussen technologie en toepassing. De zoektocht biedt zicht op een Kafkaïaanse toestand in het Nederlandse polderlandschap.

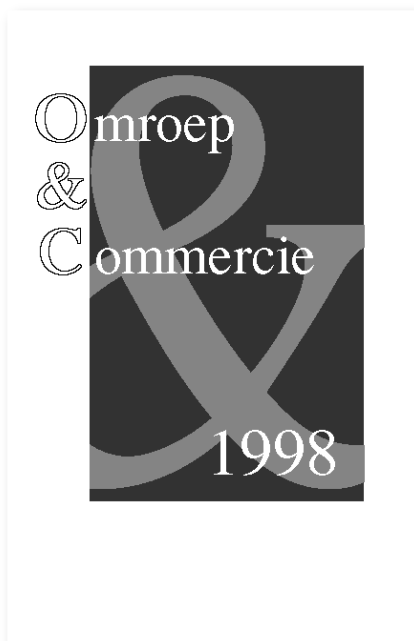
Met medewerking van Paul de Graaf, Wouter Hins, Fred Kappetijn, Geert-Jan Kemme, Frank Kuitensbrouwer en Ferry Rondagh

ISBN 90 75 727 445, 184 pagina's. prijs f 35,-

inmiddels is verschenen:

Omroep & Commercie 1998

onder redactie van Marcel Dellebeke en Jan Kabel



Omroep & Commercie 1998 bevat ondermeer:

- de adviezen en beschikkingen uit 1998,
- de gehanteerde beleidslijnen,
- de meest recente teksten van de TV-richtlijn, de Mediawet en het Mediabesluit,
- registers over de periode 1988-1998.

Een onmisbare uitgave voor mediajuristen!

ISBN 90 75 727 17 8, 420 pagina's, f 125,-

Verkrijgbaar bij de boekhandel of rechtstreeks bij:

OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER

Vraag naar de nieuwe fondslijst van onze uitgaven op het gebied van media en informatierecht

Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam.

telefoon 020-627 66 09, fax 020-638 38 17

e-mail: info@cram.nl