

9

september 1999
elfde jaargang

Sportrechten en publieke omroep

Freek van den Engel

**Het rechtskarakter van het
frequentieplan**

Wouter Hins

**Rectificatie: hoeveel engelen
kunnen er op een speldenknop?**

Germ Kemper

Jurisprudentie nr. 42-46

Bladet Tromsø & Stensaas vs.

Noorwegen • Sürek vs. Turkije (no. 2)

• Anne Frank Fonds vs. Het Parool •

VNU vs. The Monster Board •

Rentokil vs. FBS

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en
Communicatierecht

Elfde jaargang, nummer 9
september 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. GROSHEIDE, DR. M. JOOSTEN, PROF. MR. J.J.C. KABEL, MR. M.J.T. LINNEMANN, MR. A.P.J.M. VAN LOON, MR. W.C. VAN MANEN, PROF. MR. J.M. DE MEIJ, MR. P. MOCHÉL, 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 Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, tel 020 - 525 3645, fax 020 - 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: Voor leden van de VMC is het 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

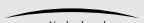
NIET-LEDEN: opgave nieuw abonnement, opzegging, adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel 020 - 627 6609, fax 020 - 638 3817, e-mail: info@cram.nl

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)

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
ISSN: 0924 - 5057

Groep vaktijdschriften  Nederlandse
uitgeversverbond

INHOUDSOPGAVE

GASTCOMMENTAAR

- Sportrechten en publieke omroep** 217
Freek van den Engel

ARTIKEL

- Het rechtskarakter van het frequentieplan** 218
Wouter Hins

BOEKBESPREKING

- Rectificatie: hoeveel engelen kunnen er op een speldenknop?** 224
Germ Kemper

DOCUMENTATIE 226

JURISPRUDENTIE

- Nr. 42 EHRM 20 mei 1999, *Bladet Tromsø & Stensaas vs. Noorwegen*, m. nt. A.J. Nieuwenhuis 230
- Nr. 43 EHRM 8 juli 1999, *Sürek vs. Turkije* (No. 2), m. nt. G.A.I. Schuijt 244
- Nr. 44 Hof Amsterdam 8 juli 1999, *Anne Frank Fonds vs. Het Parool*, m. nt. D.J.G. Visser 252
- Nr. 45 Pres. Rb. Den Haag 29 juni 1999, *VNU vs. The Monster Board*, m. nt. D.J.G. Visser 256
- Nr. 46 Pres. Rb. Utrecht 6 juli 1999, *Rentokil vs. FBS*, m. nt. O. van Klinken & M. Visser 259

Sportrechten en publieke omroep

Freek van den Engel

Staatssecretaris voor Mediazaken Rick van der Ploeg in het *Algemeen Dagblad* van 10 juni 1999: 'Sport is heel belangrijk voor de publieke omroep (...). Ik vind het heel legitiem een gedeelte van de omroepgelden te gebruiken om sportrechten te kopen (...). Sportrechten (...) zijn duur, maar er worden veel reclame-inkomsten mee binnengehaald (...). Ik zorg ervoor dat de publieke omroep budget heeft om te besteden aan sport.'

Op Europees niveau is al enige jaren een wat sluimerende discussie aan de gang over de vraag of financiering van de publieke omroep zich wel met de artikelen 87 en 89 EG-Verdrag (voorheen art. 92, 94) verdraagt. Deze discussie kreeg in september 1998 actualiteitswaarde door de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) in de zaak tussen Gestelevision Telecinco S.A. en de Europese Commissie (T-95/96 d.d. 15.09.1998). Het Gerecht oordeelde (ex art. 175) dat de Commissie haar verplichtingen niet was nagekomen door *geen* beslissing te nemen op de klachten uit 1992 van Gestelevision over de staatssteun aan de Spaanse publieke omroep. Ook heeft het GvEA het beroep van de Franse klagers tegen het nalaten van de Europese Commissie om op hun klacht een beslissing te nemen toegewezen (T-17/96 d.d. 03.06.1999). Bij de Commissie liggen nog klachten uit onder andere Italië (Mediaset/Rai), Engeland (BskyB/BBC) en Ierland (TV3/RTE). Bij het GvEA is nog het beroep tegen de door de Commissie voor de Portugese publieke omroep verleende goedkeuring aanhangig (*PbEG* 1997, C67/10).

De Commissie heeft de boodschap van het Gerecht serieus genomen. Nog in september van vorig jaar kwam de Commissie met een 'Discussion paper on State aid in broadcasting' die in een aantal lidstaten –waaronder Nederland– behoorlijk wat onrust veroorzaakte. Wat drijft de Europese Commissie?

In het 'Protocol betreffende het Publieke Omroepstelsel in de Lidstaten' bij het Verdrag van Amsterdam hebben de lidstaten afgesproken dat 'de Bepalingen van het EG-Verdrag geen afbreuk (doen) aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de publieke omroep, voorzover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voorzover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad (...).'

Op het eerste gezicht is er dus weinig aan de hand en dit leidde Gert-Jan Wolffensperger tot de verzuchting –op het seminar 'TV Zonder Grenzen' 31 maart jl.– of het nu eindelijk eens afgelopen kon zijn met 'die' discussie over de financiering van de publieke omroep. In het Protocol was toch afgesproken dat omroepbijdragen mochten worden gebruikt om sportrechten te kopen? aldus Wolffensperger.

De 'catch' van het Protocol zit echter niet in het eerste, maar in het tweede gedeelte over de voorwaarden inzake het handelsverkeer, de mededingingsvoorwaarden in de Gemeen-

schap en het gemeenschappelijk belang. DG IV heeft meermalen laten weten dat zij de invulling van de term 'publieke opdracht' strikt zal toetsen aan de notie 'service of general economic interest' als bedoeld in artikel 86(2) EG-Verdrag (voorheen art. 90(2)), en het 'gemeenschappelijk belang' (persbericht d.d. 20.04.1998; statement by van Miert DN/IP/98/916).

Als schot voor de boeg stelt de Commissie zowel in het eerdergenoemde *Discussion Paper* maar ook in 'Het Europese Sportmodel' –een discussiestuk van DGX van over toekomstige ontwikkelingen in de sport– dat uitzendingen van 'sports events', vanwege hun commercieel karakter, *niet* als publieke opdracht kunnen gelden. Aangezien de *publieke* middelen alleen voor de publieke taken van de omroep mogen worden gebruikt 'zou (dit) ertoe kunnen leiden dat de publieke televisie-omroepen op zoek moeten gaan naar andere financieringsbronnen om de uitzendrechten voor sportevenementen te kunnen kopen', aldus het Europese Sportmodel (paragraaf 8, o.m. gepubliceerd in *Sportzaken* 1999-1).

Deze opvatting heeft een aantal consequenties. Allereerst zullen publieke omroepen met 'duale financiering' (publieke middelen en advertentieopbrengsten) een operationele scheiding tussen hun commerciële en hun publieke geldstromen –inkomsten en uitgaven– moeten aanbrengen. Uiteraard zal dit ook gevolgen hebben voor de wijze waarop hun boekhouding wordt ingericht. In de tweede plaats, zo heeft de Commissie al laten weten, zal publieke financiering moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en transparantie, zodat duidelijk wordt waarvoor de publieke financiering exact wordt verleend. Het is de vraag of deze mogelijke impact in Hilversum wel volledig wordt beseft.

De kwestie van het kopen van sportrechten met publieke middelen ligt dus niet zo eenduidig als van der Ploeg en Wolffensperger willen doen geloven. Veel zal afhangen van hoe DG IV zal omgaan met het begrip 'publieke opdracht' en de hiermee samenhangende beleidsconsequenties. In dit verband kan ook worden gewezen op de communicatie van de Europese Commissie over de 'Results of the Public Consultation on the Green Paper COM 1999, 108 final' waarin onder meer wordt gepleit (p. 13) voor een scherpe afgrenzing van de publieke opdracht en activiteiten behorend tot het 'competitive domain', alsmede voor meer, en een effectievere, toepassing van concurrentieregels tegenover een 'gradual phasing out of sector specific regulation, as the market becomes more competitive'. Het lijkt er dus wel op dat het inzetten van publieke middelen voor commerciële omroepdoeleinden –zoals het kopen van uitzendrechten van sportevenementen– in een nieuw perspectief zal worden geplaatst.

Mr. F.H. van den Engel is bedrijfsjurist (Canal+ Nederland BV). Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan Prof. E.J. Dommering.

Het rechtskarakter van het frequentieplan

Wouter Hins

Anders dan zijn voorganger, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen (WTV), bevat de Telecommunicatiewet (TW) een apart hoofdstuk over frequentiebeleid en frequentiebeheer. Een centrale bepaling is artikel 3.1 TW, op grond waarvan de minister van Verkeer en Waterstaat verplicht is een frequentieplan vast te stellen dat in ieder geval de verdeling van frequentieruimte over verschillende bestemmingen en categorieën van gebruik bevat. In deze bijdrage wordt nagegaan op welke punten de minister beleidsmatige keuzes moet maken. Daarna komt de vraag aan de orde welke bestuursrechtelijke status deze beslissingen hebben. De bestuursrechtelijke status is onder meer van belang als belanghebbenden de beslissingen van de minister in rechte zouden willen aanvechten.¹

Met de juridische status van het frequentieplan is het vanaf het begin een beetje tobben geweest. Nog voordat het wetsvoorstel-Telecommunicatiewet op 15 september 1997 bij de Tweede Kamer werd ingediend, lag er een probleem. In de ontwerp-Memorie van Toelichting had de regering geschreven dat het frequentieplan de status heeft van een beleidsregel of samenstel van beleidsregels, omdat het dient als uitgangspunt voor het frequentiebeheer in de praktijk. Volgens de regering was het geen algemeen verbindend voorschrift. De Raad van State dacht er echter anders over. De juridische karakterisering als beleidsregel was volgens de Raad om twee redenen onjuist. In de eerste plaats is het plan gebaseerd op een uitdrukkelijke bevoegdheid, namelijk artikel 3.1 TW. In de tweede plaats blijkt nergens van een afwijkingsbevoegdheid, zoals inherent is aan beleidsregels. Hoe het plan wel zou moeten worden gekarakteriseerd liet de Raad in het midden.²

Daarmee lag de bal weer bij de regering. Zou het frequentieplan toch een algemeen verbindend voorschrift zijn? Of is het een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel? Het antwoord op die vraag is van groot belang voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep volgens de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Gaat het om een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel, dan sluit artikel 8:2 Awb bezwaar en beroep uit. Gaat het om een ander besluit van algemene strekking, dan staan deze rechtsmiddelen in beginsel wel open. De regering koos voor de laatste optie. In het nader rapport aan de Koningin wordt gesteld dat de definitieve memorie van toelichting in lijn is gebracht met de toelichting op het nummerplan, bedoeld in hoofdstuk 4 van de TW. Beide plannen zouden gelijk van karakter zijn. De definitieve toelichting bij artikel 3.1 TW zegt dat gekozen is voor de term 'frequentieplan', omdat het plan 'in feite een bestemmingsplan' is.³ Het eerste frequentieplan op basis van de nieuwe Telecommunicatiewet moest volgens artikel 20.9 TW binnen zes maanden na de inwerkingtreding van de wet (15 december 1998) worden vastgesteld. Dat is op het nippertje gelukt (15 juni 1999). Bij de korte bekendmaking in de Staatscourant werd echter geen melding gemaakt van de mogelijkheid een bezwaarschrift tegen het plan in te dienen.⁴ Krachtens artikel 3:45 Awb is zo'n mededeling verplicht als een bezwaarschrift inderdaad mogelijk

is. Het ontbreken van de mededeling bleek echter een vergissing. Op 27 juli 1999 is de eerdere bekendmaking aangevuld door mede te delen dat belanghebbenden gedurende zes weken na de datum van publicatie van de onderhavige (nieuwe) bekendmaking een bezwaarschrift kunnen indienen bij de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat.⁵ Belanghebbenden die het juist eens zijn met de inhoud van het frequentieplan, zullen dat te veel van het goede vinden. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:11 Awb volgt dat een rectificatie de verschoonbaarheid van een termijnoverschrijding opheft. Na de rectificatie gaat geen nieuwe termijn lopen, maar moet het bezwaarschrift 'zo spoedig mogelijk' worden ingediend.⁶

De inhoud van een frequentieplan

Bestemmingen en categorieën van gebruik

Artikel 3.1 TW bepaalt dat de minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad een frequentieplan vaststelt, dat in ieder geval de verdeling van frequentieruimte over te onderscheiden bestemmingen alsmede over categorieën van gebruik bevat. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ten aanzien van de inrichting van het frequentieplan. Die nadere regels zijn te vinden in artikel 2 van het Frequentiebesluit.⁷ Als hoofdcategorieën van gebruik onderscheidt artikel 2, eerste lid:

- a. zakelijk gebruik;
- b. gebruik voor vitale overheidstaken;
- c. omroep, bestaande uit de categorieën publieke en commerciële omroep;
- d. overig gebruik.

Over andere bestemmingen zwijgt het Frequentiebesluit, maar de memorie van toelichting bij artikel 3.1 TW noemt uitdrukkelijk de bestemmingen die voortvloeien uit internationale afspraken.⁸ Zo heeft de Internationale Telecommunicatie Unie een tabel opgesteld waarin allerlei vormen van radiodiensten zijn toegewezen aan één of meer stukjes van het spectrum (frequentiebanden). Voorbeelden zijn landmobiel gebruik, luchtvaarttoepassingen, huurlijnen etcetera. Het frequentieplan van 1999 herhaalt deze ITU-tabel en vermeldt bij elke frequentieband tenminste één van de vier hoofdcategorieën van gebruik. Soms is

¹ Met dank voor de suggesties van mr.drs. Maartje Verberne (Instituut voor Informatierecht UvA).

² *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533 A, p. 8-9.

³ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 79.

⁴ *Stcrt.* 1999, nr. 112, p. 11. Het frequentieplan zelf is uitgegeven door het ministerie van Verkeer en Waterstaat, DGTP, onder de titel 'Nationaal Frequentieplan'.

⁵ *Stcrt.* 1999, nr. 144, p. 6.

⁶ *Handboek Awb*, commentaar art. 6:11, p. 1-3 (suppl. maart 1998). Zie

ook E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste Tranche*, Deventer: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 299 en 230.

⁷ Besluit van 10 november 1998, houdende regels betreffende toewijzing en gebruik van frequentieruimte (Frequentiebesluit), *Stb.* 638.

⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 16-17. Zie ook Dommering/Van Eijk/Nijhof/Verberne, *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: SDU 1999, p. 325 e.v.

een combinatie mogelijk.⁹ Dat de tabel rechtsgevolgen heeft, blijkt uit artikel 3.6, eerste lid onder a, TW. De minister is verplicht een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte te weigeren als verlening daarvan in strijd is met het frequentieplan.

Evenals het bestemmingsplan krachtens de Wet Ruimtelijke Ordening is het frequentieplan niet aan een bepaalde termijn gebonden. Het ligt echter voor de hand dat het frequentieplan af en toe zal worden gewijzigd. In de inleiding van het frequentieplan van 1999 staat dat wordt gedacht aan een herziening om de twee jaar. Dat sluit aan bij de cyclus van de World Radio Conference. 'Hoewel het niet de bedoeling is tussentijds wijzigingen in de bestemmingen aan te brengen, moet niet worden uitgesloten dat nationale of internationale ontwikkelingen een tussentijdse herziening noodzakelijk maken', zo heet het in de inleiding.¹⁰ Anders dan de Wet Ruimtelijke Ordening bevat de Telecommunicatiewet geen bepalingen die een afwijking van het plan mogelijk maken. Het verlenen van een vergunning die in strijd is met het frequentieplan, zou dus voorafgegaan moeten worden door een besluit tot herziening van het plan. De strenge norm van artikel 3.6, eerste lid onder a, TW dwingt daartoe.¹¹

Verdelingsprocedures

In artikel 3.3 TW staat de algemene regel dat voor het gebruik van frequentieruimte een vergunning is vereist van de minister van Verkeer en Waterstaat. Een bekend probleem is wat er moet gebeuren als zich meer gegadigden aanmelden dan er frequenties beschikbaar zijn. De leden 2 tot en met 6 geven daarop een antwoord. Vergunningen ten behoeve van vitale overheidstaken (luchtverkeersbegeleiding, brandweer, rampenbestrijding etc.) en de publieke omroep worden bij voorrang verleend. In andere gevallen moet de minister, blijkens het vierde lid van artikel 3.3 TW, een keus maken uit de volgende alternatieven:

- a. wie het eerst komt, die het eerst maalt;
- b. een vergelijkende toets;
- c. een veiling.

Het vijfde en zesde lid regelen de betrokkenheid van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen als het gaat om de verdeling van frequenties onder commerciële omroepen. De minister van OCenW wordt dan betrokken bij de keuze van een verdelingsprocedure. In de tweede plaats heeft hij het voortouw bij de uitvoering van een vergelijkende toets.

In het frequentieplan moet voor elke frequentieband die bestemd is voor zakelijk gebruik, commerciële omroep of overig gebruik, een eerste beslissing worden opgenomen over de verdelingsprocedures. Aldus bepaalt artikel 2, tweede lid, van het Frequentiebesluit. Het plan moet aangeven of de desbetreffende frequenties al dan niet zullen worden toegewezen volgens het principe 'wie het eerst komt, die het eerst maalt'. Belangrijke randvoorwaarden treft men aan in het derde lid. Ten aanzien van de hoofdcategorie 'overig gebruik' zijn een veiling en een vergelijkende toets verboden, zodat alleen de procedure 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' overblijft. Bij zakelijk gebruik en commerciële omroep is er wel een keus, maar –zo bepaalt het derde lid– de procedures van een veiling of vergelijkende toets worden niet toegepast als redelijkerwijs te verwachten is dat er met betrekking tot de te verdelen frequentieruimte geen schaarste zal zijn. In het frequentieplan van 1999 is maar in een beperkt aantal

gevallen gekozen voor een veiling of vergelijkende toets. De nadere keuze tussen die laatste twee opties zal pas bij de vergunningverlening worden gemaakt.¹²

Vergunningvrije frequenties

Ook artikel 3.4 TW verwijst naar het frequentieplan. In afwijking van artikel 3.3 is geen vergunning vereist voor gebruik van in het frequentieplan aangewezen frequentieruimte die:

- a. al dan niet tezamen met bij ministeriële regeling aan te wijzen categorieën van radiozendapparaten voor een in het frequentieplan aangegeven bestemming door eenieder mag worden gebruikt;
 - b. tot gebruik strekt van door Onze Minister aan te wijzen overheidsorganen, belast met de zorg voor de veiligheid van de staat, de defensie alsmede de handhaving van de rechtsorde.
- Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden terzake van de aanwijzing, bedoeld onder a, alsmede terzake van het gebruik van desbetreffende frequentieruimte regels gesteld. Deze regels zijn te vinden in artikel 20, resp. artikel 18 van het Frequentiebesluit. In de memorie van toelichting bij artikel 3.4 TW is aangekondigd dat de aanwijzing van categorieën radiozendapparaten zal worden vermeld in het frequentieplan.¹³ Dat is gebeurd door in de kolom 'radioprofiel' van de frequentietabel een afkorting te vermelden (bijvoorbeeld SRD of VSAT/SNG), die in een bijlage wordt uitgelegd.

Technische systemen

Een aanwijzing van categorieën radiozendapparaten vindt ook plaats als geen vrijstelling van toepassing is. In sommige gevallen heeft het frequentieplan van 1999 de bestemming namelijk 'verbijzonderd', zoals de inleiding het uitdrukt.¹⁴ Zo is vastgelegd dat bepaalde delen van het spectrum alleen voor één technisch systeem mogen worden gebruikt. Vaak zijn internationale afspraken daarvoor de reden. Voorbeelden zijn het pan-Europese digitale systeem voor het oproepen van personen (ERMES) en het pan-Europese systeem voor digitale mobiele telefonie (GSM). Binnen de Europese Unie is afgesproken welke frequentiebanden uitsluitend voor deze systemen zijn bestemd. Dit brengt met zich mee dat de Nederlandse overheid ervoor moet zorgen dat vergunninghouders zich aan de desbetreffende standaarden houden. Artikel 3.5 TW juncto de artikelen 16 en 17 van het Frequentiebesluit geven de minister de bevoegdheid daartoe strekkende voorschriften aan een vergunning te verbinden. Men kan dus ook zeggen dat het frequentieplan van 1999 aankondigt hoe de minister deze bestuurlijke bevoegdheid zal gebruiken.

Andere besluiten

In het frequentieplan van 1999 staat niet hoeveel vergunningen binnen een bepaalde frequentieband zullen worden verleend. Bekend is het zogeheten 'zero base'-onderzoek over de indeling van de FM-omroepband. Is het mogelijk om door een efficiëntere opstelling van zenders een groter publiek te bereiken? In welke pakketten moeten de frequenties worden aangeboden?¹⁵ Welke pakketten vallen toe aan de publieke omroep en welke aan de commerciële omroep? Nog niet zo lang geleden werd in de pers geschreven over een meningsverschil dat zou bestaan tussen staatssecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat en staats-

⁹ Het frequentieplan gebruikt zes codes. Vier daarvan corresponderen met de hoofdcategorieën die het Frequentiebesluit noemt. De overige twee staan voor de combinaties 'zakelijk gebruik/vitale overheidstaken' en 'omroep/zakelijk gebruik'.

¹⁰ Nationaal Frequentieplan, 1999, p. 7.

¹¹ In het Nationaal Frequentieplan van 15 juni 1999 staat echter op p. 27: 'In afwijking van de tabel is het mogelijk om voor beperkte duur en in het algemeen voor een beperkt geografisch gebied een vergunning uit te geven voor het doen van technische experimenten. Een dergelijke vergunning kan in beginsel voor iedere frequentieband worden uitge-

geven voor zover bestaand gebruik niet wordt gestoord'. Op deze manier worden sommige afwijkingen dus niet als 'strijd' met het frequentieplan beschouwd.

¹² Nationaal Frequentieplan, 1999, p. 6 en 15.

¹³ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, p. 81.

¹⁴ Nationaal Frequentieplan, 1999, p. 6.

¹⁵ Blijkens artikel 10 van het Frequentiebesluit heeft de minister van OCenW weliswaar een taak met betrekking tot de vergunningverlening aan commerciële omroepen, maar dat geldt uitdrukkelijk niet voor 'vaststelling van de frequentieruimte waarvoor de vergunning wordt verleend'.

secretaris Van der Ploeg van OCenW.¹⁶ Mevrouw De Vries wilde de frequentieruimte voor commerciële omroep niet versnipperen. Door grote pakketten te creëren zou de opbrengst van een veiling hoger kunnen uitvallen. Van der Ploeg wilde juist kleinere pakketten. Op die manier zouden meer gegadigden aan hun trekken komen. Boze tongen beweerden dat hij nog een ander motief had, namelijk bescherming van de publieke omroep tegen sterke concurrenten.

Het ligt voor de hand dat de vaststelling van het aantal pakketten zal gebeuren op het moment dat besloten wordt hetzij een veiling, hetzij een vergelijkende toets te organiseren. Op dat moment zal ook een afweging moeten plaatsvinden van de belangen van de publieke omroep. De minister van Verkeer en Waterstaat zal moeten vaststellen of de publieke omroep, die krachtens artikel 3.3 TW een voorkeursrecht bezit, voldoende bediend is. Pas daarna kunnen de nieuwe frequenties worden uitgegeven aan commerciële gegadigden. Weer een andere vraag is of FM-frequenties bestemd moeten worden voor een bepaald type programma's. Artikel 82e van de Mediawet geeft de minister van OCenW, handelend in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, een bevoegdheid op dat punt.¹⁷ Dergelijke kwesties liggen in het verlengde van het frequentieplan. Het begrip 'frequentieruimte' in artikel 3.1 TW is flexibel genoeg om ook pakketten van frequenties te omvatten, al kiest de nota van toelichting bij het Frequentiebesluit voor een meer beperkte interpretatie.¹⁸ Een nadeel is natuurlijk dat het vooraf omschrijven van frequentiepakketten en het vastleggen van de publieke of commerciële bestemming daarvan ten koste gaat van de flexibiliteit.

Plannen in het bestuursrecht

Diverse plannen

In de Algemene wet bestuursrecht is geen definitie opgenomen van het begrip 'plan'. Dat is er mede de oorzaak van dat het begrip in de praktijk uiteenlopende verschijnselen kan aanduiden. Er zijn plannen die uitsluitend tot doel hebben informatie te verstrekken. Dergelijke documenten zijn niet gericht op rechtsgevolg en bevatten dus geen 'besluit' in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb. Andere plannen zijn wel gericht op rechtsgevolg, maar bevatten bij nadere beschouwing een aantal op zichzelf staande beschikkingen. Achter een plan kan ook een beleidsregel schuilgaan of zelfs een algemeen verbindend voorschrift. Een bekend voorbeeld is het bestemmingsplan krachtens artikel 10 van de Wet Ruimtelijke Ordening. De Hoge Raad heeft in enkele arresten uitgemaakt dat de gebruiksvoorschriften bij een bestemmingsplan 'recht' zijn, over schending waarvan in cassatie kan worden geklaagd.¹⁹ Het feit dat de overheid een document als 'plan' presenteert zegt dus niet zoveel. Wie toch een definitie wil horen vindt er een in het eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken: 'Een plan is een samenghangend geheel van op elkaar afgestemde keuzes omtrent door bestuursorganen te nemen besluiten of te verrichten handelingen, welke ongelijk van inhoud kunnen zijn, teneinde een of meer doelstellingen te bereiken'.²⁰

Besluiten

In de Wet op de Ruimtelijke Ordening worden onder meer de planologische kernbeslissing, het streekplan en het structuurplan geregeld. Al deze plannen geven globaal de toekomstige ontwikkeling van een gebied aan. De planologische kernbeslissing wordt vastgesteld door de ministerraad (artikel 2a WRO), het streekplan door Provinciale Staten (artikel 4a WRO) en het structuurplan door de gemeenteraad (artikel 7 WRO). Naast passages die alleen van informatieve aard zijn, bevatten zij vaak onderdelen die wel gericht zijn op rechtsgevolg. Artikel 2a, tiende lid, artikel 4a, zevende lid, en artikel 9, tweede lid, van de WRO houden daar rekening mee. Daarin wordt beroep opengesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voor zover een of meer onderdelen van het desbetreffende plan zijn aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 eerste lid Awb. De planologische kernbeslissing, het streekplan en het structuurplan zullen dus uiteengerafeld moeten worden in elementen die een publiekrechtelijke rechtshandeling impliceren en elementen die dat karakter missen.

Gesteld voor de vraag of een onderdeel van een dergelijk plan kan worden aangemerkt als een besluit, pleegt de Afdeling bestuursrechtspraak uit te gaan van drie criteria. Deze bouwen voort op de in de wetsgeschiedenis van de Wet Ruimtelijke Ordening gebruikte term 'concrete beleidsbeslissingen'.²¹ In de eerste plaats dient het plandeel concreet tot uitdrukking te brengen dat het verantwoordelijke bestuursorgaan ten tijde van de planvaststelling heeft beoogd met het desbetreffende besluit een afgewogen beslissing te nemen. Ten tweede dient de plaats of het gebied waarvoor deze beslissing geldt voldoende bepaald te zijn. Ten derde moet het beoogde project of de ruimtelijke ingreep voldoende concreet zijn aangegeven. Ook bij het frequentieplan zal de vraag rijzen welke onderdelen van het plan een besluit impliceren. Niet ieder besluit is echter vatbaar voor beroep. Artikel 8:2 Awb maakt een uitzondering voor algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.

Algemeen verbindend voorschrift

De vraag wat een algemeen verbindend voorschrift is, wordt beantwoord in de memorie van toelichting bij de derde tranche van de Awb. De regering gaf als definitie: 'naar buiten werkende, voor de daarbij betrokkenen bindende regels, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent'.²² Deze definitie bevat zowel een formeel als een materieel element. Het formele element is dat het desbetreffende overheidsorgaan moet beschikken over een wetgevende bevoegdheid die wordt ontleend aan de Grondwet of aan een wet in formele zin. Het materiële element is dat een algemeen verbindend voorschrift een bindende regel moet geven die zich leent voor herhaalde toepassing op een onbekend aantal personen. De regel moet bovendien zelfstandig te begrijpen zijn. Een besluit dat zegt wat de rechtsgevolgen zijn van een verkeersbord is een algemeen verbindend voorschrift. Het besluit om een dergelijk bord te plaatsen op de hoek van de Merelstraat en de Lijsterstraat is dat niet.

Zoals gezegd bepaalt artikel 8:2 Awb dat geen beroep kan

¹⁶ *Volkskrant* 2 maart 1999 ('Van der Ploeg legt commerciële radio te veel regels op'). *NRC* 2 maart 1999 ('Commerciële radio verdeelt paarse coalitie').

¹⁷ In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 14 juli 1999 heeft de staatssecretaris van OCenW inmiddels geschreven dat de regering geen gebruik zal maken van de mogelijkheden die artikel 82e van de Mediawet biedt. Er komen dus geen verplichte programmaformats voor commerciële omroepfrequenties. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 684, nr. 1, p. 11.

¹⁸ *Stb.* 1998, 638, p. 12. Vgl. Dommering/Van Eijk/Nijhof/Verberne a.w., p. 328.

¹⁹ Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van administratief recht* (9e druk), Lemma 1995, p. 298.

²⁰ Geciteerd door N.S.J. Koeman (red.), *Praktijkboek bestuursrecht*, p. VII-2 (suppl. oktober 1996); R.M. van Male en B.W.N. de Waard, *Besluiten* (Monografieën Algemene wet bestuursrecht deel A2), Deventer: Kluwer 1995, p. 13. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, a.w., p. 291. Nicolai/Olivier/Damen/Troostwijk, *Bestuursrecht* (4e druk), Factotum 1993, p. 335.

²¹ H.J. de Vries en P.J.J. van Buuren, *De betekenis van de Algemene wet bestuursrecht voor het ruimtelijk bestuursrecht* (Monografieën Algemene wet bestuursrecht deel B3), Deventer: Kluwer 1998, p. 53-57.

²² E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Derde Tranche*, Deventer: Samson H.D. Tjeenk Willink 1998, p. 279.

worden ingesteld tegen een besluit, inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Aanvankelijk zou artikel 8:2 Awb vervallen per 1 januari 1999. Dat was bepaald in artikel IV-A van onderdeel 6 van de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie.²³ In mei 1997 bracht het vorige kabinet echter een notitie uit waarin werd voorgesteld de mogelijkheid van beroep verder uit te stellen.²⁴ Een jaar later werd een daartoe strekkend wetsvoorstel ingediend en het uitstelwetje kon nog juist voor 1 januari 1999 in het Staatsblad verschijnen.²⁵ Het bovengenoemde Artikel IV-A is daarin aldus gewijzigd dat artikel 8:2 Awb niet vervalt op 1 januari 1999, maar op een 'bij wet te bepalen tijdstip'. Bij de parlementaire behandeling heeft de Eerste Kamer een motie-Jurgens c.s. aangenomen, die de regering oproept de voorbereiding tijdig ter hand te nemen.²⁶ De minister van Justitie, Korthals, reageerde echter weinig enthousiast, zodat artikel 8:2 Awb de eerstkomende jaren nog wel van kracht zal blijven.

Beleidsregel

De definitie van een beleidsregel staat in artikel 1:3, vierde lid, van de Awb. Onder beleidsregel wordt verstaan 'een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan'. Uit de wetgeschiedenis van deze bepaling blijkt dat een beleidsregel net zo algemeen van aard is als een algemeen verbindend voorschrift. In het Nader Rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State merkte de regering op dat ook een beleidsregel zich leent voor een herhaalde toepassing op een open groep van gevallen.²⁷ Een beleidsregel is echter minder bindend dan een algemeen verbindend voorschrift. Er is een inherente afwijkingsbevoegdheid. Artikel 4:84 Awb drukt het als volgt uit: 'Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen'.

De kwalificaties beleidsregel en algemeen verbindend voorschrift sluiten elkaar uit. Een algemene regel is of het één of het ander. Vroeger werd vaak gezegd dat het verschil gelegen was in het al dan niet aanwezig zijn van een wettelijke grondslag. Beleidsregels zouden gekenmerkt worden door het ontbreken van een uitdrukkelijke bevoegdheid tot regelgeving. In het advies van de Raad van State over de juridische status van het frequentieplan vindt men iets van deze opvatting terug. Inderdaad is het zo dat een regeling zonder wettelijke grondslag geen algemeen verbindend voorschrift kan zijn. De stelling kan men echter niet omdraaien. Beleidsregels kunnen ook berusten op een uitdrukkelijke bevoegdheid tot regelgeving. Artikel 148 van de Gemeentewet geeft daarvan een voorbeeld. Waar het op aankomt is of de wet de bevoegdheid schept 'naar buiten werkende, voor de betrokkenen bindende' regels te geven. Zo niet, dan kunnen de regels alleen beleidsregels zijn. Voor de beroepsmogelijkheid is het onderscheid overigens niet relevant. Artikel 8:2 Awb sluit beide soorten regels uit van beroep.

Overige besluiten van algemene strekking

In de vroegere Wet AROB was een belangrijke tweedeling gemaakt tussen enerzijds beschikkingen en anderzijds besluiten van algemene strekking. Tegen een besluit van algemene strek-

king stond geen beroep open. Daarmee waren niet alleen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels van beroep uitgesloten, maar ook een derde categorie: 'overige besluiten van algemene strekking'. Deze restcategorie omvat onder meer besluiten waardoor een algemeen verbindend voorschrift van toepassing wordt verklaard op bepaalde tijden en plaatsen. Te denken valt aan het besluit tot plaatsing van een verkeersbord of de aanwijzing van een bepaald terrein als parkeerterrein. Ook besluiten die geïntegreerd zijn in een plan horen vaak tot deze categorie. Als een besluit zodanig samenhangt met andere besluiten dat zij niet los van elkaar gezien kunnen worden, heeft het besluit reeds daarom een algemene strekking. Sedert de inwerkingtreding van de Awb op 1 januari 1994 zijn de beroepsmogelijkheden uitgebreid. Het onderscheid tussen beschikkingen en besluiten uit de restcategorie heeft zijn belang grotendeels verloren. Wel is het zo dat het begrip 'beschikking' relevant blijft voor de voorbereiding van een besluit krachtens titel 4.1 van de Awb.

Beschikking

Volgens artikel 1:3, tweede lid Awb wordt onder een beschikking verstaan: een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan. Besluiten die tot één of meer met name genoemde personen zijn gericht, zoals een vergunning, een subsidie of een belastingaanslag, zijn de bekendste voorbeelden. De jurisprudentie laat echter zien dat soms ook andere besluiten onder het begrip 'beschikking' zijn gebracht. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met de besluiten van B&W tot onbewoonbaarverklaring van een woning. Als een woning onbewoonbaar is verklaard, mag niemand het pand meer bewonen of laten bewonen.²⁸ Het besluit richt zich dus niet tot één of meer met name genoemde personen. Toch heeft de Afdeling rechtspraak van de Raad van State een dergelijk besluit beschouwd als een beschikking en niet als een besluit van algemene strekking. Het concrete karakter van het besluit werd gezocht in de omstandigheid dat het zich specifiek op één object richt, waarbij de hoedanigheden en eigenschappen van het object doorslaggevend zijn.²⁹ Men spreekt in dit verband wel van een 'zaakgebonden beschikking'.

Onderdelen van een plan zijn vaak geen beschikking wegens hun onderlinge samenhang. Wat betreft bestemmingsplannen heeft de jurisprudentie echter een uitzondering gemaakt voor het 'postzegelplan'. Dat is een besluit tot wijziging van een bestemmingsplan teneinde een bepaald project mogelijk te maken, dat geen invloed heeft op de rest van het plan. Vaak zal het besluit slechts betrekking hebben op één perceel, bij wijze van spreken zo groot als een postzegel. In de periode voor de inwerkingtreding van de Awb hebben zowel de Afdeling rechtspraak als de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State dergelijke besluiten aangemerkt als een beschikking. De Afdeling rechtspraak kon op die manier AROB-beroepen ontvangen tegen de weigering van de gemeenteraad een postzegelplan vast te stellen. De Afdeling geschillen kon op die manier de eindbeslissing nemen in beroepen tegen de goedkeuring van een postzegelplan. De Tijdelijke Wet Kroongeschillen bepaalde indertijd dat Kroonberoepen tegen een beschikking moesten worden afgehandeld door de Afdeling geschillen, terwijl beroepen tegen een besluit van algemene strekking nog altijd door de Kroon werden beslist.³⁰ Deze overwegingen hebben sedert 1 januari 1994 hun actualiteit verloren. De nieuwe Afdeling bestuursrechtspraak lijkt dan ook geneigd geen bijzondere status meer te verlenen aan 'postzegelplannen'.³¹

²³ Wet van 16 december 1993, *Stb.* 650.

²⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 383, nr. 1.

²⁵ Wet van 24 december 1998, *Stb.* 738.

²⁶ *Kamerstukken I* 1998/99, 26 077, nr. 53f.

²⁷ E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *a.w.* (Derde Tranche), p. 36.

²⁸ Artikel 29 jo. artikel 32 van de Woningwet (*Stb.* 1991, 439).

²⁹ Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *a.w.*, p. 206.

³⁰ De uitzondering voor besluiten van algemene strekking was opgenomen in artikel 1, tweede lid, van de Tijdelijke Wet Kroongeschillen (*Stb.* 1987, 317).

³¹ H.J. de Vries en P.J.J. van Buuren, *a.w.*, p. 82-83.

Kwalificatie van het frequentieplan

De vergelijking met een bestemmingsplan

De vergelijking die de memorie van toelichting maakte tussen het frequentieplan en een bestemmingsplan gaat niet altijd op. Het bestemmingsplan is in verschillende opzichten een buitenbeentje. Tegen het besluit van de gemeenteraad staat bijvoorbeeld geen bezwaar en beroep open. Dat komt omdat artikel 25 van de WRO op de 'negatieve lijst' staat die hoort bij artikel 8:5 Awb. Wel moeten Gedeputeerde Staten krachtens artikel 28 WRO goedkeuring aan het bestemmingsplan verlenen. Tegen hun besluit tot goedkeuring, resp. onthouding van goedkeuring, kunnen (sommige) belanghebbenden krachtens artikel 28, zevende lid WRO beroep instellen bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Deze bepaling vormt een *lex specialis* ten opzichte van de Awb.³² Niet alleen wordt het beroep bij de rechtbank overgeslagen, ook maakt artikel 28, zevende lid WRO geen voorbehoud wat betreft de goedkeuring van die onderdelen van het bestemmingsplan die zijn aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Ook uit de wetsgeschiedenis van artikel 8:2, aanhef en onder c van de Awb blijkt dat alle elementen van het GS-besluit in beroep kunnen worden bestreden.³³ In de Telecommunicatiewet ontbreekt een dergelijke *lex specialis*. Voor ieder deel van het frequentieplan moet worden nagegaan of beroep openstaat.

Bestemmingen en categorieën van gebruik

In zijn advies over het wetsvoorstel liet de Raad van State in het midden of het toekennen van bestemmingen wellicht een algemeen verbindend voorschrift zou zijn. De regering is van mening dat dit niet het geval is. De staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat heeft in de Staatscourant medegedeeld dat belanghebbenden een bezwaarschrift tegen het plan kunnen indienen. Aangenomen moet dus worden dat de regering artikel 8:2 Awb niet van toepassing acht.

Die opvatting lijkt mij juist. In een bestemmingsplan krachtens de Wet Ruimtelijke Ordening kunnen wel algemeen verbindende voorschriften voorkomen, omdat artikel 10 WRO daartoe uitdrukkelijk de bevoegdheid geeft. Dit artikel spreekt enerzijds over het aanwijzen van een bestemming en anderzijds over het geven van voorschriften. Het enkele aanwijzen van een bestemming voor een stuk grond is geen zelfstandige regel die zich leent voor een herhaalde toepassing op een onbekend aantal personen. Voorschriften over het gebruik van grond zijn dat wel. Artikel 3.1 TW noemt slechts de bevoegdheid tot het verdelen van frequentieruimte over bestemmingen en categorieën van gebruik. Andere artikelen in de TW bieden wel de mogelijkheid dat krachtens algemene maatregel van bestuur ministeriële voorschriften worden gegeven, maar deze regels staan los van het frequentieplan.³⁴

Dat het frequentieplan geen algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels bevat, blijkt bovendien uit een vergelijking met het nummerplan krachtens artikel 4.1 TW. Volgens de wetsgeschiedenis hebben het frequentieplan en het nummerplan 'een gelijk karakter'.³⁵ Het nummerplan, dat voor de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet al een wettelijke basis had in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, is door de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven aangemerkt als een voor beroep vatbaar besluit.³⁶ De president kwalificeerde het nummerplan als een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voor-

schrift of beleidsregel.

Interessant is ook een overweging van de Pres. Rb. Maastricht over de status van een besluit waarbij voor alle universiteiten een maximum werd gesteld aan het aantal eerstejaars studenten geneeskunde dat zij mochten toelaten.³⁷ Naar het oordeel van de president is artikel 8:2 Awb een uitzondering op de hoofdregel dat tegen besluiten beroep kan worden ingesteld en moet het om die reden beperkt worden uitgelegd. Conclusie: een besluit waarbij de bestemming van frequentiebanden wordt vastgesteld behoort tot de categorie 'overige besluiten van algemene strekking'. Het is dus vatbaar voor bezwaar en beroep.

Verdelingsprocedures

De verschillende procedures voor het verlenen van vergunningen staan omschreven in artikel 3.3 TW en de daarop gebaseerde artikelen uit het Frequentiebesluit.³⁸ In het frequentieplan staat alleen een (eerste) keuze uit deze procedures. Het besluit om ten aanzien van een bepaalde frequentieband de procedure 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' van toepassing te verklaren dan wel de procedure van een veiling of vergelijkende toets, lijkt op een besluit tot vaststelling van de inwerkingtreding van een algemeen verbindend voorschrift. Op zichzelf staat een dergelijk besluit los van het algemeen verbindend voorschrift, maar artikel 8:2 aanhef en onder b van de Awb zondert het eveneens uit van beroep.

De toepasselijkheid van deze uitzondering zou kunnen worden betwist door erop te wijzen dat het frequentieplan de keuze steeds voor een bepaalde frequentieband maakt. Er is echter nog een tweede belemmering voor de ontvankelijkheid. Artikel 6:3 van de Awb bepaalt dat een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, tenzij deze beslissing de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treft. Het voor te bereiden besluit is in dit geval de frequentievergunning krachtens artikel 3.3 TW. Belanghebbenden kunnen in een beroep tegen het vergunningbesluit aanvoeren dat de vergunning –of weigering daarvan– op een onjuiste manier is voorbereid.

Vergunningvrije frequenties

Op grond van artikel 3.4 TW kan het frequentieplan frequentieruimte aanwijzen waarbinnen het vereiste van een vergunning niet geldt. Een daartoe strekkend besluit doet denken aan het aanwijzen van een terrein waar gratis geparkeerd kan worden of waar honden vrij mogen loslopen. In de jurisprudentie worden dergelijke besluiten beschouwd als besluiten van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Van een zaakgebonden beschikking zou sprake kunnen zijn als de onderliggende regeling verwijst naar de kenmerken van het aangewezen object (vgl. de onbewoonbaarverklaring van een woning of de aanwijzing van een natuurgebied). Artikel 3.4 TW verwijst niet naar de hoedanigheden en eigenschappen van de aan te wijzen frequentieruimte. Bovendien maakt de aanwijzing deel uit van een plan waarvan de onderdelen nauw samenhangen. Het besluit is daarom geen beschikking. Bezwaar en beroep zijn wel mogelijk.

Technische systemen

Het frequentieplan van 15 juni 1999 noemt bij een aantal frequentiebanden een technisch systeem dat vergunninghouders zullen moeten gebruiken (ERMES, GSM e.d.). Het is niet duidelijk aan welke bepalingen in de TW de minister van Verkeer en

³² H.J. de Vries en P.J.J. van Buuren, a.w., p. 5. Zie ook E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede Tranche*, Deventer: Samson H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 386.

³³ H.J. de Vries en P.J.J. van Buuren, a.w., p. 5.

³⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 3.3, zevende lid, TW. Vgl. Dommering/Van

Eijk/Nijhof/Verberne, a.w., p. 345-347.

³⁵ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 533 A, p. 9.

³⁶ Pres. CBB 14 juli 1997, AB 1998, 203 m.nt. GC.

³⁷ Pres. Rb. Maastricht 12 oktober 1994, JB 1994, 299 m.nt. Schlössels.

³⁸ De artikelen 2 t/m 15 van het Frequentiebesluit. Vgl. Dommering/Van Eijk/Nijhof/Verberne a.w., p. 341-345.

Waterstaat zijn bevoegdheid ontleent. Is dat artikel 3.3, vijfde lid TW jo. artikel 17, tweede lid van het Frequentiebesluit? In dat geval zou het voorschrijven van een technisch systeem stelen op een wettelijke bevoegdheid tot bindende regelgeving. Er zou dan sprake zijn van een algemeen verbindend voorschrift. Denkbaar is ook dat de minister zich baseert op de bestuurlijke bevoegdheid tot het verbinden van voorschriften aan de afzonderlijke frequentievergunningen. Die bevoegdheid is gegeven in artikel 3.3, zevende lid TW en nader omlind in de artikelen 16 en 17, eerste lid van het Frequentiebesluit. Op grond van een bestuurlijke bevoegdheid kan de minister geen algemeen verbindende voorschriften vaststellen, maar wel een beleidsregel. Het frequentieplan zelf suggereert nog een derde mogelijkheid. Het noemen van een technisch systeem wordt omschreven als een ‘verbijzondering’ van de bestemming van frequenties. De bestemming ‘mobiel’ wordt bijvoorbeeld gespecificeerd tot ‘GSM’, de bestemming ‘omroep’ tot ‘T-DAB’. In deze opvatting zou het besluit rechtstreeks gebaseerd zijn op artikel 3.1 TW en wel vatbaar zijn voor beroep. Wie het weet mag het zeggen.

Andere besluiten

In een recente procedure bij de rechtbank te Rotterdam stond de vraag centraal wat het rechtskarakter is van een beslissing inzake de verdeling van omroepfrequenties tussen de publieke omroep enerzijds en commerciële omroepen anderzijds.³⁹ In de Staatscourant van 1 mei 1998 had de minister van Verkeer en Waterstaat een lijst gepubliceerd van FM-frequenties die hij voornemens was in gebruik te geven aan commerciële omroepinstellingen.

De publieke lokale omroep Salto te Amsterdam had een bezwaarschrift ingediend tegen de bekendmaking, omdat zij meende tenminste één van de frequenties zelf nodig te hebben. In dat verband beriep Salto zich onder meer op het voorkeursrecht van de publieke omroep, toen neergelegd in artikel 82d (oud) van de Mediawet en tegenwoordig in artikel 3.3, tweede en derde lid, van de Telecommunicatiewet. Was de bekendmaking in de Staatscourant een besluit waartegen bezwaar en vervolgens beroep openstaan? De rechtbank meende van niet. Zij overwoog dat de bekendmaking enerzijds elementen bevatte die wijzen in de richting van een beleidsregel en anderzijds elementen die in het geheel niet duiden op een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Het bezwaarschrift was daarom terecht niet-ontvankelijk verklaard.

Ongetwijfeld heeft bij deze uitspraak een rol gespeeld dat de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, die toen van kracht was, geen bepaling bevatte die de minister van Verkeer en Waterstaat de bevoegdheid gaf de publieke of commerciële bestemming van omroepfrequenties aan te wijzen. Frequenties werden toegewezen in het kader van een zendermachtiging op grond van artikel 17 (oud) van de WTV. Het selecteren van frequenties die te zijner tijd uitgegeven kunnen worden, is dan hetzij een feitelijke handeling, hetzij een besluit omtrent het toekomstige beleid op basis van artikel 17 (oud) WTV. Onder het regiem van het nieuwe artikel 3.1 TW zou de beslissing anders kunnen uitvallen. Nu heeft de minister wel de uitdrukkelijke bevoegdheid om, in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, de bestemming van ‘frequentieruimte’ aan te wijzen.

Het huidige frequentieplan kiest ervoor te volstaan met het aanwijzen van de bestemming van complete frequentiebanden. Over de afbakening en bestemming van specifieke pakketten van frequenties zegt het plan niets. Vanuit een oogpunt van

kostenbesparing is er wat voor te zeggen dit soort beslissingen toch appellabel te laten zijn. Het is immers weinig doelmatig als de administratieve rechter pas in het allerlaatste stadium – na afloop van een veiling of vergelijkende toets – kan uitspreken dat de frequenties eigenlijk helemaal niet hadden mogen worden verdeeld.

Tenslotte

Kunnen belanghebbenden het frequentieplan aanvechten bij de administratieve rechter? Of heeft dit stuk het karakter van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel, zodat bezwaar en beroep zijn uitgesloten door artikel 8:2 van de Algemene wet bestuursrecht? De memorie van toelichting bij de Telecommunicatiewet leek een antwoord te hebben gegeven door te stellen dat het frequentieplan ‘in feite een bestemmingsplan’ is. Tegen bestemmingsplannen wordt regelmatig geprocedeerd. De vergelijking tussen de beide plannen gaat echter maar ten dele op. De Wet Ruimtelijke Ordening kent een aparte rechtsgang bij Gedeputeerde Staten en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die afwijkt van artikel 8:2 Awb. Nu de Telecommunicatiewet geen bijzondere bepalingen bevat op dit punt, moet van ieder onderdeel van het frequentieplan het rechtskarakter worden vastgesteld. Dat is dikwijls niet eenvoudig.

Wil men bereiken dat alle besluiten in een frequentieplan vatbaar zijn voor bezwaar en beroep, dan zou artikel 3.1 van de Telecommunicatiewet moeten worden gewijzigd. Vrij naar artikel 2a van de Wet Ruimtelijke Ordening stel ik voor aan artikel 3.1 TW het volgende lid toe te voegen:

‘Voor zover een of meer onderdelen van het frequentieplan zijn aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht, kan iedere belanghebbende hier tegen beroep instellen bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Artikel 8:2 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing.’

Mr. A.W. Hins is docent staatsrecht (Universiteit van Amsterdam) en redacteur van dit blad.

³⁹ Rb. Rotterdam 28 juli 1999 (Salto v. Verkeer en Waterstaat), zie p. 226 in deze aflevering. In dezelfde zaak werd een voorlopige voorziening geweigerd door Pres.Rb. Rotterdam 25 juni 1998, *Mediaforum* 1998-7/8, nr. 40.

Rectificatie: hoeveel engelen kunnen er op een speldenknop?

Germ Kemper



M. Bulk,
Rectificatie en Uitingsvrijheid.
Een onderzoek naar de
civielrechtelijke aansprakelijk-
heid voor onrechtmatige uitingen
(diss. Amsterdam UvA). Deventer:
Kluwer 1998. 312 p. ISBN 90 268
3354 7. f85,-.

Rectificatie. 'Op last van de (fungerend) president van de Arrondissementsrechtbank te Q. delen wij mee dat wij de juistheid van onze beschuldigingen onvoldoende onaannemelijk hebben kunnen maken, naar zijn voorlopig oordeel, en derhalve dienen terug te nemen, hetgeen wij bij dezen doen.' Zo ongeveer ezelt de gemiddelde rectificatie voort. Wie leest dat? Wie begrijpt dat? Wijlen Frits Oppenoorth vond het een amusant gespreks-onderwerp en ik deed graag met hem mee. Hoe onbenullig de gemiddelde advocaat of rechter inhoud en opmaak van *Story of Groene Amsterdammer* – ik doe maar een greep – ook vinden mag, hij lijdt aan ongehoorde zelfoverschatting als hij zou menen dat zijn tekstje door de lezers van dat blad evenzeer gewaardeerd of begrepen wordt als dat wat een ervaren redacteur ervan bakt.

Je zag het toen bij *Privé* een nieuwe hoofdredacteur aantrad, Wilma Nanninga. De eerste maanden waren haar bijdragen opvallend, niet door de inhoud maar omdat de toon net verkeerd was. De bijvoeglijke naamwoorden waren te dik, de zinnen misten het vertrouwde ritme, de parels waren cultivé. Na een tijdje was het over, zo maar, van de ene dag op de andere en onderscheidde haar schrijfsels zich niet meer van de rest.

Functie rectificatie

De steller van een rectificatie moet zich niet in het hoofd halen, kortom, dat tekst slechts tekst is en dat zijn bood-

schap wel overkomt omdat de gebruikte woorden in de *Van Dale* zijn terug te vinden. Journalisten hebben het schrijven moeten leren en daarna ook nog eens moeten uitvinden wat de lezers van hun krant of weekblad aanspreekt en dat kunstje zijn dilettanten over het algemeen niet machtig. De functie van een rectificatie, een door een rechter op voorspraak van een advocaat in elkaar geknutselde tekst, zal daarom vermoedelijk niet zijn dat zij aan herstel van de reputatie bijdraagt bij de trouwe lezers die de oorspronkelijke publicatie hebben gesavoureed.

Nu komt dat niet alleen door ontoegankelijkheid van de rectificatie. Om de zaak schimmiger te maken: is er ooit gemeten welk percentage van de lezers van het oorspronkelijke stuk de rectificatie lezen, vervolgens begrijpen, en dan ook nog eens accepteren? Men moet het ergste vrezen. Toch wordt er met regelmaat over rectificaties geprocedeerd. Als wij onverantwoorde kop-pigheid van advocaat en cliënt buiten beschouwing laten, blijven er kennelijk nog andere elementen over die het vragen van een rectificatie zinvol maken. Het kort geding zelf heeft een niet mis te verstane signaalfunctie. Wie in krant A te kijk is gezet als onhebbelijke zakkenvuller krijgt door het uitbrengen van de kort-gedingdagvaarding in kranten B tot en met Z alle aandacht, zeker als het oorspronkelijke bericht enig rumoer heeft veroorzaakt. Dat is, advocatenhonoraria ten spijt, altijd nog goedkoper dan een advertentie en de kans is groot dat een relevant gedeelte van het publiek (zakenrelaties, verre vrienden en familieleden) via deze omweg kennisneemt van de boodschap dat de zakkenvuller het niet pikt en het aandurft om krant A in het openbaar de oren te wassen. Die boodschap is vaak al voldoende en de uitslag is van minder betekenis, kan ik mij zo voorstellen. Het kort geding geeft nog een ander teken en dat is de mededeling aan het medium dat de eerste publicatie aandurfde en misschien ook wel aan de concurrentie: 'Wees voorzichtig want ik accepteer niet alles. Het gaat je geld kosten als je zo doorgaat!'

Een derde functie van een kort geding is

dat de berichten daarover waarschijnlijk wel in de knipselmap terechtkomen, niet alleen van de krant of de omroep die publiceert maar ook van de anderen. Dat vermindert het risico dat een andere krant de aangewreven rotstreken voor aannemelijk mocht houden en ongestraft napapegaait ('Prof W, die overigens onlangs in opspraak kwam met vervalste girobetaalkaarten, is benoemd tot directeur van ...'). De vraag naar het hoe en wat van een rectificatie is feitelijk van aard. Misschien moet een jurist er zich wel helemaal niet mee bezig willen houden zoals het hem ook niet aangaat of het Mestbesluit wel tot reductie van de milieuoverlast leidt. Zolang het maar netjes is geformuleerd! En toch is het jammer dat Marjolijn Bulk in haar proefschrift 'Rectificatie en uitingsvrijheid' de functie van de rectificatie slechts heel terloops in haar onderzoek betreft (onder verwijzing naar J.G. Stappers, 'Heeft rectificeren zin?', in: G.A.I. Schuijt (red.), *Rectificatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1989).

Schadevergoedend of schadebeperkend?

Een onderwerp waar de auteur wél dieper op ingaat, namelijk de vraag of een rectificatie een vorm is van vergoeding van schade of daarentegen beperking daarvan, komt bij gebrek aan een maatschappelijke context daarom wat in de lucht te hangen. Ik chargeer, maar bij de conclusie van Bulk (p. 209) dat althans bij een publicatie die een persoon in diens eer en goede naam aantast, de deuk in de reputatie een voldongen feit is en de rectificatie slechts als 'schadevergoedend' moet worden aangemerkt, dringt zich de vergelijking op met het eeuwenoude dispuut over de vraag hoeveel engelen op een speldenknop kunnen plaatsnemen.

Daar komt eerlijk gezegd bij dat Bulk te aangehaelder plaatse uitvoerig melding maakt van het oordeel van de Hoge Raad in de zaak-Goeree, waaruit nu juist volgt dat een rectificatie een functie heeft bij het beperken van schade en daarom snel moet worden geplaatst, en ook trouwhartig in een voetnoot ver-

meldt dat Dommering er anders over denkt. Dan mag het eigen standpunt best wat fermer en duidelijker over het voetlicht worden gebracht.

Uitingsvrijheid

Een ander en wat juridischer getint onderwerp blijft helaas ook wat onderbelicht. Dat heeft niet zozeer met de rectificatie te maken als wel meer algemeen met de uitingenvrijheid. Ik mag daar op wijzen omdat ook Bulk zelf een groter gedeelte van haar proefschrift aan de expressievrijheid in algemene zin besteedt dan de titel doet vermoeden. Zo beschrijft zij de worsteling van de Hoge Raad met artikel 7 van de grondwet en wijdt zij een hoofdstuk aan de manier waarop het EHRM met de materie omgaat, in het bekende beslisschema waar alle elementen van art. 10 lid 2 EVRM in terug zijn te vinden. So far so good, maar waar ik stiekem op hoop gebeurt dan niet. Dat is een toetsing of de recente rechtspraak inderdaad, naar mijn idee sinds de Hoge Raad voorging in Het Parool-van Gasteren (HR 6 januari 1995, *Mediaforum* 1995-2, p. B13-B16; *NJ* 1995, 422) herkenbare EVRM-invalshoeken toont.

Bulk schrijft weliswaar (p. 92) dat het karakter van een kort geding –met uit de aard van de zaak slechts voorlopige voorzieningen– moeilijk kan voldoen aan een van de uit het EVRM voortvloeiende eisen, namelijk dat de te handhaven norm kenbaar moet zijn voor de rechtsgenoten, maar dat overtuigt mij niet. Ik zou dan toch graag een serie vonnissen voorgelegd krijgen, waaruit blijkt dat de rechter juist in kort geding moeite heeft om de voorzienbaarheid van de norm die hij gaat toepassen voor ogen te houden.

Speciaal maakt die gedachte dat een voorlopig oordeel eerder uit de pas loopt dan een oordeel in een bodemprocedure mij nieuwsgierig naar de onderbouwing. Die blijft uit, zij het dat bij de slotconclusies de auteur erop wijst (p. 283) dat de rechter in kort geding ‘niet steeds’ de expliciete en overzichtelijke toetsingswijze volgt die uit de rechtspraak van het EHRM valt af te leiden. Wie weet, maar het is toch een ander en meer formeel broertje van de vraag of de rechter, juist in kort geding, de moeite neemt om na te gaan of een concrete uiting ook in strijd is gekomen met een bijna even concrete en vooraf kenbare norm.

Vergelijkbaar mis ik een beschouwing over de vraag wie gelijk heeft: de Hoge Raad en de lagere rechters die met grote hardnekkigheid de botsing van twee evenwaardige belangen bij de kop nemen (die van de pers om misstanden te signaleren en die van de burger om niet aan lichtvaardige verdachtmakingen te worden blootgesteld), of het Europees Hof dat van het primaat van de vrijheid van meningsuiting vertrekt en dan onderzoekt of er redenen zijn om in een concreet geval die vrijheid in te perken.

Tot slot

Daarmee is kritiek geuit, niet zozeer op de auteur als wel op het onderwerp. Iedereen die wel eens met het bijltje van de goede naam, de lichtvaardige verdachtmaking en de ‘pressing social need’ heeft gehakt, weet dat het spook van de casuïstiek levensgroot present is. Het proefschrift van Bulk moet ook meer gelezen worden als een poging tot ordening van die bonte veelheid van onderwerpen dan dat helderheid wordt geschapen. Er wordt veel geciteerd uit de

literatuur, veel naverteld uit arresten, er is een interessant uitstapje naar de Amerikaanse praktijk, en daarmee is het boek een aardig naslagwerk geworden. En toch kan ik het niet nalaten om daarbij te zeggen dat er een paar storende spelfouten in voorkomen, en dat in het navertellen van de zaak Van Praag-Van Hanegem (Pres. Rb. Amsterdam 13 april 1995, *Mediaforum* 1995-5 p. B71-B72) op p. 155 Bulk een storend loopje neemt met de feiten zoals die uit het gepubliceerde vonnis blijken. Van Praag is geen sportverslaggever, zij had Van Hanegem niet ‘onbetrouwbaar als de neten’ genoemd omdat hij een met haar gemaakte afspraak niet was nagekomen, maar omdat zij van horen zeggen had dat Van Hanegem aan anderen dat soort streken leverde. De uittaling vond niet plaats in een uitzending, maar in een in het weekblad *Voetbal International* afgedrukt interview.

Voor de uitspraak en de motivering daarvan hebben deze details meen ik geen betekenis, maar het voelt wat ongemakkelijk dat Bulk die feitelijkheden, die zij kennelijk wél vermeldenswaard acht, onjuist presenteert. Bovendien is het dan weer jammer dat Bulk niet memoreert –en in haar beschouwing over de functie van de rectificatie betreft– dat rectificatie werd geweigerd, ondanks dat de uittalingen onrechtmatig bevonden waren, omdat aangenomen mocht worden dat de behandeling van de rechtszaak zelf al voldoende aandacht in de pers zou krijgen. Dat is nog eens casuïstiek, waarbij de rechter ook nog eens vooruitloopt op wat hij denkt dat er de volgende dag in de krant komt!

Mr. G.J. Kemper is advocaat te Amsterdam (Höcker Rueb & Doeleman).

Marc van der Heijden verlaat de redactie

Met ingang van 1 juli 1999 heeft mr. M.A.J.M. van der Heijden de redactie van *Mediaforum* wegens drukke werkzaamheden elders moeten verlaten. Met telecommunicatie-expert Marc van der Heijden verdwijnt de laatste van de pioniers van *Mediaforum*. Samen met wijlen Frits Oppenoorth, Nico van Eijk (nu weer in het bestuur) en Matthijs Linnemann (in 1992 uit de redactie getreden) zette hij tien jaar geleden een blad op dat een vaste plaats in de Nederlandse juridische tijdschriftenwereld heeft veroverd. Het bestuur van de VMC dankt Marc van harte voor zijn inspanningen voor onze vereniging.

Willem F. Korthals Altes
secretaris

Aan deze rubriek werkten mee:
Alexander Mayhew & Sjoerd van Geffen.

- ☒ 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

EHRM 20 mei 1999, Bladet Tromsø & Stensaa vs. Noorwegen, nr. 42 m. nt. A.J. Nieuwenhuis J

Art. 10 EVRM • Perspublicatie • Betrouwbaarheid bron

Een lokale krant en haar hoofdredacteur uit Tromsø, een centrum van de zeehondenjacht in Noorwegen, werden wegens smaad veroordeeld voor de publicatie van een overheidsrapport waarin door een inspecteur beschuldigingen werden geuit over misstanden i.v.m. de zeehondenjacht. Het Hof acht dit disproportioneel en daarmee een inbreuk op art. 10 EVRM. De krant mocht namelijk in beginsel uitgaan van de betrouwbaarheid van de bron, nu het om een overheidsrapport ging.

EHRM 8 juli 1999, Sürek vs. Turkije (no. 2), nr. 43 m. nt. G.A.I. Schuijt J

Art. 10 EVRM • Uitingsvrijheid in oorlogssituatie • Oproepen tot geweld

Op 8 juli 1999 heeft het Hof uitspraak gedaan inzake 15 klachten van Turken tegen hun regering wegens schending van het EVRM. Dertien klachten betroffen artikel 10, twee het recht op leven (art. 2). In de meeste zaken werd ook geklaagd over schending van art. 6 (eerlijk proces). Van de dertien klachten over artikel 10 werden er elf gegrond bevonden. Bovenstaande uitspraak is daar een illustratief voorbeeld van. Omdat alle klachten door dezelfde kamer van het Hof zijn behandeld vertonen zij grote overeenkomsten qua structuur en beoordelingspatroon. Als het gaat om 'political speech' geeft art. 10 lid 2 weinig ruimte voor beperkingen van de uitingsvrijheid, maar ter bescherming van de openbare orde kunnen de lidstaten maatregelen nemen. Waar uitingen aanzetten tot geweld tegen een individu, een overheidsdienaar of een deel van de bevolking hebben de autoriteiten echter een ruimere margin of appreciation. Alle uitspraken zijn integraal te raadplegen via <http://www.dhcour.coe.fr>

HvJEG 26 november 1998, Bronner vs. Mediaprint, NJ 1999, 523

Art. 86 EG-Verdrag • Misbruik machtspositie • Dagbladbezorging

Zie Mediaforum 1999-2, nr. 7 m. nt. E. Loozen & K.J.M. Mortelmans

HR 26 maart 1999, Joekes vs. NOS & Van Hoorn, NJ 1999, 469

Afspraak voor interview • Beleidsvrijheid media • Columns

Afspraak tussen de redactie van 'Het oog op morgen' en het Tweede-Kamerlid Joekes voor een interview in het desbetreffende radioprogramma werd op het laatste moment afgezegd in verband met crisis in Bosnië, waaraan het programma extra aandacht wilde besteden. Het Hof heeft vastgesteld dat er een rechtsverhouding tussen de redactie en Joekes is ontstaan, die meebracht dat met de belangen van Joekes rekening gehouden moest worden, maar niet dat de redactie haar beleidsvrijheid om een uitzending naar eigen beleid en inzicht samen te stellen had prijsgegeven. Dat geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De klacht tegen het oordeel van het Hof dat de column van de journalist Van Hoorn in het blad *De Journalist* niet onrechtmatig was, leent zich vanwege het feitelijk karakter niet voor toetsing in cassatie.

Zie voor het arrest van Hof Amsterdam 27 maart 1997, Mediaforum 1997-6, p. B86-B87

Hof Amsterdam 8 juli 1999, Anne Frank Fonds vs. Het Parool, nr. 44 m. nt. D.J.G. Visser J

Publicatie dagboek aantekeningen • Art. 15a lid 1 Auteurswet • Art. 10 EVRM

Het Parool publiceerde tot nu toe niet in het dagboek van Anne Frank opgenomen dagboekfragmenten zonder toestemming van de auteursrechthebbende. De afweging tussen informatievrijheid en de bescherming van de goede naam van Anne Frank en/of haar nabestaanden viel in eerste instantie uit in het voordeel van de informatievrijheid. In hoger beroep valt de afweging echter in het voordeel van de auteursrechthebbenden uit.

Zie ook Mediaforum 1999-1, nr. 6 m. nt. P.B. Hugenholtz

Hof Amsterdam 8 juli 1999, Spaarnestad vs. Telegraaf Tijdschriften Groep ☒

Aanbieden valse foto's • Onrechtmatige daad

Panorama bood 'undercover' aan *Privé* valse foto's van Willem-Alexander aan. *Privé* staakte het drukproces teneinde de foto's in het blad te kunnen opnemen. De door *Panorama* aangevoerde rechtvaardiging, t.w. te willen aantonen dat roddelbladen soms tot publicatie van foto's overgaan zonder dat op journalistiek zorgvuldige wijze de daaraan ten grondslag liggende feiten zijn geverifieerd, wordt verworpen. Spaarnestad moet de schade (ruim f100.000,-) vergoeden. Irrelevant is dat de bedoeling van Spaarnestad niet was dat de roddelbladen de foto's voor echt zouden houden. Spaarnestad had zich moeten realiseren dat de zeer grote kans bestond dat het kostbare besluit het drukprocédé te stoppen zou worden genomen en mocht niet verwachten dat *Privé* dat wegens de hoge kosten niet zou doen. Bovendien is het onaanvaardbaar dat Spaarnestad enigerlei misstand wilde onderzoeken. Onder de gevolgschade valt mede de reputatieschade als gevolg van eventuele publicatie.

Gem. Hof Ned. Antillen en Aruba 4 mei 1999, Gomez vs. Stamper, NJ 1999, 545

Persconferentie • Belediging • Rectificatie

Vordering tot rectificatie van uitlatingen dat betrokkene 'vals, misleidend en onbetrouwbaar' is. Vrijheid van meningsuiting strekt zich ook uit tot uitingen die aanstoot geven, shockeren of verontrusten. Het gaat hierbij om het individuele persoonlijkheidsbelang van de mens om in vrijheid zijn hart te kunnen luchten. De gewraakte uitlatingen zijn betreurenswaardig maar een rechterlijk bevel tot rectificatie zou disproportioneel zijn, gelet op de aard en ernst van de uitlatingen. Bovendien zou het van een overspannen waardering van de autoriteit van de rechter getuigen als op diens gezag wordt aangenomen dat betrokkene niet over de genoemde karaktertrekken beschikt. Daarnaast is betrokkene mans genoeg om zelf de publiciteit te vinden voor een weerwoord.

Rb. Amsterdam 16 september 1998, Henne-man vs. VLB, Weekend & Jansen van Galen, NJ 1999, 439

Public figure • Privacy • Roddels

Zie Mediaforum 1998-10, nr. 47 en Mediaforum 1999-6, nr. 29

Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, Huibregtsen vs. De Volkskrant, NJ 1999, 440

Onrechtmatige publicatie • Werkwijze media • Interviews

Zie Mediaforum 1999-1, nr. 5 m. nt. G.A.I. Schuijt

Rb. Rotterdam 28 juli 1999, Salto vs. Staatssecretaris V&W

Frequentieverdeling radio • Beleidsregels • Art. 1.3 Algemene wet bestuursrecht ☒

In de *Staatscourant* van 1 mei 1998 heeft het ministerie van Verkeer en Waterstaat bekend gemaakt welke etherfrequenties beschikbaar zijn voor niet-landelijke commerciële radio. De Amsterdamse niet-commerciële lokale omroep SALTO vond dat zij ten onrechte niet in aanmerking kwam voor een van de frequenties, maar werd in haar bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. De bekendmaking bevat enerzijds elementen die in de richting wijzen van een beleidsregel en anderzijds elementen die in het geheel niet duiden op een besluit in de zin van art. 1.3 Awb. Het bezwaar is niet ten onrechte niet ontvankelijk verklaard.

Zie ook Mediaforum 1998-7/8, nr. 40

Rb. Zwolle 6 mei 1999, Damen vs. Minister van Justitie, Awb-katern, 42

Privacy • Wet Openbaarheid van bestuur

Eiser heeft de minister van Justitie verzocht hem op grond van de WOB gegevens te verstrekken omtrent de personalia en andere gegevens van X, respectievelijk de informatie uit het strafdossier van X, welke gegevens –aangaande voetbalvandalisme– blijken twee uitspraken van de ABRvS zijn verstrekt aan de KNVB. De rechtbank stelt voorop dat het verstrekken van informatie uit het strafdossier van een persoon een inbreuk vormt op diens persoonlijke levenssfeer. De WOB wijkt in casu niet voor een andere wet. Ten onrechte zijn echter bij de weigering om de gevraagde informatie te verstrekken in de belangenafweging de hoedanigheid van verzoeker en diens bedoelingen bepalend gemaakt. Selectieve informatieverstrekking verdraagt zich niet met de WOB. De geclausuleerde verstrekking aan de KNVB mag evenwel niet als een verstrekking in het kader van de WOB worden beschouwd, maar vertoont meer verwantschap met privacyregelingen voor persoonsgegevens. Vernietiging bestreden besluit en opdracht om een nieuwe beslissing te nemen.

Pres. Rb. Amsterdam 24 juni 1999, Daan vs. Köbben & Tromp

Publicatie • Eer en goede naam • Uitingsvrijheid

Gedaagden hebben een boek geschreven getiteld 'De onwelkome boodschap of hoe de vrijheid van wetenschap bedreigd wordt'. Daarin werd een conflict tussen een onderzoeker in dienstverband en zijn werkgever beschreven. Eiser werd daarin naar zijn mening ten onrechte beschuldigd van het monddood maken van een onderzoeker en voelde zich daardoor als wetenschapper en persoon in zijn eer en goede naam geschaad. De afweging tussen de vrijheid van meningsuiting van de pers en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, inhoudende eer en goede naam, valt in casu uit in het voordeel van de vrije meningsuiting. De casus werd slechts als voorbeeld gebruikt, beide kanten van de zaak werden voldoende evenwichtig belicht, en er werd geen waardeoordeel gegeven. Ook het beginsel van hoor en wederhoor is niet geschonden nu gedaagden wederhoor hebben gepleegd bij een collega van de bewuste wetenschapper; niet vereist is dat ook hun superieur (eiser) is gehoord.

Pres. Rb. Amsterdam 8 juli 1999, Draka Kabel vs. Jansen

Merkrecht • Registratie domeinnaam • Overdracht domeinnaam

De enkele registratie van een domeinnaam ('draka.com') die overeenkomt met het woordmerk van een ander zonder diens toestemming vormt in beginsel een inbreuk (althans tenminste een reële dreiging daarvan) op diens merkrecht, ook al is die domeinnaam nog niet daadwerkelijk in gebruik genomen. Gedaagde moet op straffe van een dwangsom het gebruik van de domeinnaam staken.

Pres. Rb. Amsterdam 8 juli 1999, Lamett vs. Woodpecker

Circulaire • Perspublicatie • Rectificatie via advertentie

Na beëindiging van een distributieovereenkomst tussen Lamett (producent van laminaatvloeren) en Woodpecker (groothandel) d.m.v. een beëindigingsovereenkomst tussen dezelfde partijen, heeft laatstgenoemde zich in een circulaire aan haar afnemers en een publicatie in het *Parketblad* beklagd over de kwaliteit van de producten van Lamett. De redelijkheid en billijkheid in samenhang met de bepaling in de beëindigingsovereenkomst die inhoudt dat partijen over uitlatingen naar derden over de beëindiging zouden overleggen, brengt met zich mee dat de nodige zorgvuldigheid in acht had moeten worden genomen. Het was daarom onzorgvuldig en onbetamelijk van Woodpecker om eenzijdig te stellen dat klachten over de kwaliteit de oorzaak waren van de beëindiging, zulks op een wijze die afbreuk doet aan de concurrentiepositie van Lamett. Veroordeling tot rectificatie via advertentie.

Pres. Rb. Amsterdam 8 juli 1999, Hanos e.a. vs. FNV-Pers & De Beer

Perspublicatie • Zorgvuldigheid bij afgaan op bronnen • Rectificatie

FNV Magazine, editie Handel, stelde in een artikel de arbeidsomstandigheden bij Hanos aan de kaak. Bij de afweging tussen het recht van Hanos niet aan lichtvaardige verdachtmakingen te worden blootgesteld en het recht van FNV op vrije meningsuiting omtrent misstanden die haar doelgroep raken, speelt de wijze waarop de gegevens zijn vergaard en de waarde die daaraan mocht worden gehecht een belangrijke rol. De zorgvuldigheid van de gegevensvergaring liet in casu te wensen over, nu anonieme bronnen waren gebruikt, waarvan de één klakkeloos uitlatingen herhaalde die al door de rechter onvoldoende aannemelijk waren bevonden, en de ander betwist juist te zijn geciteerd en verschillende, tegenstrijdige verklaringen heeft afgelegd omtrent het haar telefonisch afgenomen interview, zodat ook haar beweringen geen basis kunnen zijn voor de publicatie. Veroordeling tot rectificatie volgt.

Pres. Rb. Amsterdam 10 juli 1999, Vereniging Schrijvers en Vertalers vs. NOS & VARA

Art. 16 lid 2 Mediawet • Honorariumregeling NOS

De door de vereniging opgestelde honorariumregeling voor scenarioschrijvers die door NOS is ondertekend, maar waarbij niet is vermeld dat de NOS optreedt als vertegenwoordiger van de omroepen, bindt de NOS niet tegenover derden, in casu de vereniging en haar leden. De regeling bevat slechts normen in de zin van art. 16 lid 2 Mw sub k, welke bepaling de NOS de bevoegdheid geeft tot éénzijdige vaststelling van (richt)normen voor de honorering van losse medewerkers. Ook de publieke landelijke omroepen hebben de honorariumregeling niet ondertekend en zijn daaraan dus niet gebonden.

Pres. Rb. Amsterdam 22 juli 1999, Abramovic vs. Regards Productions & Scarabee Filmproductions

Film • Quitclaim • Art. 45d Auteurswet

Eiseres is een kunstenares wiens leven en performances onderwerp waren van een televisiefilm. Met dezelfde opnamen is later een hermontage tot bioscoopfilm gemaakt, maar er zijn tussen de twee versies geen wezenlijke verschillen, zodat ze als één werk worden beschouwd. Het beding van quitclaim is geen afwijkende overeenkomst of schriftelijk tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden van overdracht van (naburige) rechten aan de filmproducent. Het bedrag op de door rechthebbende zelf zonder voorbehoud ingediende factuur is een billijke vergoeding in de zin van art. 45d Aw.

Pres. Rb. Breda 2 juni 1999, PvdA & D66 vs. Gemeente Breda, KG 1999, 164

Vrijheid van meningsuiting • Afficheren

Aan het verzoek van eiseressen om voor de verkiezingen voor het Europees parlement eigen afficheborden te mogen aanbrengen aan lantaarnpalen, heeft de gemeente niet voldaan. Geen sprake van inbreuk op het grondrecht van vrije meningsuiting, aangezien er nog andere reële mogelijkheden om te afficheren zijn. De gemeente maakt geen misbruik van haar eigendomsrecht.

Pres. Rb. Den Haag 29 juni 1999, VNU vs. The MonsterBoard, nr. 45 m. nt. D.J.G. Visser

Merkrecht • Magneetwoord • Internet

VNU is rechthebbende op de woordmerken 'Intermediair' en 'Intermediair Online', welke zij exploiteert voor respectievelijk een tijdschrift en een website voor arbeidsbemiddeling. The MonsterBoard exploiteert ook een carrière-site. Het bedrijf heeft een overeenkomst gesloten met de exploitant van zoekmachine Vindex, die ertoe leidt dat als gebruikers van de zoekmachine het woord intermediair intypen, een advertentie van The MonsterBoard verschijnt op de pagina met zoekresultaten. Inbreuk op art. 13.A.1 sub a BMW.

Pres. Rb. Utrecht 6 juli 1999, Rentokil vs. FBS, nr. 46 m. nt. O. van Klinken & M. Visser

Telecommunicatierecht • Overdracht alfanumeriek servicenummer

FBS heeft het telefoonnummer gereserveerd waarvan één van de (in totaal ruim 2900) mogelijke alfanumerieke combinaties overeenkomt met het woord 'Rentokil', hetgeen het woordmerk en de handelsnaam van de gelijknamige onderneming is. Vervolgens probeerde FBS het nummer te verkopen aan Rentokil. FBS heeft geen rechtens te respecteren belang bij (het reserveren van) dat telefoonnummer, Rentokil heeft dat wel. FBS moet bewerkstelligen dat de OPTA de reservering van het nummer intrekt. Artikel 4.6 Tw –toestemming OPTA voor overgang nummer of reservering van houder naar derde op gezamenlijke aanvraag– is niet van toepassing op deze situatie.

CBB 14 oktober 1998, Libertel vs. OPTA, AB 1999, 275 m. nt. G.J.M. Cartigny

Art. 41 lid 1 WTV • Vergoedingen • GSM-vergunning • Nummertoekenning

De overheid brengt een vergoeding in rekening in verband met de toekenning van een bijzonder individualiseerbaar voordeel aan een deelnemer aan het economisch verkeer, i.c. de exploitatie van een mobiel telefoonnetwerk en de daarmee verbonden toekenning van nummers. Met betrekking tot deze heffingen geldt in de eerste plaats, dat zij slechts kunnen worden opgelegd, voor zover daarvoor een wettelijke grondslag is. De vergoeding voor het toezicht op gereserveerde nummers kan niet gehandhaafd blijven. De minister heeft het door de WTV vereiste verband tussen vergoeding en bewezen dienst losgelaten. Dit betekent dat de Regeling 1996 op het punt van de vastgestelde vergoeding voor het nummertoezicht onverbindend moet worden geacht wegens strijd met art. 41 WTV. Nu bij het bestreden besluit een vergoeding is gehandhaafd die berust op een in zoverre onverbindende regeling, moet het bestreden besluit ook in zoverre onrechtmatig worden geacht.

CBB 4 november 1998, Sweet Sixteen BV vs. OPTA, AB 1999, 276 m. nt. G.J.M. Cartigny

Carrierselectie • Art. 40 en 40d WTV

Carrierselectie als bestemming voor nummers vóór 6 april 1997 was niet aangegeven in een nummerplan of in een ministeriële regeling, vastgesteld op grond van art. 40e van de WTV. Als gevolg hiervan mocht de minister, gelet op art. 40d, lid 1 sub b, en art. 40e van de wet, op 4 april 1997 appellante geen nummers voor een carrierselectie-code toekennen of voor haar zulke nummers reserveren. Dat de minister op 4 april 1997 de aanvraag van appellante d.d. 21 februari 1997 niet heeft toegewezen, is in het licht van het vorenstaande niet in strijd met de wet of de daarop gebaseerde regelgeving en ook anderszins niet in strijd met het recht. Een toewijzingsmechanisme dat is gebaseerd op het beginsel 'wie het eerst komt die het eerst maalt' kan redelijkerwijs worden gehanteerd, uitgaande van een competitie van slechts die aanvragen die geheel overeenkomstig de geldende aanvraagvoorschriften zijn ingediend.

Binnenland

Databankenwet

Op 6 juli 1999 heeft de Eerste Kamer ingestemd met wetsvoorstel 26 108, dat uitvoering geeft aan richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken. De kernbepaling van de nieuwe wet geeft de producent van een databank het uitsluitende recht om toestemming te verlenen voor het opvragen en hergebruiken van een belangrijk deel van de inhoud van de databank. Bij het debat in de Eerste Kamer is vooral gesproken over de vraag of de nieuwe wet niet te ver doorschiet in het beschermen van de belangen van de producent, zulks ten koste van het consumentenbelang. Verwezen werd in dat verband naar een artikel van D. Visser in *Informatierecht/AMI* van mei 1999. Niettemin is het wetsvoorstel zonder stemming aangenomen. De Databankenwet verscheen op 20 juli 1999 in het *Staatsblad* en trad de volgende dag in werking. *Handelingen I 1998/99, p. 37-1592; Stb. 1999, 30*

Wetsvoorstel Computercriminaliteit II

Bij koninklijke boodschap van 8 juli 1999 heeft de regering een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Telecommunicatiewet in verband met nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie (Computercriminaliteit II). Het wetsvoorstel is een vervolg op de Wet Computercriminaliteit I (*Stb.* 1993, 33) en geeft uitvoering aan enkele voornemens uit de Nota wetgeving voor de elektronische snelweg (*Kamerstukken II 1997/98, 25 880, nr. 1-2*). De memorie van toelichting onderscheidt zeven onderwerpen, die niet noodzakelijkerwijs samenhangen. Daartoe behoort in de eerste plaats de strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen, zoals Internet Service Providers. Voorgesteld wordt de reikwijdte van artikel 53 Sr uit te breiden en te moderniseren. De zes andere onderwerpen zijn: vernietiging van computergegevens, medewerking aan de ontsleuteling van gegevens, het onderscheid tussen opgeslagen en stromende gegevens, onderzoek van e-mail, opsporingsonderzoek op openbare computernetwerken en de strafbaarstelling van ernstige vormen van 'spammen' (het ongevraagd toezenden van e-mail). *Kamerstukken II 1998/99, 26 671, nr. 1-3*

Wetsvoorstel Concessiewet

Bij koninklijke boodschap van 2 juli 1999 heeft de regering een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend tot wijziging van de Mediawet in verband met de invoering van een vernieuwd concessiestelsel voor de landelijke publieke omroep. Centraal in het wetsvoorstel staat de reorganisatie en integratie van het publieke omroepbestel binnen de Nederlandse Omroep Stichting (NOS). In dat kader worden de concessies van de afzonderlijke omroepverenigingen, die in 2000 aflopen, afgeschaft en vervangen door een tienjarige concessie voor de NOS. Voorts worden nieuwe regels gesteld met betrekking tot het programma, worden de bevoegdheden van de raad van bestuur uitgebreid en wordt de functie van de omroepverenigingen beperkt. De Raad van State had ernstige kritiek op het voorstel van wet. Door de centralisatie van zeggenschap en bestuur bij de NOS zou het publieke debat schade kunnen oplopen. Bovendien had de Raad kritiek op de groter wordende invloed van de overheid. *Kamerstukken II 1998/99, 26 660, nr. 1-3*

Nationaal Frequentieplan

Op 15 juni 1999 is de definitieve versie van het frequentieplan verschenen als bedoeld in artikel 3.1 van de Telecommunicatiewet. Het plan is vastgesteld door de minister van Verkeer en Waterstaat, in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, na een openbare voorbereidingsprocedure volgens afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht. Een belangrijk onderdeel is de tabel, waarin per frequentieband is aangegeven voor welk type gebruik de band is bestemd. Tevens wordt vermeld via welke procedures de frequenties uit die band zullen worden toegewezen. Omdat het plan de uitgangspunten bevat voor de latere vergunningverlening, wordt het vaak vergeleken met een bestemmingsplan. *Stcrt. 1999, 112, p. 11; gerectificeerd Stcrt. 1999, 144, p. 6. Zie ook de bijdrage van Wouter Hins in deze aflevering*

Richtsoeren toegang tot de kabel

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) hebben in een ge-

meenschappelijk besluit van 17 augustus 1999 beleidsregels vastgesteld over de beslechting van geschillen tussen programma-aanbieders en aanbieders van een omroepnetwerk. De relevante bevoegdheden van de OPTA zijn neergelegd in artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet, die van de NMa in de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet. Onderscheid wordt gemaakt tussen drie soorten geschillen: conflicten over de hoogte van de gevraagde doorgiftevergoedingen, b. conflicten over andere toegangsvoorwaarden en c. conflicten als gevolg van toegangswijziging. Het meest uitvoerig zijn de beleidsregels wat betreft de doorgiftevergoedingen. Als aanbieder van infrastructuur dient de kabelbeheerder een kostengeoriënteerde prijs te berekenen. Daarnaast is de kabelbeheerder echter ook aanbieder van een standaard-pakket aan de abonnees. In die hoedanigheid kan de kabelbeheerder gedwongen zijn enkele programma's gratis door te geven. De kosten daarvan moeten volledig uit de abonnementsinkomsten worden gefinancierd. *Stcrt. 1999, 159, p. 6*

Subsidierende ITeR

Het Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht (ITeR) krijgt een vervolg. In dat kader worden in 1999 twee subsidierendes gehouden. Onderzoekinstellingen konden uiterlijk tot en met 1 september 1999 voorstellen indienen voor het verkrijgen van subsidie voor beleidsgericht onderzoek. Voor fundamenteel wetenschappelijk onderzoek is de termijn gesteld op 1 oktober 1999. Het ITeR-programma is ondergebracht bij de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO). *Stcrt. 1999, 137, p. 13; Stcrt. 1999, 147, p. 7 en Stcrt. 1999, 157, p. 6*

Publiek-private regionale televisie

Staatssecretaris Van der Ploeg van OCenW heeft twee keer schriftelijke vragen uit de Tweede Kamer moeten beantwoorden over een vermeende fusie tussen de publieke omroepinstelling Omroep Limburg TV en de commerciële omroep TV8 Limburg. Het Kamerlid Van Bommel (SP) wilde weten of er een risico bestaat dat publieke gelden dienstbaar worden gemaakt aan commerciële doeleinden. In aansluiting daarop vroeg mevrouw Halsema (GroenLinks) onder meer of het publiek-private programma L1 in aanmerking zou komen voor een bijdrage uit het steunfonds regionale omroepen. In zijn antwoorden stelde de staatssecretaris voorop dat geen sprake was van een fusie, maar van een samenwerking. Vervolgens schreef hij dat het Commissariaat voor de Media met de voorgenomen samenwerking had ingestemd. Een bijdrage uit het steunfonds zal inderdaad mogelijk zijn. *Aanhangsel Handelingen II 1998/99, nr. 1751 en 1809*

Aantal publieke radiozenders

In het regeerakkoord van het huidige kabinet werd aangekondigd dat een onderzoek zou plaatsvinden naar de wenselijkheid en de mogelijkheid van het terugbrengen van het aantal landelijke publieke radiozenders in relatie tot de wens meer (frequentie) ruimte voor commerciële radiozenders te bieden. De resultaten van dit onderzoek zijn opgenomen in de notitie 'Doelmatige inzet van radiozenders voor publieke omroep', die staatssecretaris Van der Ploeg van OCenW op 14 juli 1999 aan de Tweede Kamer aanbod. De notitie komt tot de conclusie dat een reductie van het huidige aantal van 5 publieke radiozendernetten met landelijk bereik (waarvan 4 landelijk via de FM worden doorgegeven) niet wenselijk is. Terzijde wordt in de notitie meegedeeld dat de rege-

ring geen programmatische formats aan commerciële omroepen zal opleggen. Op grond van artikel 82e van de Mediawet heeft de regering daar de bevoegdheid toe.

Kamerstukken II 1998/99, 26 684, nr. 1

Geschil Canal+ en KTA

Op 9 juli 1999 heeft de OPTA bindende aanwijzingen gegeven aan de Kabeltelevisie Amsterdam BV op basis van artikel 8.7 van de Telecommunicatiewet. Dit gebeurde in een geschil dat aanhangig is gemaakt door de programma-aanbieder Canal+. KTA dient met ingang van 15 september 1999 aan Canal+ de mogelijkheid te bieden dat haar programma's digitaal worden doorgegeven. Voorts is KTA verplicht mee te werken aan een boekenonderzoek door de OPTA.

Stcrt. 1999, 135, p. 8

Interconnectiegeschil EnerTel en KPN

Op 12 juli 1999 heeft de OPTA een besluit genomen in het interconnectiegeschil tussen EnerTel en KPN Telecom, dat op 4 november 1998 door EnerTel was aangespannen. Het betreft een zogeheten schaarstegeschil. De OPTA heeft EnerTel in grote lijnen gelijk gegeven.

Stcrt. 1999, 136, p. 27. Zie ook <http://www.opta.nl>

Heruitgifte omroepfrequenties vertraagd

De afronding van het zero-base onderzoek naar de mogelijkheden van een efficiëntere planning in de radio-omroepbanden heeft vertraging opgelopen. Het is te verwachten dat na afloop van het onderzoek meer frequenties kunnen worden uitgegeven aan commerciële omroepen. Aanvankelijk lag het in de bedoeling de nieuwe verdeling te laten ingaan per 1 september 2000. In een brief aan de Tweede Kamer van 9 juli 1999 heeft de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, mevrouw De Vries, echter aangekondigd dat de ingebruikneming van de nieuwe frequenties waarschijnlijk met een jaar moet worden uitgesteld.

Kamerstukken II 1998/99, 24 095, nr. 23

Geen proef geweldchip televisie

In 1997 heeft de vorige minister van Justitie verklaard dat er wellicht aanleiding was een proefproject inzake de geweldchip in tv-toestellen op te zetten. Dit in het kader van de bescherming van jeugdigen. De huidige minister van Justitie, de heer Korthals, heeft nu besloten dat een dergelijke proef op dit moment niet zinvol is. Hij schrijft dat in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 8 juli 1999. Enerzijds zou een nationale aanpak te beperkt zijn. Anderzijds zijn er technische bezwaren.

Kamerstukken II 1998/99, 25 266, nr. 5

Quotum onafhankelijke tv-producties

Artikel 54, tweede lid, van de Mediawet, dat in werking trad op 1 januari 1999, bepaalt dat instellingen die zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep ten minste 25% van hun zendtijd voor televisie besteden aan onafhankelijke producties. De bepaling kan op verschillende manieren worden geïnterpreteerd. In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 7 juli 1999 heeft de staatssecretaris van OCenW een aantal uitgangspunten geformuleerd. De staatssecretaris heeft het Commissariaat voor de Media verzocht deze criteria vast te leggen ten behoeve van het toezicht op de naleving van artikel 54, tweede lid. Hij suggereerde dat het Commissariaat hierover een convenant zou sluiten met de NOS.

Kamerstukken II 1998/99, 23 968, nr. 50

Afstaan journalistiek materiaal aan Justitie

De minister van Justitie ziet voorshands geen

aanleiding om te komen tot een wettelijke regeling die voorziet in een verschoningsrecht voor journalisten. Het Tweede Kamerlid Van Bommel (SP) had in Kamervragen daarop aangedrongen nu de parlementaire behandeling van het initiatief-wetsvoorstel Jurgens over dit onderwerp (*Kamerstukken II 1992/93, 23 133, nrs. 1-3*) stil ligt.

Aanhangsel Handelingen II 1998/99, nr. 1667

Trusted Third Parties

Op 3 juni 1999 heeft de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, mede namens de minister van Economische Zaken, de notitie 'Nationaal TTP-project' aan de Tweede Kamer aangeboden. Een TTP (Trusted Third Party) is een vertrouwde derde die diensten aanbiedt om elektronische gegevenswisseling betrouwbaar te maken en is in die zin een belangrijk middel om elektronische handel tot bloei te laten komen. De notitie beoogt de randvoorwaarden te inventariseren voor het aanbieden van dergelijke TTP-diensten. Het beleid van de overheid is om dit gebied zelfregulering te bevorderen.

Kamerstukken II 1998/99, 26 581, nr. 1

Agenda

• **Non Governmental Organisations for Transparency and against Corruption.** Internationaal congres over o.m. de rol van de media bij transparantie van NGO's. Amsterdam 27-28 september 1999. Kosten f 465,- inc. congresmateriaal, lunches. Informatie & aanmelding: The Europhil Trust, Pb. 100, 67069 Strassbourg CEDEX Frankrijk, tel +33 388 561646, fax +33 388 561210, e-mail hondius@wanadoo.fr

• **Database Protection.** Seminar Stichting Auteursrechtmanifestaties. Sprekers: mr. Bruggink (Reed Elsevier); dr. Gaster (Europese Commissie); mr. Keplinger (US Patent and Trade Office); prof. dr. Lehmann (Max Planck Instituut); mr. Chalton (Bird & Bird); prof. mr. Quaadvlieg (Universiteit Nijmegen). Koninklijk Instituut voor de Tropen Amsterdam, 25 november 1999. Kosten f650,- (f100,- voor studenten). Informatie & aanmelding: Mirjam Haven. tel 035-6254416, fax 035-6254410, e-mail mirjam.haven@NVPI.nl

• **Digitale Grondrechten.** Studiemiddag van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht. 26 november 1999, Trippenhuis, Kloveniersburgwal 29 Amsterdam. Een studiecommissie bereidt een rapport voor dat naar verwachting in het november-decembernummer van *Mediaforum* zal worden gepubliceerd. In oktober ontvangen de leden van de VMC per brief een uitnodiging voor de studiemiddag.

• **CIER lezingen Molengraaff Instituut voor Privaatrecht.** Nobelstraat 2a Utrecht. 16.00-18.00 uur, borrel na afloop. Vrij toegankelijk. Sprekers: 8 september 1999, mr. A.E. Dekhuijzen over intellectueel eigendomsrecht en informatietechnologie; 8 december 1999, mr. B.N. Westerbrink over merken- en handelsnaamrechtelijke aspecten van het Domain Name System; 22 maart 2000, prof. D. Voorhoef over het recht van antwoord in België, een uitdaging voor Nederland?; 31 maart 2000, prof. C. Kes-sedjan over Provisional measures and intellectual property law. Informatie & aanmelding: mw. J. Borlée, tel 030-2537743

• **Het Nieuwe Telecommunicatierecht.** Post-academische cursus (7 dagen) Instituut voor Informatierecht en Eggen Instituut. Golden

Tulip Hotel Doelen, Amsterdam. 19 en 26 november 1999, 3, 10 en 17 december 1999, 7 en 14 januari 2000. Onderwerpen: Inleiding Telecommunicatiewet; Internationale regelingsaspecten; Technische aspecten vaste infrastructuur; Nummers en domeinnamen; Technische aspecten draadloze infrastructuur; Wet- telijk kader draadloze infrastructuur; ONP, interconnectie en bijzondere toegang; Vaste infrastructuur en omroepnetwerken; Toezicht op de telecommunicatie; Europees mededingingsrecht; Nationaal mededingingsrecht; Privacy in de telecommunicatie; Internet; Actualiteiten. Docenten: drs. H.C. Bakker, mr. O.W. Brouwer, prof. mr. E.J. Dommering, dr. N.A.N.M. van Eijk, mr. P.V. Eijssvoogel, prof. mr. P.B. Hugenholtz, prof. mr. J.J.C. Kabel, ir. J.A.M. Nijhof, mr. A.T. Ottow, mr. drs. M.L. Verberne. Maximaal 20 deelnemers. Kosten f6.950,- inc. cursusmateriaal, consumpties, lunches en afsluitende borrel. 28 punten NOvA. Informatie: Eggen Instituut, drs. Janny Koopman, tel 020-5254942, fax 020-5253307, e-mail janny@jur.uva.nl

Verschenen

J.J.C. Kabel & M. Dellebeke (red.), *Omroep & Commercie 1998. Adviezen, beschikkingen, beleidslijnen, wetgeving*. Amsterdam: Cramwinckel 1999. ISBN 90 75727 12 8. 418 p. f 125,-

E. van Damme, *Competition in the Local Loop: A Study for VECAL*. Den Haag: VECAL 1999 (te bestellen bij VECAL, tel 070-3053333).

OPTA Jaarverslag 1998. Den Haag: Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit 1999. 72 p. Postbus 90420, 2509 LK Den Haag, e-mail: mail@opta.nl.

B. van der Meulen, S. Nouwt e.a., *Vertrouwelijk gegeven. Juridische beschouwingen over de verstrekking van bedrijfsgegevens aan de overheid en het beheer daarvan door de overheid* (ITeR-reeks nr. 18). Deventer: Kluwer 1999. ISBN 90 268 3474 8. 142 p. f 77,50.

H. Hijmans & A. de Kroon (red.), *Wetgeving voor de elektronische snelweg: nadere beschouwingen* (ITeR-reeks nr. 16). Deventer: Kluwer 1999. ISBN 90 268 3486 1

E.J. Dommering, *Het adres in cyberspace heeft geen plaats*; T. Clarkson e.a., *Mechanismen voor de verdeling van telecommunicatienummers*; N.A.N.M. van Eijk, *Toekenning van servicenummers met alfanumerieke betekenis*; I. Hurkmans, *Regulering van informatienummers*; B. Westerbrink, *De merken- en handelsnaamrechtelijke aspecten van het Domain Name System* (ITeR-reeks nr. 15). Deventer: Kluwer 1999. ISBN 90 268 3426 8. 465 p. f 89,-.

Simmons & Simmons, *Telecommunications: the EU law*. Palladian Law Publishing 1999. ISBN 1 902 55815 4, 448 p. f243,75.

M.C.M. Weusten e.a., *Inleiding tot de juridische informatica* (derde herz. druk). Deventer: Kluwer 1999. ISBN 90 268 3413 6. 188 p.

Nr. 42

Bladet Tromsø & Stensaas vs. Noorwegen

EHRM 20 mei 1999

Application no. 21980/93

This judgment is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the official Reports of selected judgments and decisions of the Court.

In the case of **Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway**,

The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 27 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ('the Convention') as amended by Protocol No. 11, and the relevant provisions of the Rules of Court, as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. Wildhaber, President, Mrs E. Palm, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr G. Bonello, Mr J. Makarczyk, Mr R. Türmen, Mr J.-P. Costa, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Stráznická, Mr W. Fuhrmann, Mr M. Fischbach, Mr V. Butkevych, Mr J. Casadevall, Mrs H.S. Greve, Mr A. Baka, Mr R. Maruste, Mrs S. Botoucharova, and also of Mrs M. de Boer Buquicchio, Deputy Registrar, Having deliberated in private on 27 and 28 January and on 21 April 1999, Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

Procedure

1 The case was referred to the Court as established under former Article 19 of the Convention by the European Commission of Human Rights ('the Commission') on 24 September 1998 and by the Government of the Kingdom of Norway ('the Government') on 29 October 1998, within the three-month period laid down by former Article 32§1 and Article 47 of the Convention. It originated in an application (no. 21980/93) against Norway lodged with the Commission under former Article 25 by a limited liability company established under the law of Norway, *Bladet Tromsø A/S*, which publishes the newspaper *Bladet Tromsø*, and its former editor, Mr Pål Stensaas, who is a Norwegian national, on 10 December 1992.

The Commission's request referred to former Articles 44 and 48 and to the declaration whereby Norway recognised the compulsory jurisdiction of the Court (former Article 46); the Government's application referred to former Articles 44 and 48 of the Convention. The object of the request and of the application was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Article 10 of the Convention.

2 In response to the enquiry made in accordance with Rule 35§3 (d) of the former Rules of Court B, the applicants designated the lawyers who would represent them (Rule 30).

3 After the entry into force of Protocol No 11 on 1 November 1998 and in accordance with the provisions of Article 5§5 thereof, the case was referred to the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber included ex officio Ms H.S. Greve, the judge elected in respect of Norway (Article 27§2 of the Convention and Rule 24§§2 and 4) and Mr L. Wildhaber, the President of the Court, Mrs E. Palm, the Vice-President of the Court and President of Section, as well as Mr M. Fischbach and Mr J.-P. Costa, both Vice-Presidents of Sections (Article 27§3 of the Convention and Rule 24§§3 and 5 (a)). The other members appointed to complete the Grand Chamber were Mr A. Pastor Ridruejo, Mr G. Bonello, Mr J. Makarczyk, Mr P. Kuris, Mr R. Türmen, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Stráznická, Mr V. Butkevych, Mr J. Casadevall, Mr A. Baka, Mr R. Maruste and Mrs S. Botoucharova (Rules 24§3 and 100§4). Subsequently, Mr W. Fuhrmann replaced Mr Kuris, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rules 24§5 (b)).

4 Mr Wildhaber, acting through the Deputy Registrar, consulted the Agent of the Government, the applicants' lawyers and the Delegate of the Commission on the organisation of the proceedings. Pursuant to the order made in consequence, the Registrar received the applicant's memorial and the Government's memorial on 5 January 1999. On 15 January 1999 the Secretary to the Commission indicated that the Delegate would submit his observations at the hearing. On various dates between 29 January and 17 March 1999 the Government and the applicants submitted additional observations under Article 41 of the Convention.

5 In accordance with the President's decision, the hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 January 1999. The Court had held a preparatory meeting beforehand. There appeared before the Court:

(a) for the Government Mr F. Elgesem, Attorney, Attorney-General's Office (Civil Matters), Agent, Mr T. Stabell, Assistant Attorney-General (Civil Matters), Mr K. Kallerud, Senior Public Prosecutor, Office of the Director of Public Prosecutions, Advisers;

(b) for the Commission Mr A.S. Arabadjev, Delegate;

(c) for the applicants Mr K. Boyle, Barrister-at-Law, Mr S. Wolland, Advokat, Counsel.

The Court heard addresses by Mr Arabadjev, Mr Wolland, Mr Boyle, Mr Elgesem and Mr Stabell.

As to the Facts

I The circumstances of the case

Background to the case

6 The first applicant is a limited liability company *Bladet Tromsø A/S*, which publishes the daily newspaper *Bladet Tromsø* in the town Tromsø. The second applicant, Mr Pål Stensaas, was its editor. He was born in 1952 and lives at Nesbrua, near Oslo.

Tromsø is a regional capital of the northern part of Norway, it is the centre of the Norwegian seal hunting industry and has a university which includes an international polar research centre.

At the relevant time *Bladet Tromsø* had a circulation of about 9,000 copies. Like other local newspapers in Norway, it was used as a regular source by the Norwegian News Agency (NTB).

7 Mr Odd F. Lindberg had been on board the seal hunting vessel *M/S Harmoni* ('*Harmoni*') during the 1987 season as a freelance journalist, author and photographer. Several of his articles pertaining to that season had been published by *Bladet Tromsø*. These had not been hostile to seal hunting. On 3 March 1988 Mr Lindberg applied to the Ministry of Fisheries to be appointed seal hunting inspector for the 1988 season on board *Harmoni*. Following his appointment on 9 March 1988 he served on board *Harmoni* from 12 March to 11 April 1988, when the vessel returned to its port in Tromsø. Thereafter, and until 20 July 1988, *Bladet Tromsø* published 26 articles on Mr Lindberg's inspection.

8 On 12 April 1988 *Bladet Tromsø* printed an interview with Mr Lindberg in which he stated, inter alia, that certain seal hunters on *Harmoni* had violated the 1972 Seal Hunting Regulations (*forskrifter for utøvelse av selfangst*) - as amended in 1980, issued by the Ministry of Fisheries. The headline of the article read (all quotes below are translations from Norwegian):

*'Research reveals crude hunting methods in the West Ice
Deplorable violations of the regulations'*

The introduction to the article quoted Mr Lindberg as follows (in bigger print):

'If seal hunting is to be permitted to continue, certain sealers have to stop killing the seals in the way they do. During the last two winters, which I have spent in the Arctic Ocean, I have uncovered a great deal which is clearly inconsistent with acceptable seal hunting methods. However, I should like to emphasise: Only a few of the hunters are guilty of [such behaviour] and those few do the [seal hunting] industry a disservice and provide Greenpeace with good arguments. It is really regrettable and completely unnecessary!'

The interview continued, inter alia, as follows:

'If seal hunting is to be permitted to continue – and I am of the opinion that it should – there ought to be an inspector on every vessel. One that makes sure that the animals are killed in a proper manner and are not subjected to unnecessary suffering. ... But let me emphasise: I am in favour of seal hunting, though it has to be carried out in an exemplary manner. ... Mr Lindberg states that he has been threatened by hunters to remain silent about his observations and experiences during the seal hunting on the West Ice. He does not wish to go into details ... "That will be covered in the report I am going to write ..."'

The article did not mention any seal hunter by name or provide any details of the allegedly illegal hunting methods.

9 In order to defend themselves against the accusations contained in the above article of 12 April 1988 the skipper on *Harmoni* and three of its crew members gave interviews which *Bladet Tromsø* published on 13 April. The introduction to the main interview stated (in bigger print), inter alia: *'The crew on ... Harmoni is really furious. The allegations made by "researcher" Mr Lindberg regarding ... seal hunters' beastly killing methods are too much to swallow. "Mr Lindberg is expressing a blatant lie. He pretends to be a researcher but has no clue of what he is talking about", says Mr Kvernmo [crew member].'*

A separate interview with Mr Kvernmo entitled *'They feel themselves blackened'* quoted him (in an introduction reproduced in bigger print) as follows: *'I do not know what Mr Lindberg is trying to achieve with his accusations of bestial killing of seals. But we feel ourselves blackened and do not want to have this hanging over us.'*

Later in the interview Mr Kvernmo was quoted as saying: ‘...Mr Lindberg describes us as blood-thirsty murderers but we follow the rules and are humane. ...’

10 Mr Lindberg’s official report on the hunting expedition was completed on 30 June 1988, two months and a half after the expedition. This was significantly later than the normal time allotted to the preparation of such reports and after the Ministry of Fisheries had enquired about it. The Ministry received it on 11 July 1988 and, because of the holiday period, did not review it immediately.

In his report, Mr Lindberg alleged a series of violations of the seal hunting regulations and made allegations against five named crew members. He stated, *inter alia*:

‘I have also noticed that [seals] which have been shot in such a manner that they appear to be dead have ‘awakened’ during the flaying ... I experienced several times that animals which were being flayed ‘alive’ showed signs that their brains’ electric activity had not been terminated.’ Mr Lindberg recommended that there should be a seal hunting inspector on every vessel and that compulsory training should be organised for all first-time hunters. Their knowledge of the regulations should also be tested. Finally, Mr Lindberg recommended an amendment to the regulations as regards the killing of mature seals in self-defence.

Order of non-disclosure of the report

11 The Ministry of Fisheries decided temporarily (see paragraph 14 below) to exempt Mr Lindberg’s report from public disclosure relying on section 6, item 5 of a 1970 Act relating to Access of the Public to Documents in the Sphere of the Public Administration (*lov om offentlighet i forvaltningen*, Law no. 69 of 19 June 1970). Under this provision, the Ministry was empowered to order that the report be not made accessible to the public, on the ground that it contained allegations of statutory offences.

An article published by *Bladet Tromsø* on 15 July 1988 contained the following observations on the Ministry’s decision: *‘The report is of such a nature that we have exempted it from public disclosure’, says [a counsellor in the Ministry]. ‘So far we have merely read through it. When we have had time to study it closely, it will be sent to the Fishing Inspectorate and to the Seal Hunting Council. But first we shall examine all the information provided by inspector Mr Lindberg, in particular as regards any incidents that might be relevant to the Penal Code. Everyone who is personally mentioned in the report will be given an opportunity to explain and defend himself.’*

The impugned articles published on 15 and 20 July 1988

12 In the above-mentioned article of 15 July 1988 *Bladet Tromsø*, having received a copy of the report which Mr Lindberg had transmitted to the Ministry of Fisheries, reproduced some of his statements concerning the alleged breaches of the seal hunting regulations by members of crew of *Harmoni*. The headlines on the front page read:

‘Shock report “Seals skinned alive”’

The text on the front page stated:

‘Seal hunting inspector Mr Lindberg is criticising Norwegian seal hunters in a shock report on the last ... season. [He] refers to illegal methods of killing, drunken crew members and illegal start of the hunt before the opening of the hunting season. Not least the report includes an account of his being beaten up by furious hunters, who also threatened to hit him on the head with a gaff [hakapik] if he did not keep quiet. ‘The report is of such a character that we have exempted it from the public disclosure’, said a spokesperson for the Ministry of Fisheries.’

13 On 19 and 20 July 1988 *Bladet Tromsø* published the entire report in two parts. The introduction to the first part stated:

‘... During the last days [Mr Lindberg’s report] has created considerable turbulence within the seal hunting [profession]. Most consider it a particularly severe attack on a profession which has already been met with opposition, both nationally and internationally. In several responses to Bladet Tromsø it is clearly alleged that Mr Lindberg is an agent of Greenpeace.’

Mr Lindberg has given us access to his notes from the [expedition]. The report has since been treated as confidential by the Ministry, given, inter alia, that various persons have been named and associated with breaches of the regulations. We have deleted the names ...

The report ... does not contain one-sided criticism ... Mr Lindberg also compliments a number of crew members ... [He] in addition writes that he is a sympathiser of seal hunting. But not with the manner in which it was conducted on the West Ice this year.’

The second part of Mr Lindberg’s report, which was published by *Bladet Tromsø* on 20 July 1988, contained the following statements (while deleting with black ink the names of the crew members referred to in square brackets below):

‘At 11.45 [a crew member] beat to death a female harp seal which was protecting her pup.’

‘At 14.40 [a crew member] beat to death a female harp seal which was protecting her pup.’

‘At 15.00 [a crew member] beat to death a female harp seal.’

‘The same day I pointed out to the skipper that [a crew member] did not kill cubs in accordance with the regulations (i.e. he ... hit it with the spike [of the gaff] and then dragged the cub after him).’

‘At 15.00 [a crew member] beat to death a female harp seal which was protecting her pup.’

‘At 19.00 [a crew member] killed a female [harp seal] which was protecting her pup.’

The hunting of harp seals had been legal in 1987.

Related publications by Bladet Tromsø during the period from 15 to 20 July 1988

14 In a commentary of 15 July 1988 *Bladet Tromsø* stated

‘Poor working conditions?

Are the authorities in proper control of the seal hunting as conducted at present? Do the ... inspectors of the Ministry ... enjoy working conditions enabling them to deliver unbiased reports about the seal hunting or do they become too dependent on having a good relationship with the seal hunters? In other words, are the sealing inspectors sufficiently independent in their supervision on board the sealing vessels?

*These are questions which Bladet Tromsø has received from persons who know the industry well but, for different reasons, do not wish to come forward in public. The background to these questions is the report which Mr Lindberg has transmitted to his employer, the Ministry of Fisheries. Mr Lindberg was assigned as seal hunting inspector on board the Tromsø-registered vessel *Harmoni* ... during the 1988 season. The report is so critical that the Ministry has decided to keep it ‘confidential’ for the time-being. ..., a counsellor in the Ministry ... admits that he has never before received a report from a seal hunting inspector which was “so unkind as this one”.’*

15 On 18 July 1988 *Bladet Tromsø* published a further interview with crew member, Mr Kvernmo, entitled *‘Severe criticism against the seal hunting inspector: The accusations are totally unfounded’*. The caption under a photograph on the front page stated:

‘Sheer lies. “Judging from what has transpired in media regarding [Mr Lindberg’s] report, I would characterise his statements as sheer lies”, says Mr Kvernmo. [He] ... demands that the report be handed over immediately [to the crew]. In this he is supported by two colleagues, Mr [S] and Mr [M].’

The interview with Mr Kvernmo continued inside the newspaper and bore the headline *‘Mr Lindberg is lying’*.

The newspaper in addition published a letter on the same topic from Mr Kvernmo to the editor. According to Mr Kvernmo, Mr Lindberg’s presence on board of *Harmoni* in 1987 had not been appreciated. When he turned up at the departure for the 1988 expedition, this was after having made a number of unsuccessful requests with the ship owner and the crew. As a last resort, he had bluffed the Ministry to believe that he was to go with *Harmoni* to the West Ice and that he could take on, on a voluntary basis, the task of inspector. Without further ado, the Ministry had appointed him inspector because he had offered to do the job free of charge. Consequently, the Ministry sent an inspector whose knowledge about seal hunting and hunting regulations was extremely weak and who was psychologically unsuited for the job. He had carried out his tasks in an utterly strange and poor manner.

16 In an editorial, also published on 18 July 1988, the newspaper stated: *‘Some people are of the view that Norwegian seal hunting will again suffer from severe criticism from nature activists after the seal hunting inspector has revealed a number of objectionable circumstances in connection with an expedition. We believe this report will strengthen [Norway’s reputation] as a serious seal hunting nation, provided that the contents of the report are used in a constructive manner. In all professions there are certain persons who will abuse the confidence which society has placed in them and who will operate on the edge of the law. The fishery authorities must react strongly against all abuse. The authorities now have a unique opportunity to clarify the purpose of the Norwegian seal hunting and how it should be conducted in an internationally acceptable manner.’*

...

What is revealed by the fresh report ... has to be perceived as a single, regrettable episode warranting ... a closer scrutiny of the manner in which Norwegian seal hunting should be carried out in the years to come. ...’

17 On 19 July 1988 *Bladet Tromsø* published an article entitled:

‘The Sailors’ Federation is furious, brands the seal report as: “A work commissioned by Greenpeace!”’

Two representatives of the Norwegian Sailors’ Federation were quoted, *inter alia*, as follows:

‘We know our seal hunters and also have a certain knowledge of ... inspector Mr Lindberg. In the light of this we dare to say: We do not believe a word of what is stated in [his] report! Nor do we doubt for a

second that [he] was placed on board *Harmoni* by Greenpeace. We will therefore demand that the Ministry provide all the information surrounding [his] appointment ...

... We are also greatly surprised that the writer of *Bladet Tromsø's* editorial [of 18 July 1988] really dares to take a stand in this matter without having any better knowledge of seal hunting. We consider that frightening. ...'

18 On the same date *Bladet Tromsø* published an interview with Mr Lindberg, in which he stressed that his report had included positive statements concerning ten crew members, whom he named.

19 In an interview published by *Bladet Tromsø* on 20 July 1988 a representative of Greenpeace denied that it had been involved in any way in producing Mr Lindberg's report.

Other related publications, contemporaneous with or post-dating the impugned publications

1 Press release issued by the Ministry of Fisheries

20 In a press release dated 20 July 1988, the Ministry of Fisheries stated that because of its peculiar contents and form, the Lindberg report had been exempted from public disclosure until further notice. According to veterinary expertise, it was practically impossible to flay a seal alive, whilst it was usual that reflex movements in the animal's muscles occur during slaughter. As regards the appointment of Mr Lindberg as an inspector, the Ministry stated that he had in his application referred to the fact that he had attended the seal hunt in 1987 in order to study all aspects of the hunt and to carry out research for the University of Oslo. He intended to attend also the 1988 season. The purpose of his research was to write a book on seal hunting and to carry out scientific works. In addition he had indicated that, since he in all events was to go with *Harmoni* during the 1988 season, he was prepared to carry out the inspection without remuneration. The Ministry had had several telephone conversations with Mr Lindberg, during which he informed that he had education in biology and was affiliated to several scientific associations, particularly in the area of polar research. In view of the fact that Mr Lindberg was willing to do the job free of charge and, especially, his research background, the Ministry decided to appoint him. While seeking to attend the hunting expedition, he had offered his services to the Institute of Biology at the University of Oslo. As a result, during the expedition, he had collected for the University certain parts of seal bodies. Later investigations had revealed that the inspector had no formal higher education and no competence as a researcher, nor any experience with the killing of animals. His strong reactions and comments on the killing of the animals were characterised by the fact that he did not have the required background for being an inspector. His report could not be regarded as a serious and adequate inspection report.

2 Publications by *Bladet Tromsø*

21 On 21 July 1988 *Bladet Tromsø* published an article entitled '*The Ministry of Fisheries: Rejects Mr Lindberg's report*', which quoted a senior official of the Ministry as having said: '[Mr Lindberg's] report cannot be regarded as a serious ... inspection report; it is characterised by the fact that he lacks the professional background which an inspector should have ...'

22 Another article published by *Bladet Tromsø* on the same day quoted Mr Kvernmo as follows: 'We are genuinely pleased that Mr Lindberg's allegations that we violated legal laws and regulations during this year's seal hunting ... have been rejected by the Ministry ... We would never accept allegations that we were, among other things, flaying seals alive. ...'

23 A further article published by *Bladet Tromsø* on 23 July 1988 bore the following headline: '*The seal hunters are being bullied - The Sailors' Federation wants to involve the police: "Have the whole seal matter investigated" ...*'

On the same day *Bladet Tromsø* published a further interview with a senior official of the Ministry of Fisheries, quoting the latter as having stated: 'In my view the media have now harassed the seal hunting profession enough. Imagine if you, working in the media, were to be harassed in the same manner. I can tell you that there are now seal hunters who cannot sleep and who are receiving telephone calls day and night.' Yesterday [the official] seemed more or less overcome, not least after [the newspaper] *Aftenposten* had published photographs taken by Mr Lindberg during this year's seal hunting showing how seals are being killed with a gaff. [The official] had no compliment to spare for *Bladet Tromsø* either: 'You were the ones who started this craziness!' ...'

24 In a further article published by *Bladet Tromsø* on 25 July 1988 two former seal hunting inspectors were quoted as follows: 'We cannot claim that Mr Lindberg has not witnessed and experienced what he describes

in his report ... But he has drawn completely wrong conclusions. Norwegian [seal hunters in the Arctic Ocean] are diligent and responsible and have a much higher morals than regular Norwegian hunters when it comes to killing animals. ...'

3 Other media coverage

25 On 15 July 1988 the Norwegian News Agency issued a news bulletin reiterating some of the information provided by *Bladet Tromsø* on the same date as to Mr Lindberg's allegations (see paragraph 12 above). It stated that the Ministry of Fisheries was of the view that violations of the seal hunting regulations might have occurred. This bulletin was dispatched to its approximately 150 subscribers and various newspapers published articles which were based on it.

26 In a bulletin of 18 July 1988 the Norwegian News Agency –using *Bladet Tromsø* as its source– affirmed firstly, that the crew had demanded that the report immediately be made accessible to the public ('*straks ... offentliggjort*') and, secondly, that also the Association had called for the report to be made public. The Government submitted that the first statement had been based on *Bladet Tromsø's* article of 18 July 1988 (see paragraph 15 above), misrepresenting, however, the fact that the crew only requested that the report be handed over to it. In another news bulletin of the same date, the Agency reported the Ministry as having stated that veterinary experts would consider the controversial Lindberg report; that the Ministry would issue further information of the outcome and possibly also of the circumstances of his recruitment as inspector but would not comment any further until it had collected more information. It further stated that, on that date, both the Association of Fishing Vessel Companies and the crew had requested that the report be made accessible to the public. *Bladet Tromsø* received the bulletin on the same day. According to a news bulletin of 19 July 1988, the Ministry of Fisheries had stated that, when appointing him inspector, it had relied on information supplied by Mr Lindberg himself to the effect that he was carrying out research projects. The Agency understood the Ministry to mean that his research and links to the University of Oslo were thought to be far more extensive than they had been in reality.

In a further news bulletin issued later on the same day, the Agency stated that Mr Lindberg had refused to meet with officials of the Ministry to discuss his report.

On 19 July 1988 the newspaper *Adresseavisen*, referring to the news bulletins issued by the Norwegian News Agency, stated that the seal hunters had requested that Mr Lindberg's report be made public.

27 Mr Lindberg's report continued to receive a wide coverage in other media as well. On 29 July and 3 August 1988 extensive excerpts from the report were published in *Fiskaren*, a bi-weekly for fishermen. One of the articles published on 29 July 1988 bore the following headline: '*Mr Lindberg in the report on seal hunting: "It happens that animals are being flayed while their eyes are rolling and they are yelping"*'

The introduction to the article read as follows: "During the last part of the hunting period the animals, once shot, are rarely examined so as to verify that the shots have been lethal ... The animals are thereafter lifted on board, often alive. Animals are therefore often flayed while ... their eyes are rolling and they are yelping."

These are some of the occurrences which Mr Lindberg claims to have observed while acting as a seal hunting inspector on board *Harmoni* ... Such ... statements have made the Ministry ... and professionals consider that Mr Lindberg's report is "not serious" and wish not to make it accessible to the public. In [his] report Mr Lindberg makes very strong accusations against named hunters. In the excerpts published by *Fiskaren* we have consistently deleted all names.'

28 The excerpt published by *Fiskaren* on 3 August 1988 included the observations which Mr Lindberg had made in the report as reproduced by *Bladet Tromsø* on 20 July 1988.

29 Over the following months the debate about Mr Lindberg's report died out until 9 February 1989, when he gave a press conference in Oslo. A film entitled 'Seal Mourning' (containing footage shot by Mr Lindberg from *Harmoni*) showed certain breaches of the seal hunting regulations. Clips from the film were broadcast by the Norwegian Broadcasting Corporation later the same day and the entire film was broadcast by a Swedish television channel on 11 February 1989. During the next days scenes from the film were broadcast by up to twenty broadcasting companies world wide, including CNN and the British Broadcasting Corporation.

Commission of Inquiry Report

30 In view of the various reactions to the film, both within Norway and internationally, the Minister of Fisheries was recalled while on an official journey abroad. The seal hunting was debated in Parliament on 14 February 1989 and, on 24 February 1989, the Government announced that it would set up a Commission of Inquiry. The Government also banned with immediate effect the killing of baby seals or pups.

31 On 5 September 1990 the Commission of Inquiry submitted an extensive report based on various evidence, including, inter alia, Mr Lindberg's inspection report, his footage as well as a book written by him. For the purposes of the inquiry Mr Lindberg had been examined as a witness by the Sarpsborg City Court (*byrett*). The Commission had also heard several of the crew members of *Harmoni* as well as other seal hunting inspectors.

In its report the Commission of Inquiry found that the truth of most of Mr Lindberg's allegations relating to specifically named individuals had not been proven. It found no basis for the allegation that seals had been skinned alive or that pups had been kicked or flayed alive. (p. 8)

On the other hand, the Commission identified several breaches of the hunting regulations (p. 69), which it deemed had been established by the footage presented by Mr Lindberg. For instance, one seal had been killed with the sharp end of a gaff without previously having been hit with its dull end. Another seal had been killed with an axe, whereas a third seal had been lifted on board *Harmoni* whilst still alive. The Commission published those parts of Mr Lindberg's report which pertained to *Harmoni*'s hunting expedition, after deleting the crew members' names. The Commission further recommended various amendments to the hunting regulations, to their implementation and to the training of hunters. These recommendations were in line with some of the suggestions Mr Lindberg made in his report, notably as to the training of hunters on killing methods, the dissemination to hunters of information on the applicable rules and obligatory presence of an inspector on board of every hunting vessel.

Defamation proceedings against Mr Lindberg

32 In March 1989 the crew of *Harmoni* had instituted defamation proceedings against Mr Lindberg before the Sarpsborg City Court, referring to statements which he had made about them in respect of the 1987 and 1988 hunting seasons. By judgment of 25 August 1990 the City Court declared five statements in his inspection report null and void under Article 253 (1) of the Penal Code. Two other statements made by Mr Lindberg in another context were also declared null and void. Moreover, the City Court prohibited Mr Lindberg from showing in public any of the footage pertaining to *Harmoni* and ordered him to pay to the crew compensation (NOK 10,000) under the Damage Compensation Act 1969 and costs. His request for leave to appeal against the judgment was rejected by the Appeals Selection Committee of the Supreme Court (*Høyesteretts Kjæremålsutvalg*) on 16 May 1991.

33 Being resident in Sweden, Mr Lindberg opposed the execution in Sweden of the Sarpsborg City Court's judgment of 25 August 1990, on the ground that it violated his right to freedom of expression under Article 10 of the Convention.

In a decision of 16 December 1998, the Swedish Supreme Court (*Högsta Domstolen*) upheld a decision by the Court of Appeal (*Hovrätten*) of Western Sweden of 25 April 1997, rejecting Mr Lindberg's claim. While noting that it was not its role to carry out a full review of the Norwegian judgment, the Swedish Supreme Court found that the latter did not entail any breach of Mr Lindberg's rights under Article 10. This provision did not, therefore, constitute an obstacle to execution. Nor did the fact that the film in question had been shown in Sweden mean that it would run counter to Swedish public order interests to execute the Norwegian judgment.

Defamation proceedings giving rise to the applicants' complaint under the Convention

34 On 15 May 1991 the crew members of *Harmoni* also instituted defamation proceedings against the applicants, seeking compensation and requesting that certain statements appearing in Mr Lindberg's report and reproduced by *Bladet Tromsø* on 15 and 20 July 1988 be declared null and void.

35 On 4 March 1992, after having heard the parties to the case and witnesses over a period of three days, the Nord-Troms District Court (*herredsrett*) gave its judgment in which it unanimously found the following statements defamatory under Article 247 of the Penal Code and declared them null and void (*død og maktesløs; mortifisert*) under Article 253 (1) (the numbering in square brackets below follows that appearing in the Court's reasoning):

(statements appearing in the part of the Lindberg report published by *Bladet Tromsø* on 20 July 1988)

[1.1] 'At 11.45 [a crew member] beat to death a female harp seal which was protecting her pup.'

[1.2] 'At 14.40 [a crew member] beat to death a female harp seal which was protecting her pup.'

[1.3] 'At 15.00 [a crew member] beat to death a female harp seal.'

[1.6] 'At 19.00 [a crew member] killed a female which was protecting her pup.'

(statements appearing in one of the articles published by *Bladet Tromsø* on 15 July 1988)

[2.1] 'Seal skinned alive.'

[2.2] 'Not least the report includes an account of his (Mr Lindberg) being beaten up by furious seal-hunters who also threatened to hit him on the head with the gaff if he did not keep quiet.'

On the other hand, the District Court rejected the seal hunters' claim with respect to the following statements published on 20 July 1988:

[1.4] 'The same day [I] pointed out to the skipper that [a crew member] did not kill cubs in accordance with the regulations (i.e. he ... hit it with the spike [of the gaff] and then dragged the cub after him).'

[1.5] 'At 15.00 [a crew member] beat to death a female harp seal which was protecting her pup.'

The District Court provided the following reasons:

'As regards the statements concerned, it is a basic condition for declaring these null and void that they be defamatory. This question must be considered in the light of how the statements were perceived by the ordinary newspaper reader. Moreover, the statements must not be interpreted separately. The decisive factor must be how they were understood when the articles were read as a whole. The position is somewhat different, however, as far as justification is concerned. The Court will revert to this matter below. Even though the statements are to be considered on the basis of an overall assessment, it would nevertheless be correct to accord weight to the fact that the matter was splashed across the front page in bold type. The first impression given was thus that something serious had occurred. This impression was not appreciably lessened or altered by the more detailed article inside the newspaper. This factor must be deemed particularly significant.

The Court finds it clear that both statements in question of 15 July 1988 are defamatory. One of them read: "Seals skinned alive." ("sel levende flådd"). This assertion must be understood to mean that the seal hunters committed acts of cruelty to the animals. It goes without saying that skinning an animal alive causes severe pain to it. When read as a whole, the statement must be understood to apply not only to one seal, but to several. It gives the impression that the seal hunters not infrequently skinned seals while they were still alive.

The other statement reads: "The report includes, not least, an account of his being beaten up by furious seal hunters, who also threatened to hit him on the head with the gaff if he did not keep quiet". This statement must imply that the seal hunters had assaulted Mr Lindberg, which, objectively speaking, amounts to a criminal act, cf. Article 228 of the Penal Code. The threat to hit him on the head with their gaffs if he did not keep quiet comes within the objective description of the offence set out in Article 227 of the Penal Code. The allegation must therefore be understood to mean that the seal hunters had committed two offences. Such a statement must clearly be considered defamatory.

As regards the statements concerning female harp seals, it is not disputed that such seal hunting was not permitted in 1988. Reference is made to items 1.1, 1.2, 1.3, and 1.6 of the allegations. ...

Item 1.4 also concerns a violation of the seal hunting regulations. In this regard, reference is made to Article 8 b of the regulations, according to which the seal shall first be struck with the blunt end of the gaff and then with the spike. The reason for this is that the animals are to be knocked unconscious before they are killed with the spike. The statement must imply that the blows with the blunt end had been omitted.

A breach of the regulations constitutes a criminal offence. It is regarded as a misdemeanour and may be punished by a fine. Generally speaking, an allegation of such a violation must also be considered to be defamatory...

In the Court's view, the statements relating to the killing of female harp seals must be regarded as defamatory.

Hunting for this species of seal was not at all permitted in 1988. The statements do not differ from allegations of illegal hunting in general and imply that the crew behaved in a morally reprehensible manner. The Court will deal below with the question whether the statements can be regarded as substantiated and thus were lawful.

The Court is, however, in doubt as regards the statement quoted in item 1.4. It is not alleged that the seal pups were made to suffer, but simply that the killing methods used were not in accordance with the regulations. Given that it is not alleged that the seal pups were made to suffer, the statement can hardly be interpreted as implying strong moral condemnation of the seal hunter. ... The decisive question is whether the killing is carried out in a responsible manner. The statement cannot be understood to mean that it was not. At any rate, given the fact that it was not suggested that the pups had been made to suffer, the matter must be regarded as trivial. The court has, with some doubt, reached the conclusion that the statement cannot be considered defamatory.

Accordingly, with the exception of item 1.4, the statements must fall within two of the situations described in Article 247 of the Penal Code, i.e. "to harm another person's good name or reputation", and "to expose him to ... loss of the confidence necessary for his position or business". There can be no doubt that the statements were capable of having such effects. In this regard, the defendants have pointed out that considerable sympathy was shown to the crew during the ensuing public debate. The legal requirement is, however, that the statements were "capable" of

doing harm. The ensuing debate revealed that opinions about the hunting process differed.

There has been considerable opposition to seal hunting for a number of years, particularly at the international level. Although many people in Norway, especially in Northern Norway, were opposed to Mr Lindberg, this did not automatically mean that there was a corresponding support for the seal hunters. The latter received media coverage because of their hunting methods, for which they are being remembered. Apart from this, the crew members were not much involved in the debate about other aspects of seal hunting, in particular, the ecological aspect of the debate was especially heated during the so-called seal invasions at the end of the 1980's.

It is undisputed that the group of persons to whom the statements apply is not so wide as to leave unaffected the individuals concerned. The defendants have thus not argued that deletion [of names] ensured sufficient anonymity. Even though the names of individual seal hunters had been deleted, it was clear that *Harmoni* was the vessel at issue. Therefore, everyone who was on board must be seen as having been aggrieved by the statements... In fact the deletion had an effect which was contrary to its purpose. In the report only four of the crew are named as having committed offences. If the newspaper had not deleted the names, the group of persons targeted would have been reduced correspondingly.

... Although the statements objectively fall within the scope of Article 247 of the Penal Code, it is also a requirement that they be "unlawful" [rettsstridige]. In this regard the defendants have submitted several arguments. Firstly, it is argued that the seal hunting matter in Norway was probably the biggest news story in 1988. It is argued that in such a situation the press must enjoy a great deal of latitude in order to enable it to highlight all aspects of the matter (the "public interest" point of view)...

The Court accepts that an extensive freedom of expression must apply to discussion on matters of general public interest. This consideration is precisely the lynch pin of Article 100 of the Norwegian Constitution and it is essential in a democratic society ... In spite of this, however, there are some limitations. Firstly, the Court has in mind that certain requirements relating to privacy and truth must be taken into account. ... All the statements complained of must be understood to mean that the crew of *Harmoni* committed unlawful acts. This is the main theme of the newspaper articles of 15 and 20 July 1988.

It hardly appears to the Court that the newspaper's presentation of the matter, particularly on 15 July, was primarily intended to promote a serious debate on matters of public interest. It focussed on the criminal aspects. The public debate for and against seal hunting definitely remained in the background. The form in which the material was presented must also be taken into consideration. The affair was splashed across the front page in bold type. Words such as 'lie' are used in one of the headings of the articles that follow. The Court is definitely of the impression that the primary motive of the newspaper was to be the first to print the story. In particular the front-page article is of a sensational nature. Sufficient attention was not paid to the protection of other persons in this disclosure. The newspaper was also aware that the material was sensitive and had thus particular reason to proceed with caution. The journalist, Mr Raste, had been told, presumably on 13 July, during a telephone conversation with the Ministry of Fisheries, that the report was exempt from public disclosure. In the light of this, the Court cannot see that the newsworthiness of the matter could justify the manner in which it was presented.

Secondly, it has been argued that the publication concerns an official document. According to the newspaper, such documents are reliable sources which one should be able to trust. In this regard, reference is being made to Article 253§3 of the Penal Code. Generally speaking, the Court agrees that official documents must normally be considered as good journalistic sources. How good they are, however, depends on the circumstances. In the present case, the newspaper was aware that the report had been exempt from public disclosure and the reasons therefor. The Ministry wished to investigate the matter more closely before deciding whether to make the report public. Mr Raste was also aware that the allegation that seals had been skinned alive would sound like a tall story. Mr Raste himself kept sheep and had some insight into the killing of animals. In spite of this, the matter was given wide coverage. In the circumstances, the newspaper clearly should have investigated the matter more closely before printing the material. On the evidence adduced, the Court finds that no investigation had been made. In his testimony, Mr Gunnar Gran, secretary general of the Norwegian Press Association, stated that, as a matter of press ethics, it was objectionable to print the allegation that seals had been skinned alive if Mr Raste was aware that it was untrue.

Statements based on an inspection report clearly fall outside the ambit of Article 253§3. This provision is exhaustive. ...

The defendants have invoked Article 10 of the Convention. In this connection what is called the 'public interest' point of view has been stressed. This may be described as the doctrine of unrestricted freedom

of expression with regard to matters of public interest. Although the Court has in fact already dealt with this point, it sees reason to comment that the present case differs from the *Sunday Times* case and the *Lingens v. Austria* case.

The latter case concerned in particular the expression of political opinions. Mr Lingens, the editor, had used such expressions as 'the basest opportunism', 'immoral' and 'undignified' to describe certain aspects of the Chancellor Bruno Kreisky's character. These are value judgments and are not, like the statements in the present case, linked to facts...

A defamatory statement which is true is not unlawful, cf. Article 253§1 and Article 249§1 of the Penal Code. In the present case, the defendants have admitted that, except in the case of one female harp seal, no proof has been adduced. However, it has been argued that Mr Lindberg produced photos showing that several female harp seals had been killed. Notwithstanding the said admission by the defence, the Court will assess the matter for itself. As regards item 2.1 of the allegations, it has clearly not been proven that the statement was true or probably true. On the contrary, Mr Raste was of the opinion that the statement had to be inaccurate. Mr Lindberg and Mr K have submitted two different versions. As to item 2.2 there is no reason for the Court to give greater credence to Mr Lindberg than to Mr K. The Court cannot see that there are other circumstances that would support this statement. Thus there is no evidence to substantiate the statement.

As regards the killing of female harp seals the Commission of Inquiry states at p. 84 of its report: "Our conclusion is that we must regard the allegations about the killing of five female harp seals as highly improbable." It is, however, a fact that *Harmoni* was carrying the skin of a female harp seal when it returned from the West Ice. [Crew member S's] explanation was that [crew member H] had killed a harp seal pup. Its mother had been nowhere in sight. She had turned up afterwards and had attacked [H]. He had become frightened and had tried to hit her on the nose with his gaff. He had, however, hit her too hard, so that she had started bleeding. The mother had been killed because of the blood. This is the matter referred to in item 1.5. The Court cannot see that the statement gives an objectively incorrect impression of what occurred. This does not imply that the Court finds that [H] acted unlawfully. If he acted in self-defence, his action was not unjustified. This question the Court does not need to determine. Against this background the expression will not be declared null and void.

The other statements concerning female harp seals have not ... been substantiated by documentary evidence. The seal hunters deny that more than one female harp seal had been killed. In his testimony Mr Lindberg referred to photos which, in his view, substantiated the statements. He refused to produce the photos so that they could be assessed by experts. The day after [his] testimony ... an article appeared in ... *Bladet Tromsø*, accompanied by a photo of female harp seals. According to the seal hunters, the photo dated back to 1987, when such seal hunting had been permitted. The Court cannot base its decision on newspaper articles but only on what has taken place during the main hearing. Therefore it must be obvious that the other statements cannot be regarded as having been proved. Moreover, the Court is somewhat surprised by Mr Lindberg's refusal to produce the photos in court.

To sum up, the Court observes that the conditions have been fulfilled for declaring null and void the statements cited in items 1.1, 1.2, 1.3, 1.6, 2.1. and 2.2 of the allegations. The expression cited in item 1.4 is not deemed to be defamatory, whereas that cited in item 1.5 is deemed to have been proven true.

It is not a requirement for declaring the statements null and void that the conditions for imposing a penalty have been fulfilled ... The Court will consider the question of liability when discussing the claim for damages. The conditions for awarding damages are set out in sections 3-6, subsection one, of the Damages Compensation Act 1969 (*Skadeerstatningsloven*, 13 June 1969, no. 26)... Only [compensation for non-pecuniary damage] has been claimed. It is being specifically argued that the newspaper must be deemed to have acted negligently and that it would be reasonable if the Court were to make an award for non-pecuniary damage. In its assessment, the Court will attach weight to the existence of negligence as well as other circumstances. Thus, a number of factors are relevant to its determination of the compensation issue. In the Court's view, the newspaper has behaved negligently. It had made no further investigation prior to the publication of the material in question, despite this having been called for in the circumstances. The Court has expressed its views on this point above. As regards the compensation claim, it must nevertheless consider the significance of the measures taken to preserve anonymity. The deletion of names did not mean that the crew members could not be identified. As the name of the vessel, *Harmoni*, was clearly stated, it was easy to find out the identity of the crew. The individual seal hunters were known to their neighbours, acquaintances, families, etc. The newspaper must have been aware of this. In any event, it ought to have known that there was a real risk that the persons in question would be identified.

The Court finds it reasonable that the plaintiffs be awarded compensation. The newspaper coverage caused such inconvenience to the crew

members and damage to their reputation as to justify upholding their claim. A total of 2,999 seals were caught during the expedition to the West Ice. Even though it is probable that some violations of the seal hunting regulations occurred, the rendering of Mr Lindberg's report gave a grossly distorted picture. The main impression is that the regulations were essentially complied with.

As far as [the second applicant] is concerned, sections 3-6 must be read in conjunction with Article 431 of the Penal Code. The editor was at his cottage at the time and was not fully aware of the contents of the matters printed. Nonetheless, he did consent to the material being printed. Mr Stensaas has not invoked the exception clause on freedom from liability. Accordingly, [he] must also be considered liable for the newspaper articles. This in turn will have a bearing on the compensation issue.

... There are factors militating in favour of awarding a substantial amount in compensation: in the first place, certain statements in the preparatory work and, secondly, the degree of abusiveness of the material and the extent to which it was disseminated. In this connection it should be noted that Mr Lindberg has been ordered to pay each of the plaintiffs NOK 10,000 in compensation for non-pecuniary damage [see paragraph 32 above]. ... In determining the amount, importance has been attached to the fact that the statements were widely disseminated. Given that this factor has already been taken into account, it must carry a little lesser weight in the case against the newspaper. Otherwise the crew would to some extent receive double compensation.

Moreover, the newspaper was aware that the material was sensitive and that one of the allegations was false. A further factor is the form in which the material was presented, as is the fact that no investigations had been made. In addition, the newspaper did not apologise for having printed the material.

A factor pointing in the opposite direction is, in particular, the fact that the crew members were permitted to express their views. Generally speaking, the seal hunting matter was one of the biggest news stories in 1988. This fact must be accorded some weight, although it does not free the newspaper from liability. In the light of the circumstances, the Court cannot see that importance should be attached to the fact that inspector reports are normally public documents. Mr Lindberg's report had been exempt from public disclosure. Nor is it significant that the report was eventually also published by Fiskaren. This fact was only mentioned but was not elaborated upon during the main hearing. The Court has no knowledge of the context, circumstances, etc. The financial standing of [the first applicant] is of significance. The Court finds that the newspaper has been in somewhat strained circumstances for several years. Still its gross annual turnover is said to be approximately NOK 30 million. Accordingly, each of the plaintiffs is to be paid NOK 11,000 in compensation, of which NOK 10,000 are to be paid by the newspaper, and NOK 1,000 by the editor. The newspaper is also jointly and severally liable with the editor for the amount he has to pay.'

36 On 18 March 1992 the applicants sought leave to the Supreme Court (Høyesterett), alleging that the District Court had made an error of law. On 18 July 1992, the Appeals Selection Committee of the Supreme Court decided not to allow the appeal, finding it obvious that the appeal would not succeed.

Defamation proceedings against other media companies

37 The crew of *Harmoni* also brought defamation proceedings against other media companies, including the newspaper *Aftenposten*, its editor and journalist, in respect of an article published on 22 July 1988 on the seal hunting issue. The action did not relate to an article of 16 July 1988 in which *Aftenposten* reproduced Mr Lindberg's statements, published by *Bladet Tromsø*, to the effect that seals had been flayed alive.

In a judgment of 1 February 1993 the Oslo City Court dismissed the action. The City Court found that, although the impugned article had contained several allegations that seal-hunting regulations had been violated, the manner of journalistic reporting at issue could not be considered 'unlawful' ('rettstridig').

The City Court stated, inter alia:

'*Bladet Tromsø* received the report from Mr Lindberg in July and published a major article on 15 July 1988, in which it was claimed that seals had been "skinned alive". The article aroused great media interest. The Norwegian Telegram Agency ... issued bulletins on the seal-hunting affair on 15, 18, 20 and 21 July. *Aftenposten* also followed up the affair, but most of its coverage was based on [those] bulletins. *Aftenposten*'s first article, published on 16 July, stated in an introductory paragraph: "Strong criticism" of seal hunters". In an evening issue on the same date it was stated: "Seal hunters must explain". In the morning issue on 18 July the seal hunters have their word at p. 4, under the heading: "Seal hunters: never flayed seal alive". Mr Kvernmo had stated to the newspaper that "we are choked about Mr Lindberg's allegations that we have skinned seals alive. He is of the view that the Mr Lindberg has misunderstood the situation during the seal hunt and deplores that the

crew has been blamed in his report to the Ministry of Fisheries." Furthermore, it is stated that "the allegation is so grotesque and removed from reality that a number of seal hunters have reacted very strongly against these. Flaying seal alive has never occurred during the sixty seal hunt seasons where I have participated, says arctic ship owner, Mr Jacobsen. ... On 19 July *Aftenposten* publishes an interview with seal inspector, Mr Nilssen, under the headline "Disagreement on killing methods applied to seal". On 21 July it publishes an article entitled: "Seal hunting report without substantiated allegations". ...

To sum up, the Court considers the seal hunting case, as it stood in the evening of 21 July as follows: Mr Lindberg's report had aroused a great deal of interest. Its contents had been disputed by the seal hunters, a ship owner and the Ministry of Fisheries. All the different points of view had been reported in *Aftenposten*. Despite the refutations of the report made by the seal hunters and the Ministry of Fisheries, its contents had not been effectively and objectively refuted.

Aftenposten's report on 22 July amounted to a continuation of the seal hunting debate which had already started. Attacks had been made against the report and these Mr Lindberg wished to counter, through the newspaper article - together with photographs. The debate was going on and it was only natural that *Aftenposten* allowed Mr Lindberg to present his version of the matter. ... The Court considers that *Aftenposten*'s article enabled the discussion to progress.

Aftenposten's presentation is an objective, balanced account in defence of Mr Lindberg's report. The article presents the evidence put forward by Mr Lindberg in support of the accuracy of the report and is an important element in the current seal hunting debate. *Aftenposten* focuses on the lawfulness of the existing seal-hunting methods and has no intention of exposing the seal hunters to public contempt by means of malicious coverage. ... The coverage clearly cannot be compared to the article printed in ... *Bladet Tromsø* on 15 July. The Court would also point out that *Aftenposten* fairly consistently refers to Mr Lindberg as its source. Although the heading, when seen together with the photos, suggests that there have been violations of the regulations and cruelty to animals, these violations are not particularly highlighted. The newspaper focuses on the seal hunting case. It should also be noted that on the following day the sealers were given an opportunity, in a conspicuous place, to refute the inspector's report. This indicates that there was an ongoing debate on a matter of public interest in which the parties involved were, in a proper manner, given an opportunity to express their views. *Aftenposten*'s coverage of the seal hunting case is characterised precisely by reciprocity: *Aftenposten* maintained that, from a journalistic point of view, the coverage of 22 July was exemplary. The Court agrees with the newspaper's view, particularly as regards the situation that obtained prior to the article published on 22 July.

The court does not see any reason to examine whether *Aftenposten* has adduced proof. The Commission of Inquiry Report ... concludes that the regulations have clearly been breached. At p. 101, the Commission states: "We cannot avoid mentioning that during the period under consideration the implementation of the hunting regulations has been characterised by several defects which on the whole are not insignificant."

The ensuing circumstances thus demonstrate that *Aftenposten* to a large degree could substantiate the allegations that the rules had been breached. Mr Lindberg's report was not a serious work and suffered from a number of shortcomings, but parts of it proved later to be accurate.

Accordingly, the Court concludes that *Aftenposten*'s coverage was not unwarranted. It does not contain any unlawful defamatory statements....'

The crew members' appeal to the Supreme Court was not allowed. Their claim for compensation of non-pecuniary damage was further rejected by the Eidsivating High Court (*lagmannsrett*) in a judgment of 6 March 1995.

38 On 4 August 1993, in further defamation proceedings instituted by the crew of *Harmoni*, the Oslo City Court declared null and void a statement to the effect that seals had been skinned alive, which had been transmitted by the Norwegian Broadcasting Corporation on 16 and 18 July 1988.

II Relevant domestic law and practice

39 Under Norwegian defamation law, there are three kinds of responses to unlawful defamation, namely the imposition of a penalty under the provisions of the Penal Code, an order under its Article 253 declaring the defamatory allegation null and void (mortifikasjon) and an order under the Damage Compensation Act 1969 to pay compensation to the aggrieved party. Only the latter two were at issue in the present case.

40 Under Article 253 of the Penal Code, a defamatory statement which is unlawful and has not been proven true may be declared null and void by a court. In so far as relevant this provision reads: (Norwegian)

'1. Når det har vært adgang til å føre bevis for sannheten av en beskyldning og beviset ikke er ført, kan den fornærmete forlange at

beskyldningen blir erklært død og maktesløs (mortifisert) dersom ikke annet følger av lov.

(translation)

'1. When evidence of the truth of an allegation is admissible and such evidence has not been produced, the aggrieved person may demand that the allegation be declared null and void unless otherwise provided by statute.'

Such a declaration is applicable only with regard to factual statements, the truth of value judgments being not susceptible of proof.

Although the provisions on orders declaring a statement null and void are contained in the Penal Code, such an order is not considered a criminal sanction but a judicial finding that the defendant has failed to prove its truth and is thus viewed as a civil-law remedy.

In recent years there has been a debate in Norway as to whether one should abolish the remedy of null and void orders, which has existed in Norwegian law since the sixteenth century and which may also be found in the laws of Denmark and Iceland. Because of its being deemed a particularly lenient form of sanction, the Norwegian Association of Editors has expressed a wish to maintain it.

41 The conditions for holding a defendant liable for defamation are set out in Chapter 23 of the Penal Code, Article 247 of which provides:

(Norwegian)

'§247. Den som i ord eller handling optrer på en måte som er egnet til å skade en annens gode navn og rykte eller til å utsette ham for hat, ringeakt eller tap av den for hans stilling eller næring fornødne tillit, eller som medvirker dertil, straffes med bøter eller med fengsel inntil 1 år. Er ærekrenkelsen forøvet i trykt skrift eller i kringkastingssending eller ellers under særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 2 år anvendes.'

(translation)

'Article 247. Any person who, by word or deed, behaves in a manner that is likely to harm another person's good name and reputation or to expose him to hatred, contempt, or loss of the confidence necessary for his position or business, or who is accessory thereto, shall be liable to fines or imprisonment for a term not exceeding one year. If the defamation is committed in print or in broadcasting or otherwise under especially aggravating circumstances, imprisonment for a term not exceeding two years may be imposed.'

42 A limitation to the applicability of Article 247 follows from the requirement that the expression must be unlawful ('rettstridig'). While this is expressly stated in Article 246, Article 247 has been interpreted by the Supreme Court to include such a requirement.

In a civil case concerning pre-trial reporting by a newspaper, the Supreme Court found for the newspaper, relying on the reservation of lawfulness ('rettsstridsreservasjonen'), even though the impugned expressions had been deemed defamatory. It held that, in determining the scope of this limitation, particular weight should be attached to whether the case was of public interest, having regard to the nature of the issues and to the kind of parties involved. Furthermore, regard should be had to the context in which, and the background against which, the statements had been made. Moreover, it was of great importance whether the news item had presented the case in a sober and balanced manner and had been aimed at highlighting the subject-matter and the object of the case (Norsk Retstidende 1990, p. 636, at p. 640).

43 Further limitations to the application of Article 247 are contained in Article 249, which, in so far as is relevant, reads:

(Norwegian)

'§249.

1. Straff efter §§246 og 247 kommer ikke til anvendelse dersom det føres bevis for beskyldningens sannhet...'

(translation)

'Article 249

1. Punishment may not be imposed under Articles 246 and 247 if evidence proving the truth of the accusations is adduced. ...'

44 As regards the requirement of proof under Article 249§1, the same standard which applies to the author of a libellous statement applies in principle also to a person who disseminates it. It is not clear under Norwegian law whether the criminal law standard of proof beyond reasonable doubt or the civil-law standard of balance of probability applies. The applicants have referred to a judgment of the Supreme Court, in which it accepted the standard applied by the lower court in a criminal libel case concerning allegations made in a television programme and a newspaper that a private practising lawyer had recommended his spouse to commit tax offences in connection with a property sale. In view of the seriousness of the accusation, it was found appropriate in that case to apply the same standard of proof as would apply to a public prosecutor in criminal proceedings on tax evasion. Leading legal writers are of the opinion that the truth of a defamatory accusation of theft must, in order to discharge the defendant from liability, be proven according to the same

standard as would apply to the prosecution in a theft case. According to Professor Mæland, it would be reasonable to increase the burden of proof according to the seriousness of the defamatory statement. Professor Andenæs and Professor Brattholm have expressed the view that, although there may be good reasons for imposing a strict burden of proof in libel cases, in certain circumstances it may be justified to apply a somewhat less strict standard than in criminal cases, for instance where the victim of the libel has behaved in a particularly reprehensible manner (see, H.J. Mæland, *Ærekrenkelser*, Universitetsforlaget, 1986, pp. 178-179; and J. Andenæs and A. Brattholm, *Spesiell strafferett*, Universitetsforlaget, 1983, p. 196).

Proceedings before the Commission

45 Bladet Tromsø A/S and Mr Pål Stensaas lodged an application (no. 21980/93) with the Commission on 10 December 1992. They complained that the District Court's judgment constituted an unjustified interference with their right to freedom of expression under Article 10 of the Convention, which provision had therefore been violated.

46 The Commission declared the application admissible on 26 May 1997. In its report of 9 July 1998 (former Article 31), it expressed the opinion that there had been a violation of Article 10 of the Convention (24 votes to 7). The full text of the Commission's opinion and of the dissenting opinions contained in the report is reproduced as an annex to this judgment.

Final Submissions to the Court

47 At the hearing on 27 January 1999 the Government invited Court to hold that, as submitted in their memorial, there had been no violation of Article 10 of the Convention.

48 On the same occasion the applicants reiterated their request to the Court to find a violation of Article 10 and to make an award of just satisfaction under Article 41.

As to the Law

I Alleged violation of article 10 of the Convention

49 The applicants complained that the Nord-Troms District Court's judgment of 4 March 1992, against which the Supreme Court refused leave to appeal on 18 July 1992, had constituted an unjustified interference with their right to freedom of expression under Article 10 of the Convention, which reads:

'1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.'

50 It was common ground between those appearing before the Court that the impugned measures constituted an 'interference by a public authority' with the applicants' right to freedom of expression as guaranteed under the first paragraph of Article 10. Furthermore, there was no dispute that the interference was 'prescribed by law' and pursued a legitimate aim, namely 'the protection of the reputation or rights of others' and thus fulfilled two of the conditions for regarding the interference as permissible under the second paragraph of this Article. The Court arrives at the same conclusion on these issues.

The dispute in the case under consideration relates to the third condition, that the interference be 'necessary in a democratic society'. The applicants and the Commission argued that this condition had not been complied with and that Article 10 had therefore been violated. The Government contested this contention.

A Arguments of those appearing before the Court

The applicants and the Commission

51 For the Commission, with which the applicants essentially agreed, the impugned statements in *Bladet Tromsø*, which had all been based on Mr Lindberg's report, bore on a matter of serious public concern. The essential aim of the various articles had not been to damage the reputation

of those engaged in the seal hunting industry but to initiate a debate as to the proper means of ensuring its survival through compliance with the relevant regulations and, where necessary, by amending those rules so as to improve seal hunting and its image.

The allegations in issue had effectively been directed against only seven out of the seventeen members of *Harmoni*'s crew and their names had been deleted in the report as reproduced. The reproduction of Mr Lindberg's report in *Bladet Tromsø* had been preceded by the crew members' own appeal that the report be disclosed to the public.

In a spirit of dialogue, the applicants had invited the crew members and various representatives of the Government and the seal hunting industry to comment on Mr Lindberg's statements both before and after his report was published in *Bladet Tromsø*.

The Commission further emphasised that, as representatives of the press, the applicants were entitled to rely on, and could not be expected to verify, the observations which Mr Lindberg had conveyed to them in his capacity as a ministry-appointed official and which related directly to his mission on board of *Harmoni* (see paragraph 7 above). In so far as the applicants were required to establish the truth of Mr Lindberg's statements (see paragraph 35 above), they were faced with an unreasonable, if not impossible, task. The contested measures could not afford any significant further protection of the seal hunters' reputation and rights, since, firstly, at the time of the District Court's judgment the contents of Mr Lindberg's report had already been in the public domain for a year and a half and had been divulged (without disclosing the seal hunters' identities) through a number of other publications, including the Commission of Inquiry report (see paragraph 31 above); secondly, the seal hunters had successfully challenged various passages in Mr Lindberg's report in defamation proceedings against him (see paragraph 32 above).

52 The applicants maintained that the District Court's judgment was inadequate in that it failed to place the statements in question in the larger context of the controversy about the hunting expedition (see paragraphs 29-30 above). Rather than causing harm to their reputation, the effect of the Lindberg report had been to increase the seal hunters' support in public opinion.

The impugned statements did not concern the private affairs of private persons. The burden of proof of a defendant facing a claim for a null and void order was quite strict (see paragraph 44 above). None of the impugned statements had been proven untrue (see paragraph 35 above).

The Government

53 The Government stressed that the present case concerned a conflict between two human rights - on the one hand, the right to freedom of expression and, on the other hand, the right of an individual to protection against unlawful attacks on his or her honour and reputation, the latter being expressly guaranteed under Article 17 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights.

The Government argued mainly that *Bladet Tromsø* had launched a serious attack on the reputation and honour of the seal hunters by breaking the news about the report in a sensational manner on 15 July 1988 and reproducing very serious accusations of cruel and unlawful behaviour during the hunt (see paragraph 12 above). While not contesting that seal hunting was an issue of public interest, the Government pointed out that it would have been possible for the newspaper to take part in public discussion on the matter without attacking the crew members of *Harmoni* personally. The impugned allegations had been directed against a small group of persons who could easily be identified because of the newspaper's reference to the crew of *Harmoni* (see paragraph 12 above). These persons could not be regarded as public figures.

In the view of the Government, the newspaper could hardly be said to have acted in good faith. The applicants were aware that Mr Lindberg's report had been exempted from public disclosure and that this decision had been taken temporarily in order to protect the individuals who had been accused of having committed inhuman and criminal acts, by giving them an opportunity to reply to the accusations (see paragraph 11 above). This measure must be seen in the light of the right of every person, including the seal hunters, under Article 6§2 to be presumed innocent of any criminal offence until proven guilty. It also suggested that the report did not necessarily present the Government's official view. Moreover, as found by the District Court, even the journalist in question had considered the allegation that seals had been flayed alive too unreasonable to be true (see paragraph 35 above).

54 The Government further disputed that the news coverage had been based on an accurate factual basis. The District Court, having assessed the evidence, found it obvious that the statements had not been proven (see paragraph 35 above).

Nor could the applicants reasonably consider that the information derived from Mr Lindberg's report was reliable, as they were aware of the fact that his qualifications had been questioned when it was published (see paragraphs 15, 20 and 26 above).

55 Furthermore, it could not be said that *Bladet Tromsø* complied with ethics of journalism. Under the Norwegian Code of Press Ethics, a person who is subject to serious criticism should as far as possible have an opportunity to reply simultaneously. The journalist has a duty to verify the truth of the information, which task would have been neither impossible nor unreasonable in the instant case. The allegations that seal had been skinned alive could have been verified by consulting an expert. However, no investigation had been undertaken by the newspaper (see paragraph 35 above).

The finding by the Commission that the publication of the report by *Bladet Tromsø* had been preceded by the crew members' own appeal to this effect was not correct (see paragraph 18 above). In any event, their demand was put forward after most of the damaging information had been made public, namely on 15 July 1988 (see paragraph 12 above). Nor was it correct that, prior to its being published, the applicants had invited the crew to comment on Mr Lindberg's report.

56 Finally, the Government pointed out that the impugned interference had not been of a criminal-law character; rather, the domestic court's finding had entailed a civil liability for the applicants to pay damages and meant that they had been unable to prove the truth of the allegations (see paragraph 40 above).

57 In the light of the foregoing, the Government were of the view that the domestic court had acted within its margin of appreciation and that there was a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued and the interference complained of.

B The Court's assessment

(a) General principles

58 According to the Court's well-established case-law, the test of 'necessity in a democratic society' requires the Court to determine whether the 'interference' complained of corresponded to a 'pressing social need', whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons given by the national authorities to justify it are relevant and sufficient (see the Sunday Times (No. 1) v. the United Kingdom judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 38, §62). In assessing whether such a 'need' exists and what measures should be adopted to deal with it, the national authorities are left a certain margin of appreciation. This power of appreciation is not, however, unlimited but goes hand in hand with a European supervision by the Court, whose task it is to give a final ruling on whether a restriction is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

59 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. Although the press must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart - in a manner consistent with its obligations and responsibilities - information and ideas on all matters of public interest (see the *Jersild v. Denmark* judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 23, §31; and the *De Haes and Gijssels v. Belgium* judgment of 24 February 1997, Reports 1997-I, pp. 233-34, §37) [*zie Mediaforum 1994-11/12, p. B101-B107 en Mediaforum 1997-4, p. B45 m. nt. D. Voorhoof op p. 68, bew.*]. In addition, the Court is mindful of the fact that journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see the *Prager and Oberschlick v. Austria* judgment of 26 April 1995, Series A no. 313, p. 19, §38) [*zie Mediaforum 1995-7/8, p. B85, bew.*]. In cases such as the present one the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in enabling the press to exercise its vital role of 'public watchdog' in imparting information of serious public concern (see the *Goodwin v. the United Kingdom* judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, p. 500, §39) [*zie Mediaforum 1996-5, p. B69 m. nt. W.F. Korthals Altes, bew.*].

60 In sum, the Court's task in exercising its supervisory function is not to take the place of the national authorities but rather to review under Article 10, in the light of the case as a whole, the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation (see, among many other authorities, the *Fressoz and Roire v. France* judgment of 21 January 1999, Reports 1999-I, pp. ... §45) [*zie Mediaforum 1999-3, nr. 14, bew.*].

(b) Application of those principles to the present case

61 In the instant case the Nord-Troms District Court found that two statements published by *Bladet Tromsø* on 15 July 1988 and four statements published on 20 July were defamatory, 'unlawful' and not proven to be true. One statement - 'Seals skinned alive' - was deemed to mean that the seal hunters had committed acts of cruelty to the animals. Another was understood to imply that seal hunters had committed criminal assault on and threat against the seal hunting inspector. The remaining statements were seen to suggest that some (unnamed) seal

hunters had killed four harp seals, the hunting of which was illegal in 1988. The District Court declared the statements null and void and, considering that the newspaper had acted negligently, ordered the applicants to pay compensation to the seventeen plaintiffs (see paragraph 35 above).

The Court finds that the reasons relied on by the District Court were relevant to the legitimate aim of protecting the reputation or rights of the crew members.

62 As to the sufficiency of those reasons for the purposes of Article 10 of the Convention, the Court must take account of the overall background against which the statements in question were made. Thus, the contents of the impugned articles cannot be looked at in isolation of the controversy that seal hunting represented at the time in Norway and in Tromsø, the centre of the trade in Norway. It should further be recalled that Article 10 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 the State or any sector of the population (see the *Handyside v. the United Kingdom* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, §49). Moreover, whilst the mass media must not overstep the bounds imposed in the interests of the protection of the reputation of private individuals, it is incumbent on them to impart information and ideas concerning matters of public interest. Not only does the press have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Consequently, in order to determine whether the interference was based on sufficient reasons which rendered it 'necessary', regard must be had to the public-interest aspect of the case.

63 In this connection the Court has noted the argument, relied on by the District Court (see paragraph 35 above), that *Bladet Tromsø's* manner of presentation, in particular in the article of 15 July 1988 (see paragraph 12 above), suggested that the primary aim, rather than being the promotion of a serious debate, was to focus in a sensationalist fashion on specific allegations of crime and to be the first paper to print the story.

In the Court's view, however, the manner of reporting in question should not be considered solely by reference to the disputed articles in *Bladet Tromsø* on 15 and 20 July 1988 but in the wider context of the newspaper's coverage of the seal hunting issue (see paragraphs 8-9, 12-19, 21-24 above). During the period from 15 to 23 July 1988 *Bladet Tromsø*, which was a local newspaper with –presumably– a relatively stable readership, published almost on a daily basis the different points of views, including the newspaper's own comments, those of the Ministry of Fisheries, the Norwegian Sailors' Federation, Greenpeace and, above all, the seal hunters (see paragraphs 12-19, 21-24 above). Although the latter were not published simultaneously as the contested articles, there was a high degree of proximity in time, giving an overall picture of balanced news reporting. This approach was not too different from that followed three months earlier in the first series of articles on Mr Lindberg's initial accusations and no criticism appears to have been made against the newspaper in respect of those articles. As the Court observed in a previous judgment, the methods of objective and balanced reporting may vary considerably, depending among other things on the medium in question; it is not for the Court, any more than it is for the national courts, to substitute its own views for those of the press as to what techniques of reporting should be adopted by journalists (see the above-mentioned *Jersild* judgment, p. 23, §31).

Against this background, it appears that the thrust of the impugned articles was not primarily to accuse certain individuals of committing offences against the seal hunting regulations or of cruelty to animals. On the contrary, the call by the paper on 18 July 1988 (see paragraph 16 above) for the fishery authorities to make a 'constructive use' of the findings in the Lindberg report in order to improve the reputation of seal hunting can reasonably be seen as an aim underlying the various articles published on the subject by *Bladet Tromsø*. The impugned articles were part of an ongoing debate of evident concern to the local, national and international public, in which the views of a wide selection of interested actors were reported.

64 The most careful scrutiny on the part of the Court is called for when, as in the present case, the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern (see the above-mentioned *Jersild* judgment, pp. 25-26, §35).

65 Article 10 of the Convention does not, however, guarantee a wholly unrestricted freedom of expression even with respect to press coverage of matters of serious public concern. Under the terms of paragraph 2 of the Article the exercise of this freedom carries with it 'duties and responsibilities', which also apply to the press. These 'duties and responsibilities' are liable to assume significance when, as in the present case, there is question of attacking the reputation of private individuals and undermining the 'rights of others'. As pointed out by the Government, the

seal hunters' right to protection of their honour and reputation is itself internationally recognised under Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Also of relevance for the balancing of competing interests which the Court must carry out is the fact that under Article 6§2 of the Convention the seal hunters had a right to be presumed innocent of any criminal offence until proven guilty. By reason of the 'duties and responsibilities' inherent in the exercise of the freedom of expression, the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism (see the *Goodwin v. the United Kingdom* judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, p. 500, §39; and the above-mentioned *Fressoz and Roire* judgment of 21 January 1999, p..., §54).

66 The Court notes that the expressions in question consisted of factual statements, not value-judgments (cf., for instance, the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 28, §46). They did not emanate from the newspaper itself but were based on or were directly quoting from the Lindberg report, which the newspaper had not verified by independent research (see the above-mentioned *Jersild* judgment, pp. 23 and 25-26, §§31 and 35). It must therefore be examined whether there were any special grounds in the present case for dispensing the newspaper from its ordinary obligation to verify factual statements that were defamatory of private individuals. In the Court's view, this depends in particular on the nature and degree of the defamation at hand and the extent to which the newspaper could reasonably regard the Lindberg report as reliable with respect to the allegations in question. The latter issue must be determined in the light of the situation as it presented itself to *Bladet Tromsø* at the material time (see paragraphs 7-19, 25-26 above), rather than with the benefit of hindsight, on the basis of the findings of fact made by the Commission of Inquiry a long time thereafter (see paragraph 31 above).

67 As regards the nature and degree of the defamation, the Court observes that the four statements (items 1.1, 1.2, 1.3 and 1.6) to the effect that certain sealers had killed female harp seals were found defamatory, not because they implied that the hunters had committed acts of cruelty to the animals, but because the hunting of such seals was illegal in 1988, unlike the year before (see paragraphs 13 and 35 above). According to the District Court, 'the statements [did] not differ from allegations of illegal hunting in general' (see paragraph 35 above). Whilst these allegations implied reprehensible conduct, they were not particularly serious.

The other two allegations –that seals had been skinned alive and that furious hunters had beaten up Mr Lindberg and threatened to hit him with a gaff (items 2.1 and 2.2)– were more serious but were expressed in rather broad terms and could be understood by readers as having been presented with a degree of exaggeration (see paragraph 12 above).

More importantly, while *Bladet Tromsø* publicised the names of the ten crew members whom Mr Lindberg had exonerated, it named none of those accused of having committed the reprehensible acts (see paragraphs 13 and 18 above). Before the District Court each plaintiff pleaded his case on the basis of the same facts and the District Court apparently considered each of them to have been exposed to the same degree of defamation, as is reflected in the fact that an equal award was made to each of them (see paragraph 35 above).

Thus, while some of the accusations were relatively serious, the potential adverse effect of the impugned statements on each individual seal hunter's reputation or rights was significantly attenuated by several factors. In particular, the criticism was not an attack against all the crew members or any specific crew member (see the *Thorgerir Thorgerirson v. Iceland* judgment of 25 June 1992, Series A no. 239, p. 28, §66).

68 As regards the second issue, the trustworthiness of the Lindberg report, it should be observed that the report had been drawn up by Mr Lindberg in an official capacity as an inspector appointed by the Ministry of Fisheries to monitor the seal hunt performed by the crew of *Harmoni* during the 1988 season (see paragraph 7 above). In the view of the Court, the press should normally be entitled, when contributing to public debate on matters of legitimate concern, to rely on the contents of official reports without having to undertake independent research. Otherwise, the vital public-watchdog role of the press may be undermined (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Goodwin* judgment, p. 500, §39).

69 The Court does not attach significance to any discrepancies, pointed to by the Government, between the report and the publications made by Mr Lindberg in *Bladet Tromsø* one year before in quite a different capacity, namely as a freelance journalist and an author.

70 The newspaper was, it is true, already aware from the reactions to Mr Lindberg's statements in April 1988 that the crew disputed his competence and the truth of any allegations of 'beastly killing methods' (see paragraph 9 above). It must have been evident to the paper that the

Lindberg report was liable to be controverted by the crew members. Taken on its own, this cannot be considered decisive for whether the newspaper had a duty to verify the truth of the critical factual statements contained in the report before it could exercise its freedom of expression under Article 10 of the Convention.

71 Far more material for this purpose was the attitude of the Ministry of Fisheries, which had appointed Mr Lindberg to carry out the inspection and to report back (see paragraph 7 above). As at 15 July 1988 *Bladet Tromsø* was aware of the fact that the Ministry had decided to exempt the report from public disclosure with reference to the nature of the allegations—criminal conduct—and to the need to give the persons named in the report an opportunity to comment (see paragraph 11 above). It has not been suggested that, by publishing the relevant information, the newspaper was acting in breach of the law on confidentiality. Nor does it appear that, prior to the contested publication on 15 July 1988, the Ministry had publicly expressed a doubt as to the possible truth of the criticism or questioned Mr Lindberg's competence. Rather, according to a bulletin of the same date by the Norwegian News Agency, the Ministry had stated that it was possible that illegal hunting had occurred (see paragraph 25 above).

On 18 July 1988 the Norwegian News Agency reported the Ministry as having stated that veterinary experts would consider the controversial Lindberg report and that the Ministry would issue information of the outcome and possibly also of the circumstances of Mr Lindberg's recruitment as inspector; and, moreover, that the Ministry would not comment any further until it had collected more information (see paragraph 26 above). On 19 July the News Agency reported that the Ministry had believed, on the basis of information provided by Mr Lindberg himself, that his research background was far more extensive than it was in reality. It was on 20 July, the same date as the last of the disputed publications, that the Ministry expressed doubts as to Mr Lindberg's competence and the quality of the report (see paragraph 20 above). In the Court's opinion, the attitude expressed by the Ministry before 20 July 1988 does not constitute a ground for considering that it was unreasonable for the newspaper to regard as reliable the information contained in the report, including the four statements published on 20 July to the effect that specific but unnamed seal hunters had killed female harp seals (see paragraph 13 above). In fact, the District Court later found that one such allegation (item 1.5) had been proven true (see paragraph 35 above).

72 Having regard to the various factors limiting the likely harm to the individual seal hunters' reputation and to the situation as it presented itself to *Bladet Tromsø* at the relevant time, the Court considers that the paper could reasonably rely on the official Lindberg report, without being required to carry out its own research into the accuracy of the facts reported. It sees no reason to doubt that the newspaper acted in good faith in this respect.

73 On the facts of the present case, the Court cannot find that the crew members' undoubted interest in protecting their reputation was sufficient to outweigh the vital public interest in ensuring an informed public debate over a matter of local and national as well as international interest. In short, the reasons relied on by the respondent State, although relevant, are not sufficient to show that the interference complained of was 'necessary in a democratic society'. Notwithstanding the national authorities' margin of appreciation, the Court considers that there was no reasonable relationship of proportionality between the restrictions placed the applicants' right to freedom of expression and the legitimate aim pursued. Accordingly, the Court holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention.

Application of article 41 of the Convention

74 *Bladet Tromsø A/S* and Mr Pål Stensaas sought just satisfaction under Article 41 of the Convention, which provides:

'If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.'

A Pecuniary damage

75 Under the head of pecuniary damage, the applicants requested compensation for the economic loss which they had suffered as a result of the District Court's judgment of 4 March 1992 ordering them to pay 187,000 Norwegian kroner (NOK) in damages to the plaintiffs and NOK 136,342 to cover the latter's costs before the District Court.

76 Subject to the Court finding a violation of the Convention, the Government did not contest the above claim. The Delegate of the Commission did not offer any comment.

77 The Court, being satisfied that there was a causal link between the damage claimed and the violation found of the Convention, awards the totality of the sum sought under this heading.

B Costs and expenses

78 The applicants further claimed reimbursement of costs and expenses, totalling NOK 652,229 in respect of the following items:

- (i) NOK 138,887 for their costs and expenses in the proceedings before the District Court;
- (ii) NOK 29,560 for their costs and expenses in the appeal to the Supreme Court;
- (iii) NOK 150,000 for work (128 hours at NOK 1,000 and 20 hours at NOK 1,100) by Mr Wolland in the proceedings before the Strasbourg institutions until 28 August 1998;
- (iv) NOK 79,200 for work (60 hours at GBP 100 per hour) by Mr Boyle during the aforementioned period;
- (v) NOK 23,840 for expenses incurred in the Strasbourg proceedings until 28 August 1998;
- (vi) NOK 104,500 for work (95 hours at NOK 1,100) by Mr Wolland from 29 August 1998 until and including the Court's hearing on 27 January 1999;
- (vii) NOK 26,481 in expenses (travel, accommodation and miscellaneous) incurred by Mr Wolland in connection with the above;
- (viii) NOK 68,330 for work (46 hours at GBP 100 per hour) by Mr Boyle and expenses (travel, accommodation and miscellaneous) incurred by him from 29 August 1998 until and including the Court's hearing on 27 January 1999;
- (ix) NOK 17,551 for travel and accommodation expenses incurred in connection with Mr Y. Nielsen's (current chief editor of *Bladet Tromsø*) attendance at the hearing;
- (x) NOK 13,880 for travel and accommodation expenses incurred in connection with Mr Stensaas' attendance at the hearing.

79 The Government contested the above claim, arguing that the number of hours and the rates were excessive. The Delegate of the Commission also in this context left the matter to the Court's discretion.

80 The Court, in accordance with its case-law, will consider whether the costs and expenses were actually and necessarily incurred in order to prevent or obtain redress for the matter found to constitute a violation of the Convention and were reasonable as to quantum (see, for instance, the *Tolstoy v. the United Kingdom* judgment of 13 July 1995, Series A no. 316 - B, p. 83, §77). It is satisfied that the hourly rates charged in the Strasbourg proceedings were reasonable but finds the number of hours claimed excessive. Making an assessment on an equitable basis the Court awards the applicants NOK 80,000 with respect to the work by Mr Wolland NOK 40,000 with regard to the work by Mr Boyle in the Strasbourg proceedings. The remainder of the claim for costs and expenses are to be reimbursed in their entirety.

C Interest pending the proceedings before the national courts and the Convention institutions

81 The applicants in addition claimed NOK 515,337 in interest (18 % per year until 1 January 1994 and then 12 % per year until 1 November 1998) on the amounts claimed in respect of pecuniary damage and of costs and expenses incurred until 28 August 1998.

82 The Government observed that it was difficult, on the basis of the breakdown of the applicants' claim to verify the accuracy of the calculations of interest. The latter had been based on the Act on Default Interest 1976 (*morarenteloven*, Law of 17 December 1976, No. 100). It included a penalty element and clearly exceeded the ordinary level of interest in Norway. The said Act could not, in their submission, constitute a basis for the assessment of an award under Article 41 of the Convention.

83 The Court finds that the applicants must have suffered some pecuniary loss by reason of the periods that elapsed from the times when the various costs were incurred until the Court's award (see, for instance, the *Darby v. Sweden* judgment of 23 October 1990, Series A no. 187, p. 14§38; and the *Observer and Guardian v. the United Kingdom* judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, p. 38, §80(d)). It does not consider itself bound by the national law on the calculation of interest nor does it propose to undertake a precise quantification of the loss sustained by the applicants in the present case. Deciding on an equitable basis and having regard to the rates of inflation in Norway during the relevant period, it awards the applicants NOK 65,000 with respect to their claim under this head.

D Default interest to apply with respect to the Court's award

84 According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in Norway at the date of adoption of the present judgment is 12 % per annum. The Court, in accordance with its estab-

lished case-law, deems this rate appropriate with regard to the sums awarded in the present judgment.

For these Reasons the Court

1 Holds by thirteen votes to four that there has been a breach of Article 10 of the Convention;

2 Holds unanimously that the respondent Government are to pay the applicants, within three months,

(a) for pecuniary damage, 323,342 (three hundred and twenty-three thousand, three hundred and forty-two) Norwegian kroner;

(b) for costs and expenses, 370,199 (three hundred and seventy thousand, one hundred and ninety-nine) Norwegian kroner;

(c) for additional interest, 65,000 (sixty five thousand) Norwegian kroner;

3 Holds unanimously that simple interest at an annual rate of 12% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement;

4 Dismisses unanimously the remainder of the applicants' claims for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 20 May 1999.

In accordance with Article 51§2 of the Convention and Rule 74§2 of the Rules of Court, the following dissenting opinions are annexed to this judgment:

(a) joint dissenting opinion of Judges Palm, Fuhrmann and Baka;

(b) dissenting opinion of Judge Greve.

Joint Dissenting Opinion of Judges Palm, Fuhrmann and Baka

We disagree with the majority opinion that there has been a violation of Article 10 of the Convention on the facts of this case.

It is clear from the structure of Article 10 and from the Court's case-law that the exercise of freedom of expression 'carries with it duties and responsibilities' and that restrictions on freedom of the press may be justified where it is necessary in a democratic society for the protection of the reputation of others. As the Court has stated in its *De Haes and Gijssels v. Belgium* judgment of 24 February 1997 'Although [the press] must not overstep certain bounds, in particular in respect of the reputation and rights of others, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest' (Reports of Judgments and Decisions 1997-I pp. 233-234, §37). [*Zie Mediaforum 1997-4, p. B45 m. nt. D. Voorhoof op p. 68, bew.*]

It is the right to the protection of reputation aspect of the present case which has been given insufficient attention in the Court's judgment and which motivates the present dissent. The crucial watchdog role of the press in a democratic society has been positively asserted and defended by this Court in the course of a large corpus of cases concerning freedom of expression which have stressed not only the right of the press to impart information but also the right of the public to receive it. In so doing the Court has played an important role in laying the foundations for the principles which govern a free press within the Convention community and beyond. However for the first time the Court is confronted with the question of how to reconcile the role of newspapers to cover a story which is undoubtedly in the public interest with the right to reputation of a group of identifiable private individuals at the centre of the story. In our view the fact that a strong public interest is involved should not have the consequence of exonerating newspapers from either the basic ethics of their trade or the laws of defamation. As the Grand Chamber of the Court stated in its *Fressos and Roire v France* judgment of 21 January 1999 [*zie Mediaforum 1999-3, nr. 14, bew.*] – the first judgment of the new Court – Article 10 'protects journalists' rights to divulge information on issues of general interest providing that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide 'reliable and precise' information in accordance with the ethics of journalism' (Reports 1999, §54).

It is also central to our position that the present case does not involve a situation where a Government has sought, by way of prior restraint, to suppress a newspaper story which was embarrassing to it or indeed a complaint of a general nature not involving specific individuals as in the *Thorgeir Thorgeirsson v Iceland* case (judgment of 25 June 1992, Series A no. 239) [*zie Mediaforum 1992-11/12, p. B88-96, bew.*] despite the Court's veiled attempt to suggest otherwise (see paragraph 67 of the judgment). The present case is brought by a group of aggrieved private individuals as part of a predominately civil process. Of course, as the Court has often held – most recently in the *Janowski v Poland* judgment of 21 January 1999 (Reports 1999, §33) – [*zie Mediaforum 99-4, nr. 19 m. nt. G.A.I. Schuijt, bew.*] the limits of acceptable criticism are wider as regards politicians or public figures than they are as regards private

persons. However it cannot be doubted that the seal hunters involved in these proceedings are private persons par excellence. The fact that they are involved in as unpopular an activity as seal hunting does not remove their status as private individuals.

In the present case a Norwegian District Court, after a careful examination of the evidence, concluded that the seal hunters on board the *Harmoni*, who were clearly identifiable from the impugned press articles published by *Bladet Tromsø*, had been defamed. The court had held a hearing which lasted three days and heard relevant witnesses. It subsequently delivered a well-reasoned judgment applying Norwegian law of defamation to the facts of the case (see paragraph 35 of the judgment). The finding of defamation was based on the allegations that the crew members had killed female harp seals which, at the time, amounted to a criminal offence, that Mr Lindberg had been assaulted and that a seal had been skinned alive (*ibid*). It should be recalled that, prior to these proceedings, Mr Lindberg had been held liable in defamation with regard to these allegations, in a suit brought by the crew members, by the Sarpsborg City Court and that the Swedish Supreme Court, in proceedings brought by Mr Lindberg to oppose execution of the judgment abroad, has found in a decision of 16 December 1998 that the Norwegian judgment did not entail a breach of Article 10 of the Convention (see paragraph 33 of the judgment). In addition the accusations had also been held to be unfounded by a Commission of Inquiry which had been set up to investigate the issues (see paragraph 31).

In our view the findings of the District Court cannot be faulted. It has been held by the European Court in numerous cases that it falls in principle to the national courts to interpret and apply national law and that the European Court's role is limited to examining whether the decisions of the national authorities were arbitrary and whether they applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts (see, for instance, the *Jersild v Denmark* judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p.24, §31). In the present case it cannot be said in any respect that the decision of the District Court failed to meet this test, was arbitrary or even unreasonable or that the reasons given were not 'sufficient' for the purposes of Article 10§2. It is not disputed by the parties that the article implicated identifiable members of the crew even including some of those who had not participated in the voyage. Moreover the findings of the District Court are supported by the conclusions of an independent Commission of Inquiry which had carried out an extensive investigation into the allegations prior to the proceedings and found them to be unfounded as well as the findings of the Sarpsborg City Court in the Lindberg proceedings (see paragraphs 31-33 of the judgment). It thus must be taken as accepted that the seal hunters were defamed in the articles published by *Bladet Tromsø*. We do not accept the Court's reasoning that the defamation was of a lesser nature because no specific crew member was named in the articles (see paragraph 67 of the judgment). On the contrary, the weight of the remarks was heavier precisely because they implicated the entire crew of the *Harmoni* without exception and irrespective of whether they were actually on board the ship at the relevant time.

Nor can the Norwegian law of defamation or the decision of the District Court be open to criticism from the standpoint of freedom of the press on the grounds that they were over-protective of the reputations of private individuals or failed to attach sufficient weight to the public interest. The holding that the accusations were null and void amounts merely to a finding that the applicant had not been able to establish the truth of the statements. It does not carry any criminal stigma or amount to a penalty as the words might suggest. The requirement to prove the truth of the allegations as a defence to a defamation action is an elementary feature of defamation proceedings in most legal systems and as such cannot be criticised. Indeed, in one case the Court found that the unavailability of the defence of *exceptio veritatis* to a defendant gave rise to a violation of Article 10 of the Convention (see the *Castells v Spain* judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, pp.22-24, §§40-50) [*zie Mediaforum 1992-10, p. B69-B76, bew.*].

Moreover under Norwegian law the defamation must also be unlawful. This development in Norwegian case-law described in the judgment of the District Court 'as the lynch pin of Article 100 of the Norwegian Constitution and essential in a democratic society' (see paragraph 35 of the judgment) – gives the court the possibility to weigh in the balance the respective interests and to find that the public interests involved in publication outweigh the private one in a given case. Norwegian law has thus developed in a manner which has taken into account the principles of Strasbourg case-law. Indeed the District Court followed this approach in the present case but found against the applicants essentially on the grounds that the newspaper focussed its attention on sensational headlines and that 'sufficient attention was not paid to the protection of other persons in this disclosure' and that the newspaper was well aware that the report had been exempted from public disclosure precisely because of the accusations of wrongdoing. Neither of these factual points can be seriously contested. The *Aftenposten* judgment shows that the test of 'unlawfulness' is an important guarantee of press freedom under Norwe-

gian law since it was exactly on this basis that the court found for the defendant newspaper contrasting that paper's balanced coverage with that of *Bladet Tromsø* in the present case.

Against this background it is for the European Court to say that the District Court's assessment on this point was wrong? Even if the Strasbourg Court should substitute its judgment in this way for that of the national court, on what grounds could this balancing of the interests be called into question? We observe that the Court has previously stated that it is in the first place for the national authorities to determine the extent to which the individual's interest in full protection of his or her reputation should yield to the interests of the community (as regards the investigation of the affairs of large public companies) – a fortiori where the reputation of private persons is at stake (see the *Fayed v the United Kingdom* judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, p. 55, §81). Is this not the essence of the margin of appreciation in a case like the present?

The crux of the Court's reasoning involves essentially a new test that newspapers can be dispensed from verifying the facts of a story depending on (1) the nature and degree of the defamation and (2) whether it was reasonable in the circumstances to rely on the details of the Lindberg report (see paragraphs 66-74 of the judgment). On both points we find the Court's reasoning to be flawed.

The majority has tried hard to minimise the extent of the defamation in the present case but eventually considers that 'some of the accusations were serious' (see paragraph 67). However it reaches the rather vague conclusion that 'the criticism was not an attack against all the crew members or any specific crew member'. This is obviously unsupported by the facts and tends to suggest that the complaint of defamation was lacking in any real substance. We must ask whether it is at all appropriate for the Court to seek to reassess the extent of the harm caused by the defamatory remarks and in effect to retry the issues on this point. Surely the Court should accept that this is a matter best left to the judgment of the national courts which heard at first hand and carefully assessed the evidence in the light of standards which are in conformity with Article 10? This approach of the majority illustrates the main fault-line running through the judgment, namely that the Court does not give sufficient weight to the reputation of the seal hunters. The effort to balance the respective public and private interests is thus defective from the start.

The reasoning is equally unconvincing in its treatment of the question concerning the 'reasonableness' of the paper's reliance on the Lindberg report. How could it have been 'reasonable' to rely on this report when the newspaper was fully aware that the Ministry had ordered that the report not be made public immediately because it had contained possibly libellous comments concerning private individuals? It was thus temporarily not in the public domain and rightly so. The question of whether the Ministry believed or disbelieved Lindberg's claims (see paragraph 71 of the judgment) is simply not relevant to this issue. The Court's finding on this point also ignores the calling into question of the good faith of the paper's journalist (Mr Raste) by the District Court. How then can reliance on the details of the Lindberg report be judged to be reasonable when a national court has found in effect that the paper has not only indulged in sensationalism but must have been aware that some of the details were entirely false?

We accept that if the case concerned the publication of an official report which had been made public by the competent authorities, a newspaper would in principle be entitled to publish it under Article 10 of the Convention without carrying out any further investigation as to the accuracy or precision of the details of the report even if it was damaging to the reputation of private individuals. All that could be expected of a newspaper in such a situation is to check that the published text corresponds to the official published text.

But the present case does not concern an official public report. On the contrary the report had not been made immediately public by the Ministry precisely because it contained allegations of wrongdoing against the crew-members and it was considered only fair and proper to afford them an opportunity to defend themselves and to verify the information (see paragraph 11 of the judgment). The subsequent series of defamation proceedings and the Commission of Inquiry report vindicated such a cautious approach. Moreover it is clear that the newspaper was aware of this decision but decided nevertheless to go ahead and publish (see paragraph 35 of the judgment). It was also aware that Mr Lindberg had previously worked as a freelance journalist on seal hunting issues, having published several of his articles, and did not have the traditional profile of a Ministry inspector.

In our view, judged against this background, the newspaper knew that it was taking a risk of exposing itself to legal action by publishing the articles without taking any steps whatsoever to check the veracity of the claims being made. The action taken by the crew-members cannot have come as a surprise, since the newspaper must have known that it should have exercised caution before printing accusations that private persons have committed criminal offences or other forms of wrongdoing. The fact

that the report was drawn up by a person who was officially appointed by the Ministry, or that the report was potentially a public report, does not assist the applicants any more than it could justify the publication of secret material harmful to the national interest obtained in the same manner. The key fact is that the contents of the report were not in the public domain or accessible to the public (see paragraph 11 of the judgment) and not (as the majority consider) whether the applicant was contravening the law on confidentiality. *Bladet Tromsø* knew this and the reasons for it.

We are not persuaded either by the argument that the newspaper could not realistically have checked the claims and that it was entitled to rely on the details of the report since they concerned matters – e.g. the killing of female harp seals during the *Harmoni's* sea voyage – which by their nature were unverifiable. We observe, in passing, that newspapers can generally be expected to carry out checks on controversial stories before rushing into print. But what could *Bladet Tromsø* have been expected to do? We accept, in keeping with the Court's previous holdings (see, for example, the *Fayed v. the United Kingdom* judgment of 21 September 1994, Series A no. 294-B, §81, p. 55), that it would be unreasonable to expect the paper to suspend publication until it carried out a serious investigation of the matter. Equally it does not have to prove the story to be true before printing. The story was obviously too pressing to bury in time-consuming investigatory procedures. But as the District Court found, the newspaper did nothing at all to check the story, even when one of its journalists must have known from his own experience that the allegation concerning the flaying of seals alive must have been 'a tall story' (see paragraph 35 of the judgment). In other words, the paper published the story without caring whether the allegations were true or false, relying entirely on the 'official' nature of the report as their cover. They could have been expected, at the very least, to ask the crew members for their version of the events and their reaction to the various accusations made by Mr Lindberg and given them an opportunity to answer the accusations at the same time as the impugned articles were printed. After all, they were also witnesses to what had happened on board the *Harmoni* and were the persons directly implicated in the accusations. The paper would then have discovered – if nothing else – that some of the crew members could not have been concerned by the claims since they had stayed on dry land. That the paper carried a story concerning the reactions of a crew member subsequent to the publication of the entire report (see paragraphs 12-15) when the damage to reputation had already occurred can hardly be regarded as sufficient.

Bladet Tromsø took a risk in publishing the Lindberg report. They had the real possibility to cover this important story in a manner which would have enabled Lindberg's claims to have been aired in a general way without implicating the crew of the *Harmoni*. In fact, other publications, notably *Aftenposten*, had been able to cover the story properly but in a manner which was more respectful of the reputations of the seal hunters (see paragraph 37). Of course, in a small fishing community even a general report might have enabled the crew members to have been identified by some. However, this cannot excuse the absence of any concern to attempt to protect the reputation of the seal hunters. Moreover, it should not be forgotten that the paper had a 9000 strong readership. If this is deemed to miss the point, in that the only concern of the paper was to carry the precise details of the Lindberg report, then the reputation of the hunters is legitimately protected by the law of defamation and the paper, having assumed the risk, is not well positioned to complain of the inevitable outcome.

The present judgment's conclusion, that the newspaper was exonerated from the verification of basic factual information by virtue of the degree of defamation involved and the supposedly 'official' nature of the Lindberg report, appears to suggest an exceptionally low threshold for the protection of the right to reputation of others where there is an important public interest involved and no public figures. Such an elevation of the public interest in the freedom of the press at the expense of the private individuals caught up in the seal hunting story in this case pays insufficient attention to the national laws on defamation and the balanced freedom of the press-conscious judgments of the domestic courts. It is abundantly clear from the decision of the District Court that the factual basis of the story was inaccurate and that the ethics of journalism were not respected as they ought to have been. Our Court should not, against such a background, reach a different conclusion on these points.

The present judgment thus departs significantly from the above-mentioned cautious wording in the Court's *Fressos and Roire* judgment elucidating the scope of the journalist's freedom to disclose information on issues of general interest. In so doing the judgment sends the wrong signal to the press in Europe. Few stories can be so important in a democratic society or deserving of protection under Article 10 of the Convention, that the basic ethics of journalism – which require inter alia journalists to check their facts before going to press with a story in circumstances such as the present – can be sacrificed for the commercial gratification of an immediate scoop. We are not persuaded that the Court's approach in this case which has exonerated the applicant news-

paper from this elementary requirement will actually advance the cause of press freedom since it undermines respect for the ethical principles which the media voluntarily adhere to. Article 10 may protect the right for the press to exaggerate and provoke but not to trample over the reputation of private individuals.

Dissenting Opinion of Judge Greve

Together with my colleagues in the minority –Judges Palm, Fuhrmann and Baka– I find no violation of Article 10 of the Convention in the present case and I basically share their reasoning. Moreover, I attach particular significance to the following considerations.

In my view, the case under review is essentially an ordinary defamation case concerning restrictions placed on accusations of criminal conduct made in the press against private individuals. It is vital that the assessment of the necessity of the interference in a democratic society not be obscured by the sensitive nature of the seal hunting issue.

I agree with the majority that the manner of reporting by *Bladet Tromsø* should not be considered solely by reference to the disputed articles on 15 and 20 July 1988 but in the wider context of the newspaper's coverage of the seal hunting issue. *Bladet Tromsø* carried altogether twenty-six articles about the controversy between 11 April 1988 –when the newspaper broke the story– and 19 and 20 July 1988 when it published Mr Lindberg's report.

In my opinion the majority do not give sufficient weight to the fact that, under Article 682 of the Convention, the seal hunters had a right to be presumed innocent of any criminal offence until proven guilty. I fully accept the majority's view that *Bladet Tromsø* had a 'public-watchdog' function in disseminating information derived from the Lindberg report about alleged irregularities and crimes committed during seal hunting – a highly controversial activity. However, the restrictions imposed on the newspaper's freedom of expression in the wake of the impugned statements related solely to allegations of crimes committed by identifiable individuals, allegations which were not proven true. Normally, a newspaper would in such a situation issue a disclaimer, which also would benefit the general readership who have a right to receive correct and complete information where possible. Since *Bladet Tromsø* did not issue a disclaimer, it ought to be recognised that the seal hunters had a legitimate need for recourse to defamation proceedings in order to protect their reputation and rights.

While it can hardly be argued that the identification of the persons concerned corresponded to any public interest, it would have been possible for *Bladet Tromsø* to protect the seal hunters' reputation simply by leaving out any reference to *Harmoni*. Had information enabling readers to identify the alleged perpetrators been omitted from the relevant articles, this would, in my opinion, not really have affected the newspaper's exercise of its freedom of expression. To oblige a paper to take such measures in the circumstances could, to my mind, not be viewed as a measure capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern. In this respect it is indicative that no argument has been presented suggesting that there was a need to identify the alleged perpetrators.

On the other hand the majority seems to lay much emphasis on the official nature of Mr Lindberg's report, in finding that the newspaper could rely on this source without taking any steps to verify the veracity of the impugned accusations. In so doing, the majority do not, in my view, take necessary account of the particular relationship which existed between Mr Lindberg and *Bladet Tromsø*.

As a freelance journalist, Mr Lindberg had covered *Harmoni's* seal hunting expedition for *Bladet Tromsø* in 1987. *Bladet Tromsø* must have been aware of his background when it contacted him in April 1988 as the vessel returned to port in Tromsø. It cannot, in my opinion, be considered acceptable that an officially appointed inspector let himself be approached by the media at his duty station and be photographed and then proceed to give the media a first-hand report about his inspection findings –allegations of crimes against private individuals included– without even having made a prior report to his principal, the Ministry of Fisheries. Such lack of professionalism would be comparable to, for instance, a police officer reporting criminal charges directly to the media in order first to have a trial by the press. In this connection it is significant that Mr Lindberg made himself immediately available to *Bladet Tromsø* after his return from the expedition, whereas almost three months elapsed before he made his first report to the Ministry that had appointed him.

In the light of the above, *Bladet Tromsø* must have been aware at the relevant time not only of Mr Lindberg's apparent lack of professionalism, but also of a conflict of interests between his official role and his relationship with the newspaper. *Bladet Tromsø* exploited both these aspects.

To *Bladet Tromsø* the printing of Mr Lindberg's report was only one and a late phase in the newspaper's co-operation with Mr Lindberg. The

publication of the report was not intended to break the story. This had already been done in the first of the series of twenty-six articles which *Bladet Tromsø* had published on the issue. The report seems rather to have been utilised as a kind of final and official imprimatur on *Bladet Tromsø's* wider coverage of the seal hunting issue, in which context Mr Lindberg had been their main informant all along. In these circumstances, I do not find that the newspaper could, as a matter of good faith, pray in aid their argument that Mr Lindberg's report was an official document on which it was entitled to rely without further inquiry.

Noot

Aernout J. Nieuwenhuis



1 Tromsø is een belangrijke plaats in het noorden van Noorwegen, en als havenplaats een centrum van de controversiële zeehondenjacht. De free-lance journalist Lindberg gaat in 1987 mee op zeehondenjacht met het schip de *Harmoni*. Een reeks artikelen van zijn hand verschijnt in het plaatselijke dagblad *Bladet Tromsø*. Daarin bericht hij zeker niet negatief over deze bedrijfstak. Het jaar daarop vaart hij weer mee, echter in een nieuwe hoedanigheid; het ministerie van Visserij heeft hem inmiddels benoemd tot inspecteur voor de zeehondenjacht. Een dag na terugkomst in Tromsø geeft hij een interview aan *Bladet Tromsø*, waarin hij meldt dat sommige leden van de bemanning van de *Harmoni* de nodige regels voor de zeehondenjacht hebben overtreden. Het rapport dat hij voor het ministerie moet schrijven laat drie maanden op zich wachten. Het ministerie maakt het vervolgens niet openbaar, omdat er beschuldigingen van strafbare feiten in staan. *Bladet Tromsø* heeft echter een kopie gekregen en bericht over de kwalijke praktijken. De krant gaat zelfs over tot het integraal publiceren van het rapport. Wel zijn de namen van degenen die de strafbare feiten begaan zouden hebben weggelaten. De publicatie wakkert in heel Noorwegen de discussie over de zeehondenjacht weer aan. Tegelijkertijd blijken er wel steeds meer twijfels over de competentie van Lindberg als onderzoeker te bestaan. Een door de regering ingestelde onderzoekscommissie komt tot de conclusie dat de meeste beschuldigingen niet hard gemaakt zijn.

2 De bemanningsleden spannen een proces tegen Lindberg aan. Ze winnen dat en ze krijgen 10.000 Noorse Kronen (f2600,-) aan schadevergoeding toegekend. Later dagen ze ook de krant voor de rechter. Dit is de zaak die bij het EHRM is terechtgekomen. De krant was door de Noorse rechter in het ongelijk gesteld, en veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding (11.000 Noorse kronen per bemanningslid). Het EHRM acht de veroordeling van de krant een te ver gaande beperking van de persvrijheid. Over de redenering van het EHRM hier een aantal opmerkingen.

3 Het uitgangspunt van de redenering vormt het grote belang van een vrije pers om te berichten over zaken van publiek belang. Dit is vanaf het Sunday Times arrest een vast onderdeel van de jurisprudentie. Er is geen twijfel dat het wel en wee van de zeehondenjacht een dergelijk vraagstuk van publiek belang is. Wel stel ik enige vraagtekens bij de moeite die het Hof zich getroost om aan te geven dat *Bladet Tromsø* over langere tijd gezien tamelijk afgewogen en constructief over de zeehondenjacht heeft bericht (* 63) Alsof een publicatie die zich eenzijdig tegen een bepaald verschijnsel keert niet een bijdrage aan de maatschappelijke discussie zou kunnen leveren.

4 Eenzelfde ambivalentie spreekt uit r.o. 64 en r.o. 65. Aan de ene kant een zeer kleine appreciatiemarge ('strict scrutiny'), indien de beperkingen de pers kunnen ontmoedigen een bijdrage aan het maatschappelijk debat te leveren. Aan de andere kant een nauwe verbinding tussen de sterk beschermde persvrijheid en de plichten en verantwoordelijkheden, zoals die onder meer uit de

journalistieke ethiek naar voren komen. Op deze wijze lijken de individuele uitingsvrijheid en de persvrijheid uit elkaar getrokken te worden. Dat kan de deur openzetten voor een normatief-institutionele benadering, die de pers in bepaalde gevallen wel meer bescherming biedt maar tegelijkertijd haar vrijheid louter uit haar taak afleidt. Het Hof verwijst zelf naar r.o. 54 van het *Fressoz & Roire* arrest (EHRM 21 januari 1999, *Mediaforum* 1999-3, nr. 14) en daar zegt het met zoveel woorden dat een journalist slechts een beroep op artikel 10 toekomt indien hij zich aan de journalistieke ethiek houdt. Ik geef de voorkeur aan het uitgangspunt dat iedere publicist in principe altijd een beroep op artikel 10 kan doen; Bij het antwoord op de vraag of een beperking is geoorloofd kunnen vervolgens natuurlijk allerlei factoren een rol spelen.

5 Bovenstaande kanttekening neemt dus niet weg dat het antwoord op de vraag of de pers voldoende onderzoek heeft gedaan van grote betekenis kan zijn bij de toets of een beperking noodzakelijk in een democratische samenleving is. Met de vraag of *Bladet Tromsø* de beschuldigingen eerst nader had moeten onderzoeken alvorens deze te publiceren, komen we bij het specifieke gedeelte in de redenering van het Hof. Een essentieel kenmerk van de casus is dat de gewraakte beschuldigingen in een door Lindberg in zijn officiële hoedanigheid als inspecteur opgesteld rapport stonden. Men kan instemmen met het door het Hof geformuleerde beginsel dat: 'the press should normally be entitled when contributing to public debate on matters of legitimate concern, to rely on the contents of official reports without having to undertake independent research' (r.o. 68). Het feit dat inspecteur Lindberg wellicht geen competente onderzoeker was, is van ondergeschikt belang. Het is aan de overheid voldoende op de kwaliteit van de door haar aan te stellen functionarissen te letten. Dat de door het Hof gememoreerde waakhondfunctie naar mijn mening soms beter gediend is door enig wantrouwen ten aanzien van de rapporten van de overheid en de kwaliteit van de functionarissen, doet daar niet aan af.

6 Met het antwoord op de vraag of de krant mocht vertrouwen op de inhoud van het rapport hoeft de kous nog niet af te zijn. De vraag of de pers een dergelijk rapport ook mag publiceren valt daarmee niet geheel samen. De 'dissenting opinion' geeft het voorbeeld van een overheidsrapport vol staatsgeheimen, waar de pers de hand op heeft weten te leggen. De aannemelijkheid van de gegevens sluit niet uit dat de publicatie onrechtmatig is. In casu gaat het niet om de staatsveiligheid maar om de eer en goede naam van de bemanningsleden van de *Harmoni*.

7 Men kan de 'dissenters' nageven dat het Hof niet in het algemeen ingaat op de bescherming van de belangen van 'private figures' in een maatschappelijke discussie. Volgens het Hof was het nadelig effect op de eer en goede naam niet zo groot, onder meer omdat de namen waren weggelaten en er derhalve geen sprake was van een aanval tegen de bemanning als geheel of enige leden van de bemanning. Het Hof verwijst daarbij naar haar *Thorgeirson* arrest (EHRM 25 juni 1992, *Mediaforum* 1992-11/12, p. B88-96; *Ars Aequi* 1993, p. 687 m.nt. GS). Daar ging het echter om een artikel over de gewelddadigheid van 'de IJslandse politie', althans van enkele leden daarvan. Nu heeft IJsland wellicht niet de grootste politiemacht ter wereld, zij is in omvang toch beduidend groter dan de bemanning van de *Harmoni*. De beschuldigingen aan het adres van een aantal niet bij name genoemde leden komen in het laatste geval dus harder aan. De suggestie in de 'dissenting opinion' dat de naam van het schip in het geheel niet genoemd had hoeven worden, gaat naar mijn mening echter ook te ver. De maatschappelijke discussie hoeft niet altijd in abstracto gevoerd te worden.

8 Een aanzet tot een oplossing biedt het rapport van de Commissie. Dat wijst erop dat het niet om 'private affairs of private persons' ging (vgl. r.o. 52). De mogelijke strafbare feiten zijn tijdens de zeehondenjacht begaan, en die grijpt in het openbaar plaats, aldus de Commissie. Zonder te willen beweren dat openbaarheid en privacy elkaar zonder meer uitsluiten laat een dergelijke benadering in sommige andere gevallen voldoende ruimte om privacybelangen recht te doen. Een krant die enkele WAO-dossiers met individuele medische gegevens in handen krijgt en publiceert, is niet klaar met te zeggen dat de WAO-problematiek een zaak van publiek belang is en zij van op de inhoud ervan mocht vertrouwen, omdat het overheidsdossiers zijn. De inbreuk op de privacy vereist een aparte afweging. Dat komt uiteraard ook omdat bij een inbreuk op de privacy, anders dan bij een aantasting van de goede naam, de aannemelijkheid van het bericht veelal minder wezenlijk is voor het vaststellen van de onrechtmatigheid. Bij een inbreuk op de privacy is het wel weer van groot belang of de overheid de gegevens in eerste instantie zelf heeft openbaar gemaakt.

9 Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt dat de zorgvuldigheid van het onderzoek een belangrijke rol speelt bij het beoordelen van de onrechtmatigheid van bepaalde publicaties (zie *Onrechtmatige Daad*, losbl. 'Aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon', bew. G.A.I. Schuijt, aant. 43-48, 71; vgl. ook M. Bulk, *Rectificatie en uitingsvrijheid* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1998, p.164 e.v.). Dat ligt ook voor de hand daar het met zekerheid vaststellen van de waarheid vaak een onmogelijke opgave is. Voor het antwoord op de vraag of nader onderzoek vereist is, kan het van belang zijn of de overheid 'de bron' is. Volgens de Hoge Raad gaf het oordeel dat een journalist niet een nader onderzoek naar de gegrondheid van de opmerkingen van een politierechter op een terechtzitting gedaan hoefde in te stellen, alvorens tot publicatie over te gaan, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (HR 12 juni 1992, *NJ* 1992, 554, Mr.Y).

10 Het door het EHRM geformuleerde beginsel heeft een bredere strekking. De pers weet nu dat zij in beginsel mag vertrouwen op de inhoud van rapporten van de overheid. De kracht van dit beginsel hangt echter af van de omstandigheden. Een casus mag dat verduidelijken. De lezer herinnere zich de zaak Van de Bunt (Rb. Arnhem 1 april 1999, *Mediaforum* 1999-5, nr. 27, m.nt. A.J. Nieuwenhuis). Deze had ten behoeve van de parlementaire onderzoekscommissie naar de opsporingsmethoden van politie en justitie een onderzoeksrapport geschreven, dat als bijlage bij het verslag van de enquêtecommissie werd gepubliceerd. Van de Bunt beschrijft in zijn rapport een verwijtbaar bij de georganiseerde criminaliteit betrokken advocaat. De naam wordt niet genoemd, maar hij blijkt wel herkenbaar beschreven. *De Telegraaf* bericht op grond van het rapport over de advocaat en zet zijn naam in de kop van het artikel. In de redenering van het EHRM zou er in dat geval eerder sprake zijn van een 'persoonsgerichte aanval', zodat het door het Hof geformuleerde beginsel, dat de pers mag vertrouwen op de inhoud van officiële rapporten, niet de doorslag hoeft te geven. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat de publicatie dus onrechtmatig was. Overigens sprak de betreffende advocaat onderzoeker Van de Bunt aan, zodat dergelijke vragen zich niet voordeden.

Nr. 43 Sürek vs. Türkiye (no. 2)

EHRM 8 juli 1999

(Application no. 24122/94)

This judgment is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the official reports of selected judgments and decisions of the Court.

In the case of **Sürek v. Turkey** (no. 2), The European Court of Human Rights, sitting, in accordance with Article 27 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ('the Convention') as amended by Protocol No. 11 to the Convention and the relevant provisions of its Rules of Court, as a Grand Chamber composed of the following judges:

Mr L. Wildhaber, *President*, Mrs E. Palm, Mr A. Pastor Ridruejo, Mr G. Bonello, Mr J. Makarczyk, Mr P. Kuris, Mr J.-P. Costa, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Stráznická, Mr M. Fischbach, Mr V. Butkevych, Mr J. Casadevall, Mrs H.S. Greve, Mr A. B. Baka, Mr R. Maruste, Mr K. Traja, Mr F. Gölcüklü, *ad hoc judge*, and also of Mr P.J. Mahoney and Mrs M. de Boer Buquicchio, *Deputy Registrars*,

Having deliberated in private on 4 March and 16 June 1999,
Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

Procedure

1 The case was referred to the Court, as established under former Article 19 of the Convention, by the European Commission of Human Rights ('the Commission') on 17 March 1998, within the three-month period laid down by former Articles 32§1 and 47 of the Convention. It originated in an application (no.24122/94) against the Republic of Turkey lodged with the Commission under former Article 25 by a Turkish national, Mr Kamil Tekin Sürek, on 9 March 1994.

The Commission's request referred to former Articles 44 and 48 of the Convention and to the declaration whereby Turkey recognised the compulsory jurisdiction of the Court (former Article 46). The object of the request was to obtain a decision as to whether the facts of the case disclosed a breach by the respondent State of its obligations under Articles 6§1 and 10 of the Convention.

2 In response to the enquiry made in accordance with Rule 33§3 (d) of the former Rules of Court A1, the applicant stated that he wished to take part in the proceedings and designated the lawyer who would represent him (former Rule 30). Mr R. Bernhardt, President of the Court at the time, subsequently authorised the applicant's lawyer to use the Turkish language in the written procedure (former Rule 27§3). At a later stage, Mr L. Wildhaber, President of the new Court, authorised the applicant's lawyer to use the Turkish language in the oral proceedings (Rule 36§5).

3 As President of the Chamber which had originally been constituted (former Article 43 of the Convention and former Rule 21) in order to deal in particular with procedural matters that might arise before the entry into force of Protocol No. 11, Mr Bernhardt, acting through the Registrar, consulted the Agent of the Turkish Government ('the Government'), the applicant's lawyer and the Delegate of the Commission on the organisation of the written procedure. Pursuant to the order made in consequence, the Registrar received the applicant's and the Government's memorials on 23 September and 14 October 1998 respectively. On 8 September 1998 the Government filed with the Registry additional information in support of their memorial and on 22 November 1998 the applicant filed further details of his claim for just satisfaction. On 26 February 1999 the Government filed observations on the applicant's claims for just satisfaction.

4 After the entry into force of Protocol No. 11 on 1 November 1998 and in accordance with Article 5§5 thereof, the case was referred to the Grand Chamber of the Court. On 22 October 1998 Mr Wildhaber had decided that, in the interests of the proper administration of justice, a single Grand Chamber should be constituted to hear the instant case and twelve other cases against Turkey, namely: *Karatas v. Turkey* (application no. 23168/94); *Arslan v. Turkey* (no. 23462/94); *Polat v. Turkey* (no. 23500/94); *Ceylan v. Turkey* (no. 23556/94); *Okçuoglu v. Turkey* (no. 24246/94); *Gerger v. Turkey* (no. 24919/94); *Erdogdu and Ince v. Turkey* (nos. 25067/94 and 25068/94); *Baskaya and Okçuoglu v. Turkey* (nos. 23536/94 and 24408/94); *Sürek v. Turkey* no. 1 (no. 26682/95); *Sürek and Özdemir v. Turkey* (nos. 23927/94 and 24277/94); *Sürek v. Turkey* no. 3 (no. 24735/94) and *Sürek v. Turkey* no. 4 (no. 24762/94).

5 The Grand Chamber constituted for that purpose included ex officio Mr R. Türmen, the judge elected in respect of Turkey (Article 27§2 of the Convention and Rule 24§4 of the Rules of Court), Mr Wildhaber, the President of the Court, Mrs E. Palm Vice-President of the Court, and Mr J.-P. Costa and Mr M. Fischbach, Vice-Presidents of Sections (Article 27§3 of the Convention and Rule 24§§3 and 5 (a)). The other members appointed to complete the Grand Chamber were Mr A. Pastor Ridruejo, Mr G. Bonello, Mr J. Makarczyk, Mr P. Kuris, Mrs F. Tulkens, Mrs V. Stráznická, Mr V. Butkevych, Mr J. Casadevall, Mrs H.S. Greve, Mr A.B. Baka, Mr R. Maruste, and Mrs S. Botoucharova (Rule 24§3 and Rule 100§4).

On 19 November 1998 Mr Wildhaber exempted Mr Türmen from sitting after his withdrawal from the case having regard to the decision of the Grand Chamber in the case of *Ogur v. Turkey* taken in accordance with Rule 28§4. On 16 December 1998 the Government notified the registry that Mr F. Gölcüklü had been appointed ad hoc judge (Rule 29§1).

Subsequently, Mr K. Traja replaced Mrs S. Botoucharova, who was unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24§5 (b)).

6 Pursuant to the invitation of the Court (Rule 99), the Commission delegated one of its members, Mr D. Svábý, to take part in the consideration of the case before the Grand Chamber. The Commission subsequently informed the Registry that the Commission would not be represented at the oral hearing. On 16 February 1999 the Delegate filed his written pleadings on the case with the Registry.

7 In accordance with the President's decision, a hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 March 1999, the case being heard simultaneously with the case of *Sürek and Özdemir v. Turkey*. The Court had held a preparatory meeting beforehand.

There appeared before the Court:

(a) *for the Government* Mr D. Tezcan, Agent, Mrs D. Akcay, co-Agent, Mr B. Çaliskan, Miss G. Akyüz, Miss A. Günyaktı, Mr F. Polat, Miss A. Emüler, Mrs I. Batmaz Keremoglu, Mr B. Yildiz, Mr Y. Özbek, Advisers;
(b) *for the applicant* Mr H. Kaplan, Istanbul Bar, Advocate.

The Court heard addresses by Mr Tezcan and Mr Kaplan.

As to the Facts

I The Circumstances of the Case

A The applicant

8 The applicant is a Turkish citizen who was born in 1957 and lives in Istanbul.

9 At the material time, the applicant was the major shareholder in Deniz Basın Yayın Sanayi ve Ticaret Organizasyon, a Turkish limited liability company which owns a weekly review entitled *Haberde Yorumda Gerçek* ('The Truth of News and Comments'), published in Istanbul.

B The impugned news report

10 The issue dated 26 April 1992 contained a news report providing information given at a press conference by a delegation – which included two former Turkish parliamentarians Leyla Zana and Orhan Dogan, Lord Avebury and a member of the Anglican Church – on its visit to Sirmak village, in the wake of tensions in the area.

The news report included an article reporting the Governor of Sirmak as having told the delegation that the Sirmak Chief of Police had given an order to open fire on the people.

It further rendered a dialogue between Leyla Zana, Orhan Dogan and İsmet Yediylidiz, a Gendarmerie Commander.

The relevant part of the report read: '*Gendarmerie Regiment Commander İsmet Yediylidiz:*

"Your blood would not quench my thirst..."

While the British delegation and Diyarbakir MP Leyla Zana, Sirmak MP Orhan Dogan and Bismil District Governor Mehmet Kurdoğlu managed to persuade the people of Tepe village, which was blockaded by the security forces, after talking to them for a while and telling them that permission had been obtained for them to get the bodies of their dead, an interesting conversation took place between Diyarbakir Security Director Ramazan Er and Gendarmerie Regiment Commander İsmet Yediylidiz.

The conversation between the MPs Leyla Zana and Orhan Dogan on the one hand and Colonel İsmet Yediylidiz on the other hand was recounted by Leyla Zana as follows:

Colonel Yediylidiz: '*What business do you have here? There had been nobody here until you arrived. You have come and stirred things up again*'.

Leyla Zana: '*No, Sir. The situation had been extremely tense before we arrived. We have come with the District Governor and are trying to calm*

down the tension here. Here is the District Governor.'

Colonel Yediyildiz: 'No, that's not true. We saw when we were flying by helicopter that there was nobody here before. People gathered when you arrived.'

Orhan Dogan: 'No, you can ask the District Governor if you like.' (Meanwhile, District Governor Mehmet Kurdoglu was also being told off.)

Colonel Yediyildiz: 'Do you know who these dead people are?'

Orhan Dogan: 'Yes, they are our children, the children of all of us.'

Colonel Yediyildiz: 'No, these are not our children, they are your children.'

Orhan Dogan: 'But my Colonel ...'

Colonel Yediyildiz: 'Do not call me your colonel. I am not your colonel. Your blood would not quench my thirst. You should also be honest and freely admit that my blood would not quench your thirst. Right now I could kill you like a rat. Your death would give us pleasure. Your blood would not quench my thirst.'

Leyla Zana: 'If the problem can be solved by killing us, then here are our people; let's go among them and you kill us and this problem is solved.'

Colonel Yediyildiz: 'No, I would not kill you now. I would kill you after disgracing you in the eyes of the people.'

C The charges against the applicant

11 On 29 May 1992 the Public Prosecutor at the Istanbul National Security Court (Istanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi) charged the applicant, being the owner of the review, with revealing the identity of officials mandated to fight terrorism and thus rendering them terrorist targets. The charges were brought under section 6 of the Prevention of Terrorism Act 1991 ('the 1991 Act'; see paragraph 16 below).

12 In the proceedings before the Istanbul National Security Court the applicant denied the charges and advanced the following arguments in his defence. The news report had been published with the aim of informing the public of the events which had occurred during the 1992 Newroz celebrations. It had been based on a joint press declaration by former deputies Leyla Zana and Orhan Dogan and an English delegation, during their visit to south-east Turkey. By virtue of the fact that section 6 of the 1991 Act contained an absolute prohibition on the disclosure and dissemination of the identity of officials appointed to fight terrorism, it enabled officials to abuse their authority, violate the law and subject citizens to ill-treatment. The right to receive and impart information, including information concerning acts of officials, was fundamental in a democratic society. Section 6 of the 1991 Act contravened not only the Turkish Constitution but also Article 10 of the Convention.

D The applicant's conviction

13 In a judgment of 2 September 1993 the National Security Court convicted the applicant under section 6 of the 1991 Act and sentenced him to pay a fine of 54,000,000 Turkish lira. It noted that the news report had contained an allegation to the effect that the Governor of Sirnak had stated to the visiting delegation that the Sirnak Chief of Police had given an order to open fire on the people. It had further affirmed that a gendarme commander had stated to Orhan Dogan in Leyla Zana's presence '[y]our death would give us pleasure. Your blood would not quench my thirst'. By having disclosed the identity of these officials, the publication had rendered them targets for terrorist attack.

E The applicant's appeal against conviction and subsequent proceedings

14 The applicant appealed, reiterating his defence before the National Security Court. He also argued that the press declaration at issue had already been reported in other newspapers and magazines and that the incriminated news report had added nothing to these.

15 On 10 December 1993 the Court of Cassation dismissed the appeal. It upheld the cogency of the National Security Court's assessment of the evidence and its reasoning for rejecting the applicant's defence.

II Relevant domestic law

A The criminal law

The Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713 of 12 April 1991) 1

16 The relevant provisions of the Prevention of Terrorism Act 1991 read as follows:

Section 6

'It shall be an offence, punishable by a fine of from five million to ten million Turkish liras, to announce, orally or in the form of a publication, that terrorist organisations will commit an offence against a specific person, whether or not that person's ... identity is divulged, provided that

it is done in such a manner that he or she may be identified, or to reveal the identity of civil servants who have participated in anti-terrorist operations or to designate any person as a target.

It shall be an offence, punishable by a fine of from five million to ten million Turkish liras, to print or publish declarations or leaflets emanating from terrorist organisations.

...

Where the offences contemplated in the above paragraphs are committed through the medium of periodicals within the meaning of section 3 of the Press Act (Law no. 5680), the publisher shall also be liable to a fine equal to ninety per cent of the income from the average sales for the previous month if the periodical appears more frequently than monthly, or from the sales of the previous issue if the periodical appears monthly or less frequently, or from the average sales for the previous month of the daily newspaper with the largest circulation if the offence involves printed matter other than periodicals or if the periodical has just been launched.² However, the fine may not be less than fifty million Turkish liras. The editor of the periodical shall be ordered to pay a sum equal to half the fine imposed on the publisher.'

B The National Security Courts

17 The relevant provisions of domestic law governing the organisation and procedure of the National Security Court are quoted in paragraphs 32-33 of the Sürek no. 1 v. Turkey judgment, which is being delivered on the same date as the present judgment.

Proceedings before the Commission

18 Mr Kamil Tekin Sürek applied to the Commission on 9 March 1994. He complained that his conviction and sentence constituted an unjustified interference with his right to freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention and that his case had not been heard by an independent and impartial tribunal, in breach of Article 6§1 of the Convention. He also maintained that the criminal proceedings against him had not been concluded within a reasonable time, which gave rise to a separate violation of Article 6§1.

19 The Commission declared the application (no. 24122/94) admissible on 2 September 1996, with the exception of the applicant's Article 6§1 complaint relating to the length of the criminal proceedings in his case. In its report of 13 January 1998 (former Article 31), it expressed the opinion that there had been no violation of Article 10 of the Convention (23 votes to 9) and that there had been a violation of Article 6§1 (31 votes to 1). The full text of the Commission's opinion and of the two separate opinions contained in the report is reproduced as an annex to this judgment I.

Final submissions to the Court

20 The applicant requested the Court to find the respondent State in breach of its obligations under Articles 6§1 and 10 of the Convention and to award him just satisfaction under Article 41.

The Government for their part invited the Court to reject the applicant's complaints.

As to the law

I Alleged violation of article 10 of the Convention

21 The applicant alleged that the authorities had unjustifiably interfered with his right to freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention, which provides:

'1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.'

22 The Government maintained that the interference with the applicant's right to freedom of expression was justified under the provisions of the second paragraph of Article 10. The Commission agreed with the Government on this point.

A Existence of an interference

23 The Court notes that it is clear, and this has not been disputed, that there has been an interference with the applicant's right to freedom of expression on account of his conviction and sentence under section 6 of the Prevention of Terrorism Act 1991 (hereinafter 'the 1991 Act').

B Justification of the interference

24 The interference contravened Article 10 unless it was 'prescribed by law', had one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 of Article 10 and was 'necessary in a democratic society' for achieving such aim or aims. The Court will examine each of these criteria in turn.

1 'Prescribed by law'

25 It was not disputed that the interference had a legal basis in section 6 of the 1991 Act and was thus 'prescribed by law' within the meaning of Article 10§2 of the Convention. The Court does not see any reason for arriving at a contrary conclusion.

2 Legitimate aim

26 The applicant did not dispute that the interference pursued a legitimate aim under the second paragraph of Article 10 of the Convention.

27 The Government submitted that the measures had been imposed in the interests of national security and territorial integrity.

28 The Commission was of the opinion that the applicant's conviction and sentence for the disclosure of the identities of certain officials pursued the legitimate aim of protection of the rights of others. The Commission left it open whether other aims, such as the protection of national security and public safety, were relevant.

29 The Court, having regard to the sensitivity of the security situation in south-east Turkey (see the *Zana v. Turkey* judgment of 25 November 1997, Reports 1997-VII, p. 2547, §§19 and 50) and to the need for the authorities to take particular steps to protect public officials involved in the fight against terrorism from being targeted for terrorist attack, considers that the contested measures can be said to have been taken in the interest of national security and territorial integrity and for the protection of the rights of others, which are legitimate aims under Article 10§2 of the Convention.

3 'Necessary in a democratic society'

(a) Arguments of those appearing before the Court

(i) The applicant

30 The applicant complained that although he was the owner of the review with no editorial responsibility for its content, he had nonetheless been punished under section 6 of the 1991 Act for the disclosure of the names of the public officials in question. He submitted that the impugned data had formed part of an objective news report aimed at providing the public with information given at a press conference by a delegation of public figures, in the wake of certain tensions at Sirnak in 1992. The publication did not praise the PKK. Nor did the review or the applicant himself have any links with that organisation. Finally, he stressed that the press declaration at issue had already been reported in other newspapers and that the incriminated news report added nothing to these reports.

(ii) The Government

31 The Government maintained that the news report published by the applicant had contained unfounded accusations which, by virtue of the disclosure of the identity of certain officials involved in the fight against terrorism, had put their lives at danger from terrorist attack.

As the owner of the review the applicant had participated in the dissemination of separatist propaganda by publishing a news report which, by attempting in a veiled but nonetheless obvious manner to vindicate a terrorist organisation, threatened fundamental interests of the national community such as territorial integrity, national unity and security and the prevention of crime and disorder. In the Government's submission, separatist propaganda inevitably incites to violence and provokes hostility among the various groups in Turkish society, thus endangering human rights and democracy.

In the Government's view the measures taken against the applicant did were within the authorities' margin of appreciation in relation to the type of activity which endangers the vital interests of the State and the taking of these measures in the instant case found its justification under paragraph 2 of Article 10.

(iii) The Commission

32 The Commission observed that, bearing in mind the general tension

and the level of terrorism and violence occurring in south-east Turkey, the officials engaged in State action against terrorist groups in that area were frequently exposed to serious risks and therefore a high degree of protection was required. According to the findings of the National Security Court, the disclosure of the identities of the officials concerned had made them possible targets of terrorist attack. In the Commission's opinion, the incriminated news report, which in itself might have contained information of public interest, could well have been published without disclosure of the identities of the two officials concerned. It concluded that there had been no violation of Article 10 in the circumstances of the case.

(b) The Court's assessment

33 The Court reiterates the fundamental principles underlying its judgments relating to Article 10, as set out in, for example, its *Zana v. Turkey* judgment (cited above, pp. 2547-48, §51) and in its *Fressoz and Roire v. France* judgment of 21 January 1999 (Reports 1999-, p. ..., §45) [*zie Mediaforum 1998-2, nr. 6 en Mediaforum 1999-3, nr. 14, bew.*]

(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, 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'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.

(ii) The adjective 'necessary', within the meaning of Article 10§2, implies the existence of a 'pressing social need'. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must look at the interference in the light of the case as a whole, including the content of the impugned statements and the context in which they were made. In particular, it must determine whether the interference in issue was 'proportionate to the legitimate aims pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient'. In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts.

34 The Court further recalls 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 (see the *Wingrove v. the United Kingdom* judgment of 25 November 1996 Reports 1996-V, p. 1957, §58) [*zie Mediaforum 1997-2, p. B17 m. nt. T. Schiphof op p. 30, bew.*]. 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. Nevertheless, it certainly remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal-law nature, intended to react appropriately and without excess to such remarks (see the *Incal v. Turkey* judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1567, §54) [*zie Mediaforum 1998-7/8, nr. 34, bew.*]. Finally, where such remarks incite to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression.

35 Since the applicant was convicted of disclosing the identity of certain public officials through the medium of the review of which he was the owner, the impugned interference must also be seen in the context of the essential role of the press in ensuring the proper functioning of a political democracy (see among many other authorities, the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A, no. 103, p. 26, §41; and the above-mentioned *Fressoz and Roire* judgment, p. ..., §45). While the press must not overstep the bounds set, inter alia, for the protection of vital interests of the State such as national security or territorial integrity against the threat of violence or the prevention of disorder or crime, it is nevertheless incumbent on the press to impart information and ideas on political issues, including divisive ones. Not only has the press the task of imparting such information and ideas; the public has a right to receive them. Freedom of the press affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders (see the above-mentioned *Lingens* judgment, p. 26 §41-42).

36 The Court notes that the applicant's conviction and sentence had been imposed on the ground that his review had published a news report identifying certain officials with certain statements suggesting misconduct on their part. While it is true that the applicant did not personally associate himself with the information contained in the news report, the Court does not accept his argument that he should be exonerated from any criminal liability for their contents on account of the fact that he only had a commercial and not an editorial relationship with the review. He was an owner and as such had the power to shape the editorial direction of the review. For that reason, he was vicariously subject to the 'duties and responsibilities' which the review's editorial and journalist staff undertake in the collection and dissemination of information to the public and which assume an even greater importance in situations of conflict and tension.

37 The applicant's conviction and sentence related, in the first place, to the fact that his publication had reported the Governor of Sirnak to have affirmed that the Sirnak Chief of Police had given order to open fire against the people. Secondly, it had quoted Leyla Zana, a former parliamentarian, as having stated that a named Gendarme Commander had told Orhan Dogan, also a former parliamentarian, that '[y]our death would give us pleasure. Your blood would not quench my thirst' (see paragraph 10 above).

Thus, the wording of the statements clearly implied serious misconduct on the part of the police and gendarme officers in question. Although the statements were not presented in a manner which could be regarded as incitement to violence against the officers concerned or the authorities, they were capable of exposing the officers to strong public contempt. Moreover, the news report was published in the context of the security situation in south-east Turkey, where since approximately 1985 serious disturbances have raged between the security forces and the members of the PKK involving a very heavy loss of life and the imposition of emergency rule in much of the region (see the above-mentioned Zana judgment, p. 2539, §10).

38 In the light of the foregoing, the Court sees no reason to doubt that the applicant's conviction and sentence were supported by reasons which were relevant for the purposes of the necessity test under paragraph 2 of Article 10.

39 As regards the further question whether the reasons relied on could also be considered sufficient, the Court observes that the contested interference related to journalistic reporting of statements made by certain politicians to the press concerning their visit to an area of Turkey where tensions had occurred (see the Jersild v. Denmark judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 23, §31) [*zie Mediaforum 1994-11/12, p. B101-B107, bew.*]. The impugned news report simply reiterated what a police officer and a gendarme officer were said to have ordered or affirmed on specific occasions. Assuming that the assertions were true, the Court considers that, in view of the seriousness of the misconduct in question, the public had a legitimate interest in knowing not only the nature of the conduct but also the identity of the officers. However, the defences of truth (see the Castells v. Spain judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, p. 24, §§47-48) [*zie Mediaforum 1992-10, p. B69-B76, bew.*] and public interest could not have been pleaded under the relevant Turkish law.

40 Furthermore, it is undisputed that the press declaration on which the news report was based had already been reported in other newspapers and that the incriminated news coverage added nothing to those reports. Nor has it been submitted that other newspapers were prosecuted in respect of publication of information derived from the said declaration (see the Weber v. Switzerland judgment of 22 May 1990, Series A no. 177, p. 23, §51). At the time of the publication of the news report in the present case, the information in issue, identifying specific police and gendarme officers with serious misconduct, was already in the public domain. Thus, the interest in protecting the identity of the officers concerned had been substantially diminished and the potential damage which the restriction was aimed at preventing had already been done (see the Observer and Guardian and the Sunday Times (no. 2) judgments of 26 November 1991, respectively Series A no. 216, pp. 34-35, §§69-71; and Series A no. 217, pp. 30-31, §§54-56).

41 Finally, the Court considers that the conviction and sentence were capable of discouraging the contribution of the press to open discussion on matters of public concern.

42 In the light of the above, the Court does not find that the objective of the Government in protecting the officers in question against terrorist attack was sufficient to justify the restrictions placed on the applicant's right to freedom of expression under Article 10 of the Convention. In the absence of a fair balance between the interests in protecting the freedom

of the press and those in protecting the identity of the public officials in question, the interference complained of was disproportionate to the legitimate aims pursued. There has therefore been a breach of Article 10 of the Convention in the present case.

II Alleged violation of article 6§1 of the Convention

[*overweging 43-53 niet opgenomen, bew.*]

54 For these reasons the Court finds that there has been a breach of Article 6§1.

III Application of article 41 of the Convention

55 The applicant claimed compensation for pecuniary and non-pecuniary damage as well as reimbursement of costs and expenses incurred in the domestic and Convention proceedings. Article 41 of the Convention provides:

'If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.'

A Pecuniary damage

56 The applicant claimed the sum of 100,000 French francs (FRF) by way of compensation for the fine imposed on him and paid (see paragraph 13 above). The amount claimed included interest accrued, took account of the high rate of inflation in the respondent State and was calculated on the basis of an exchange rate from 1992.

57 The Government maintained that the sum claimed by the applicant was exorbitant having regard to the fact that the applicant was only fined 54,000,000 Turkish liras and he was allowed to pay the fine in monthly instalments.

58 The Delegate of the Commission did not comment.

59 The Court cannot speculate as to what the outcome of proceedings compatible with Article 6§1 would have been, but has found that the respondent State is in breach of Article 10 on account of the applicant's conviction and sentence. Having regard to the rates of exchange during the relevant period, it considers that in the circumstances the applicant should be awarded FRF 13,000 in respect of pecuniary damage.

B Non-pecuniary damage

60 The applicant claimed that as a lawyer his career had been blighted on account of the fact that he has a conviction recorded against him for an offence of terrorism. He requested the Court to award him the sum of FRF 80,000 by way of compensation for moral damage.

61 The Government argued that if the Court were minded to find a violation in this case that finding would constitute in itself sufficient just satisfaction under this head.

62 The Delegate of the Commission did not comment on this limb of the applicant's claim either.

63 The Court considers that the applicant may be taken to have suffered distress on account of the facts of the case. Making an assessment on an equitable basis, as required by Article 41 of the Convention, the Court awards the applicant in compensation the sum of FRF 30,000 under this head.

C Costs and expenses

64 The applicant claimed the legal costs and expenses (translation, postal, communications and travel expenditure) which he incurred in the proceeding before the domestic courts and the Convention institutions. He assessed these at 50,000 FRF. As to the proceedings before the Commission and Court he stated that his lawyer's fees were based on the Turkish Bar Association's minimum rate scales. The applicant added that the total amount claimed took account of the high level of inflation in Turkey and was based on current exchange rates.

65 The Government stated that the amount claimed was exaggerated in comparison with fees earned by Turkish lawyers in the domestic courts and had not been properly justified. The case was simple and had not required much effort on the part of the applicant's lawyer who had dealt with it throughout the proceedings in his own language. They cautioned against the making of an award which would only constitute a source of

unjust enrichment having regard to the socio-economic situation in the respondent State.

66 The Delegate of the Commission did not comment.

67 The Court notes that the applicant's lawyer has been associated with the preparation of other cases before the Court concerning complaints under Articles 6 and 10 of the Convention which are based on similar facts. Deciding on an equitable basis and according to the criteria laid down in its case-law (see, among many other authorities, the above-mentioned *Nikolova v. Bulgaria* judgment Reports 1999-... p. ..., §79), the Court awards the applicant the sum of FRF 15,000.

D Default interest

68 The Court deems it appropriate to adopt the statutory rate of interest applicable in France at the date of adoption of the present judgment which, according to the information available to it, is 3.47 % per annum.

For these reasons, the Court

1 Holds by sixteen votes to one that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

2 Dismisses unanimously the Government's preliminary objection concerning the exhaustion of domestic remedies in relation to the applicant's complaint under Article 6§1 of the Convention;

3 Holds by sixteen votes to one that there has been a violation of Article 6§1 of the Convention;

4 Holds by sixteen votes to one

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following sums, to be converted into Turkish liras at the rate applicable on the date of settlement:

(i) 13,000 (thirteen thousand) French francs in respect of pecuniary damage;

(ii) 30,000 (thirty thousand) French francs in respect of non-pecuniary damage;

(iii) 15,000 (fifteen thousand) French francs in respect of costs and expenses;

(b) that simple interest at an annual rate of 3.47 % shall be payable on these sums from the expiry of the above-mentioned three months until settlement; 5. Dismisses unanimously the remainder of the applicant's claims for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 8 July 1999.

A declaration by Mr Wildhaber and, in accordance with Article 45§2 of the Convention and Rule 74§2 of Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) concurring opinion of Mr Bonello;

(b) dissenting opinion of Mr Gölcüklü

[*niet opgenomen, bew.*]

Concurring opinion of Judge Bonello

I voted with the majority to find a violation of Article 10, but I do not endorse the primary test applied by the Court to determine whether the interference by the domestic authorities with the applicant's freedom of expression was justifiable in a democratic society.

Throughout these, and previous Turkish freedom-of-expression cases in which incitement to violence was an issue, the common test employed by the Court seems to have been this: if the writings published by the applicant supported or instigated the use of violence, then his conviction by the national courts was justifiable in a democratic society. I discard this yardstick as insufficient.

I believe that 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'. 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 generally prevail.

I borrow what one of the mightiest constitutional jurists of all time had to say about words which tend to destabilise law and order: 'We should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country' (Justice Oliver Wendell Holmes in *Abrahams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) at 630.)

The guarantee of freedom of expression does not permit a state to forbid or proscribe advocacy of the use of force except when such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawlessness and is likely to

incite or produce such action (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) at 447.). It is a question of proximity and degree (*Schenk v. United States*, 294 U.S. 47 (1919) at 52).

In order to support a finding of clear and present danger which justifies restricting freedom of expression, it must be shown either that immediate serious violence was expected or was advocated, or that the past conduct of the applicant furnished reason to believe that his advocacy of violence would produce immediate and grievous action (*Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927) at 376).

It is not manifest to me that any of the words with which the applicant was charged, however pregnant with mortality they may appear to some, had the potential of imminently threatening dire effects on the national order. Nor is it manifest to me that instant suppression of those expressions was indispensable for the salvation of Turkey. They created no peril, let alone a clear and present one. Short of that, the Court would be subsidising the subversion of freedom of expression were it to condone the conviction of the applicant by the criminal courts.

In summary 'no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose, through discussion, the falsehood and the fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence' (Justice Louis D. Brandies, in *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927) at 377).

Uit Sürek vs. Turkije (no. 1):

Application 26682/95, EHRM 8 juli 1999
[...]

As to the facts

I The circumstances of the case

A The applicant

8 The applicant is a Turkish citizen who was born in 1957 and lives in Istanbul.

9 At the material time, the applicant was the major shareholder in Deniz Basin Yayın Sanayi ve Ticaret Organizasyon, a Turkish limited liability company which owns a weekly review entitled *Haberde Yorumda Gerçek* (The Truth of News and Comments), published in Istanbul.

B The impugned articles

10 In issue No. 23 dated 30 August 1992, two readers' articles, entitled 'Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez' (Weapons cannot win against freedom) and 'Suç Bizim' (It is our fault), were published.

11 The articles read as follows (translation):

(a) 'Weapons cannot win against freedom

In the face of the escalating war of national liberation in Kurdistan, the fascist Turkish army continues to carry out bombings. The 'Sırnak massacre' which Gerçek journalists revealed at the cost of great self-sacrifice has been another concrete example of this week.

The brutalities in Kurdistan are in fact the worst that have been experienced there in the past few years. The massacre carried out in Halepçe in Southern Kurdistan by the reactionary BAAS administration is now taking place in Northern Kurdistan. Sırnak is inconcrete proof of it. By causing provocation in Kurdistan, the Turkish Republic was heading for a massacre. Many people were killed. In a 3-day attack with tanks, shells and bombs, Sırnak was razed to the ground.

And the bourgeois press, en masse, wrote about the slaughter. And as the bourgeois press has said, there are indeed scores of 'unanswered' questions to be asked. As to Sırnak, the attack on Sırnak is the most effective form of the campaign that is being waged throughout Turkey to eradicate the Kurds. Fascism will follow it up with many more Sırnaks. But the struggle of our people for national freedom in Kurdistan has reached a point where it can no longer be thwarted by bloodshed, tanks and shells. Every attack launched by the Turkish Republic to wipe out the Kurds intensifies the struggle for freedom. The bourgeoisie and its toadying press, which draw attention every day to the brutalities in Bosnia-Herzegovina, fail to see the brutalities committed in Kurdistan. Of course, one can hardly expect reactionary fascists who call for a halt in the brutalities in Bosnia-Herzegovina to call for a halt in the brutalities in Kurdistan.

The Kurdish people, who are being torn from their homes and their fatherland, have nothing to lose. But they have much to gain.'

(b) 'It is our fault

The TC1 murder gang is continuing its murders... on the grounds of "protecting the Republic of Turkey". But as people wake up to what is

happening and become more aware, as they gradually learn to stand up for their rights and the idea that "if they won't give, then we'll take by force" gradually germinates in people's minds and grows stronger day by day – as long as this continues, the murders will obviously also continue... Beginning of course with those who planted the seed in people's minds – according to the generals, imperialism's hired killers, and according to the double-chinned, pot-bellied, stiff-necked Turguts, Süleymans and Bülents... Hence the events of 12 March, hence the events of 12 September... Hence the gallows, hence the prisons, hence the people sentenced to 300 or 400 years. Hence the people murdered in the torture rooms "in order to protect the Republic of Turkey". Hence the Mazlum Dogans exterminated in Diyarbakir Prison... Hence the Revolutionaries recently officially assassinated... The TC murder gang is continuing – and will continue – to commit its murders. Because the awakening of the people is like a flood of enthusiasm... Hence Zonguldak, hence the municipal workers, hence the public service employees... Hence Kurdistan. Can the "murder gangs" stop that flood? There may be some who see the title of this letter and wonder what on earth it has to do with the text. The "hired killers" of imperialism, i.e. the authors of the 12 September coup d'état, and their successors of yesterday and today, those who are still looking for "democracy", who in the past participated in one way or another in the struggle for democracy and freedom, who now covertly or openly criticise their past actions, who confuse the masses and present the parliamentary system and the rule of law as the means of salvation, give the green light to the killings of the TC murder gang. I am addressing the "faithful servants" of imperialism and its hardened spokesman (men), the one(s) who said some time ago "You won't get me to say that the nationalists commit crimes"¹, who say(s) today "Those are not what we call journalists", who say(s) "Who's against demonstrations? Who's against claiming one's rights? Of course they can hold a march... They're my workers, my peasants, my public employees", but then has (have) the public employees who march to Ankara beaten up in the very heart of the city and say(s) afterwards "The police did the right thing", and who postpone(s) strikes for months on end. I am addressing the blabbers, the deserters and the charlatans who are stirring up the reactionary consciousness of the masses, who try to judge these people by their attitude towards Kurdistan and try to work out how "democratic" they are. The guilt of the murder gang is proven. It is through flesh and blood experience that people are beginning to see it and realise it. But what about the guilt of the charlatans, the ones who are thwarting the struggle for democracy and freedom... Yes, what about their guilt... They have their share in the killings by the murder gang... May their "union" be a happy one!

[...]

As to the law

[...]

60 The Court notes that the applicant's review published two letters which had been submitted by readers. These letters vehemently condemned the military actions of the authorities in south-east Turkey and accused them of brutal suppression of the Kurdish people in their struggle for independence and freedom (see paragraph 11 above). The letter entitled 'Weapons cannot win against freedom' makes reference to two massacres which the writer claims were intentionally committed by the authorities as part of a strategic campaign to eradicate the Kurds. It concludes by reaffirming the Kurds' determination to win their freedom. The second letter, 'It is our fault', alleges that the institutions of the Republic of Turkey connived in imprisonment, torture and killing of dissidents in the name of the protection of democracy and the Republic. The Istanbul National Security Court found that the charge against the applicant under section 8 of the 1991 Act was proven (see paragraph 14 above). The court held that the impugned letters contained words which were aimed at the destruction of the territorial integrity of the Turkish State by describing areas of south-east Turkey as an independent State, 'Kurdistan', and the PKK as a national liberation movement (see paragraph 15 above).

61 In assessing the necessity of the interference in the light of the principles set out above (see paragraphs 58 and 59), the Court recalls 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 (see the *Wingrove v. the United Kingdom* judgment of 25 November 1996, Reports 1996-V, p. 1957, §58). Furthermore, the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. Moreover, 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. Nevertheless, it certainly remains open to the competent State authorities to adopt, in their

capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal-law nature, intended to react appropriately and without excess to such remarks (see the *Incal v. Turkey* judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1567, §54). Finally, where such remarks incite to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression.

62 The Court will have particular regard to the words used in the letters and to the context in which they were published. In this latter respect it will take into account the background to cases submitted to it, particularly the problems linked to the prevention of terrorism (see the above-mentioned *Incal v. Turkey* judgment, p. 1568, §58).

It notes in the first place that there is a clear intention to stigmatise the other side to the conflict by the use of labels such as 'the fascist Turkish army', 'the TC murder gang' and 'the hired killers of imperialism' alongside references to 'massacres', 'brutalities' and 'slaughter'. In the view of the Court 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. Furthermore, it is to be noted that the letters were published in the context of the security situation in south-east Turkey, where since approximately 1985 serious disturbances have raged between the security forces and the members of the PKK involving a very heavy loss of life and the imposition of emergency rule in much of the region (see the above-mentioned *Zana* judgment, p. 2539, §10). In such a context the content of the letters must be seen as capable of inciting to further violence in the region by instilling a deep-seated and irrational hatred against those depicted as responsible for the alleged atrocities. 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.

It must also be observed that the letter entitled 'It is our fault' identified persons by name, stirred up hatred for them and exposed them to the possible risk of physical violence (see paragraph 11 above). It is in this perspective that the Court finds that the reasons given by the authorities for the applicant's conviction with their emphasis on the destruction of the territorial integrity of the State (see paragraph 15 above) are both relevant and sufficient to ground an interference with the applicant's right to freedom of expression. The Court reiterates that the mere fact that 'information' or 'ideas' offend, shock or disturb does not suffice to justify that interference (see paragraph 58 above). What is in issue in the instant case, however, is hate speech and the glorification of violence.

63 While it is true that the applicant did not personally associate himself with the views contained in the letters, he nevertheless provided their writers with an outlet for stirring up violence and hatred. The Court does not accept his argument that he should be exonerated from any criminal liability for the content of the letters on account of the fact that he only has a commercial and not an editorial relationship with the review. He was an owner and as such had the power to shape the editorial direction of the review. For that reason, he was vicariously subject to the 'duties and responsibilities' which the review's editorial and journalistic staff undertake in the collection and dissemination of information to the public and which assume an even greater importance in situations of conflict and tension.

64 In view of the above considerations the Court concludes that the penalty imposed on the applicant as the owner of the review could reasonably be regarded as answering a 'pressing social need' and that the reasons adduced by the authorities for the applicant's conviction are 'relevant and sufficient'.

It is also to be noted that the applicant first received a relatively modest fine of 166,666,666 Turkish liras, which was later halved to 83,333,333 Turkish liras (see paragraphs 14 and 18 above). The Court observes in this connection that the nature and severity of the penalty imposed are factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference.

65 For these reasons and having regard to the margin of appreciation which national authorities have in such a case, the Court considers that the interference at issue was proportionate to the legitimate aims pursued. There has consequently been no breach of Article 10 of the Convention in the circumstances of this case.

[*overwegingen 66-90, verklaring president Wildhaber en (partly) dissenting opinions niet opgenomen, bew.*]

Noot

Gerard Schuijt



1 Op 8 juli 1999 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak gedaan inzake vijftien klachten van Turken tegen hun regering wegens schending van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Dertien klachten betroffen schending van artikel 10, twee klachten betroffen het recht op leven.

In de meeste zaken werd ook geklaagd over schending van artikel 6 omdat de veroordeling van de klagers was uitgesproken door een Hof van Nationale Veiligheid. In al deze gevallen werd schending van artikel 6 aangenomen omdat het Hof van Nationale Veiligheid niet onafhankelijk en onpartijdig is, wegens deelname van een militair officier. Dat is, in het proces tegen Öcalan, door Turkije ter harte genomen, want het EHRM had Turkije al eerder daarvoor veroordeeld, namelijk in de zaak-Incal: EHRM 9 juni 1998, *Mediaforum* 1998-7/8, nr. 34. Opmerkelijk daarbij is de verklaring van de president van het Hof, dat hij thans –anders dan in de Incal-zaak– ook van mening is dat er schending van artikel 6 heeft plaats gehad. Ik laat dat verder buiten beschouwing, zoals ik ook niet inga op de klachten inzake artikel 2 en andere verdragsartikelen.

2 Van de dertien klachten over artikel 10 werden er elf –de ene keer unaniem, de andere keer door een meerderheid– gegrond bevonden. In slechts twee gevallen werd –door een meerderheid– geen schending van artikel 10 aangenomen. De klachten kwamen van journalisten, uitgevers, schrijvers, wetenschappers, vakbondsleiders, een dichter en een advocaat. Zij waren veroordeeld tot gevangenisstraffen, variërend van zes tot vierentwintig maanden en boetes wegens hun eigen publicaties – boeken, dichtbundel– of artikelen in kranten en tijdschriften. De zwaarte van de straffen wordt in de meeste gevallen door het Hof expliciet overwogen als omstandigheid die de beperking van de uitingsvrijheid disproportioneel maakt.

3 Uiteraard ging het steeds om de zaak van de Koerden. Een opmerking ten goede daarover en de Turkse regering ziet al gevaar voor de nationale veiligheid (en nationale eenheid) en zij schroomt niet de auteurs in de gevangenis te zetten. De zaken gaan dan ook over de vraag hoever de beperking van de uitingsvrijheid mag gaan in een democratische samenleving die in staat van oorlog is, zij het dan in oorlog met een vrijheidsbeweging.

4 Omdat alle klachten inzake schending van artikel 10 nogal met elkaar samenhangen had de president van het Hof één grote kamer samengesteld (zie r.o. 4). Dat had tot voordeel dat de structuur van de uitspraken in grote lijnen dezelfde is, alsook het beoordelingspatroon. Wij hebben daarom volstaan met de publicatie van slechts één zaak (met bovendien de weglating van de klacht over schending van artikel 6 van het verdrag; daarvoor zij verwezen naar de zaak-Incal). Van de andere zaken zijn hierboven slechts de feiten en de rechtsoverwegingen gepubliceerd van een van de twee zaken waarin het Hof tot de conclusie komt dat er géén schending is van artikel 10. Alle uitspraken van het Hof zijn integraal te vinden op <http://www.dhcour.coe.fr>.

5 Kern van het beoordelingspatroon van het EHRM in al deze zaken is te lezen in r.o. 33 en 34, in het bijzonder het slot van r.o. 34 van de hierboven gepubliceerde zaak-Süreks no. 2. Dat kan aldus worden samengevat. Als het gaat om ‘political speech’, geeft artikel 10 lid 2 weinig ruimte voor beperkingen van de uitingsvrijheid, maar ter bescherming van de openbare orde kunnen de lidstaten maatregelen nemen, zelfs van strafrechtelijke aard.

Waar echter uitingen aanzetten tot geweld tegen een individu of een overheidsdienaar of een deel van de bevolking, hebben de autoriteiten in een lidstaat een ruimere ‘margin of appreciation’ bij de beoordeling van de noodzaak de uitingsvrijheid in te perken. In die ruimere ‘margin of appreciation’ lag ook het verschil tussen de zaken Zana (aanzetten tot geweld, EHRM 25 november 1997, *Mediaforum* 1998-2, nr. 6) en Incal (geen aanzetten tot geweld).

Maar het is ook het criterium dat het Hof verdeeld houdt. Bij de meeste zaken zijn nagenoeg steeds twee ‘concurring opinions’ toegevoegd, een van de rechters Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall en Greve en een van Bonello. Palm c.s. wijzen er op, dat de meerderheid te veel gewicht hecht aan de vorm van de gebruikte woorden en onvoldoende aandacht heeft voor de context waarin zij gebruikt zijn. In een democratie horen strijdbare uitingen te worden beschermd. Het Hof zou zich volgens hen moeten afvragen of het de intentie van de gebezigde taal was om aan te zetten tot geweld en of er een reëel gevaar was dat zij dat ook zou doen. Had degene die de gewraakte woorden uitte een invloedrijke positie? In wat voor publicatie werden de uitingen gepubliceerd? Was de uiting ver weg van het centrum van geweld of ‘on its doorstep?’ ‘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’.

Rechter Bonello acht in zijn steeds weerkerende ‘concurring opinions’ sancties voor uitingen alleen gerechtvaardigd als de uitlating in staat is een ‘clear and present danger’ te scheppen. De Amerikaanse test derhalve (zie J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting. Vergelijkende aspecten Nederland-Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 194-201) en Bonello citeert daarvoor dan ook Amerikaanse rechtspraak: ‘No danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose, through discussion, the falsehood and the fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence’ (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) at 447). Het viel dan ook te verwachten dat in de twee zaken waarin de meerderheid géén schending van artikel 10 aanneemt –de zaken Sürek 1 en Sürek 3– dezelfde rechters van hun ‘dissenting opinion’ getuigen.

6 Kijken we naar de twee zaken waarin de meerderheid van het Hof oordeelt dat er géén schending van artikel 10 heeft plaats gehad, dan zien we m.i. de juistheid van de benadering van de minderheid. In de eerste zaak –hierboven in essentie weergegeven– gaat het om het afdrucken van twee ingezonden brieven en in de andere om een redactioneel commentaar. In de brieven wordt geschreven over de massamoorden en andere bruitheden begaan door het Turkse leger en in het commentaar wordt inderdaad gesproken van een vrijheidsstrijd en van een oorlog tegen de Turkse strijdkrachten. Enfin, men oordele zelf. De gewraakte artikelen zijn te vinden in r.o. 11 van de Sürek (no. 1) uitspraak.

7 In vijf van de dertien zaken is deze Sürek klager. Hij is de belangrijkste aandeelhouder van een vennootschap die het weekblad ‘De waarheid van nieuws en commentaren’ uitgeeft. Eenmaal werd hij veroordeeld samen met de hoofdredacteur. In de zaken waarin hij alleen klager was voerde hij aan dat hij slechts verantwoordelijk was voor de commerciële leiding en niet voor de redactionele inhoud. Dit wordt door het Hof niet geaccepteerd. Als eigenaar had hij volgens het Hof de macht de redac-

tionele richting van het blad te bepalen. Daarom was hij onderworpen aan de 'duties and responsibilities', waaraan de redactie van het blad is onderworpen bij het vergaren en verspreiden van informatie en die van grotere importantie worden in conflict- en spanningsituaties (r.o. 36).

Dit vind ik merkwaardig. In Nederland zou in een dergelijk geval de onderneming als rechtspersoon vervolgd kunnen worden, alsmede degene die tot het feit opdracht hebben gegeven en tegen degenen die feitelijk leiding hebben gegeven (art. 51 Sr; N.B. artikel 53 –de vervolgsuitsluitingsgrond voor de uitgever– zou in dit geval niet van toepassing zijn: zie Th. De Roos, G. Schuijt & L. Wissink, *Smaad, laster, discriminatie en porno op het Internet*, Alphen aan de Rijn: Samson 1995, p. 165). Als er bij het blad een scheiding is tussen de commerciële leiding en de redactie, kan er wel een veroordeling worden uitgesproken tegen de rechtspersoon, maar niet tegen de commerciële leiding, omdat daarvan dan niet gezegd kan worden dat die opdracht heeft gegeven tot dan wel feitelijk leiding heeft bij de verboden gedraging.

Ik weet niet of er in Turkije zo'n bepaling bestaat, maar als Sürek zich erop beroept dat hij slechts commercieel leider is en het Hof zegt dat hij daarom de macht heeft om de redactionele koers te bepalen, dan heeft men in Straatsburg kennelijk nog nooit gehoord van een scheiding tussen commercie en redactie bij kranten en tijdschriften.

Erger is, dat het Hof zonder verder onderzoek naar zijn betrokkenheid bij de gewraakte publicatie een veroordeling 'omdat hij de macht had om de redactionele koers te bepalen' toelaatbaar acht. Ofwel Sürek geeft een blad uit dat als zodanig ontoelaatbaar is. Dan zou hij daarvoor strafbaar zijn, maar dat wordt in casu niet gesteld. Ofwel hij wordt gestraft voor een concrete publicatie. Ik acht het in strijd met het beginsel van afwezigheid van alle schuld, als hij veroordeeld wordt zonder dat zijn betrokkenheid zou zijn aangetoond. Dit beginsel is ook actueel in verband met de strafrechtelijke aansprakelijkheid van andere tussenpersonen, zoals internetproviders. Ik vind het hoogst ongelukkig dat het Hof hier zo gemakkelijk langs een uiterst belangrijk strafrechtelijk beginsel heen loopt en een belangrijk mediarechtelijk item, de scheiding tussen commercie en redactie, negeert.

8 In de zaak-Karatas, een dichter, betreft het Hof de artistieke vrijheid in zijn overwegingen en in de zaak Baskaya (econoom) en Okçuoglu de academische vrijheid.

9 Men begint zich af te vragen of Turkije wel lid van de Raad van Europa kan blijven.

Nr. 44**Anne Frank Fonds vs. Het Parool**

Hof Amsterdam 8 juli 1999

Gerechtshof te Amsterdam Vierde Meervoudige Burgerlijke Kamer
Arrest van 8 juli 1999 in de zaak met het rolnummer 1332/98 KG van:

de rechtspersoon naar Zwitsers recht **Anne Frank Fonds**, gevestigd te Basel, Zwitserland,
appellant, procureur: mr. G.J. Kemper,

tegen

l de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid B.V. **Het Parool**, gevestigd te Amsterdam,
2 M. van Nieuwkerk, hoofdredacteur van (het dagblad) Het Parool, domicilie gekozen hebbende te Amsterdam,
geïntimeerden, procureur: mr. W.C. van Manen.

1 Het geding in hoger beroep

1.1 Appellant wordt in het navolgende het Fonds genoemd, geïntimeerden, de besloten vennootschap B.V. Het Parool en Van Nieuwkerk, worden samen in (vrouwelijk) enkelvoud aangeduid als Het Parool. Tevens is in het navolgende sprake van het dagblad Het Parool.

1.2 Bij exploit van 25 november 1998 is het Fonds in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de president van de rechtbank te Amsterdam onder rolnummer KG 98/2949 OdC heeft gewezen tussen het fonds als eiser en Het Parool en Van Nieuwkerk als gedaagden en dat 12 november 1998 werd uitgesproken. [Zie Mediaforum 99-1, nr. 6 m. nt. P.B. Hugenholtz, bew.]

1.3 In een memorie heeft het Fonds grieven tegen het vonnis geformuleerd en geconcludeerd dat het hof dit zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, het in eerste aanleg gevorderde alsnog zal toewijzen en Het Parool zal veroordelen in de kosten van beide instanties. Het hof verstaat deze vordering in hoger beroep aldus, dat het Fonds vordert dat Het Parool en Van Nieuwkerk bij arrest uitvoerbaar bij voorraad zullen worden veroordeeld:

1 om elke openbaarmaking of verveelvoudiging langs digitale of analoge weg te staken en gestaakt te houden van de dagboek aantekeningen van Anne Frank, betrekking hebbend op 8 februari 1944, of daaruit te citeren, op straffe van verbeurte van een dwangsom van f100.000, voor elke overtreding van dit verbod;

2 om binnen twee dagen na betekening van het arrest op de voorpagina van Het Parool rechtsboven, omkaderd, met het voor die pagina gebruikelijke lettertype, de navolgende tekst af te drukken:

'Dagboek Anne Frank

De publicatie van een gedeelte van het dagboek van Anne Frank in Het Parool van woensdag 26 augustus 1998 vond plaats zonder toestemming van de rechthebbende, het Anne Frank Fonds te Basel. Dat betekent, naar het oordeel van het gerechtshof te Amsterdam, dat die publicatie onrechtmatig is geweest, en dat betekent ook dat het derden niet is toegestaan die tekst of gedeelten daarvan te kopiëren of de tekst danwel gedeelten daarvan als citaat te gebruiken.

Wij verzoeken een ieder hiervan goede nota te nemen.

De uitgeefster: Het Parool B.V.'

althans zodanige tekst als het hof in goede justitie zal vaststellen, alsmede diezelfde tekst op te nemen op de website van het Parool op het internet, met een verwijzing naar die tekst op de homepage, binnen twee dagen na betekening van het te wijzen vonnis, en die tekst en die verwijzing gedurende twee achtereenvolgende weken ook beschikbaar te houden op het internet, op straffe van verbeurte van een dwangsom van f100.000, voor elke dag dat zij in gebreke blijven aan dit bevel of enig onderdeel daarvan te voldoen, met veroordeling, voorts, van Het Parool en Van Nieuwkerk in de kosten van beide instanties.

1.4 Het Parool en Van Nieuwkerk hebben de grieven bij memorie van antwoord bestreden, een productie overgelegd en geconcludeerd, naar het hof begrijpt, dat het hof het vonnis, waar nodig met verbetering van gronden, zal bekrachtigen en het Fonds zal veroordelen in de kosten van het hoger beroep, met uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het arrest.

1.5 Vervolgens hebben de procureurs van partijen het geschil pleitend aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnota's. Bij die gelegenheid heeft Het Parool bij akte nog producties in het geding gebracht.

1.6 Na afloop van de pleidooien hebben partijen hun procesdossiers met de stukken van beide instanties aan het hof overgelegd en arrest gevraagd. De inhoud van de processtukken geldt als hier ingevoegd.

2 De grieven

Voor de vier grieven van het Fonds wordt verwezen naar de memorie van grieven.

3 De feiten

3.1 In rechtsoverweging 1 van het vonnis heeft de president onder (a) tot en met (h) vastgesteld over welke feiten naar zijn oordeel tussen partijen geen geschil bestaat.

3.2 Het Parool heeft bij memorie van antwoord aangetekend dat de president onder (a) ervan uitgaat dat het Fonds auteursrecht hebbende is op het Dagboek van Anne Frank, maar dat zij betwist dat dit uitgangspunt zou leiden tot toewijzing van de vorderingen, zoals door het fonds wordt gesteld. Bij pleidooi heeft Het Parool aangevoerd dat nog geen duidelijkheid bestaat of het Fonds auteursrecht heeft op de –hierna te bespreken– bladzijden van dat dagboek, waarvan de publicatie het onderwerp van dit kort geding vormt. Desgevraagd heeft de procureur van Het Parool verduidelijkt dat Het Parool niet wenst te erkennen dat het Fonds het recht van eerste publicatie op die bladzijden heeft.

3.3 Het hof verstaat dit aldus dat Het Parool dit in de eerste instantie met betrekking tot het auteursrecht van het Fonds gemaakte voorbehoud (zie alinea 4 van de pleitnota van de procureur van Het Parool in de eerste instantie), zoals dit blijkt de vorige overwegingen moet worden begrepen, niet wenst prijs te geven, maar de vrijheid wil behouden daarop bij een andere gelegenheid terug te komen. Het hof zal met dit voorbehoud rekening houden.

3.4 Nu geen van de partijen anderszins bezwaar heeft gemaakt tegen de vaststelling door de president, zal het hof, met inachtneming van het vorenstaande, van die vaststelling uitgaan. Dat betekent dus in het bijzonder dat ook het hof er in dit geding van uitgaat dat het Fonds auteursrecht hebbende is op het Dagboek van Anne Frank.

4 Beoordeling

4.1 In de editie van 26 augustus 1998 van haar dagblad heeft Het Parool op de voorpagina aantekeningen gepubliceerd uit het dagboek van Anne Frank, en wel uit de zogeheten B-versie van dat dagboek, een door Anne Frank in 1944 gemaakte bewerking van haar oorspronkelijke dagboek. Die publicatie betrof de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944. Het Parool heeft deze integraal afgedrukt op de voorpagina van het dagblad, naast een (hoofd)artikel met de kop 'ANNE WILDE LIEVER GEEN PUBLICATIE' en een foto van Anne Frank in de zomer van 1940. Ook zijn deze dagboek aantekeningen enige tijd beschikbaar geweest op de website van Het Parool op het internet.

4.2 Deze dagboek aantekeningen van Anne Frank waren niet eerder openbaar gemaakt. Ze maken deel uit van enige vellen met door Anne Frank vermoedelijk medio 1944 bewerkte aantekeningen, die haar vader, Otto Frank, buiten eerdere uitgaven van het Dagboek had gehouden. Zij waren niet in handen van het Fonds maar van een derde, Cor Suijk, die het bestaan ervan in 1998 wereldkundig had gemaakt.

4.3 In dit kort geding heeft het Fonds, met een beroep op het hem, in zijn visie, toekomstige auteursrecht op deze dagboek aantekeningen van Anne Frank, tegen Het Parool en van Nieuwkerk de hiervoor in 1.2 weergegeven voorlopige voorzieningen gevorderd. De president heeft deze geweigerd. Daartegen komt het Fonds in dit hoger beroep op. De vier grieven strekken ertoe –zoals ook wordt geconcludeerd in de memorie van grieven– om het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. Zij lenen zich dan ook voor gezamenlijke behandeling.

4.4 Nu het Fonds het auteursrecht heeft op het Dagboek van Anne Frank, waaronder de B-versie van het dagboek, zoals dat is openbaargemaakt, is het hof voorshands van oordeel dat het Fonds ook de auteursrecht hebbende is op de dagboek aantekeningen van 8 februari 1944, die tot die B-versie behoren. Het voorbehoud met betrekking tot dit auteursrecht dat Het Parool heeft gemaakt, brengt daarin geen verandering. Dat voorbehoud is ook niet voldoende onderbouwd. Het is met name niet genoegzaam tegenover de in eerste instantie overgelegde notariële verklaringen (productie 3 van Het Parool in eerste aanleg), die inhouden dat het Fonds enig erfgenaam van Otto Frank is en waarin wordt bevestigd dat het Fonds enig rechthebbende is op de auteursrechten ('alleenige inhaber der Urheberrechte') op de werken van Anne Frank. Het Parool stelt bovendien zelf dat zij in het kader van dit kort geding niet in staat is

zekerheid te verschaffen welke andere persoon dan het Fonds het recht tot eerste openbaarmaking van de omstreden dagboek aantekeningen heeft. Op de keper beschouwd, gaat ook Het Parool er in dit geding van uit dat het Fonds auteursrecht hebbende op de hiervoor in 4.1 bedoelde dagboek aantekeningen is.

4.5 Uit het hiervoor in 4.4 gegeven oordeel volgt dat het Fonds, als auteursrecht hebbende op de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944, als enige het recht heeft deze te verveelvoudigen en openbaar te maken. Derhalve moet uitgangspunt zijn dat Het Parool inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van het Fonds op die dagboek aantekeningen, door deze zonder toestemming van het Fonds te verveelvoudigen en (die verveelvoudigingen) openbaar te maken in de editie van haar dagblad van 26 augustus 1998.

4.6 Ten verweere heeft Het Parool in de eerste plaats een beroep gedaan op het recht om te citeren, als omschreven in artikel 15a Auteurswet. Het Parool stelt te hebben voldaan aan alle voorwaarden van dat artikel.

4.7 Dit verweer gaat reeds hierom niet op, omdat de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 niet eerder zijn openbaar gemaakt en het Fonds geen toestemming heeft gegeven tot het verveelvoudigen en openbaar maken van deze aantekeningen in Het Parool van 26 augustus 1998. Derhalve is deze (verveelvoudiging en) openbaarmaking onrechtmatig en is niet voldaan aan de eis welke artikel 15a, lid 1 onder 1, Auteurswet aan het citeerrecht stelt, te weten dat het werk waaruit wordt geciteerd, rechtmatig is openbaar gemaakt. Daarbij verdient aantekening dat deze bepaling berust op artikel 10, lid 1 Berner Conventie (Akte van Parijs, 24 juli 1971), waarop ook rechtstreeks een beroep kan worden gedaan, en conform die verdragstekst moet worden uitgelegd. De Franse tekst van artikel 10, lid 1 BC bepaalt, voor zover van belang, dat toegestaan zijn: *'citations tirées d'une oeuvre, déjà rendue licitement accessible au public.'*

4.8 Het Parool heeft nog aangevoerd dat de omstreden aantekeningen van 8 februari 1944 zijn te beschouwen als een fragment van een reeds eerder rechtmatig openbaar gemaakt werk, waarmee Het Parool doelt op het reeds door of vanwege het Fonds openbaargemaakte Dagboek van Anne Frank. Naar het hof begrijpt, beschouwt Het Parool de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 niet als een zelfstandig werk in de zin van artikel 15a Auteurswet maar als een onzelfstandig deel van het dagboek van Anne Frank.

4.9 Wat er zij van een dergelijk onderscheid, het gaat niet op. Onder 'werk' in artikel 15a Auteurswet moet worden verstaan een werk in de zin van artikel 10 Auteurswet. De dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 zijn een (ander) geschrift in de zin van het eerste lid onder 1 van laatstgenoemd artikel met een eigen persoonlijk karakter. Zij kunnen tevens worden beschouwd als een (ander) voortbrengsel op het gebied van letterkunde, bedoeld aan het slot van dat eerste lid. Dit laatste sluit aan bij de omschrijving van 'oeuvre' in artikel 10 lid 1 in verband met artikel 2 Berner Conventie. De dagboek aantekeningen van 8 februari 1944 behoren immers tot: *'toutes les productions du domaine littéraire..., quelque en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits, (enz.)'*

4.10 Nu de openbaarmaking van de dagboek aantekeningen van 8 februari 1944 reeds niet beantwoordt aan de eis die in artikel 15a, lid 1 onder 1, Auteurswet aan het rechtmatig citeren wordt gesteld, kan buiten beschouwing blijven of de –integrale– publicatie van de dagboek aantekeningen van 8 februari 1944, op de voorpagina van het dagblad Het Parool zoals deze 26 augustus 1998 heeft plaats gehad, voor het overige in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 15a Auteurswet.

4.11 In de tweede plaats heeft Het Parool betoogd dat het hier een uitzonderlijk geval betreft, waarin de wetgever destijds niet heeft voorzien, zodat de grenzen van het auteursrecht (van het Fonds) nader moeten worden bepaald. Het Parool verwijst in dit verband naar HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 (Dior/Evora). Als bijzondere omstandigheid stelt Het Parool ook hier dat de dagboek aantekeningen van 8 februari 1944 een fragment zijn van een reeds openbaar gemaakt werk (zie hiervoor in 4.8). Voorts voert Het Parool aan dat het recht (van Anne Frank) op eerste openbaarmaking van deze aantekeningen met haar dood is geëindigd.

4.12 Dit verweer van het Parool strandt. Enerzijds zijn de dagboek aantekeningen niet een (onzelfstandig) fragment van een reeds openbaargemaakt werk. Anderzijds blijkt uit het hiervoor overwogene dat de wetgever wel degelijk in het onderhavige geval heeft voorzien, in die zin dat het derden niet vrijstaat uit niet eerder rechtmatig openbaar gemaakt werk te citeren en dat het de auteursrecht hebbende is, die het recht heeft op eerste openbaarmaking. Voorts volgt noch uit artikel 15a, lid 1,

Auteurswet noch uit artikel 10, lid 1, BC –noch overigens uit de auteurswet en de Berner Conventie–, dat de aan het citeerrecht gestelde voorwaarden en het recht van de auteursrecht hebbende tot eerste openbaarmaking niet meer gelden na het overlijden van de auteur.

4.13 In de derde plaats heeft Het Parool aangevoerd dat het op grond van het bepaalde in artikel 10 EVRM was toegestaan de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 zonder toestemming van het Fonds, als auteursrecht hebbende, in de editie van haar dagblad van 26 augustus 1998 te publiceren. Het Parool stelt daartoe dat de informatie vrijheid en de nieuwswaarde van deze dagboek aantekeningen prevaleren boven het bepaalde in artikel 15a Auteurswet en, in ieder geval, in de weg staan aan het opleggen van een verbod aan Het Parool om die aantekeningen te publiceren. Zij wijst in dit verband op de bijzondere aard van die aantekeningen, de grote bekendheid van het Dagboek, het feit dat het fragment lange tijd verborgen is gebleven en de speculaties over de redenen daarvan.

4.14 Voor zover het beroep door Het Parool op artikel 10 EVRM inhoudt dat dit artikel toestaat om de onderhavige dagboek aantekeningen zonder toestemming van het Fonds te publiceren, faalt het. Het auteursrecht, als neergelegd in de auteurswet 1912 en de Berner Conventie (Akte van Parijs, 1971) behoort tot de in het tweede lid van artikel 10 EVRM voorziene beperkingen bij de wet van de informatie vrijheid, welke beperkingen in een democratische samenleving nodig zijn ter bescherming van de rechten van anderen (vergelijk rechtsoverweging 3.11 van het hiervoor reeds genoemde HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682).

4.15 Niet gezegd kan worden dat de wetgever van de Berner Conventie en die van de Auteurswet bij de regeling van het citeerrecht en van de positie die de auteursrecht hebbende toekomt, de grenzen van hetgeen tot hun vrije beoordeling staat hebben overschreden, door de eis te stellen dat het werk waaruit is geciteerd eerder rechtmatig was openbaargemaakt en door aan de auteursrecht hebbende de bevoegdheid toe te kennen het werk als eerste openbaar te maken.

4.16 Niettein is denkbaar dat onder bijzondere omstandigheden –zoals bijvoorbeeld het aan de kaak stellen van een misstand– toewijzing van de gevorderde voorzieningen verder strekt dan in een democratische samenleving nodig is ter bescherming van de rechten van de auteursrecht hebbende. Daarom dient te worden onderzocht of toewijzing van de door het Fonds gevorderde voorzieningen –in het bijzonder het hiervoor in 1.3 onder 1 weergegeven verbod– in dit geval te ver zou gaan in de hiervoor bedoelde zin. Daartoe dienen de door Het Parool met een beroep op de uitsingsvrijheid ingeroepen belangen nader te worden onderzocht, tegen de achtergrond van de ook blijkens artikel 10 EVRM te respecteren rechten van het Fonds.

4.17 Wat de rechten van het Fonds betreft, gaat het hier om werk dat niet eerder is openbaargemaakt. Publicatie ervan betekent dan ook letterlijk en figuurlijk een primeur. Het belang van het Fonds is in de eerste plaats hierin gelegen dat het tot de aan een normale exploitatie van het werk verbonden bevoegdheden van de auteursrecht hebbende behoort, dat deze, en niet een ander, beslist op welk tijdstip en op welke wijze die primeur plaats vindt. Uitsluitend als het Fonds over die bevoegdheid beschikt, zal het de hem toekomende opbrengsten van de exploitatie van het werk naar eigen inzicht kunnen realiseren (zie HR 26 juni 1992, NJ 1993, 205, rechtsoverweging 3.3 onder b).

4.18 Juist door de omstandigheid dat het hier een niet eerder openbaargemaakt werk betreft, valt ook een ander belang van het Fonds, als auteursrecht hebbende, te onderkennen, te weten dat van respect voor zijn bevoegdheid om zelfstandig te beslissen wat het meest geëigende kader voor die primeur is. Dit op zich reeds te waarden belang van de auteursrecht hebbende, is in dit geval te meer zwaarwegend omdat de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 behoren tot het Dagboek van Anne Frank, naar algemeen bekend, een werk van grote historische en emblematische betekenis.

4.19 Het Parool onderbouwt haar beroep op artikel 10 EVRM met een beroep op de grote nieuwswaarde van de dagboek aantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 als zodanig. Het Parool doelt daarbij, naar het hof begrijpt, op het belang dat het publiek kan kennis nemen van deze niet eerder openbaargemaakte aantekeningen uit een dagboek van een zo belangrijke publieke persoonlijkheid als Anne Frank. Het hof onderkent dit belang.

4.20 Daarnaast had de publicatie van de dagboek aantekeningen –juist– in augustus 1998 actualiteit. Deze dagboek aantekeningen stonden toen immers in de belangstelling door de onthulling van Cor Suijk dat Otto Frank hem in 1980 vijf onbekende bladzijden van het Dagboek ter hand had gesteld. Dat had, vanzelfsprekend, de belangstelling gewekt voor de

inhoud van die aantekeningen en voor de reden(en) dat zij nimmer waren openbaargemaakt. Het behoort tot het werk van een krant, als Het Parool, om in die belangstelling te voorzien. Ook dit belang dient te worden meegewogen.

4.21 Bij het bepalen van de zwaarwegendheid van de nieuwsaarde en de actualiteit van de omstreden publicatie in Het Parool verdient het volgende nog aantekening. De artikelen in het Parool van 18, 19, 21, 24 en 25 augustus 1998 die hebben geleid tot de publicatie op 26 augustus 1998, op de voorpagina, van de integrale tekst van dagboekantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944, betreffen niet alleen de onthullingen van Cor Suijk maar tevens het aanstaande verschijnen van een nieuwe biografie van Anne Frank door zekere Melissa Müller en een in verband daarmee gemaakte tv-documentaire. Op grond van deze artikelen is voorschijds aannemelijk –en is niet onopgemerkt gebleven; zie het door Het Parool overgelegde artikel ‘Primeur in stukken’ door Henk Blanken in de Volkskrant van 5 september 1998– dat de publiciteit in Het Parool voor een niet onbelangrijk deel mede moet worden beschouwd als een aankondiging van een commerciële uiting, te weten het boek van Müller en de aan dat boek ‘gekoppelde’ tv-documentaire.

4.22 Het hof is, alles afwegende, van oordeel dat genoemde belangen van Het Parool, zo op zichzelf als in onderlinge samenhang beschouwd, niet zo zwaarwegend zijn dat deze, bij de beoordeling van de vraag of het gevorderde verbod verder strekt dan in een democratische samenleving nodig is, dienen te prevaleren boven die van het Fonds bij bescherming van zijn auteursrecht. Ook in dit opzicht faalt het beroep van Het Parool op artikel 10 EVRM.

4.23 Omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden, zijn gesteld noch aannemelijk geworden.

4.24 De onder (2) gevorderde voorziening beperkt de uitingsvrijheid van Het Parool (inhoudelijk) niet. Het gevorderde betreft ook niet een rectificatie in eigenlijke zin –het rechtzetten van een feitelijke onjuistheid– maar heeft tot doel om verdere schade als gevolg van de onrechtmatige publicatie van de dagboekantekeningen te beperken. Het gevaar van zodanige schade is door Het Parool niet bestreden en ook overigens aannemelijk.

5 Slotsom

5.1 De grieven, die, gezien hun strekking, geen afzonderlijke bespreking behoeven, slagen. Het vonnis van de president zal worden vernietigd.

5.2 Het door het Fonds onder (1) gevorderde verbod kan, op de wijze als hierna omschreven, worden toegewezen.

5.3 Het hof zal het onder (2) gevorderde enigszins anders formuleren, terwijl het aan het hof niet mogelijk is zich op voorhand uit te spreken over de toelaatbaarheid van het vervelvoudigen of openbaarmaken van de omstreden dagboekantekeningen door thans nog onbekende derden en de daarbij betrokken –eveneens nog onbekende– belangen.

5.4 Evenmin is er reden het bericht, als gevorderd, op een nauwkeurig voorgeschreven deel van de voorpagina van Het Parool te plaatsen. Het gaat om een duidelijk, door de lezer te herkennen bericht op die voorpagina.

5.5 Als prikkel tot nakoming kan worden volstaan met lagere dwangsommen dan door het Fonds gevorderd. Tevens zal het verbeuren van dwangsommen aan een maximum worden verbonden.

5.6 Het Parool zal, daar zij in het ongelijk wordt gesteld, de kosten van beide instanties van het geding moeten dragen.

6 Beslissing

Het hof:

6.1 vernietigt het vonnis waarvan beroep, en, opnieuw rechtdoende,

6.2 veroordeelt geïntimeerden om elke openbaarmaking of vervelvoudiging, langs digitale of analoge weg, van de dagboekantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 in uitgaven van B.V. Het Parool en op haar website op het internet te staken en gestaakt te houden, alsmede om deze dagboekantekeningen te citeren, voordat zij rechtmatig zijn openbaargemaakt,

6.3 veroordeelt de geïntimeerde die de onder 6.2 omschreven veroordeling overtreedt, tot betaling van een dwangsom van f25.000, voor elke overtreding daarvan,

6.4 beveelt geïntimeerden, hoofdelijk, om binnen twee dagen na betekening van het te wijzen arrest op de voorpagina van Het Parool, omkaderd en met het voor die pagina gebruikelijke lettertype, het navolgende mee te delen:

DAGBOEK ANNE FRANK

Op de voorpagina van deze krant van 26 augustus 1998 hebben wij de dagboekantekeningen van Anne Frank van 8 februari 1944 afgedrukt. Deze waren nog niet eerder openbaar gemaakt.

Het gerechtshof te Amsterdam heeft 8 juli 1999 geoordeeld dat deze openbaarmaking onrechtmatig was, omdat deze heeft plaats gevonden zonder toestemming van het Anne Frank Fonds te Basel.

Het gerechtshof heeft deze uitspraak gedaan in het hoger beroep van een kort geding dat het Anne Frank Fonds tegen ons heeft aangespannen.

De uitgeefster,

B.V. Het Parool

en om binnen gelijke termijn diezelfde tekst te plaatsen op de website van Het Parool op het internet, met een verwijzing naar die tekst op de homepage en die tekst en die verwijzing gedurende twee achtereenvolgende weken op die plaatsen te handhaven,

6.5 veroordeelt geïntimeerden hoofdelijk, des dat voor hetgeen de een betaalt de ander zal zijn bevrijd, tot betaling van een dwangsom van f25.000, voor iedere dag dat zij in gebreke blijven aan de hiervoor in 6.4 uitgesproken veroordeling of enig onderdeel daarvan te voldoen,

6.6 bepaalt dat hetgeen geïntimeerden (samen) in totaal uit hoofde van de in 6.3 en 6.5 uitgesproken veroordelingen aan dwangsommen zullen verbeuren, niet meer zal bedragen dan f1.000.000,-,

6.7 veroordeelt geïntimeerden in de kosten van dit geding, tot aan dit arrest aan de zijde van appellant begroot op f1.920,- voor de eerste instantie en f5.677,59 voor het hoger beroep,

6.8 verklaart de hiervoor uitgesproken veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,

6.9 wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. Van Schendel, Peepkorn en Tjittes en 8 juli 1999 in het openbaar uitgesproken.

[Bij het ter perse gaan was nog niet bekend of cassatie wordt ingesteld, bew.]

Noot

Dirk J.G. Visser



Het Amsterdamse Hof vernietigt het kort geding vonnis van de President van de Amsterdamse rechtbank (zie *Mediaforum* 1999-1, nr. 6 m. nt. P.B. Hugenholtz) en wijst de vorderingen van het Anne Frank Fonds tegen Het Parool grotendeels toe. Het Hof gaat in op de twee vragen die Hugenholtz in zijn noot al had geëxpliciteerd.

Vraag 1: Kan Het Parool zich beroepen op het citaatrecht?

Nee, want art. 15a lid 1 sub 1 Auteurswet (Aw) bepaalt dat citeren alleen mag uit een reeds rechtmatig openbaargemaakt werk. Het Hof laat het echter niet bij deze eenvoudige constatering maar duikt in de geschiedenis, zowel in die van Anne Frank als die van art. 15a Aw en art. 10 lid 1 Berner Conventie. De stelling dat het dagboek *als geheel* wel al rechtmatig was gepubliceerd en dat daarom de nog ongepubliceerde *fragmenten* wel zouden mogen worden geciteerd wordt door het Hof (in r.o. 4.12) m.i. terecht verworpen.

Vraag 2: Kan Het Parool zich met succes rechtstreeks beroepen op de informatievrijheid?

In overweging 4.14 en 4.15 stelt het Hof, onder verwijzing naar HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 (Dior/Evora), vast dat het auteursrecht behoort tot de ‘rechten van anderen’ op grond waarvan volgens art. 10 lid 2 EVRM de informatievrijheid kan worden beperkt. En dan komt r.o. 4.16: ‘Niettemin is denkbaar dat onder bijzondere omstandigheden – zoals bijvoorbeeld het aan de kaak stellen van een misstand– toewijzing van de gevorderde voorzieningen verder strekt dan in een democrati-

sche samenleving nodig is ter bescherming van de rechten van de auteursrechthebbende. Daarom dient te worden onderzocht of toewijzing van de door het Fonds gevorderde voorzieningen –in het bijzonder het (...) verbod– in dit geval te ver zou gaan in de hiervoor bedoelde zin. Daartoe dienen de door Het Parool met een beroep op de uitingsvrijheid ingeroepen belangen nader te worden onderzocht, tegen de achtergrond van de ook blijkens artikel 10 EVRM te respecteren rechten van het Fonds.’

Vervolgens gaat het Hof als aangekondigd belangen onderzoeken c.q. afwegen. Dat is op zich toe te juichen, maar hoe die afweging nu uiteindelijk precies verloopt is niet helemaal duidelijk.

Eerst wordt in r.o. 4.17 vastgesteld dat het Anne Frank Fonds een (hoofdzakelijk commercieel?) ‘primeur’-belang heeft en in r.o. 4.18 dat dit belang des te zwaarder weegt omdat het ‘een werk van grote historische en emblematische betekenis’ betreft. Daarna wordt vastgesteld in r.o. 4.19 dat Het Parool een te onderkennen belang heeft omdat de fragmenten grote nieuwsaarde hebben en Anne Frank een publieke persoonlijkheid is. Voorts onderkent het Hof als (apart) belang aan de zijde van Het Parool dat de kwestie ten tijde van de gewraakte publicatie een actualiteitswaarde had vanwege de onthulling ervan door Cor Suijk.

Tot zover graag akkoord, maar dan komt er in r.o. 4.21 een constatering waarvan de relevantie mij ontgaat: de publiciteit in het Parool zou voor een niet onbelangrijk deel mede moeten worden beschouwd als een aankondiging van een commerciële uiting, te weten een boek van ene mevrouw Müller over Anne Frank en de aan dat boek gekoppelde tv-documentaire. Afgezien van de vraag of dit waar is –het lijkt er toch vooral op dat Het Parool met zijn eigen primeur bezig was– lijkt het mij niet relevant. Waarom moet een nieuwe biografie over Anne Frank en een daarmee verbonden documentaire gekwalificeerd worden als ‘een commerciële uiting? Het Hof wil toch hopelijk niet beweren dat een biografie of een documentaire en/of de aankondiging daarvan geen of minder bescherming zouden verdienen door de vrijheid van meningsuiting?

Dan komt de beslissing, zonder dat er nu echt veel wordt afgewogen of gemotiveerd: het Hof oordeelt dat de genoemde belangen van Het Parool ‘niet zo zwaarwegend zijn dat deze bij de beoordeling van de vraag of het gevorderde verbod verder strekt dan in een democratische samenleving nodig is, dienen te prevaleren boven die van het Fonds bij de bescherming van zijn auteursrecht.’

Op zich zelf doet het Hof het goed door te overwegen dat de vraag is ‘of het gevorderde verbod [oftewel de beperking op de informatievrijheid, DV] verder strekt dan in een democratische samenleving nodig is’.

Tegelijkertijd lijkt het Hof, net als de Hoge Raad in HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 m.nt. EJD (Het Parool/Van Gasteren) de vraagstelling of, zo men wil, de bewijslast om te draaien. Het Hof vraagt, evenals de Hoge Raad, of *Het Parool* met voldoende zwaarwegende belangen of dringende maatschappelijke noodzaak heeft aangetoond dat de beperking op de informatievrijheid, oftewel het gevorderde verbod, verder gaat dan noodzakelijk is in een democratische samenleving. Schuijt heeft in zijn artikel ‘De Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?’ (*Informatierecht/AMI* 1996-2, p. 23-30) aangegeven dat dit niet in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM.

Persoonlijk vind ik het overigens niet zo vreemd dat (de mogelijkheid van uitoefening van) een absoluut intellectuele eigendomsrecht in beginsel wordt beschouwd als ‘een in een democratische samenleving noodzakelijke beperking op de uitingsvrijheid’, tenzij blijkt dat deze ‘beperking’ in een bepaald geval niet redelijk of niet proportioneel is of de uitingsvrijheid te zeer beperkt. Als het volgens de regelen der 10 EVRM-kunst anders moet zal de Nederlandse rechter daar echter vroeg of laat aan moeten geloven.

Zoals blijkt uit de brief van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van onderwijs, cultuur en wetenschappen d.d. 10 mei 1999 (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 538, nr. 1), wil de Nederlandse regering komen tot een ‘auteursrechtelijke hardheidsclausule’. Als een dergelijke *fair use*-bepaling in de Auteurswet wordt ingevoerd zal een geschil als het onderhavige voortaan primair daar aan getoetst moeten worden.

Zoals uit onderstaand citaat uit de bewuste brief blijkt, zal er dan aan nog meer verschillende belangen en factoren moeten worden getoetst: ‘Er bestaat –naast de uitdrukkelijk geregelde beperkingen– behoefte aan een auteursrechtelijke hardheidsclausule waaraan de rechter kan toetsen of in een concreet geval voor een bepaalde vorm van gebruik inderdaad toestemming nodig is gelet op doel en aard van dat gebruik, de aard van het beschermd materiaal waarvan gebruik is gemaakt en de mate waarin dat gebruik de potentiële markt beïnvloedt. De wet zal hiertoe moeten worden aangepast’.

Nr. 45 VNU vs. The Monster Board

Pres. Rb. Den Haag 29 juni 1999

Vonnis in kort geding gewezen in de zaak rolnummer KG 99/642 van:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **VNU Business Publications B.V.**,
gevestigd en kantoorhoudende te Amsterdam,
eiseres, procureur: mr. W. Taekema, advocaat: mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam,

tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **The Monster Board B.V.**,
gevestigd en kantoorhoudende te Amsterdam,
gedaagde, procureur: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, advocaat: mr. J.A. Schuman te Utrecht;

Overwegingen ten aanzien van het verloop van het geding

Eiseres –hierna ook: VNU– heeft gedaagde –hierna ook: The Monster Board– doen dagvaarden om te verschijnen ter terechtzitting in kort geding van 15 juni 1999.

Ter zitting heeft de raadsman van VNU de vordering toegelicht aan de hand van pleitnotities en producties. The Monster Board heeft verweer gevoerd bij monde van haar raadsman, die daarbij eveneens een pleitnota met producties heeft gehanteerd.

Vervolgens hebben partijen vonnis gevraagd onder overlegging van de stukken, de pleitnota's daaronder begrepen.

Overwegingen ten aanzien van het recht

De feiten

1 In dit kort geding kan van het navolgende worden uitgegaan.

a VNU is rechthebbende op het woordmerk Intermediair, zulks krachtens Benelux merkendepot d.d. 8 maart 1971 voor waren en diensten in de klasse 16 (tijdschriften en periodieken). Voorts is VNU krachtens Benelux merkendepot d.d. 20 oktober 1995 rechthebbende op het woordmerk Intermediair Online voor waren en diensten in de klasse 16, 35 (Arbeidsbemiddeling en adviserende inzake personeel en personeelszaken) en 38, welke laatste klasse betrekking heeft op Telecommunicatie, waaronder het ter beschikking stellen van directe ('online') verbindingen naar informatie en gegevensbestanden.

b Sedert 1964 gebruikt VNU het teken Intermediair voor de naamgeving van een tijdschrift dat is gericht op werkzoekenden, en grotendeels bestaat uit het vermelden van vacatures, al dan niet in advertenties. Het tijdschrift Intermediair wordt verspreid in een oplage van 240.000 en is daarmee een van de grootste tijdschriften van Nederland.

c Onder de naam Intermediair Online onderhoudt VNU een website op het internet, die kan gelden als het elektronische equivalent van het tijdschrift Intermediair. Op deze website bevinden zich artikelen over de arbeidsmarkt alsmede advertenties ten behoeve van het vervullen van vacatures. In de Nederlandse markt voor vacaturesites (welke ook plegen te worden aangeduid als 'carrièresites') geldt Intermediair Online als koploper, nu 27,3% van de respondenten op on line-vacatures via Intermediair Online komt.

d The Monster Board is een in januari 1998 op de Nederlandse markt gestarte dochteronderneming van het Amerikaanse bedrijf Monster.com, dat de grootste carrièresite ter wereld exploiteert. The Monster Board legt zich toe op het instandhouden en uitbreiden van een Nederlandse carrièresite en is daarmee een rechtstreekse concurrent van Intermediair Online.

e The Monster Board heeft met de exploitant van de zoekmachine Vindex een advertentieovereenkomst gesloten, waardoor zij zich ervan heeft verzekerd dat bij het gebruik van bepaalde zogenaamde 'magneetwoorden' een advertentie voor haar (eigen) carrièresite verschijnt. Dit heeft tot gevolg dat telkens wanneer een internetgebruiker via Vindex een als magneetwoord aangemerkte zoekterm intypt, bovenaan de weergave van de resultaten van de zoekopdracht prominent een in kleur uitgevoerde, grote advertentie voor de carrièresite van The Monster Board verschijnt, waarbij aan de internetgebruiker op uitnodigende wijze de mogelijkheid wordt geboden om, door te klikken op die advertentie, rechtstreeks terecht te komen op de carrièresite van The Monster Board.

f Een van de magneetwoorden welke The Monster Board in voormelde zin bij Vindex heeft gereserveerd is Intermediair.

g VNU heeft, middels haar raadsman, The Monster Board gesommeerd om het gebruik van het magneetwoord Intermediair te staken en gestaakt te houden en de exploitant van Vindex te verzoeken dat magneetwoord uit haar systeem te verwijderen. The Monster Board heeft aan die sommatie geen gevolg gegeven.

De vordering, de grondslag daarvoor en het verweer

2 VNU vordert (samengevat) dat de president The Monster Board zal bevelen iedere inbreuk op haar merkrechten te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, en meer in het bijzonder The Monster Board zal bevelen het (doen) verschijnen van enige advertentie van The Monster Board bij het intypen door derden van het zoekwoord Intermediair in de zoekmachine Vindex of enige andere zoekmachine, direct dan wel door middel van een op enigerlei wijze met haar verbonden (rechts)persoon, te staken en gestaakt te houden, een en ander op straffe van een dwangsom.

3 Tegen de achtergrond van de vaststaande feiten legt VNU aan die vordering ten grondslag dat The Monster Board door het reserveren van het magneetwoord Intermediair ten behoeve van het doen verschijnen van haar eigen advertentie gebruik maakt van het merk Intermediair en/of het merk Intermediair Online in de zin van artikel 13 van de Benelux Merkenwet (BMW), primair als bedoeld onder A.1. sub a, subsidiair als bedoeld onder A.1 sub b en meer subsidiair als bedoeld onder A.1 sub d.

4 The Monster Board heeft tegen de vordering van VNU gemotiveerd verweer gevoerd. Daarop zal, voorzover van belang, in het onderstaande nader worden ingegaan.

Beoordeling van het geschil

5 Voor zover het bepaalde in artikel 37A BMW ook van toepassing is op de bevoegdheid van de president in kort geding, is de president bevoegd kennis te nemen van de onderhavige vordering nu –waar het internet zich ook in het arrondissement 's-Gravenhage manifesteert– de beweerdelijk inbreukmakende handelingen mede in dit arrondissement hebben plaatsgevonden.

6 Partijen hebben in het debat omtrent de beweerdelijke merkinbreuk geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds het merk Intermediair en anderzijds het merk Intermediair Online. In dit vonnis zal in het voetspoor daarvan –en omdat duidelijk is dat van het merk Intermediair Online het woord Intermediair het meest kenmerkende bestanddeel vormt– (ook wel) over het merk gesproken, als het om beide merken of uitsluitend om het merk Intermediair Online gaat.

7 Als meest verstrekkend verweer heeft The Monster Board betoogd dat het teken Intermediair niet als merk kan gelden, nu het ieder onderscheidend vermogen mist. Dit betoog is door The Monster Board niet anders onderbouwd dan door overlegging van een copie van een bladzijde uit Van Dale's Groot Woordenboek van hedendaags Nederlands, waarin enige betekenissen (onder meer 'tussenpersoon') van het woord Intermediair worden gegeven.

8 Dat het woord Intermediair synoniem is aan andere Nederlandse woorden brengt evenwel nog niet met zich dat het ongeschikt is als merk te fungeren. Reeds daarom gaat het door The Monster Board op dit punt gevoerde verweer niet op. Daar komt bij dat naar voorlopig oordeel van de president niet kan worden gezegd dat het woord Intermediair ieder onderscheidend vermogen mist zodat dat woord wel degelijk als merk kan gelden. VNU heeft bovendien aannemelijk gemaakt dat er, door langdurig en intensief gebruik, sprake is van een sterk merk.

9 Krachtens artikel 13A lid 1 onder a juncto artikel 39 BMW kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen elk gebruik dat in het economisch verkeer van het merk wordt gemaakt voor de waren of diensten waarvoor het merk is ingeschreven. De vordering van VNU is primair gegrond op de stelling dat in casu sprake is van gebruik van het merk Intermediair in de zin van deze wetsbepaling.

10 The Monster Board heeft betwist dat zij, door het reserveren van het woord Intermediair als magneetwoord bij Vindex, gebruik maakt van de merken waarop VNU rechthebbende is. Daartoe heeft zij gesteld dat niet zij het is die het woord Intermediair intypt, waardoor haar advertentie verschijnt, doch de willekeurige gebruiker van het internet.

11 Dit verweer faalt. Het moge zo zijn dat het feitelijk oproepen van de advertentie van The Monster Board (pas) geschiedt nadat een gebruiker

van het internet het woord Intermediair als zoekopdracht heeft ingetypt, de vraag is nu juist of het systeem dat *tevorens* is opgezet om dat effect te bereiken gebruik door The Monster Board van het merk Intermediair inhoudt. Die vraag wordt voorshands bevestigend beantwoord.

12 Daarvoor is redengevend dat ten processe is komen vast te staan dat op verzoek van en tegen betaling door The Monster Board in de betreffende zoekmachine software is geïnstalleerd, welke –kort gezegd– bewerkstelligt dat bij het intypen van het woord Intermediair door een willekeurige derde de advertentie van The Monster Board verschijnt. Dusdoende is het The Monster Board zelf die het merk Intermediair (als eerste) heeft gebruikt door dit aan de exploitant van Vindex met het vorenomschreven doel op te geven, terwijl ook zij het is die –voortdurend– gebruikshandelingen verricht door de overeenkomst met Vindex in stand te houden en daarvoor betalingen te verrichten.

13 Dat voormeld gebruik bovendien kan gelden als gebruik in het economisch verkeer voor diensten waarvoor het merk is ingeschreven is voorshands al evenzeer aannemelijk. The Monster Board heeft dit met zoveel woorden erkend doordat zij ter terechtzitting te kennen heeft gegeven dat zij bij het magneetwoord Intermediair adverteert ‘...omdat zij daarmee haar doelgroep wil bereiken. Haar doelgroep bestaat uit de mensen die zoeken naar een bemiddelaar op het gebied van de arbeidsmarkt, omdat zij een nieuwe baan willen of zich willen oriënteren op een nieuwe baan. Er bestaat een reële kans dat die doelgroep een zoeksite als Vindex benadert en middels het intypen van het trefwoord Intermediair op zoek gaat naar sites die in die behoefte kunnen voorzien’ (pleitnotitie Mr. Schuman, bladzijde 4).

Het vorenstaande maakt duidelijk dat The Monster Board met het gebruik van het magneetwoord Intermediair geen andere bedoeling heeft dan belangstellenden, op zoek naar een carrièresite, via haar advertentie te bewegen ‘door te klikken’ naar haar carrièresite in plaats van naar de carrièresite van één van haar concurrenten, zoals VNU, waarmee dat gebruik kan gelden als gebruik van de onderhavige merken in het economisch verkeer en wel voor diensten (meer in het bijzonder arbeidsbemiddeling en telecommunicatie) waarvoor de merken zijn ingeschreven.

14 Een en ander voert tot de slotsom dat de gewraakte handelingen van The Monster Board zijn aan te merken als gebruik in de zin van artikel 13A.1 onder a BMW en daarmee als inbreuk op de merken Intermediair en/of Intermediair Online. Nu VNU haar spoedeisend belang bij een beëindiging van die merkinbreuk genoegzaam aannemelijk heeft gemaakt, is haar daartoe strekkende vordering toewijsbaar, met dien verstande dat aan The Monster Board na te melden termijn zal worden gegund om aan de te geven geboden uitvoering te geven.

15 The Monster Board zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden verwezen in de op deze procedure vallende kosten.

16 Ambtshalve wordt nog overwogen dat aan gereede twijfel onderhevig is of artikel 50 lid 6 van het TRIPS-verdrag rechtstreekse werking heeft. Ter vermijding van de daardoor mogelijke, ongewenste, onzekerheid en de onwenselijke mogelijke gevolgen daarvan zal de president een ‘reasonable period’ bepalen waarbinnen eiseres uiterlijk een bodemprocedure zal moeten aanspannen, zodat in elk geval aan de bewuste verdragsbepaling is voldaan.

Alle omstandigheden in aanmerking genomen en ook gelet op de considerans en op art. 41 lid 2 TRIPS-verdrag is de president van oordeel dat een redelijke uiterste termijn voor het aanspannen van de bodemprocedure onder die omstandigheden momenteel te stellen ware op zes maanden na het in kracht van gewijsde gaan van dit vonnis.

Beslissing

Gelast gedaagde om, met ingang van één week na betekening van dit vonnis, iedere inbreuk op de ten processe bedoelde merkrechten van eiseres te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

Gelast gedaagde meer in het bijzonder om, met ingang van één week na dag van betekening van dit vonnis, het (doen) verschijnen van enige advertentie van The Monster Board op de resultatenpagina na het intypen door derden van het zoekwoord Intermediair in de zoekmachine Vindex of enige andere zoekmachine, direct wel door middel van een op enigerlei wijze met haar verbonden (rechts)persoon, te staken en gestaakt te houden;

Bepaalt dat gedaagde aan eiseres een dwangsom zal verbeuren van f10.000,- per keer of per dag waarop gedaagde in strijd handelt met voormelde geboden;

Veroordeelt gedaagde in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van eiseres begroot op f462,33 aan verschotten waarvan f62,33 aan dagvaardingskosten en op f2.500,- aan procureurssalaris;

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

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus gewezen door mr. J.W. du Pon en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 29 juni 1999 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk J.G. Visser



The Monster Board en VNU (Intermediair Online) hebben beide een ‘carrièresite’ op Internet met vacatures. The Monster Board heeft met de exploitant van een Internet-zoekmachine (genaamd Vindex) een overeenkomst gesloten, op grond waarvan is geregeld dat als Internetgebruikers in de bewuste zoekmachine het woord ‘Intermediair’ intikken, er een advertentie voor The Monster Board verschijnt. Dat met het gebruik van een dergelijk ‘magneetwoord’ door The Monster Board wordt aangehaakt bij de bekendheid van het merk en het blad Intermediair is duidelijk.

Het eerste verweer van The Monster Board was dat het woord ‘Intermediair’ uitsluitend als beschrijvende aanduiding voor ‘tussenpersoon’ was gekozen. Dit verweer was mogelijk geïnspireerd op de Ouders Online-zaak waarin, met succes, werd verdedigd dat het woord ‘ouders’ in de domeinnaam ‘Ouders.nl’ en in de naam ‘Ouders Online’ uitsluitend beschrijvend was voor de doelgroep en geen inbreuk maakte op het VNU-merk Ouders van nu (Pres. Rb. Amsterdam 20 september 1996, KG 1996, 334; Hof Amsterdam 24 april 1997, *Informatierecht/AMI* 1997-6, p. 120-123).

De President oordeelde in de onderhavige zaak (terecht) dat de naam Intermediair een bekend en in merkenrechtelijke zin ingeburgerd begrip en dus een geldig merk is.

Het tweede verweer van the Monster Board was dat niet zij gebruik maakt van het merk Intermediair, maar de Internetgebruiker die het bewuste woord intikt. Ook dit verweer werd terecht verworpen. Het is immers The Monster Board die *tevorens* het bewuste woord heeft opgegeven aan de zoekmachine, waardoor het intikken ervan door de gebruiker de advertentie activeert. Ook het feit dat het betreffende magneetwoord op verzoek van The Monster Board opgenomen blijft in de zoekmachine ter activering van de advertentie is een vorm van gebruik die aan The Monster Board (en eventueel aan de eigenaar van de zoekmachine!) kan worden toegerekend, maar niet aan de Internetgebruiker.

Hiermee staat vast dat The Monster Board (*zelf*) gebruik heeft gemaakt van het merk van VNU. Daarmee is echter nog niet noodzakelijkerwijs sprake van merkinbreuk. VNU beroept zich op art. 13-A.1 onder a van de Benelux Merkenwet (BMW). Op grond van deze bepaling kan de merkhouders zich verzetten tegen: ‘elk gebruik, dat in het economisch verkeer van het merk wordt gemaakt voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven’. Dat er sprake is van ‘gebruik’ was hierboven al vastgesteld en gebruik ‘in het economisch verkeer’ kan worden aangemonen, omdat The Monster Board er een commerciële advertentie mee activeert.

De vraag is echter of hier sprake is van ‘gebruik voor waren’ (of voor diensten; de woorden ‘waren’ of ‘diensten’ zijn op grond van art. 39 BMW inwisselbaar). ‘Gebruik voor waren’ heeft in

het merkenrecht namelijk een specifiekere betekenis dan in het normale taalgebruik. 'Gebruik voor waren' in het merkenrecht betekent gebruik *als merk*, oftewel gebruik ter onderscheiding van de betrokken waren of diensten als afkomstig van een bepaalde onderneming. Dit blijkt onder andere uit art. 13-A.1 onder d BMW, op grond waarvan de merkhouder zich (ook) kan verzetten tegen: 'elk gebruik dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van een merk of een overeenstemmend teken wordt gemaakt *anders dan ter onderscheiding van waren*, indien door dat gebruik ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken uit of afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk' (curs. DV).

Wanneer sprake is van 'gebruik ter onderscheiding van waren' (of diensten) en wanneer niet, is volgens de (oude) Benelux-rechtspraak afhankelijk van de opvatting van het publiek daaromtrent. Dit blijkt als eerste uit BenGH 7 november 1988, NJ 1989, 300 (Omnisport). Doorslaggevend is of 'het publiek het gebruik [van het teken, DV] in feite opvat als gebruik van een teken waarmee de aangeboden en verleende diensten van die van anderen worden onderscheiden'. Aldus bevestigd in: BenGH 20 december 1996, NJ 1997, 313 (Europabank).

Er is m.i. (nog) geen reden om aan te nemen dat een en ander met het inwerkingtreden van het wijzigingsprotocol bij de BMW per 1 januari 1996 is gewijzigd. Het HvJ EG lijkt weliswaar in haar BMW/Deenik-arrest (23 februari 1999, IER 1999, p. 111) bij de merkenrechtelijke benadering van de ongeautoriseerde autodealers een iets andere koers te varen dan in de Benelux gebruikelijk was, maar die situatie verschilt m.i. te zeer van de onderhavige om er hier enig argument aan te kunnen ontleenen. Gielen/Wichers Hoeth (*Merkenrecht* (1992), p. 425) concluderen op grond van het voornoemde Omnisport-arrest –m.i. terecht en nog steeds conform geldend recht– 'dat naar de indruk van het publiek de gebruiker het merk als eigen merk gebruikt'. Van dit laatste is in casu naar mijn mening geen sprake: een gebruiker van Internet tikt het woord 'Intermediair' in en krijgt allerhande zoekresultaten én een advertentie van de The Monster Board te zien. Daarmee denkt hij echter niet dat het merk Intermediair door The Monster Board wordt gevoerd als merk voor haar eigen diensten. Hij denkt waarschijnlijk: 'hé, een advertentie van een ander carrièresite, laat ik daar (ook) eens kijken'. Zoals de President vermoedelijk terecht overweegt in r.o.13, is het dus wel zo 'dat The Monster Board met het gebruik van het magneetwoord Intermediair geen andere bedoeling heeft dan belangstellenden, op zoek naar een carrièresite, via haar advertentie te bewegen 'door te klikken' naar haar carrièresite in plaats van naar de carrièresite van één van haar concurrenten, zoals VNU'. Dat is echter iets anders, en m.i. nog geen gebruik *als merk*. The Monster Board had bijvoorbeeld ook het woord 'arbeidsbemiddeling' of het woord 'vacature' als magneetwoord kunnen opgeven. Ook dan had dit hetzelfde doel gediend en zou het publiek niet denken dat The Monster Board haar diensten aanbiedt onder het merk 'arbeidsbemiddeling' of het merk 'vacature'.

De President had de vorderingen m.i. dan ook niet moeten toewijzen op basis van art. 13-A.1 onder a BMW. Overigens heeft hij de vorderingen wel terecht toegewezen, maar hij had dit moeten doen op basis van het bovengeciteerde art. 13-A.1 onder d BMW. Er kan immers weinig twijfel over bestaan dat The Monster Board het merk Intermediair in ieder geval zonder geldige reden zodanig heeft gebruikt dat ongerechtvaardigd voordeel werd getrokken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk in de zin van art. 13-A.1 onder d BMW.

Dit onderscheid is van belang. Als de eigenaar van een web-site 'zoekwoorden' opgeeft aan een Internet-zoekmachine, niet om een advertentie te activeren maar om als 'gewoon' zoekresultaat te worden vermeld, kan zich een zelfde probleem voordoen als in de onderhavige casus. In de VS is het (oneigenlijke) gebruik van gewone Internet zoekwoorden ('meta tags' genoemd) overigens al verschillende malen voor de rechter geweest.

De eigenaar van een erotische Web-site kan bijvoorbeeld duizend maal het woordmerk Playboy opgeven, waardoor zijn site (die niets met de merkhouder van Playboy te maken heeft) prominent in de zoekresultaten van de relevante zoekmachine naar voren komt, soms zelfs boven de 'echte' Playboy. Dat ook dit een ongeoorloofde vorm van aanhaken bij andermans merk is, is duidelijk. Ook dit valt naar Benelux merkenrecht m.i. onder art. 13-A.1 onder d BMW.

Stel echter dat een actiegroep van mening is dat Mc Donalds ten onrechte tropische regenwouden laat platbranden om daar runderen ten behoeve van haar hamburgers te laten grazen. Stel voorts dat deze actiegroep dit kenbaar maakt op haar Web-site en als zoekwoord voor haar Web-site aan een zoekmachine het woord(merk) Mc Donalds opgeeft. Er is dan, net als in de onderhavige casus, stellig sprake van 'gebruik van een merk' dat erop gericht is om Internet gebruikers naar haar Web-site te krijgen. Er is dan m.i. echter sprake van een 'geldige reden', al dan niet gebaseerd op de vrijheid van meningsuiting, en geen sprake van 'ongerechtvaardigd voordeel trekken'. In de zin van art. 13-A.1 onder d BMW is er dan geen sprake van merk-inbreuk.

Nu zou dit Mc Donalds-voorbeeld mogelijk ook kunnen worden opgelost door aan te nemen dat geen sprake is van 'gebruik in het economisch verkeer' (zeker is dit echter niet). Maar bij (rechtmatige) vergelijkende reclame speelt hetzelfde en kan 'gebruik in het economisch verkeer' geen uitkomst bieden. Stel dat Pepsi een test heeft gedaan waaruit blijkt dat het publiek Pepsi lekkerder vindt dan Coca Cola en Pepsi dit op haar Web-site prominent kenbaar maakt. Onder die omstandigheden staat het Pepsi m.i. vrij om ook het woord(merk) Coca Cola als 'gewoon' zoekwoord aan een Internet-zoekmachine op te geven, met als doel dat haar 'consumententest-website' bij de zoekresultaten wordt genoemd. Opgave als magneetwoord voor een advertentie lijkt mij weer te ver gaan en de test en de site moeten natuurlijk wel een rechtmatige vergelijkende reclame bevatten.

Om deze reden moeten de onderhavige casus en vergelijkbare casus in beginsel worden beoordeeld aan de hand van art. 13-A.1 onder d BMW en niet op basis van art. 13-A.1 onder a BMW. Nogmaals: het resultaat zou in dit geval niet anders zijn geweest.

Nr. 46 Rentokil vs. FBS

Pres. Rb. Utrecht 6 juli 1999

Vonnis van de president van de arrondissementsrechtbank te Utrecht, in de zaak van (100881/KGZA 99-572):

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Rentokil Initial B.V.**, gevestigd en kantoorhoudende te De Meern, eiseres, procureur: mr. B. Meijer,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **FBS Freecall Business Services** Nederland B.V., gevestigd en kantoorhoudende te Soest, gedaagde, advocaat: mr. L.C. van der Veer te Meppel.

1 Het verloop van het geding

1.1 Eiseres, verder te noemen Rentokil, heeft gedaagde, verder te noemen FBS, in kort geding doen dagvaarden en op de dienende dag, 21 juni 1999, van eis geconcludeerd overeenkomstig de inhoud van het exploit van dagvaarding, waarvan een fotokopie aan dit vonnis is gehecht.

1.2 Rentokil heeft haar vordering bij monde van haar procureur doen toelichten mede aan de hand van producties en pleitnotities.

1.3 FBS heeft verweer doen voeren bij monde van haar procureur mede aan de hand van producties en pleitnotities.

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

2 De vaststaande feiten

2.1 FBS is een vennootschap die zich bezighoudt met de exploitatie van een callcentre, alsmede met het aanbieden van diensten op het gebied van telecommunicatie in de meest ruime zin.

2.2 Omstreeks medio februari 1999 heeft Rentokil zich tot de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (verder te noemen de OPTA) gewend, in verband met een aanvraag voor toekenning aan haar van het met haar handels en merknaam overeenstemmende alfanumerieke servicenummer 08007368654 (0800RENTOKIL), verder te noemen het nummer.

2.3 In antwoord op de onder 2.2 vermelde aanvraag heeft de OPTA Rentokil meegedeeld, dat toekenning van dit nummer niet mogelijk was, aangezien dit een aan een derde toegekend gereserveerd nummer betrof.

2.4 Nadat FBS eerst telefonisch contact had gezocht met Rentokil, heeft J.F. Offringa, namens FBS, bij brief van 10 maart 1999, aan Rentokil meegedeeld –voor zover hier van belang–:

(...) met referte aan ons telefoongesprek van hedenmiddag bevestig ik u dat FBS het aan haar toegekende servicenummer 08007368654 ter beschikking van Rentokil wil stellen, een en ander conform de voorwaarden en tarieven zoals deze zijn vermeld in de bijgesloten overeenkomst. (...)

De bijgesloten overeenkomst is een overeenkomst betreffende Provider en Callcenterdiensten.

2.5 Bij telefaxbericht van 14 juni 1999 is namens FBS aan Rentokil meegedeeld, dat de offerte d.d. 10 maart 1999 door FBS is ingetrokken. Die telefax is door J.F. Offringa, directeur, ondertekend.

3 Het geschil en de beoordeling ervan

3.1 Voor de volledige inhoud en de gronden van de vordering wordt verwezen naar de fotokopie van het aan dit vonnis gehechte exploit van dagvaarding.

3.2 De vordering van Rentokil strekt ertoe –kort weergegeven– dat FBS zal worden veroordeeld haar medewerking te verlenen aan overdracht van het nummer aan Rentokil dan wel dat FBS de OPTA zal verzoeken het nummer in te trekken, zulks telkens op verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van FBS in de kosten van dit geding.

3.3 Rentokil legt aan haar vordering ten grondslag dat FBS in strijd met het bepaalde in de Telecommunicatiewet handelt en voorts dat zij onrechtmatig jegens Rentokil handelt door Rentokil de mogelijkheid te ontnemen het nummer te verkrijgen.

3.4 FBS heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring in dan wel afwijzing van de vordering van Rentokil, met veroordeling van Rentokil in de kosten van dit geding.

3.5 Op de afzonderlijke onderdelen van de stellingen van Rentokil en de verweren van FBS zal hierna –voor zoveel nodig– worden ingegaan.

3.6 Van de spoedeisendheid bij de gevraagde voorzieningen is genoegzaam gebleken.

3.7 FBS heeft zich tegen de vorderingen verweerd met de stelling, dat zij niet de nummerhoudster (en evenmin de reserveringsgerechtigde) is van het ten processe bedoelde nummer, zodat zij reeds op grond daarvan niet tot overdracht dan wel intrekking van het nummer kan overgaan.

3.8 Dit verweer kan echter niet slagen.

Uit het door Rentokil als productie 1 overgelegde uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Groningen d.d. 10 juni 1999 blijkt dat de Duitse vennootschap Offringa Planung GmbH bestuurder is van FBS en zelfstandig bevoegd is.

Tijdens de behandeling van het onderhavige kort geding heeft de aanwezige J.F. Offringa meegedeeld dat hij directeur is van die Duitse vennootschap.

Dit in aanmerking nemend, en voorts gelet op de omstandigheid dat J.F. Offringa het contact namens FBS met Rentokil heeft onderhouden, dat hij daarnaast de correspondentie namens FBS met Rentokil onder vermelding van de functie 'directeur' heeft gevoerd, en dat hij bovendien op een gegeven moment aan Rentokil heeft meegedeeld, dat hij (onder voorwaarde) bereid is zijn medewerking te verlenen aan het ter beschikking stellen van het nummer aan Rentokil, moet er vooralsnog van worden uitgegaan dat –alhoewel FBS wellicht formeel niet als nummerhoudster of reserveringsgerechtigde aangemerkt zou kunnen worden– FBS het in ieder geval in haar macht heeft een overgang dan wel intrekking van het nummer te bewerkstelligen.

3.9 Tijdens de behandeling van het onderhavige kort geding is gebleken, dat –zoals van de zijde van FBS is verklaard– de reservering van het nummer op een vergissing berust, nu zij slechts geïnteresseerd is in die nummers waarvan alfanumeriek een algemeen begrip te vormen is, hetgeen bij het ten processe bedoelde nummer volgens FBS niet mogelijk is. Namens FBS is voorts tijdens de behandeling van het onderhavige kort geding naar voren gebracht, dat zij in beginsel wel bereid was haar medewerking te verlenen aan de beschikkingstelling van het nummer ten behoeve van Rentokil, maar dat zij daartoe uiteindelijk slechts bereid was indien Rentokil, als gebaar, een substantieel bedrag zou storten op een door FBS aan te geven goed doel.

Op grond hiervan moet worden geconcludeerd, dat onvoldoende aannemelijk is geworden, dat FBS enig rechtens te respecteren belang heeft bij het nummer.

3.10 Rentokil heeft daarentegen vooralsnog genoegzaam aannemelijk weten te maken, dat het voor haar als bedrijf met verschillende divisies in verschillende vestigingsplaatsen van (economisch) belang is, dat zij zich naar buiten toe kan presenteren men één gemakkelijk te onthouden alfanumeriek nummer.

3.11 Gelet op het hiervoor onder 3.9 en 3.10 overwogene moet voorhands worden geconcludeerd, dat –daargelaten de vraag of FBS in strijd met het bepaalde in de Telecommunicatiewet heeft gehandeld–, FBS in ieder geval onrechtmatig jegens Rentokil handelt doordat FBS, zonder zelf enig rechtens te respecteren belang bij het nummer te hebben, wilens en wetens het rechtens te respecteren belang van Rentokil bij verkrijging van dat nummer schaadt.

Immers, door haar handelwijze maakt FBS het Rentokil onmogelijk om toekenning van het nummer te verkrijgen.

3.12 De omstandigheid dat FBS bereid is geweest haar medewerking te verlenen onder de voorwaarde dat Rentokil een bedrag op de girorekening van een goed doel zou overmaken, rechtvaardigt geen andere conclusie, nu –mede bezien in het licht van het hiervoor overwogene– Rentokil daartoe geenszins gehouden was en FBS voorts in redelijkheid ook niet een dergelijke voorwaarde aan haar medewerking kon verbinden.

3.13 Al het hiervoor overwogene leidt ertoe, dat de gevraagde voorziening in beginsel voor toewijzing vatbaar is.

3.14 Met betrekking tot de gevraagde voorzieningen moet worden opgemerkt, dat –gelet op de inhoud en de strekking van de Telecommunicatiewet– het toekennen van nummers aan de OPTA is voorbehouden. Weliswaar kan de OPTA ingevolge het bepaalde in artikel 4.9 van de Telecommunicatiewet op een gezamenlijke aanvraag van de houder van een nummer of reservering en een derde toestaan dat toekenning of

reservering aan die derde overgaat, maar—gelet op de ratio van voormelde wetgeving—moet ervan worden uitgegaan dat dit artikel niet geschreven is voor een situatie als de onderhavige.

3.15 Daar komt bij dat, gelet op de omstandigheid dat van het ten processe bedoelde nummer ongeveer 2900 lettercombinaties gevormd kunnen worden, vooralsnog geenszins is uit te sluiten dat een derde eveneens een rechtens te respecteren belang heeft bij dat nummer en in verband daarmee reeds een aanvraag voor toekenning van dat nummer bij de OPTA heeft ingediend, voordat Rentokil zulks had of heeft gedaan. Gelet op de omstandigheid dat een aanvraag van een eerdere datum voorrang heeft boven een aanvraag van latere datum, wordt het in de gegeven omstandigheden derhalve geïndiceerd geacht dat de reservering van het nummer door OPTA moet worden ingetrokken en dat FBS het nodige verricht om dat te bewerkstelligen, waarna het nummer kan worden toegekend aan of gereserveerd voor Rentokil dan wel een eventuele derde als hiervoor bedoeld.

3.16 Het hiervoor overwogene leidt tot de conclusie dat de subsidiair gevraagde voorziening zal worden toegewezen zoals in het dictum vermeld.

3.17 FBS zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten van dit geding worden veroordeeld.

4 De beslissing

De president:

4.1 veroordeelt FBS binnen 48 uur na betekening van dit vonnis te bewerkstelligen, dat de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) het aan FBS c.q. aan FBS gelieerde vennootschap toegekende c.q. gereserveerde servicenummer 08007368654 intrekt;

4.2 bepaalt dat FBS een dwangsom van f5.000,- verbeurt voor iedere dag dat zij in gebreke blijft aan de onder 4.1 van dit vonnis vermelde veroordeling te voldoen;

4.3 bepaalt dat boven een bedrag van f500.000,- geen dwangsom meer zal zijn verbeurt;

4.4 bepaalt dat de hiervoor vermelde dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;

4.5 veroordeelt FBS in de kosten van dit geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Rentokil begroot op f1.550, voor salaris procureur en op f472,56 aan verschotten;

4.6 verklaart de onderdelen 4.1 tot en met 4.5 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

4.7 wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Schepen, fungerend president, en in het openbaar uitgesproken op 6 juli 1999.

Noot

Onno van Klinken & Martijn Visser



1 Het is een bekend verhaal. FBS, de zogenaamde 'grabber', denkt de gevestigde orde te snel af te zijn door bij de introductie van de alfanumerieke telefoonnummers een aantal commercieel interessante nummers te verwerven. In dit geval: 0-800-RENTOKIL. Rentokil, die het nummer zelf wil gebruiken, verzoekt FBS om overdracht van het nummer. FBS is daartoe in eerste instantie alleen bereid indien Rentokil het nummer—in het kader van dienstverlening—via haar gaat gebruiken. Als Rentokil aangeeft daarmee niet accoord te kunnen gaan, wijzigt FBS zijn eisen en stelt de wonderlijk aandoende eis dat Rentokil een bedrag overmaakt aan een goed doel. Rentokil kan daarmee niet instemmen en probeert bij de OPTA (via 0800-OPTA?) het nummer te verkrijgen. Als de OPTA aan het verzoek van Rentokil geen gevolg geeft, wendt Rentokil zich tot de president in kort geding.

2 De uitspraak van de president ligt voor de hand: FBS moet het nummer inleveren, althans meewerken aan de overdracht daarvan aan Rentokil. Minder voor de hand ligt dat de president hieraan te pas heeft moeten komen. Om ons onduidelijke redenen gaat de OPTA niet in op het verzoek van Rentokil om ambtshalve intrekking. Uit de uitspraak van de president blijkt dat de OPTA ook verzocht was om overdracht van het nummer. Daartoe heeft de OPTA inderdaad niet de bevoegdheid. Blijkens artikel 4.6 Telecommunicatiewet kan de gevraagde overdracht alleen plaatsvinden op gezamenlijke aanvraag van de houder en de beoogde nieuwe houder. Rentokil krijgt dus van de OPTA nul op het rekest en stapt vervolgens naar de president in kort geding. Deze had kennelijk wel zin in de zaak. Zonder ook maar stil te staan bij de vraag of deze zaak zich wel voor een kort geding leent gelet op het declaratoire karakter van de gevraagde voorziening (namelijk dat FBS geen recht heeft op het nummer) en zonder zich verder dan nodig te verdiepen in de Telecommunicatiewet, concludeert hij dat FBS in ieder geval onrechtmatig handelt.

3 Was het niet veel doelmatiger geweest dat de OPTA eigener beweging het nummer had ingetrokken? Immers, de Telecommunicatiewet kent in artikel 4.7, lid 4, onder b, aan de OPTA de bevoegdheid toe om toegekende en gereserveerde nummers weer in te trekken. Deze ambtshalve bevoegdheid bestaat indien de toekenning of reservering is gedaan met de kennelijke bedoeling om de toegekende of gereserveerde nummers te verhandelen. Een verzoek aan de OPTA om van zijn ambtshalve bevoegdheid gebruik te maken en het nummer in te trekken had toch moeten kunnen volstaan. Rentokil moet dan wel zorgen dat zij het nummer reeds bij OPTA heeft aangevraagd en de eerst wachtende aanvrager is, zodat op basis van *first come, first served* het nummer alsnog aan Rentokil zou kunnen worden uitgegeven. Wij zien hier een drietal beren op de weg:

a De OPTA dient zich bij de gebruikmaking van zijn intrekking-bevoegdheid in beginsel terughoudend op te stellen. De intrekkinggrond van artikel 4.6 lid 4 onder b is echter nu juist gegeven voor dit soort gevallen. Zo blijkt ook uit de toelichting op het amendement waarbij dit artikel is ingevoegd: De 'handel in nummers [leidt] tot drempels in de markt en verhoogt de kosten voor marktpartijen. Het is daarom nodig een duidelijke weigeringsgrond en grond voor intrekking dienaangaande op te nemen' (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 33). De OPTA heeft daarmee ten aanzien van de alfanumerieke nummers duidelijk meer bewegingsvrijheid dan ten aanzien van de overige intrekking- en weigeringsgronden. Terzijde merken wij op dat de wetgever bij de redactie van het amendement waarbij artikel 4.7, lid 4, onder b, Telecommunicatiewet is ingevoegd, is uitgegleden. Letterlijk bepaalt de Telecommunicatiewet namelijk dat ambtshalve intrekking mogelijk is indien de *toekenning* (door de OPTA) gedaan is met de kennelijk bedoeling om het nummer te verhandelen. Bedoeld is uiteraard dat de OPTA moet beoordelen of de aanvrager kwade bedoelingen had.

b De aanvrager loopt het risico dat de OPTA het nummer maximaal een jaar laat 'afkoelen'. Deze mogelijkheid bestaat met name om te voorkomen dat de nieuwe houder van een eerder uitgegeven nummer wordt geconfronteerd met telefoontjes voor de voormalige houder van dat nummer. In dit geval bestaat er echter minder aanleiding om het nummer te laten 'afkoelen' voordat het opnieuw wordt uitgegeven; waarom zou de 'rechtmatige' houder nog meer schade worden toegebracht? Bovendien, in het geval van Rentokil was het nummer door FBS feitelijk niet gebruikt.

c Wie kan zich rechtmatig eigenaar van een nummer noemen? Een alfanumeriek nummer kan immers in sommige gevallen 2900 namen of woorden vormen. Het is dus niet ondenkbaar dat er andere kapers op de kust zijn. De Telecommunicatiewet (artikel 4.2) geeft de OPTA in die gevallen de mogelijkheid om de nummers te veilen of te loten tussen de aanvragers. Doorgaans

blijkt de OPTA echter het hiervoor genoemde beginsel van *first come, first served* te hanteren. In het onderhavige geval had de president dit wel in de gaten. Hij overweegt dan ook (r.o. 3.15) dat niet uitgesloten is dat derden reeds een aanvraag hebben liggen en daarmee niet gezegd is dat Rentokil het nummer daadwerkelijk zal krijgen.

In de praktijk blijkt dat de OPTA intussen veelal op eerste klacht van een 'rechtmatige' aanvrager ambtshalve tot intrekking overgaat en het nummer verleent aan de eerst wachtende aanvrager. Met name in gevallen als die van FBS en The Sound of Data, grabbers die beide zo'n 100 nummers van grote bedrijven houden, is dit ook wel zo doelmatig.

4 Wij hebben gezocht naar de diepere achtergronden van de eis van FBS dat Rentokil de vergoeding voor het nummer zou overmaken aan een goed doel. Wantrouwend als wij zijn, zien wij hierin niet direct een filantropische actie van FBS. Wij vermoeden dat het argument door FBS is gehanteerd om te kunnen betogen dat niet sprake was van de bedoeling om te 'verhandelen' als bedoeld in artikel 4.7 Telecommunicatiewet. Het behoeft geen betoog dat zo'n chicanes verweer gelet op de bedoeling van de wetgever geen doel zou mogen treffen.

5 Andere grondslagen dan het telecommunicatierecht en onrechtmatige daad liggen uiteraard ook voor de hand. Uit de jurisprudentie ten aanzien van domeinnamen komt naar voren dat een beroep op het merkrecht en het handelsnaamrecht zeker kans van slagen heeft (Zie: Pres. Rb. Amsterdam 15 mei 1997, *IER* 1997, p. 44, *Labouchère*). Toch ligt dit voor alfanumerieke telefoonnummers iets lastiger, wederom omdat met de nummers ook andere combinaties te vormen zijn. In flagrante gevallen waarin de grabber de aan het nummer gekoppelde naam gaat uitdragen, zullen ook de merkrechten en handelsnaamrechten uitkomst kunnen bieden.

6 Voor de meeschrijvers onder u: het contentieuze nummer 0800-7368654 komt overeen met 0800-RENTOKI. De ontbrekende 'L' is uitsluitend van belang voor het commerciële gebruik van het nummer, voor de telefooncentrale is de extra ingetoetste '5' voor de 'L' uit Rentokil van generlei betekenis.

7 Het eindresultaat van de Rentokil-zaak is billijk. Na eerdere nederlagen op het gebied van de domeinnamen, wordt duidelijk dat de grabber ook ten aanzien van alfanumerieke nummers achter het net zal vissen. De wijze waarop het resultaat tot stand is gekomen blijft wonderlijk. Daadkrachtiger optreden van de OPTA had de president en Rentokil veel moeite kunnen besparen.