Universiteit
Leiden
The Netherlands

annotatie bij Hof Amsterdam 28 februari 2002 (KPN/Website Services)

Visser, D.J.G.

Citation
Visser, D. J. G. (2002). annotatie bij Hof Amsterdam 28 februari 2002 (KPN/Website Services). Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/5115

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/5115

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

Samen betrouwbaar, met respect tot uw dienst!

Opinie

Germ Kemper

'D66 vindt dat een vaste boekenprijs een breed aanbod aan literatuur en gespecialiseerde en klantvriendelijke boekwinkels garandeert'. Het is taalkundig een wat onzuivere klaroenstoot, dit citaat uit het verkiezingsprogramma van D66. Natuurlijk staat het mij vrij te vinden dat twee plus twee vijf is maar het lijkt niet direct een opvatting waar voor de wetgever een taak ligt. Men mag menen dat er een economische wetmatigheid bestaat tussen enerzijds de vaste boekenprijs en anderzijds de breedheid van het literatuuraanbod ('ook uit migrantengemeenschappen', zo voegt D66 er trouwhartig aan toe) maar een wettelijk voorschrift dat andere factoren verbiedt invloed uit te oefenen op de voorraadvorming bij het Centraal Boekhuis zal weinig effect sorteren. Dezer dagen mocht de krantenlezer horen dat de klantvriendelijke boekhandelaar in zijn bestaan werd bedreigd door sterk stijgende huurprijzen. Daar gáát je garantie.

GroenLinks, met D66 samen indiener van een initiatiefwetsvoorstel tot handhaving van de vaste boekenprijs, noemt dit punt niet in het verkiezingsprogramma. De SP weer wél, maar deze partij wil de leenvergoeding, sinds kort verankerd in de Auteurswet, schrappen. Die wens heeft te maken met de behoefte het bibliotheekwezen te steunen. Het wensenpakket heeft aldus iets van een te hard opgepompte fietsband: Wat je op plek A aan bobbels terugduwt zorgt op plek B voor een nieuw bultje.

Als het gaat om de publieke omroep zal de kabinetsformateur het wat makkelijker krijgen. Alle partijen vinden dat de publieke omroep versterkt moet worden, en dat kan het beste door de reclame-inkomsten geheel (SP) of gedeeltelijk (D66, GroenLinks) af te schaffen. Die leiden immers maar tot het najagen van hoge kijkcijfers en iedereen weet dat een programma pas goed is als er niemand naar kijken wil. 'Kijkcijfers zijn geen geschikt criterium om publieke omroep op te beoordelen', schrijft de VVD en de SP rept zelfs van 'kijkcijferfetisjisme'. De PvdA laat wél een waarschuwend geluid horen; belangrijke sportieve en culturele evenementen moeten beter dan nu het geval is via de media publiek toegankelijk worden gemaakt. Wie op een verloren zondagmiddag vier uur lang naar Parijs-Roubaix heeft gekeken maakte zich nog geen zorgen maar het is waar, de implementatie van artikel 3a van de Televisierichtlijn[1] laat op zich wachten.

Groen Links en D66 willen dat ieder huis een breedbandaansluiting krijgt voor internetverbindingen. De PvdA is wat voorzichtiger: de overheid moet de markt stimuleren om met voorstellen te komen. Van de PvdA krijgt wel ieder kind, uiterlijk in 2006, op school een computer met een hoogwaardige internetverbinding. Daarmee zijn ook de drie partijen genoemd die überhaupt aan de voortschrijdende informatiemaatschappij aandacht besteden; de overige partijen hebben terzake geen denkbeelden in de aanbieding of het moest de aanbeveling van het CDA zijn om de omroepprogramma's gratis aan internetgebruikers ter beschikking te stellen of het plan van de SGP om het gebruik van seks- en geweldwerende filters verplicht te stellen. Het doet allemaal wat mager aan, gegeven de gigantische problemen waar ondernemers én consumenten dagelijks mee worden geconfronteerd. Tarieven, monopolisering, de overheid en het kabelgebruik, frequentieveilingen, hoe verder met NMa en OPTA? Ik doe maar een greep en sluit even de ogen voor grensoverschrijdende aspecten en de rol van de Europese wetgever. Makkelijk is anders en misschien houdt GroenLinks de kerk wel het beste in het midden van het dorp door voor te stellen dat er een 'bewindspersoon van Communicatie' moet komen. Die zoekt dan wel uit hoe het precies moet.

Acht jaar geleden analyseerde Huub Linthorst voor Mediaforum de verkiezingsprogramma's op basis van hun verlangens voor de omroeppolitiek.[2] Ach, wat waren ze ruimhartig vóór een pluriforme omroep, zonder staatstoezicht maar wel op staatskosten in gevecht met de commerciëlen! Dat was de status quo die beschermd werd, welke drang volgens de commentator werd ingegeven door het veilige besef dat elke politieke partij zijn verwante omroep en dus spreekbuis heeft. Of het wijs is om onuitgesproken intenties als criterium te gebruiken voor de beoordeling van de zinvolheid of haalbaarheid van een plan betwijfel ik, maar het valt wel op dat in de huidige serie programma's alleen D66, GroenLinks, de SP, Leefbaar Nederland ('..de start van een tv-nieuwszender (is) een prioriteit die niet nog vier jaar kan wachten...') en de Natuurwetpartij ('DeNíeuwe Omroep toelaten tot het bestel'), allen zonder herkenbaar verwante zuil, min of meer radicale ingrepen bepleiten. Net zo valt op dat her en der het belang van sturing van de informatiemaatschappij wel wordt onderkend maar niemand zijn vingers wil branden aan een richting die zou kunnen worden ingeslagen. Zolang niet duidelijk is wie de lakens uitdeelt is er geen behoefte aan ordening, hoogstens aan een breedbandaansluiting.

1 Natali Helberger, 'Brood en spelen', *Mediaforum* 2002-3, p. 78.

2 H.M. Linthorst, 'Over macht, media, politici en glazenwassers', *Mediaforum* 1994-5, pag. 49

Wie betaalt de toezichthouder?

Gera van Duijvenvoorde
Mr. G.P. van Duijvenvoorde is advocaat te Den Haag en Universitair Docent afdeling Recht & Informatica, Universiteit Leiden

'Financieren van OPTA in de knel', zo luidde de kop van een klein berichtje in de krant.[1] Ditmaal geen bericht naar aanleiding van het voortbestaan van OPTA als zbo maar een bericht naar aanleiding van recente uitspraken van de Rechtbank Rotterdam, waardoor de door OPTA in rekening gebrachte vergoedingen voor het uitgeoefende toezicht op losse schroeven zijn komen te staan. Voor OPTA zijn deze uitspraken zeer ingrijpend, hetgeen tevens blijkt uit het verzoek tot versnelde afhandeling van het door OPTA ingediende beroepschrift bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB). Overigens was dit verzoek tevergeefs: het CBB oordeelde begin maart 2002 dat er geen sprake is van financiële nood aan de zijde van OPTA.[2] Ook al mag er dan geen sprake zijn van financiële nood ter rechtvaardiging van een versnelde afhandeling, duidelijk is dat de recente ontwikkelingen in de jurisprudentie tot een forse financiële tegenvaller voor OPTA kunnen leiden.

De in rekening gebrachte vergoedingen voor het door OPTA uitgeoefende toezicht liggen met name onder vuur vanwege twee recente uitspraken van de rechtbank Rotterdam. De eerste uitspraak ziet op de door OPTA aan KPN in rekening gebrachte vergoedingen voor het toezicht op de aanwijzing van KPN als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht op de markt voor mobiele telefonie (hierna: 'de KPN-uitspraak').[3] De tweede uitspraak betreft de vergoedingen voor de toekenning van nummers en het toezicht op het gebruik daarvan welke in rekening waren gebracht bij TeleDiscount BV (hierna: 'de TeleDiscount-uitspraak').[4] In beide uitspraken wordt OPTA teruggefloten ten aanzien van de in rekening gebrachte (jaarlijkse) vergoedingen.

In deze bijdrage zullen beide uitspraken en hun relevantie voor de praktijk worden besproken. Allereerst zal evenwel worden ingegaan op het wettelijk kader in Nederland en het (toekomstig) Europese Regelgevende Kader.

De systematiek van vergoedingen

De Nederlandse wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om de kosten voor toezicht door OPTA (of de Dienst Telecom IVW) op basis van de Telecommunicatiewet (Tw) niet te financieren uit algemene middelen maar om deze door te berekenen aan marktpartijen. Dit uitgangspunt geldt zowel voor de zogenaamde toelatingskosten, zoals de kosten van een registratie, de verlening van een vergunning of de toekenning van een nummer als voor de zogenaamde post-toelatingskosten (bijv. de periodieke verlenging van een registratie of een vergunning).

Daarnaast worden de preventieve en (voor een belangrijk deel ook) de repressieve handhavingkosten aan marktpartijen toegerekend. Onder preventieve handhavingkosten vallen bijvoorbeeld de kosten van steekproefsgewijze of niet aangekondigde toezichtactiviteiten gericht op de naleving van de Tw. Bij repressieve handhavingkosten gaat het om overheidsactiviteiten die zijn gebaseerd op een redelijk vermoeden van een strafbaar feit of het overtreden van een bestuursrechtelijke norm, die wordt gevolgd door het opmaken van een proces-verbaal of het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie. Bovenstaande kosten worden doorberekend aan marktpartijen met uitzondering van de kosten voor repressieve strafrechtelijke handhaving (op basis van de Wet economische delicten) die nimmer mogen worden toegerekend maar ten laste van de Rijksbegroting moeten worden gebracht. Overigens wordt een dergelijke vorm van repressieve strafrechtelijke handhaving niet door OPTA uitgeoefend maar slechts door de Dienst Telecom IVW.

Deze keuze van de wetgever is opmerkelijk. Normaliter worden immers de kosten verbonden aan preventieve of repressieve handhaving niet doorberekend omdat de handhaving niet individueel toerekenbaar is en het individuele profijt moeilijk is vast te stellen. De ratio achter de beslissing van de wetgever is gelegen in de omstandigheid dat in de telecommunicatiesector in principe een beperkt aantal partijen een specifiek aan hen toerekenbaar profijt heeft van de door de overheid te verrichten handhavingactiviteiten. Daarbij overwoog de wetgever dat de telecommunicatiewetgeving zich primair kenmerkt als marktordenende regelgeving die in het algemeen in het voordeel werkt van degenen die binnen de ordening vallen.[5]

Bovenstaande uitgangspunten zijn niet nieuw en golden reeds onder de WTV. Het college van Beroep voor het Bedrijfsleven ('CBB') paste deze beginselen in 1998 toe op het in rekening brengen van vergoedingen voor (gereserveerde) num-

1 Haagse Courant van 9 maart 2002.
2 Beschikkingen AWB 02/320 en AWB 02/321 (niet gepubliceerd). Zie voor de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot versnelde behandeling, Procesregeling CBB, 19 oktober 2001, artikel 8.
3 Rechtbank Rotterdam, 27 december 2001, TELEC 00/1312 – SIMO. De uitspraken zijn te vinden op rechtspraak.nl. Zie ook *Mediaforum* 2002-2, p. 49.
4 Rechtbank Rotterdam, 27 december 2001, TELEC 00/1824-SIMO. Zie ook *Mediaforum* 2002-2, p. 49.
5 Zie MvT, *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 133 alsmede de NvT bij het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet, *Stb*. 1999, 130, p. 7.

mers.[6] Het CBB bepaalde – kortweg – dat de vergoedingen voor het toezicht op (gereserveerde) nummers zijn aan te merken als retributies, hetgeen betekent dat zij de werkelijke kosten niet mogen overschrijden en dat er in voldoende mate een verband dient te zijn tussen de vergoeding en de dienst. In genoemde zaken ontbrak een dergelijk voldoende verband.

Het (nieuwe) Europese kader

Op grond van artikel 6 en 11 van de huidige Vergunningenrichtlijn is het Lidstaten toegestaan om vergoedingen te vragen van en heffingen op te leggen aan ondernemingen ten behoeve van de machtigings- of vergunningsprocedures.[7] Wel dienen daarbij enkele randvoorwaarden in acht te worden genomen, zoals het beginsel dat de vergoeding uitsluitend bedoeld moet zijn voor het dekken van de administratieve kosten die voortvloeien uit de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van het toepasselijke stelsel. Dit uitgangspunt is eveneens terug te vinden in de nieuwe machtigingsrichtlijn.[8] Daarin wordt benadrukt dat de bijdragen het bedrag van de feitelijke administratieve kosten van die werkzaamheden niet mogen overschrijden. Eveneens dient te worden gezorgd voor transparantie ter zake van de inkomsten en de uitgaven van de nationale regelgevende instanties, door middel van een jaarlijkse rapportage over het totale bedrag aan ontvangen bijdragen en de totale administratieve kosten. Op deze wijze kunnen ondernemingen ook daadwerkelijk controleren of de administratieve kosten en de bijdragen met elkaar in overeenstemming zijn.

Voorts bepaalt de nieuwe machtigingsrichtlijn dat administratieve bijdragen niet de concurrentie mogen verstoren en evenmin als belemmering voor markttoegang mogen fungeren. Onder een algemeen machtigingssysteem mogen niet langer administratieve kosten en dus bijdragen worden opgelegd aan individuele ondernemingen, tenzij voor het toekennen van gebruiksrechten voor nummers, van radiofrequenties en van rechten om faciliteiten te installeren. Eventuele opgelegde administratieve bijdragen dienen in overeenstemming te zijn met de beginselen van een algemeen machtigingssysteem. De nieuwe machtigingsrichtlijn noemt hierbij concreet als voorbeeld voor een billijk, eenvoudig en transparant alternatief voor deze omslagcriteria een verdeelsleutel gebaseerd op de omzet. Ook zouden indien de administratieve bijdragen zeer laag liggen, forfaitaire bedragen – al dan niet gecombineerd met een omzetgerelateerd bedrag – mogelijk moeten zijn. Overigens stelde de Commissie in haar oorspronkelijke voorstel voor om de administratieve kosten naar omzet van de betrokken onderneming te berekenen en voor kleine en middelgrote ondernemingen met een jaaromzet van minder dan € 10 miljoen een vrijstelling te verlenen. Op verzoek van het Europees Parlement is deze benedengrens evenwel geschrapt, evenals de (uitsluitend) aan omzet gerelateerde verdeelsleutel.[9]

De Regeling vergoedingen OPTA

De Nederlandse wetgever heeft in het licht van de beginselen in de huidige Vergunningenrichtlijn artikel 16.1 Tw opgesteld. Op basis van artikel 16.1 Tw is een vergoeding aan OPTA verschuldigd voor zover de vergoeding verband houdt met de werkzaamheden of diensten. Ter uitvoering hiervan wordt in het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet (hierna: het Besluit) in artikel 2 bepaald dat voor de zogenaamde toelatingskosten een eenmalige vergoeding is verschuldigd en dat de vergoedingen voor de door OPTA te verrichten uitvoeringstaken per kalenderjaar verschuldigd zijn en eens per kalender jaar in rekening worden gebracht. Overigens geldt een afzonderlijke categorisering voor de toerekening van toezichtkosten voor aanbieders met een aanmerkelijke marktmacht (artikel 4, lid 3 van het Besluit). De verschuldigde vergoedingen worden jaarlijks door OPTA vastgesteld in een Regeling vergoedingen OPTA.

De Regeling vergoedingen OPTA (hierna: 'de Regeling') is aan te merken als een algemeen verbindend voorschrift. Dit rechtskarakter van de Regeling heeft consequenties voor de wijze waarop marktpartijen bezwaar kunnen aantekenen tegen de vergoedingen. Er kan immers geen bezwaar worden gemaakt tegen de in de Regeling opgenomen vergoedingen. Een eerder door KPN ingediend bezwaar tegen de op basis van de Regeling (1999II en 2000) door partijen met aanmerkelijke marktmacht verschuldigde vergoedingen werd dan ook niet-ontvankelijk verklaard.[10] Slechts indien door OPTA een besluit tot oplegging van de vergoedingen is genomen (op basis van artikel 16.1, lid 3, tweede volzin) kan een marktpartij daartegen bezwaar maken en beroep instellen. Overigens is de rechtbank wel bevoegd om de rechtmatigheid van de Regeling bij de behandeling van een dergelijk beroep te beoordelen.

In de KPN- en TeleDiscount-zaken hebben partijen met inachtneming van deze beginselen van (bestuurs)procesrecht bezwaar aangetekend tegen het besluit tot oplegging van de vergoeding. Vervolgens heeft de rechtbank zich bij de beoordeling van het beroep tegen de beslissing op bezwaar in beide zaken eveneens uitgelaten over de rechtmatigheid van de Regeling en geconcludeerd dat de Regeling op de onderdelen die specifiek zien op de betreffende vergoedingen onverbindend moet worden verklaard. Als gevolg daarvan zijn de op basis van deze onverbindende regeling genomen besluiten als onrechtmatig aan te merken, waardoor zij worden vernietigd. Doordat uiteindelijk het individuele besluit en het bezwaar daartegen als leidend wordt beschouwd, hebben de uitspraken alleen werking jegens de marktpartijen die bezwaar hebben aangetekend tegen het individuele besluit. In concreto betekent dit dat marktpartijen die geen bezwaar hebben aangetekend tegen de opgelegde vergoeding niet kunnen profiteren van het onverbindend verklaren van delen van de Regeling.

Het toezicht op een partij met aanmerkelijke marktmacht

Op 20 oktober 1999 is KPN op grond van artikel 6.4, lid 1 Tw als aanbieder van een mobiel openbaar telecommunicatienetwerk en van een mobiele openbare telefoondienst aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de nationale

6 Zie CBB Callmax/OPTA van 14 oktober 1998, AWB 97/1138 en CBB Libertel/OPTA van 14 oktober 1998, AWB 97/1124.

7 Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, *PbEG* 1997, L 117, 15.

8 Directive of the European Parliament and of the Council on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), Brussels, 4 februari 2002, zoals vastgesteld op 14 februari 2002, artikel 12 en overwegingen 30 en 31.

9 Deze regeling stond wel in het eerste voorstel van de Commissie, *PbEG* C 365 E/230 van 19 december 2000, artikel 12 en overweging 15.

10 Zie Rechtbank Rotterdam, 18 juli 2000, TELEC 99/2736 – SIMO en TELEC 00/1204 – SIMO. Regeling vergoedingen OPTA 1999II, *Stcrt*. 1999, 62, p.17 en (wijziging in) *Stcrt*. 1999, 70V, p. 18, Regeling vergoedingen OPTA 2000, *Stcrt*. 1999, 249, p.18. Overigens wordt de regeling jaarlijks (meestal aan eind van het jaar) vastgesteld en veelal tussentijds gedurende het jaar aangepast.

markt voor mobiele telefonie. Op basis van de Regeling vergoedingen 1999 diende KPN voor 'het spraaknet mobiel aanmerkelijke marktmacht' een eenmalige vergoeding van *f* 800 en een jaarlijkse vergoeding van *f* 527.000 voor het toezicht te betalen. Voor de 'registratie voor spraakdiensten mobiel aanmerkelijke marktmacht' gold een eenmalig tarief van *f* 800 en een jaarlijkse vergoeding van *f* 452.000. De pijn voor KPN was met name gelegen in de jaarlijkse vergoeding voor het toezicht, te meer daar partijen zonder aanmerkelijke marktmacht slechts een jaarlijkse vergoeding van *f* 3.800 verschuldigd waren. KPN betoogde dan ook dat toepassing het profijtbeginsel – zoals hierboven is weergegeven – met zich meebrengt dat de kosten niet uitsluitend op KPN kunnen worden afgewenteld: KPN is immers niet de partij die profijt heeft van de aanwijzing maar het zijn juist de andere marktpartijen die profiteren van deze marktordening. Evenmin heeft KPN om een aanwijzing verzocht. Voorts stelde KPN dat de in rekening gebrachte vergoedingen exorbitant hoog waren en dat de hoogte ontoereikend was gemotiveerd.

Als tegenargument bracht OPTA in dat het profijtbeginsel ook met zich mee kan brengen dat degene tot wie het toezicht (handhaving) is gericht ook als veroorzaker van kosten kan worden aangemerkt. Tevens gaf OPTA aan dat de toetreding tot de markt zou worden belemmerd indien nieuwkomers dergelijke toezichtkosten zouden moeten dragen en dat het ondoenlijk zou zijn om te bepalen welke marktpartijen zouden moeten bijdragen.

De rechtbank in de KPN-uitspraak kan echter niet meegaan met de door OPTA gegeven invulling van het profijtbeginsel. De rechtbank benadrukt dat de wetgever kennelijk heeft beoogd niet alleen de kosten voor het toezicht dat rechtstreeks verbonden is aan een concrete prestatie van de overheid ten behoeve van een bepaalde telecommunicatieonderneming (zoals bij registratie, vergunningverlening, nummertoekenning) in rekening te brengen maar dat het profijtbeginsel ook toepassing vindt op de naleving van het instrumentarium dat ordening (lees: liberalisering) van de telecommunicatiemarkt ten doel heeft. Anders dan OPTA meent de rechtbank echter dat niet alle kosten die gemoeid zijn met het toezicht op de naleving van de uit de aanwijzing van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht voortvloeiende verplichtingen bij KPN in rekening mogen worden gebracht. Immers, vooral de marktpartijen die zich jegens KPN op de daaruit voortvloeiende verplichten (zouden kunnen) beroepen hebben daadwerkelijk profijt van het toezicht op naleving van de aanwijzing. Alhoewel KPN op zekere hoogte ook profiteert van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt, is er geen grond om alle kosten op KPN af te wentelen. Het is wellicht moeilijk om de kring van de marktpartijen aan wie de kosten kunnen worden doorberekend te bepalen, maar daarin ziet de rechtbank geen reden om de kosten slechts aan een partij toe te rekenen. De rechtbank benadrukt dat OPTA vrijheid heeft bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding: er bestaat geen wettelijke verplichting om alle kosten ook daadwerkelijk op de marktpartijen te verhalen aangezien artikel 16.1, lid 2, Tw OPTA de ruimte geeft om bijvoorbeeld een deel van de kosten ten laste van de algemene middelen te brengen. Hiervoor zou bijvoorbeeld ook kunnen worden gekozen indien een doorberekening aan andere marktpartijen zou leiden tot een belemmering van de toetreding van nieuwe partijen. Overigens bepaalt de rechtbank expliciet dat artikel 16.1 Tw er niet aan in de weg staat dat een beperkt deel van de kosten wel wordt doorberekend aan KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht.

Het toezicht op nummers: de TeleDiscount-zaak

In de TeleDiscount-uitspraak staan de jaarlijkse voor het toezicht op 59 toegekende koop-, tarief- en gratis nummers en een carrier selectienummer centraal. TeleDiscount had de nummers bij besluit van 27 juli 1999 en 4 augustus 1999 toegekend gekregen via de 'overdrachtsprocedure' zoals genoemd in art. 4.6 Tw. Vervolgens waren aan OPTA voor het gehele jaar 1999 de vergoedingen voor het toezicht verschuldigd. TeleDiscount betoogde dat hier sprake is van een dubbele heffing. Er waren namelijk al toezichtkosten over 1999 in rekening gebracht bij de ondernemingen die voorafgaand aan de overdracht houdsters waren van deze nummers. Deze dubbele heffing zou in strijd zijn met de Regeling nu uit de systematiek volgt dat het toezicht is gericht op nummers en niet op nummerhouders. Evenmin waren ten gevolge van de overdracht extra toezichtkosten ontstaan, aldus TeleDiscount.

OPTA voerde hiertegen aan – gesteund door bovenvermelde uitspraken van het CBB in Callmax en Libertel – dat het toezicht gericht is op het gebruik dat van toegekende nummers is gemaakt. Dit betekent dat het toezicht op zowel de nummers als de nummerhouders ziet. Tevens meende OPTA dat een nummerhouder wel degelijk profijt heeft van het toezicht dat op andere nummerhouders, inclusief het toezicht dat eerder in dat jaar is uitgeoefend op de toenmalige nummerhouders en dat de sector als geheel profiteert van het toezicht.

De rechtbank meent – met OPTA – dat het toezicht op zowel nummers als nummerhouders ziet. In lijn met eerdere jurisprudentie wijst de rechtbank op de uitgangspunten van het hierboven reeds beschreven profijtbeginsel alsmede op het beginsel dat retributies de werkelijke kosten niet mogen overschrijden en dat de retributie dient zich te richten naar het werkelijke gebruik dat door de contribuabele van de desbetreffende werkzaamheden of diensten van de overheid worden gemaakt. De toepassing van deze uitgangspunten dient evenwel tot een andere berekening van de vergoedingen door OPTA te leiden. Volgens de rechtbank waren de vergoedingen die TeleDiscount verschuldigd was niet gerelateerd aan het werkelijke gebruik: er kan namelijk niet worden gesteld dat het voorafgaande toezicht ten behoeve van de nieuwe nummerhouder is geschied en evenmin kan dat de gehele sector van het toezicht op toegekende nummers profiteert.

Voorts overweegt de rechtbank dat de huidige regeling van jaarlijkse vergoedingen in de weg staat aan een heffing naar tijdsevenredigheid terwijl artikel 16.1, lid 2 expliciet bepaalt dat de vergoeding voldoende verband dient te houden met de door OPTA te verrichten werkzaamheden of diensten. De Regeling wordt dan ook onverbindend verklaard en het besluit vernietigd.

Bovenstaande zienswijze betekent een belangrijke correctie op niet alleen het door OPTA gevoerde beleid van jaarlijkse vergoedingen maar eveneens op de interpretatie die de wetgever in het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet aan de Callmax en Libertel-zaken heeft gegeven. De wetgever meende immers dat uit deze uitspraken kon worden afgeleid dat een wettelijk retributiestelsel zich niet verzet tegen een jaar-

11 Zie in de NvT, *Stb.* 1999, 130, p. 12.

lijkse vergoeding zoals vastgesteld in de Regeling.[11] Deze interpretatie van de wetgever is evenwel volgens de rechtbank niet juist. In een overweging ten overvloede wijst de rechtbank erop dat de systematiek van jaarlijks verschuldigde bedragen van de Regeling er niet toe hoeft te leiden dat de vergoedingen over het gehele kalenderjaar – dus onafhankelijk van het werkelijk gebruik – zijn verschuldigd. Het gaat slechts om bedragen die elk kalenderjaar opnieuw verschuldigd zijn en die in elk kalenderjaar slechts op één tijdstip in rekening worden gebracht. Dit strookt eveneens met de omstandigheid dat de hoogte van de vergoeding elk kalenderjaar opnieuw wordt vastgesteld.

Gevolgen voor de praktijk

Het mag duidelijk zijn dat de twee uitspraken tot een aanpassing van het door OPTA gehanteerde vergoedingenstelsel zullen leiden. De rechtbank heeft duidelijk aangeven dat het profijtbeginsel niet zo ver kan worden opgerekt dat alle toezichtkosten aan de partij met aanmerkelijke marktmacht worden toegerekend. Alhoewel aangenomen kan worden dat de herberekening van de door KPN verschuldigde vergoedingen tot een financiële meevaller zullen leiden, staat de precieze omvang van de verschuldigde vergoedingen nog niet vast. Een deel van de kosten mag immers nog wel bij KPN in rekening worden gebracht. Ten aanzien van de doorberekening van de kosten aan andere marktpartijen geeft de uitspraak echter weinig houvast voor OPTA. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk welke verdeelsleutel tussen KPN en de andere marktpartijen kan worden gehanteerd. Aangezien in de uitspraak in het geheel niet wordt gerefereerd aan het Europese kader is niet duidelijk of OPTA wellicht het in de nieuwe machtigingsrichtlijn genoemde omzetgerelateerde verdelingsmechanisme zou kunnen hanteren. Vanwege deze onduidelijkheid valt dan ook te bezien of OPTA de suggestie van de rechtbank volgt en een deel van de kosten ten laste van de algemene middelen besluit te brengen.

Het vereiste van evenredigheid, voortvloeiend uit de TeleDiscount-uitspraak, zal onder andere tot minder inkomsten voor OPTA leiden. Immers, niet alleen bij het toezicht op nummers maar bijvoorbeeld ook bij het toezicht op registraties wordt het principe van jaarlijkse toezichtkosten gehanteerd. Toepassing van de uitspraak zou betekenen dat OPTA de toezichtkosten niet tweemaal – namelijk zowel bij de 'oude' geregistreerde als de huidige geregistreerde – in rekening mag brengen. Evenmin is toegestaan het door OPTA toegepaste beleid dat altijd een jaarlijkse vergoeding voor registratie in rekening wordt gebracht ongeacht de duur van het toezicht. Wanneer bijvoorbeeld een onderneming besluit bepaalde telecommunicatieactiviteiten in de maand januari te beëindigen waardoor een registratie niet meer vereist is, dan kan niet langer meer worden verlangd dat over het gehele jaar de kosten voor toezicht aan OPTA verschuldigd zijn. Ook bij reorganisaties waarbij registraties dienen te worden beëindigd dan wel op naam van andere entiteiten dient te worden gezet, dienen de kosten van toezicht naar evenredigheid te worden toegerekend. Dit betekent in principe dat vergoedingen per kalenderdag kunnen worden berekend. Overigens geeft de rechtbank aan dat een systematiek waarbij vergoedingen per kalendermaand of gedeelte daarvan worden berekend ook in overeenstemming kan zijn met artikel 16.1. OPTA heeft dus – zij het zeer beperkte – vrijheid om het beginsel van evenredigheid in te vullen.

Een – schrale – troost voor OPTA mag zijn dat OPTA niet de enige toezichthouder is die het systeem voor vergoedingen dient aan te passen. Zo bepaalde het Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in een (gecombineerde) uitspraak op 19 september 2001 dat de vergoedingen voor het toezicht op het verlenen van vergunningen drastisch dienen te worden aangepast.[12] In casu had het Ministerie van Post en Telecommunicatie – de voorganger van RegTP – de administratieve kosten voor de vergunningen berekend aan de hand van de te verwachten kosten voor de komende 30 jaar. Hierdoor konden de vergoedingen voor de 'Lizenzklasse 3' vergunningen voor (vaste) netwerk operators oplopen tot € 5,4 miljoen (DM 10.6 miljoen) en voor 'Lizenzklasse 4' vergunningen voor spraaktelefonie tot € 1,53 miljoen (DM 3 miljoen). Een dergelijke berekening werd echter niet in overeenstemming geacht met artikel 16 van de Duitse Telecommunicatiewet en evenmin met artikel 11 van de Vergunningenrichtlijn: slechts de kosten die te maken hebben met het daadwerkelijk uitgeven van de vergunning mogen in rekening worden gebracht. Dit betekent bijvoorbeeld dat (de te verwachten) kosten verbonden aan het mededingingstoezicht of de aanwijzingen aanmerkelijke marktmacht niet in rekening mogen worden gebracht bij marktpartijen. Alhoewel de nieuwe vergoedingen op dit moment nog niet zijn vastgesteld, wordt algemeen aangenomen dat een herberekening op basis van de door het BVerwG) aangegeven uitgangspunten tot aanzienlijke lagere vergoedingen zal leiden voor de ondernemingen die daartegen bezwaar hebben aangetekend.

Conclusie

Alhoewel de Tw ruimte biedt voor een ruime toerekening van de kosten van toezicht aan de marktpartijen, betekent dit niet dat OPTA deze kosten zonder meer in rekening mag brengen. Uit de in dit artikel besproken jurisprudentie blijkt dat slechts de werkelijke kosten voor toezicht in rekening mogen worden gebracht. Tevens volgt uit deze jurisprudentie dat de kosten die zijn verbonden aan de uitvoering van meer algemene instrumenten van marktordening – zoals aanwijzingen van partijen met aanmerkelijke marktmacht – breder dienen te worden gedragen of ten laste dienen te komen van de algemene middelen. Op welke wijze een concrete toerekening door OPTA kan plaatsvinden wordt evenwel niet duidelijk. Een aanpassing van het Besluit vergoedingen telecommunicatie is dan ook wenselijk om OPTA voldoende houvast te bieden bij het in rekening brengen van deze vergoedingen. De wetgever dient hierbij aan te sluiten bij een systematiek van toerekening zoals in de nieuwe vergunningenrichtlijn wordt voorgesteld. Een mogelijkheid zou kunnen zijn een combinatie van een forfaitair bedrag voor het jaarlijkse toezicht met een omzetgerelateerde vergoeding. Voor het toerekenen van de toezichtskosten voor partijen met aanmerkelijke marktmacht zou gekozen kunnen worden voor een systematiek met omzetgerelateerde bedragen waarbij bijvoorbeeld een minimale omzetdrempel wordt gehanteerd om kleinere marktpartijen niet onnodig zwaar te belasten. Gezien het grote financiële belang voor OPTA valt aan te bevelen om met deze aanpassing niet te wachten tot de eerste implementatievoorstellen voor het nieuwe Europese kader welke pas na het zomerreces naar de Raad van State zullen worden gestuurd.

12 Zie BVerwG 6 C 12, 13, 19, 22, 23, 42, 43 and 49.00 van 19 September 2001. Een samenvatting is te vinden op www.bundesverwaltungsgericht.de/presse/2001/pr-2001-27.htm.

Privacyregulering in theorie en praktijk

Boekbespreking

Aernout J. Nieuwenhuis
mr. A. J. Nieuwenhuis is werkzaam bij de Leerstoelgroep Staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad

J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens (red.), Privacyregulering in theorie en praktijk, 3e druk
Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90-268-3890-5, € 61,26.

Het boek *Privacyregulering in theorie en praktijk* is een bundel van 24 hoofdstukken van afzonderlijke auteurs. De verschillende bijdragen bestrijken een grote scala van onderwerpen op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens.

Na de inleiding (Prins & Berkvens) komen eerst de ontwikkeling van het begrip privacy (Blok & Vedder), de ontwikkeling van de wetgeving (Kuitenbrouwer), en de ontwikkeling van de rechtspraak (Verkade) aan bod. Dan volgen een uiteenzetting over de Wet bescherming persoonsgegevens, die op 1 september 2001 in werking is getreden (Prins & Berkvens) en een behandeling van de gevolgen van deze wet voor de organisatie van de automatisering (Van der Horst). De bijdragen daarna belichten een aantal andere wetten dat van belang is voor de bescherming van persoonsgegevens: Algemene Wet Bestuursrecht (Schilder), de Wet Politieregisters (Van der Ven), de Wet Gemeentelijke Basisadministratie (Mutsaers), en de Wet Openbaarheid van Bestuur (Beers).

Voorts zijn er verhandelingen over de privacyregulering op een verscheidenheid van gebieden: belastingen (Zwenne & Bolle), sociale zekerheid (Van Eck), de medische wereld (Nouwt), de werkplek (Terstegge), *direct marketing* (Singewald), informatiebureaus (Kabel), wetenschappelijk onderzoek (Holvast), *electronic commerce* (Van Esch), nieuwe technologie als datamining en biometrie (Kolkman & Van Kralingen), telecommunicatie (Van Duijvenvoorde), internet (Schreuders & Blok), en mededinging (Van Duijvenvoorde). Na deze sectorgewijze bijdragen is er aandacht voor de internationale privacyregulering en de toekomst ervan (Van der Klaauw-Koops & Prins). Een handzaam overzicht van on line informatie over privacy dient als afsluiting (Garnier). In de bijlagen vindt de lezer de tekst van de Wet Bescherming Persoonsgegevens en van de Privacyrichtlijn van de EG.

Deze derde druk bevat ten opzichte van de tweede druk die uit 2000 dateert voornamelijk kleine wijzigingen en aanvullingen. Sommige bijdragen zijn geactualiseerd, bij andere is het notenapparaat verfijnd of heeft een lichte *restyling* plaatsgevonden. De meest opvallende verandering is de opname van het hoofdstuk over privacy en wetenschappelijk onderzoek. Het gerucht wil overigens dat het ontbreken van die bijdrage in de tweede druk aan een abuis te wijten was. Wellicht dat de betrekkelijke snelle komst van een nieuwe druk ook daarmee te maken heeft.

De verschillen tussen de tweede druk en de eerste druk die uit 1994 dateert, waren beduidend groter. In de tweede druk waren de bijdragen over de Awb, electronic commerce, nieuwe technologie, en internet geheel nieuw. De materie in de hoofdstukken gewijd aan het privacybegrip en het historisch overzicht maakte oorspronkelijk deel uit van de veel uitgebreider inleiding bij de eerste druk. In de afzonderlijke bijdragen zijn deze onderwerpen beter tot hun recht gekomen. De eerste druk kende ook nog een zekere onderverdeling van het boek (wetgevingscomplexen, sectorale onderwerpen, etc.). Deze is in de latere drukken weggelaten maar de aanpak is wel min of meer gehandhaafd. De inleiding doet echter geen poging meer de structuur van het boek nauwkeurig te schetsen.

Centraal in de tweede en derde druk staat de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), waarmee de wetgever de privacyrichtlijn van de EG (95/46/EG) heeft geïmplementeerd. De bijdrage over deze wet is dan ook in zeker opzicht als de spil van het hele boek te beschouwen. De wet ziet immers op de 'verwerking' van persoonsgegevens en deze term dekt zowel het verzamelen als het bewerken en het gebruiken. Het betreffende hoofdstuk zet op heldere wijze uiteen welke veranderingen deze wet heeft gebracht ten opzichte van de Wet persoonsregistraties. De auteurs komen tot de conclusie dat de nieuwe wet voldoende ruimte laat voor de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van het adequaat functioneren van een bedrijf of organisatie. Deze verwerking dient dan wel voldoende gerechtvaardigd te zijn, zorgvuldig te geschieden, met voldoende waarborgen omkleed te zijn, en oog te hebben voor de belangen van de personen, van wie de gegevens verwerkt worden.

Het boek als geheel maakt op voorbeeldige wijze duidelijk dat regulering van de bescherming van persoonsgegevens aan talloze wetten raakt en haar invloed doet gelden op vrijwel ieder gebied van het maatschappelijk leven. De bijdragen zijn over het algemeen van goede kwaliteit. Het boek is bij uitstek geschikt om zich snel in te lezen in één van de vele behandelde onderwerpen als de positie van de bescherming van de privacy in de Wet openbaarheid van bestuur, de bescherming van de privacy in de belastingwetgeving, of verhouding tussen privacybescherming en electronic commerce. In sommige gevallen zal de lezer als vanzelf ook andere hoofdstukken gaan raadplegen zoals de reeds aangestipte uiteenzetting over de Wbp.

De gekozen opzet maakt het onvermijdelijk dat de hoofdstukken elkaar onderling overlappen. Leest men het boek als geheel, dan is het op een gegeven moment wel vermoeiend dat er keer op keer wordt uitgelegd wat volgens de Wbp nu precies de omschrijving van een persoonsgegeven is en wat de term 'verwerking' precies betekent. Door deze overlappingen zou de lezer mogen verwachten dat bepaalde informatie inderdaad bij elkaar staat. Dat is echter niet altijd het geval. Bij het onderwerp privacy voor rechtspersonen, dat een belangrijk onderdeel vormt van het hoofdstuk over privacy en mededinging, ontbreekt bijvoorbeeld het gegeven dat de Wob de bescherming van de privacy als weigeringsgrond kent, maar deze

grond slechts ziet op de privacy van natuurlijke personen. Het redelijk adequate register dat in het boek is opgenomen, kan in dergelijke gevallen soms uitkomst bieden.

Een systematische lezing van het boek leidt ook tot enkele vragen over de volgorde van de hoofdstukken. Het ligt mijns inziens voor de hand om de bijdrage over de internationale privacyregulering ergens vooraan in het boek op te nemen. Sommige van de hoofdstukken over specifieke onderwerpen verwijzen immers naar deze internationale regelgeving. In dit verband is het ook minder gelukkig dat een meer algemene uiteenzetting over het karakter van internet pas gegeven wordt als het hoofdstuk over *electronic commerce* al voorbij is.

Uiteraard biedt deze recensie niet de mogelijkheid de bijdragen één voor één onder de loep te nemen. Ik beperk me tot enkele opmerkingen over een tweetal bijdragen. Het hoofdstuk over de Awb maakt zonneklaar hoe sterk deze wet en de wetgeving op het gebied van de persoonsgegevens in elkaar grijpen. De Wbp bepaalt bijvoorbeeld expliciet dat een beslissing van een bestuursorgaan ten aanzien van een verzoek de eigen persoonsgegevens in te zien of te corrigeren, als een besluit in de zin van de Awb geldt . Deze expliciete bepaling is nodig, omdat anders twijfel mogelijk zou zijn of het niet een beslissing ten aanzien van een feitelijke handeling betreft. Is het echter een besluit, dan staat als rechtsbescherming een bezwaarschriftprocedure open gevolgd door een gang naar de bestuursrechter.

Nu de Wet bescherming persoonsgegevens evenwel gelijkelijk van toepassing is op overheid en particulieren, zullen genoemde beslissingen veelal afkomstig zijn van particuliere entiteiten. In dat geval zijn die beslissingen uiteraard niet als besluit in de zin van de Awb aan te merken en de burger dient zich tot de burgerlijk rechter te wenden. De auteur vindt dit verschil in procedure niet zonder meer gelukkig, gezien de schimmigheid voor de burger en het mogelijkerwijs ontstaan van rechtsongelijkheid.

De Awb doet haar invloed ook gelden op het functioneren van het College Bescherming Persoonsgegevens, de opvolger van de Registratiekamer. Dit zelfstandig bestuursorgaan krijgt in de Wbp namelijk een reeks bevoegdheden op het gebied van de handhaving toegekend. De wijze van uitoefening van die bevoegdheden wordt echter in belangrijke mate genormeerd door de betreffende bepalingen in de Awb.

Geven de meeste hoofdstukken een uiteenzetting van het positieve recht, dat geldt uitdrukkelijk niet voor het hoofdstuk van Blok & Vedder over het privacybegrip. Deze lezenswaardige bijdrage schetst op overtuigende wijze het feit dat het privacybegrip een vaste omschrijving ontbeert. De bescherming van de privacy kan in de eerste plaats te maken hebben met het afschermen van het privé-leven tegen blikken van derden. In het verlengde daarvan kan de bescherming ook zien op het naar eigen idee kunnen inrichten van het privéleven. Het recht op privacy wordt daarnaast ingeroepen tegen inbreuken in de openbare sfeer. De bescherming van persoonsgegevens, die zeker niet altijd de privé-sfeer betreffen, maakt het begrip nog diffuser. Bovendien zijn er ook schrijvers die bijvoorbeeld milieuverontreiniging als inbreuk op de privacy beschouwen; een benadering die ook in arresten van het Eurpese Hof voor de Rechten van de Mens is aan te wijzen. Betrekkelijk recent is het oordeel van het EHRM over het nachtelijk vliegtuiglawaai van het vliegveld Heathrow (Hatton and Others v. the United Kingdom, EHRM 2 december 2001).

De auteurs zien twee mogelijkheden het begrip privacy te herijken. De eerste mogelijkheid is dat de bescherming van de – in beginsel vrijwel onaantastbare – persoonlijke levenssfeer centraal staat. Een inbreuk op het recht op privacy is dan slechts in bijzondere gevallen te rechtvaardigen. Het alternatief is dat het recht op privacy vrijwel steeds in het geding is bij bemoeienis met de persoon. Het recht op privacy verzet zich in deze redenering tegen iedere willekeurige of ongerechtvaardigde inmenging de persoon betreffende. Steeds zal er een afweging plaats moeten vinden om te zien of een beperking gerechtvaardigd is. De opzet van de Wbp past in beginsel in de tweede benadering. Daar zou men aan toe kunnen voegen dat het verzwaarde regime voor bepaalde zogeheten bijzondere gegevens (seksleven, ziekte, etc) in zeker opzicht beter met de eerste benadering strookt.

Mede in het licht van deze bijdrage over het privacybegrip kan men zich afvragen of het boek wel de juiste titel heeft. De hoofdstukken handelen bijna allen over het bewerken en gebruiken van persoonsgegevens. In sommige bijdragen (de werkplek, telecommunicatie) is daarnaast het verzamelen van persoonsgegevens van belang. De bescherming van de privacy tegen 'blikken van derden' krijgt echter betrekkelijk weinig specifieke aandacht. Zo ontbreekt een hoofdstuk over cameraobservatie en over de strafrechtelijke bescherming van de privacy. Neemt men de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als uitgangspunt, dan zouden er zelfs bijdragen over gezinsleven en lichamelijke integriteit opgenomen kunnen worden. Met andere woorden: de huidige bundel stelt bescherming van de privacy en bescherming van persoonsgegevens min of meer gelijk. Dat komt de samenhang uiteraard ten goede; de titel blijft in strijd met de begripsmatige beschouwingen.

Kom ik tot een eindoordeel. De kritiek betreft in belangrijke mate de enigszins onduidelijke structuur van het boek en de onderlinge afstemming van de bijdragen. De kwaliteit van de meeste bijdragen en de rijke verscheidenheid van het boek maken dat echter meer dan goed. Eenieder die zich in theorie of praktijk met de regulering van persoonsgegevens bezighoudt, dient van – delen van – de inhoud op de hoogte te zijn.

Uit de verkiezingsprogramma's 2002

Deze bijdrage bevat citaten uit de landelijke verkiezingsprogramma's over informatie- en communicatietechnologie, over communicatievrijheid en – in het bijzonder – over mediabeleid. De nummering van de paragrafen is uit de betreffende programma's overgenomen.

De volledige verkiezingsprogramma's zijn bij de partijbureaus te verkrijgen en staan tevens op het internet (zie kader).

Onderstaande selectie is verzorgd door Cynthia Flentrop, redactiesecretaris en eindredacteur Mediaforum.

CDA: 'Betrokken samenleving, betrouwbare overheid'

Hoofdstuk II: Investeren in mensen

10. Kunst, cultuur en media

(...)

2.10.3 Alle Nederlandse publieke zenders moeten via de satelliet kunnen worden ontvangen. Voor de landelijke publieke omroep is dit reeds het geval, voor de regionale nog niet. De programma's dienen ook gratis ter beschikking te worden gesteld aan alle internetproviders die deze programma's weer aan hun klanten gratis moeten aanbieden.

2.10.4 De NOS is het geheel van omroepverenigingen. Het publieke bestel wordt gevormd door omroepverenigingen en hun leden. De NOS mag geen staatsomroep worden. De positie en zeggenschap van de leden moet worden versterkt.

2.10.5 De publieke regionale omroep wordt versterkt. Regionale omroepen staan dichtbij de mensen en doen recht aan de veelkleurigheid van onze samenleving. Zij leveren een waardevolle bijdrage aan de betrokkenheid van mensen bij hun directe leefomgeving en aan de openheid van de provinciale en lokale politiek. Het regionale programma-aanbod wordt versterkt. Bij rampen en calamiteiten vervullen de publieke regionale omroepen een onmisbare rol als medium bij de informatievoorziening door autoriteiten naar de bevolking.

(...)

ChristenUnie: 'Durf te kiezen voor normen'

1.7 Gezamenlijke inzet voor onze gemeenschappelijke leefomgeving

(...)

Ten aanzien van het internetverkeer [zal de overheid] zich sterk moeten maken voor de ontwikkeling van een nieuw nationaal en internationaal recht. De overheid kan bedrijven, maatschappelijke organisaties en onderwijsinstellingen stimuleren een schone toegang tot het internet aan te bieden. In veel gevallen zullen maatschappelijke organisaties en bedrijven ook zelf baat hebben bij een goed en vertrouwenwekkend imago. De overheid kan aan die eigen verantwoordelijkheid appelleren.

De overheid kan ook wel wat meer verantwoordelijkheid nemen voor 'schone' tv-kanalen. Het huidige systeem 'kijkwijzer' laat te veel over aan de verantwoordelijkheid van de kijker. De ChristenUnie vindt het sowieso ontoelaatbaar om zaken als pornografie via de beeldbuis vrijelijk de publieke ruimte in te sturen. Daarvoor is de tv een te toegankelijk medium, dat te veel schade kan toebrengen aan het (jonge) kijkerspubliek. Het is te simpel om hier uitsluitend uit te gaan van de verantwoordelijkheid van de burger. De overheid behoort ook aanstootgevende reclame-uitingen tegen te gaan, in het bijzonder reclame voor seksclubs, bordelen en 06-sekslijnen. Dit geldt eveneens voor de sluipende erotisering en de toename van geweld en onsmakelijkheid in andere programma's. Fatsoen en eerbaarheid moeten de norm zijn op de beeldbuis en op straat. Het Nicam zal daartoe, tezamen met de Reclamecodecommissie, meer instrumenten in handen moeten krijgen om misbruik van de vrijheid van meningsuiting in de vorm van normoverschrijdende reclame, geweld en seks in de media tegen te gaan.

(...)

1.67 Het Nicam moet zich, tezamen met de Reclamecodecommissie, ontwikkelen tot een brede commissie, bij wie klachten kunnen worden ingediend over misbruik van de vrijheid van meningsuiting, over norm-overschrijdende reclame en over geweld en seks op tv en internet. 'Fatsoenlijke' media ontvangen een keurmerk. De overheid spant zich in om de reclamebranche en de massamedia te bewegen zich op vrijwillige basis bij deze commissie aan te sluiten.

1.68 De mogelijkheden van de burger om zich te verweren tegen inbreuken op de privacy (ongewenste post/telefoon, reality-tv) worden verruimd.

1.69 Internet is geen vrije ruimte. De overheid zet zich er voor in om de normale wettelijke regels ook op internet tot gelding te brengen.

1.70 Er wordt een landelijke commissie ingesteld die initiatieven neemt over de bezinning op de publieke moraal. Doelstelling is de formulering van een breed gedragen publieke gedragscode.

(...)

1.9 Pers en omroep

De publieke media spelen een belangrijke rol in het versterken en ontplooien van het Nederlandse cultuurleven. De publieke omroepen hebben hierin een bijzondere en unieke taak. Dit bestel, met de omroepverenigingen als basis, dient intact te blijven.

In de samenleving behoort ruimte te zijn voor culturele pluriformiteit en geestelijke vrijheid. Een pluriforme en onafhankelijke pers speelt in het waarborgen daarvan een belangrijke rol.

1.79 In het overheidsbeleid ten aanzien van pers en omroep is het behoud en de bevordering van een pluriforme pers een belangrijke leidraad.

1.80 Concentratie van dagbladen moet, in het licht van een pluriforme en onafhankelijke pers en van vrije mededinging, worden ingeperkt. Het marktaandeel van één uitgever, of een combinatie van uitgevers van dagbladen, mag niet meer dan 30% zijn.

1.81 De omroepverenigingen blijven de basis voor het publieke omroepbestel. De drie publieke tv-zenders en de vijf publieke radiozenders blijven bestaan. Een BBC-achtig model wordt afgewezen. De commerciële omroepen moeten onder het toezicht van het Commissariaat voor de media worden gebracht.

1.82 Reclame verdwijnt in elk geval op zondag van de publieke zenders. Compensatie voor gederfde inkomsten kan worden gefinancierd uit de publieke middelen. De sponsoring van publieke en commerciële omroepen wordt wettelijk geregeld.

1.83 Kabelexploitanten dienen niet uitsluitend vaste pakketten aan te bieden. De afnemer moet kunnen bepalen op welke combinatie van zenders zijn of haar abonnement berust.

D66: 'Toekomst in eigen hand'

Hoofdstuk I: Naar eigen keuze op eigen kracht

(...)

Diversiteit in cultuur en media

20 Wie cultuur echt belangrijk vindt, moet bereid zijn te investeren. D66 wil een breed aanbod van cultuurvoorzieningen. De overheid treedt op als cultureel planoloog door het scheppen van een goede infrastructuur. Het cultuurbudget moet structureel worden verhoogd tot één procent van de rijksuitgaven. Hiermee krijgen nieuwe cultuuruitingen een kans.

21 D66 wil een sterk programmeringfonds dat ook buiten de Randstad interessante voorstellingen stimuleert. Om de Nederlandse taal en cultuur ook internationaal uit te dragen moet Nederland, samen met de Vlaamse overheid, een Huis der Nederlandse Taal en Cultuur openen in Brussel. Koppelsubsidies versterken de tendens dat particulieren en bedrijven op grotere schaal cultuuruitingen financieren.

22 D66 wil meer aandacht voor het behoud van monumenten (ook overzee), archieven, verzamelingen, bodemschatten, architectuur en cultuurlandschappen. Steden zijn vaak broedplaatsen voor cultuur die door de overheid gesteund moeten worden. In het Grote-Stedenbeleid moeten er vrijplaatsen worden gegarandeerd van waaruit startende kunstenaars kunnen opkomen.

23 De deelname aan cultuur door jongeren en migranten blijft sterk achter. D66 wil dit bevorderen door meer culturele evenementen in de openlucht, het versterken van de positie van cultuur in het onderwijs en het gericht stimuleren van de inbreng van migranten in cultuur en media. Musea worden gestimuleerd om zich met tentoonstellingen en activiteiten te richten op jongeren en migranten. Dit vereist een vernieuwende aanpak waarbij moderne informatie- en communicatiemiddelen een grotere rol spelen.

24 D66 vindt dat een vaste boekenprijs een breed aanbod aan literatuur en gespecialiseerde en klantvriendelijk boekwinkels garandeert. Het biedt debutanten, ook uit migrantengemeenschappen, kansen om het publiek te bereiken. Daarom moet de vaste boekenprijs behouden blijven. Voor school- en studieboeken wordt vanwege de gedwongen winkelnering de vaste boekenprijs afgeschaft.

Websites van de in dit overzicht genoemde partijen:

www.stemcda.nl
www.christenunie.nl
www.d66.nl
www.groenlinks.nl
www.leefbaar.nl
www.natuurwetpartij.nl
www.pvda.nl
www.sgp.nl
www.sp.nl
www.vvd.nl

25 Bij de publieke omroep mogen niet de kijk- en luisterdichtheid centraal staan, maar kwaliteit en aanbod van programma's van publiek belang. D66 wil daarom een beperking van reclame-inkomsten bij de publieke omroep. Er komt een verbod op reclame rond jeugdprogramma's. De huidige sponsoring door de overheid van radio en TV programma's wordt gestopt. Het daarmee vrijkomende geld komt in een fonds voor maatschappelijke documentaires.

26 D66 wil een grotere openheid van de publieke omroep en een betere verantwoording over het gebruik van publieke middelen. Programmamakers krijgen wat D66 betreft een meerderheidsstem in de netbesturen. Het stimuleringsfonds culturele omroepproducties werkt goed en moet ook worden opengesteld voor commerciële omroepen.

27 Het bestaande verzuilde stelsel van de publieke omroep mag niet verder worden uitgebreid, maar moet teruggebracht worden naar een model, waarbij kijk- en luisterdichtheid niet centraal staat. D66 wil de financiering van de publieke omroep via de algemene middelen laten verlopen, zodat de omroep geen directe relatie meer zal hebben met de reclame-inkomsten.

(...)

28 Programmagegevens van publieke omroepen zijn publieke gegevens die iedereen moet kunnen publiceren. Mensen moeten kunnen kiezen welke programma's en diensten (zoals internet) zij via de kabel willen ontvangen. D66 wil de monopoliepositie van kabelmaatschappijen beëindigen.

Hoofdstuk II: Omgaan met schaarste

(...)

Dynamische economische ontwikkeling

63 Informatie- en communicatietechnologie (ICT) is een belangrijke pijler voor moderne economische ontwikkeling. Zij kan leiden tot hogere productiviteit, plezieriger werk en meer maatwerk in producten en diensten. D66 vraagt van de overheid een klimaat waarin kennis snel beschikbaar is. Een betere samenwerking met de overheid stimuleert bedrijven te investeren in hoogwaardige infrastructuur (zoals breedband). D66 wil dat de overheid ervoor zorgt dat iedereen toegang heeft tot electronische communicatiemiddelen en weet hoe daarvan gebruik te maken. D66 wil dat de overheid nu het voortouw neemt met een plan om elke woning op breedband aan te sluiten. Lokale overheden moeten de regie voeren bij de aanleg van kabelnetwerken om onnodige kosten en overlast te voor-

komen. Concurrentie op infrastructuren, zoals de kabel, wordt afgedwongen. D66 wil spam via e-mail bestrijden. Hiertoe moet een soort electronische ja/neen sticker voor e-mail brievenbus gerealiseerd worden.

(...)

Hoofdstuk IV: Een levendige democratie

(...)

Zelf kunnen kiezen

(...)

140 ICT levert een grote bijdrage aan de doelmatigheid van de overheid en de kwaliteit van de dienstverlening. D66 wil een omkering van de overheidsorganisatie zodat de burger zelf aan de knoppen staat. Internet moet toegankelijk zijn op openbare plaatsen. Mensen moeten via internet beter inzicht krijgen in wachtlijsten, verstrekte vergunningen, subsidies en kwaliteit van diensten.

141 D66 wil dat digitale grondrechten en het recht op actieve overheidsinformatieverschaffing een plek krijgen in de Grondwet. Zeggenschap over de eigen persoonlijke data is het uitgangspunt. Persoonsgegevens en gegevensverkeer moeten goed worden beschermd, ook tegen 'afluisteren'. Mensen hebben toegang tot hun eigen gegevens die de overheid bewaart, bijvoorbeeld in een 'digitale kluis'.

(...)

GroenLinks: 'Overvloed en onbehagen'

Hoofdstuk 4.5: De virtuele wereld

(...)

Programmapunten

1. Versterking positie burgers

De keuzevrijheid en toegankelijkheid voor burgers op het internet moet worden versterkt en bewaakt door de Nederlandse en Europese overheid. Dat kan door:

a. monopolie- en oligopolievorming tegen te gaan, in Nederland maar ook in Europees verband;
b. zo veel mogelijk concurrentie mogelijk te maken tussen en binnen infrastructuren (zoals de kabel), o.a. door een regeling tegen machtsconcentraties in de communicatie-economie en tegen het gelijktijdige eigendom van 'infrastructuur' en 'inhoud';
c. gebruikers meer rechten te geven om zich tegen inbreuken op hun privacy te wapenen, onder meer door de ontwikkeling en het gebruik van betrouwbare encryptie (het versleutelen van gegevens waardoor ze voor derden niet leesbaar zijn) te bevorderen en hieraan geen wettelijke beperkingen op te leggen. Tevens wordt de bescherming van het gebruik van e-mail wettelijk gelijkgesteld aan de bescherming van het briefgeheim.
d. door commerciële elektronische direct-mail (spam) te binden aan voorafgaande toestemming van de ontvanger, waarbij als norm geldt dat expliciet toestemming gegeven moet worden voor het gebruik van digitale voetsporen.

2. Sturende overheid

a. Er komt een bewindspersoon van Communicatie. Deze ziet toe op de regulering van markten in de nieuwe economie, het afdwingen van maximale vrijheid van informatie, toegankelijkheid, openheid en concurrentie en de coördinatie van de publieke informatievoorziening.
b. De nieuwsvoorziening van de publieke omroep, overheidsinformatie en het culturele erfgoed moeten op internet voor iedereen toegankelijk zijn zonder speciale voorwaarden of (bij)betaling. Dat geldt ook voor gezondheidsinformatie en -communicatie en onderwijsinformatie. Het toegankelijk maken gebeurt op reclamevrije virtuele publieke ruimtes, zoals kunst- en cultuursites en onderwijssites.

3. Digitale democratisering

a. Vrijheid van informatie betekent dat overheden alle informatie die volgens de Wet Openbaarheid van Bestuur openbaar moet worden gemaakt, op eerste verzoek digitaal ter beschikking stellen.
b. De kansen voor democratisering, die de digitale participatie biedt, moeten worden benut.
c. De overheid fungeert in de digitale ruimte als gids om burgers te helpen de weg te vinden in het woud van informatie. De overheidszoekmachine www.overheid.nl wordt uitgebouwd tot een van de ingangen voor het publieke domein, inclusief verwijzingen naar kritische geluiden uit de samenleving en mogelijkheden voor debat.
d. Er komt een stimuleringsfonds voor publieke digitale dienstenontwikkeling, waarop makers een beroep kunnen doen als zij aan eisen van non-commercialiteit en culturele/maatschappelijke kwaliteit voldoen.

4. ICT-basispakket

a. Ter voorkoming van een digitale tweedeling stelt de overheid een ICT-basispakket voor alle burgers samen, waarin zijn opgenomen:

– netwerkverbindingen: binnen vier jaar zijn alle woningen voorzien van een breedbandverbinding die algemeen toegankelijk is;
– publieke diensten van informatie en communicatie;
– ondersteuning bij internetgebruik.

Minima krijgen hiervoor van de overheid een financiële bijdrage. Voor gehandicapten komen speciale voorzieningen.

5. Digitale ontwikkelingssamenwerking

a. In de ontwikkelingssamenwerking wordt meer financiële ruimte gecreëerd voor investeringen in ICT en het internet. Ook wordt het internet benut om Nederlandse kennis en onderwijs te ontsluiten voor derdewereldlanden en democratiseringsbewegingen digitaal te ondersteunen.

6. De communicatie-economie

a. Het Commissariaat voor de Media en de Opta oefenen gezamenlijk toezicht uit op de telecom-, kabel-, satelliet- en mediamarkt.
b. De toegankelijkheid en het gebruik van alle ICT-infrastructuren worden wettelijk gewaarborgd.
c. Er komen regels voor een wettelijke bescherming van de onafhankelijkheid van (net)redacties.
d. Op weg naar een duurzame kenniseconomie worden regels gesteld aan energie- en materiaalgebruik.

Hoofdstuk 4.6

Kunst, cultuur en media

Door de invoering van digitale apparatuur ziet televisie kijken er over tien jaar heel anders uit. Concepten als *'live t.v.'* of *'prime time'* zullen sterk aan betekenis inboeten, doordat alles op elk moment beschikbaar komt. Dat biedt kansen voor minder 'bulk' en voor meer op specifieke interesses gerichte kwaliteitsproducten. Een recent experiment met snelnet heeft aangetoond dat het bekijken van documentaires met een factor

tien stijgt. Tv-kijken biedt in de toekomst ook de mogelijkheid tot weerwerk leveren en dat is interessant.
(...)

Mediabeleid

Het publieke mediabestel is in zwaar weer terecht gekomen. Het dreigt onder de voet te worden gelopen door commerciële zenders, in technisch opzicht verdrongen te worden door het internet en verscheurd te worden door interne twisten. Dat vraagt om een toekomstgericht mediabeleid, waarin een sterke, onafhankelijke publieke omroep, landelijk maar ook regionaal en lokaal, wordt veiliggesteld. In een samenleving waarin informatie(-uitwisseling) belangrijker wordt, is de rol van een publieke omroep, met waarborgen voor onafhankelijke nieuwsgaring, van wezenlijk belang. Een moderne publieke omroep kenmerkt zich door journalistieke onafhankelijkheid, professionele kwaliteit en weergave van verschillende gezichtspunten.
Terecht is het publieke bestel met de Concessiewet hervormd van een verzuild systeem van omroepverenigingen naar geprofileerde, op verschillende doelgroepen gerichte publieke netten.
GroenLinks heeft in de Kamer verschillende voorstellen gedaan om de positie van het publieke bestel te versterken.
De kracht van het publieke bestel zit niet exclusief in kijkcijfers, maar in pluriformiteit en draagvlak.

Programmapunten
(...)
7. Reclamevrije zender
a. Er komt tenminste één reclamevrije zender die wordt verdeeld over de publieke omroepen.

8. Publieke omroep
a. De publieke omroepen krijgen meer mogelijkheden om een herkenbare publieke plek te creëren op het internet.
b. De leden-eis van omroepvereniging wordt verlaagd naar 50 duizend leden.
c. De zeggenschap van de netredacties wordt vergroot. Per net wordt een redactiestatuut ontwikkeld.
(...)

10. Cultureel erfgoed
(...)
b. Het achterstallige onderhoud in het bewaren van drukwerk, audiovisuele producties en digitale informatie wordt de komende kabinetsperiode weggewerkt.

LN: 'Leefbaar Nederland komt er *nu* aan!'

Nieuwszender moet voorrang krijgen
Het huidige omroepsysteem waarbij vele zendgemachtigden op alle netten uitgewaaierd zijn, moet sterk vereenvoudigd worden. Drie verschillende zendgemachtigden op de drie netten waarborgen de pluriformiteit. De vele en dure functies in de omroepwereld alsmede de vele bestuurs- en overlegorganen moeten gesaneerd worden. De grote besparingen die hierdoor mogelijk zijn worden gebruikt voor kwaliteitsverbetering en een beter nieuwsaanbod.
Het met belastinggeld gefinancierde publieke omroepsysteem moet geleid worden naar wat minder van hetzelfde (talkshows, quizzen e.d.) en naar wat meer dat de commerciële omroep niet biedt.
In dit verband is de start van een tv-nieuwszender een prioriteit die niet nog vier jaar kan wachten. In deze tijd van grote en hevige actualiteiten is een journaaluitzending elk uur met directe ingang een korte overgangsmaatregel.

Natuurwetpartij: 'Tijd voor een nieuwe kijk'

Hoofdstuk 9: Een harmonieuze samenleving
(...)

* De Nieuwe Omroep toelaten tot het publieke bestel. Deze omroep wil zorgen voor meer maatschappelijke bewustwording, op een wijze die het bestel nu niet voldoende biedt.

PvdA: 'Samen voor de toekomst'

Hoofdstuk 5: Revolutionaire technologie
(...)
4. Maatregelen
4.1 De kenniseconomie
Lerende samenleving
Wij willen dat iedereen kan deelnemen aan de informatiesamenleving. Dat houdt niet op bij een bepaalde leeftijd. Blijven leren is een sleutel tot succes in de kenniseconomie. In het vorige hoofdstuk deden we voorstellen om te bereiken dat alle kinderen hun opleiding afmaken en dat volwassenen en ouderen kunnen bijblijven.

ICT op school
Voor ieder kind is in 2006 op school een computer met hoogwaardige internetverbinding beschikbaar. De ontwikkeling van educatieve software wordt versneld door de vraag vanuit leerlingen en scholen te versterken. Educatieve programma's die worden ontwikkeld met gemeenschapsgeld, zoals de inburgeringcursus Nederlands, worden openbaar en komen dus ook beschikbaar voor wie niet op school zit. Lesprogramma's in het onderwijs mogen geen commerciële informatie bevatten. Bij de inrichting van de computerplaats wordt rekening gehouden met de richtlijnen voor de gezondheid van het kind.

De overheid als 'eerste koper'
De kenniseconomie is dynamisch en de ontwikkelingen gaan snel. Toch komen sommige toepassingen moeizaam van de grond, zoals 'online identificatie' en beveiligingssoftware. Op terreinen waar ontwikkeling voor burgers van belang is, geeft de overheid een stimulans door 'eerste koper' ('*launching customer*') te zijn. De overheid zet zich zowel in nationaal als internationaal verband in om te komen tot standaarden waardoor de systemen onderling compatibel zijn.

Aanpassingen per sector
Het is vaak niet mogelijk, en ook niet nodig, om overal dezelfde systemen en oplossingen te gebruiken. Wel bevordert de overheid dat nationale netwerken ontstaan in sectoren waar dat belangrijk is, zoals de gezondheidszorg. Dit kan worden bereikt door belastingmaatregelen en aankoopsubsidies en zonodig door aanpassing van de wet.

Toegang tot informatie
Informatie en communicatie spelen een grote rol bij de uitvoering van overheidstaken. Burgers krijgen meer rechten om van overheden te verlangen dat deze informatie openbaar maken en digitaal ter beschikking stellen. Strikte eisen voor gebruikersgemak zorgen ervoor dat ook ouderen en blinden (met een brailleleesregel) de informatie kunnen krijgen, want overheidsinformatie moet voor alle burgers toegankelijk zijn en blijven. Een digitale tweedeling van de maatschappij wordt tegengegaan.

Ook in het private domein
Recht op informatie hebben burgers ook in hun relatie met private partijen. Zij krijgen het recht om belangrijke informatie eenvoudig op te vragen, bijvoorbeeld over de productiewijze van voedsel, zodat zij bewuster aankoopbeslissingen kunnen nemen. Er komen Europese regels om producten helder te etiketteren.

Grondrechten worden beschermd
Persoonsgegevens en gegevens over persoonlijk internetgebruik krijgen steeds meer handelswaarde. Uitsluiting als gevolg daarvan (geen informatie meer, geen krediet meer, etc.) is niet denkbeeldig. Burgers hebben het recht om te weten welke informatie wordt vastgelegd. Vrijheid van meningsuiting, communicatiegeheim en privacy worden goed beschermd. Het toezicht daarop wordt verbeterd. Binnen organisaties zullen daartoe met alle betrokkenen afspraken moeten worden gemaakt. Een scherpe aanpak is nodig van crimineel gebruik van het internet, zoals voor kinderporno. Providers worden daarbij ingeschakeld Ook hierbij wordt zoveel mogelijk de Europese samenwerking gezocht.

4.2 E-government

Interactieve overheid
Digitale aangifte is handig voor burgers én Belastingdienst. De overheid biedt zulke diensten actiever aan, waaronder de mogelijkheid om kleine vergrijpen aan te geven. Overheidsinformatie, nu op papier beschikbaar, wordt ook zoveel mogelijk digitaal toegankelijk. Dat betekent informatie verspreiden, maar ook ontvangen, verwerken en erop reageren. Voor registratie, archivering, en beantwoording van e-mails van burgers gericht aan de overheid gelden dezelfde waarborgen zoals die nu al gelden voor brieven. Alle overheidsinformatie die onder de Wet Openbaarheid van Bestuur valt, wordt actief via internet beschikbaar gesteld. De overheid zorgt voor een digitaal paspoort (identiteitsbewijs). Omkleed met voldoende veiligheidswaarborgen wordt elektronisch stemmen ingevoerd. Ook de mogelijkheden om burgers en hun organisaties via internet te betrekken bij plannen, zoals stedenbouwkundige projecten en wijkgerichte initiatieven, worden benut.

Burgers houden toezicht
Burgers kunnen ook zelf toezicht houden op de uitvoering van beleid. Daartoe wordt informatie online beschikbaar gesteld. Relevante vergunningen (milieu, bouwactiviteiten, etc.) worden online gepubliceerd en kunnen op postcodeniveau worden opgezocht.

Parlement online
Kamerstukken zijn nu al digitaal beschikbaar. In aanvulling daarop worden ook de vergaderingen van de Tweede en Eerste Kamer online toegankelijk. Daarnaast is interactie met burgers van groot belang, onder andere door het verbeteren van het gebruik van internet en e-mail door volksvertegenwoordigers

4.3 Hoogwaardige en veilige ICT-infrastructuur

Netwerk: iedereen toegang
Breedband infrastructuur maakt het mogelijk gegevens, tekst, audio en video te ontvangen en te verzenden. Het biedt nieuwe kansen om kwaliteit en productiviteit op allerlei gebieden te verbeteren: wonen, werken, onderwijs, zorg en mobiliteit. Als de overheid zijn verantwoordelijkheid neemt bij de aanleg van het netwerk kunnen burgers, bedrijfsleven en de overheid zelf er snel gebruik van maken. Regie van de overheid is nodig om te voorkomen dat monopolies in de dienstverlening ontstaan en om te garanderen dat iedereen – in de stad en op het platteland – toegang kan krijgen. Om geleidelijk overal aansluitingen te realiseren stimuleert de overheid marktpartijen om met voorstellen te komen. Door de vraag naar aansluitingen van overheden en instellingen als ziekenhuizen en woningcorporaties te bundelen, kan de overheid een krachtige partij vormen op de markt.

Aansluitingen voorbereiden
Nagegaan wordt of het aanleggen van een glasvezelnet bij nieuwbouw verplicht kan worden gesteld. Daarbij kan de vraag gesteld worden of glasvezel wel de enige infrastructuur zou moeten zijn. Dat voorkomt latere kostbare graafactiviteiten. Omgekeerd kunnen bij bestaande graafactiviteiten voorzieningen worden aangelegd voor toekomstige (glasvezel-) aansluitingen.

Veiligheid
Het grote maatschappelijk belang van informatietechnologie vraagt waarborgen voor continuïteit en veiligheid. De kwetsbaarheid van het Nederlandse deel van internet zal worden beperkt door knooppunten te spreiden. Virussen en de gebrekkige beveiliging van veel online diensten, vormen een steeds groter gevaar. Regelgeving en toezicht worden op het niveau gebracht dat past bij vitale infrastructuur. Er komt een centrale coördinatie van meldingen, alarmering en herstelwerkzaamheden.
(...)

Hoofdstuk 8: Het leven is meer dan werken: sport en cultuur
(...)

4.3 Publieke inspanning, publieke rechten

Toegankelijke publieke evenementen
De publieke toegankelijkheid van belangrijke sportieve en culturele evenementen via de media wordt versterkt in de mediawetgeving. Alle geldstromen vanuit de overheid naar sport- en cultuurorganisaties worden nagelopen op de mogelijkheid om publieke toegankelijkheid als voorwaarde voor de financiering op te nemen.

SGP: 'Tot Uw dienst'

Hoofdstuk C: Elkaar dienen
(...)
Verslaafden
Verslaving aan drugs, alcohol en gokken is een groot maatschappelijk probleem. De aanpak hiervan kan niet anders dan radicaal zijn. Drugsverslaafden zijn niet gediend met halfslachtige heroïne-experimenten; afkicken onder narcose – met medische begeleiding – heeft goede resultaten laten zien. Verantwoorde opvang en behandelingswijze moeten gesteund worden. Christelijke organisaties mogen niet worden buitengesloten.
In de opvoeding en het onderwijs moet preventief worden opgetreden door de jongeren te informeren over de schadelijke gevolgen van verslaving. Verhoging van de accijnzen en een algeheel reclameverbod op alcohol en tabak hebben eveneens een preventieve werking.
(...)

Hoofdstuk D: Een dienstbare economie

Markten
(...)
Voor een goede werking van de economie is het essentieel dat prijzen de juiste signalen geven. Niet alleen pleit dit voor het internaliseren van externe effecten door milieubeleid, maar tevens voor het bevorderen van een goede werking van markten. Met name de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft hier een belangrijke taak. Misbruik van machtsposities moet voorkomen worden. Gewaarborgd moet zijn dat de NMa de daarvoor benodigde middelen en bevoegdheden heeft.

De SGP is blij met de toenemende aandacht voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. Bedrijven geven zelf aan meer rekening te willen houden met de invloed van bedrijfsbeslissingen op milieu en sociale aspecten. Overigens zouden bedrijven ook kritischer moeten kijken naar de manier waarop reclame-uitingen vorm worden gegeven. Juist hierdoor wordt consumentisme teveel bevorderd.
(...)

Hoofdstuk G: Leren dienen
(...)
Onderwijs en ICT

Informatie en communicatie wordt in onze samenleving steeds belangrijker. Het onderwijs mag niet achterblijven. Kinderen moeten vroegtijdig en adequaat worden voorbereid op het werken met de computer en omgaan met de enorme informatiestroom die op hen afkomt. Om dit mogelijk te maken moeten voldoende faciliteiten worden geboden om de leerlingen voldoende onderwijs over en met de computer te geven. Voor de SGP mag ICT-gebruik geen opzichzelfstaande plaats binnen de school innemen, maar is implementatie in het huidige onderwijs de grote uitdaging waar het onderwijsveld voor staat.
De filtermogelijkheden van Kennisnet en Internet dienen in samenwerking met het onderwijsveld verder te worden verfijnd. Ondanks dat moet Kennisnet zichzelf verkopen en dus niet verplicht worden gesteld. Scholen moeten – ook wat ICT betreft – hun eigen normen kunnen stellen en handhaven.

Naast de vele mogelijkheden en uitdagingen die ICT het onderwijs biedt, ziet de SGP ook de gevaren. ICT op school mag nooit zover gaan dat de intermenselijke communicatie grotendeels verdwijnt. Daarnaast zijn onderwijsinhouden nooit waardenvrij en mag de belangrijke rol van de docent hierin nooit verdrongen worden. Juist die docent zal door middel van een begeleide confrontatie met de nieuwe media de leerlingen kunnen toerusten op verantwoord persoonlijk gebruik van deze media.
(...)

Kunst, cultuur en media
(...)
Media
Ook binnen de publieke omroepen is helaas veel 'barbarij' te vinden. Wanneer de SGP er desondanks voor kiest om in ieder geval een publiek bestel te handhaven, dan heeft dat twee redenen.
In de eerste plaats: wie de media prijs geeft aan de commercie, weet wel waar hij aan begint, maar niet waar hij eindigt. De mogelijkheid dat één of twee grote mediaconcerns gaan bepalen wat men te zien en horen krijgt – met mogelijkheden van manipulatie en beïnvloeding – willen wij voorkomen. In de tweede plaats kent het publieke bestel een omroep die wat betreft de inhoud van programma's uitstijgt boven wat andere omroepen te bieden hebben.
De SGP is voorstander van het verhogen van de eigen bijdragen voor het gebruik van de audiovisuele media.

Zowel in het publieke als in het commerciële bestel heeft de overheid de taak om erop toe te zien dat uitzendingen overeenkomen met de bijbelse richtlijnen. Godslasterlijke, kwetsende en zedeloze uitingen in de media en de reclame worden niet toegestaan. Meent een omroep toch dergelijke uitingen te tonen dan dienen sancties te worden getroffen. Zelfregulering is nuttig, maar ontslaat de overheid niet van haar eigen verantwoordelijkheid. Zij dient de ontwikkeling van 'filters' te stimuleren en films, video's en andere beeld- en geluidsdragers van een kwaliteitskeurmerk te voorzien. 'Geweldchips' en 'sexchips' moeten verplicht worden gesteld op apparatuur die in Nederland op de markt wordt gebracht.

Zowel in letterlijke als in figuurlijke zin is de virtuele vrijstaat die Internet heet, grenzenloos. Voor de SGP zijn er bedenkelijke schaduwzijden van het Internetgebruik, zoals pornografie, racisme, discriminatie, gokken, enzovoorts.
De SGP vindt het een verantwoordelijkheid van de overheid om via een daadkrachtige normstelling en -handhaving te voorkomen dat de informatiesamenleving een normloze samenleving wordt. Daarbij dient uiteraard nauwlettend aandacht te zijn voor de internationale verbanden.
Is het naar de mening van de SGP noodzakelijk om kwestieuze Internet-uitingen zo dicht mogelijk bij de bron – de information-provider – te bestrijden, ook aan het einde van de 'pijplijn' – bij de gebruiker – is adequate bescherming essentieel. We doelen daarbij op de zogenoemde filtertechnieken. Ontwikkeling en integratie van filters dient door de overheid te worden gestimuleerd.

Het aanbod van landelijke dagbladen neemt af. De SGP roept de overheid op te zorgen voor voldoende diversiteit en voorkoming van verschraling. De NMa-constructie voorkomt momenteel dat alleen de grote concerns overblijven, en dient gehandhaafd te worden.

SP: 'Eerste weg links'

Hoofdstuk 9: Verkeer en vervoer

(...)
Post, telecom en kabel onder overheidsregie
Nutsfuncties als post, telecom en kabel vereisen een sterke overheidsregie. De overheid dient maatregelen te nemen die een bij de tijds serviceniveau in alle postkantoren garanderen, ook in kleinere woonkernen.
Aan de wildgroei in de telecomsector dient tegengas te worden gegeven, door de greep op de in deze sector opererende ondernemingen met regelgeving of anderszins te vergroten. De overheid dient van haar mogelijkheden gebruik te maken om te voorkomen dat het vaste telecommunicatienetwerk voorwerp van handel wordt.
De mogelijkheden tot terugverwerving van de inmiddels geprivatiseerde kabelnetwerken dient onderzocht te worden, teneinde dominantie van particuliere bedrijven in de media die van de kabel gebruik maken te voorkomen.

Hoofdstuk 13: Cultuur

(...)

Bibliotheken beschermen

Toegang tot vele vormen van cultuur via de bibliotheek moet uitgebreid in plaats van ingeperkt worden.

Aan sluiting van bibliotheekfilialen moet een halt worden toegeroepen. Er dient juist voldoende spreiding van bibliotheekvoorzieningen te zijn om optimale toegang mogelijk te maken. Het leengeld per boek dient afgeschaft te worden en de rijksbijdrage aan gemeenten voor bibliotheekvoorzieningen verhoogd, zodat het aanbod van boeken, films en cd's bij de tijd kan blijven en nieuwe media zoals Internet ruimschoots aanwezig kunnen zijn. De vaste boekenprijs is de beste garantie voor publicatie van een breed aanbod aan Nederlandstalige literaire werken in ons kleine taalgebied. Daarom dient deze vaste prijs niet te worden losgelaten.

(...)

Publieke omroep versterken

Bij de publieke omroep moet pluriformiteit belangrijker worden en moeten kijkcijfers en marktaandelen een minder overheersende rol gaan spelen. Het principe van non-commercialiteit op de publieke zenders dient zo veel mogelijk te worden nagestreefd. Reclame en sponsoring zijn verschijnselen die eigenlijk niet thuishoren bij een publieke omroep. Reclame leidt tot kijkcijferfetisjisme en bedreigt de integriteit en de onafhankelijkheid van de publieke omroep. Om te beginnen moet er één reclamevrije publieke zender komen.

VVD: 'Ruimte, respect en vooruitgang'

Hoofdstuk 4: Ruimte voor een slagvaardige overheid

(...)

Ruimte voor modern bestuur

(...)

3) Publieke diensten moeten op een klantgerichte en klantvriendelijke manier worden verleend. In zijn dienstverlening aan de burger benut de overheid het potentieel van de informatietechnologie nog onvoldoende. In de volgende kabinetsperiode zullen alle openbare overheidsdocumenten via het Internet beschikbaar moeten worden gesteld.

Aanvragen en verzoeken zullen langs elektronische weg kunnen worden opgevraagd. Het virtuele overheidsloket zal gedurende 24 uur per dag geopend zijn.

(...)

Ruimte voor een moderne publieke omroep

1) Kabel, ether en andere moderne informatiedragers moeten vrij zijn als papier, zodat via commerciële organisaties, particuliere omroepverenigingen en de publieke omroep een gevarieerd aanbod in de huiskamer komt. Vanwege het belang dat burgers zelf kunnen bepalen op welke zender zij zich wel of niet willen abonneren, moet digitalisering van de kabel met kracht worden bevorderd. De publieke omroep moet zich van de commerciële omroepen onderscheiden door het aanbod van hoogwaardige programma's op het terrein van informatievoorziening, cultuur, educatie en actualiteiten. Dat is nu onvoldoende het geval.

2) De overheid draagt financieel bij aan programma's met een duidelijk publiek belang. Kijkcijfers zijn geen geschikt kwaliteitscriterium om publieke omroep op te beoordelen. De publieke omroep concurreert immers niet met commerciële zenders. Het is wenselijk een deel van de publieke middelen te besteden ten behoeve van democratische transparantie: het verslaan van parlementaire debatten en ander bijeenkomsten waarin kwesties van publiek belang worden besproken. Het Amerikaanse C-SPAN kan hierbij als voorbeeld dienen.

3) Met een beperktere, meer gerichte taakopdracht voor de publieke omroep kan de bijdrage van de overheid omlaag. Bij de uitvoering van de publieke opdracht moeten daarom hoge eisen worden gesteld aan de producten van de publieke omroeporganisatie, de afspraken die daardoor worden gemaakt en de opdrachten die worden gegeven aan andere organisaties. Verantwoording over de wijze waarop invulling is gegeven en zal worden gegeven aan het begrip publieke omroep is cruciaal voor het verlenen en verlengen van concessies.

onder redactie van

Laurens Dragstra, Wouter Hins, Lars Huisman en Gerard Schuijt

Met medewerking van: Ot van Daalen

Rechtspraak

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

Integraal in de Jurisprudentie bijlage: **J**

EHRM 6 februari 2001, Tammer v. Estland, *NJ 2002, 158, m.nt. E.J. Dommering*

Art. 10 EVRM · Perspublicatie · Belediging

Zie *Mediaforum* 2001-4, p. 126-128, m.nt. A.J. Nieuwenhuis

EHRM 29 maart 2001, Thoma v. Luxemburg, *NJ 2002, 159, m.nt. E.J. Dommering*

Artikel 10 EVRM · Belediging · Beschuldigend citaat

Zie *Mediaforum* 2001-5, nr. 23 m.nt. G.J. Kemper

EHRM 14 maart 2002, Gaweda vs. Polen, *www.echr.coe.int (nr. 26229/95).*

Art. 10 EVRM · Registratieplicht · Voorzien bij wet

De Poolse perswet vereist een registratie voor tijdschriften. Een ministeriële verordening werkt dit aldus uit, dat registratie niet wordt toegelaten als dit strijd oplevert met de wet of met de waarheid. Gaweda verzocht registratie voor een tijdschrift genaamd 'The social and political monthly. A European moral tribunal'. Het verzoek werd afgewezen, omdat de titel een Europese instelling suggereerde, hetgeen niet juist zou zijn en misleidend. Het Hof overweegt dat art. 10 EVRM voorafgaand verlof voor publicaties niet geheel uitsluit, maar dat dit aan de meest zorgvuldige toets moet worden onderworpen. De eis, dat de titel van een tijdschrift waarheidsgetrouwe informatie bevat is onuitvoerbaar. Zo'n titel is geen statement als zodanig, maar heeft de functie van herkenbaarheid voor het beoogde publiek. In casu introduceert de door de Poolse rechter gegeven interpretatie nieuwe criteria die niet konden worden voorzien. Het Hof erkent dat een registratieplicht van belang kan zijn om de persvrijheid veilig te stellen, maar de wettelijke regeling in Polen is onvoldoende precies geformuleerd om de klager in staat te stellen zijn gedrag erop af te stellen. De beperking voldoet niet aan het vereiste dat zij moet zijn voorzien bij wet.

EHRM 14 maart 2002, Nafria vs. Spanje, *www.echr.coe.int (nr. 46833/99).*

Art. 10 EVRM · Ontslag werknemer · Beledigende brief

Nafria heeft als ambtenaar van de centrale bank in Spanje een boze brief geschreven aan de vice-president van deze bank. In de brief beschuldigde hij enkele functionarissen van de bank van illegale handelingen, waarvan hij het slachtoffer zou zijn geworden. Een kopie wordt op een prikbord gehangen. Wegens het schrijven van deze brief wordt Nafria ontslagen. Het Hof oordeelt dat artikel 10 EVRM niet is geschonden. De beperking van de vrijheid van meningsuiting kon noodzakelijk worden geacht in een democratische samenleving ter bescherming van de goede naam van anderen. Het Hof benadrukt dat de uitingen niet werden gedaan in het kader van een openbaar debat over het algemene beleid van de nationale bank, voorts dat de geuite beschuldigingen ernstig waren en dat de schrijver van de brief zeer goed wist wat hij deed. Bij een spontane mondelinge uitbarsting zou ontslag wellicht een te vérgaande sanctie zijn geweest.

EHRM 21 maart 2002, Nikula v. Finland, *www.echr.coe.int (nr. 31611/96).*

Artikel 10 EVRM · Lawyer's privilege · Smaad

De cliënt van pro-deoadvocaat Nikula wordt gehoord als getuige in een strafproces waar hij zelf verdachte is. De advocaat protesteert en beschuldigt de openbaar aanklager van een strafbaar feit, t.w. schending van zijn plichten gedurende de rechtsgang. Na afloop van de rechtszaak wordt de advocaat zelf gedaagd door de openbaar aanklager en tot in de hoogste instantie veroordeeld wegens smaad. Het Hof stelt voorop dat een evenwicht gevonden moet worden tussen het recht van het publiek om te worden geïnformeerd over juridische kwesties en de vereisten van een ordelijke rechtsgang en de eerbaarheid van het juridische beroep. In de onderhavige zaak is geen reden om de lidstaten een brede 'margin of appreciation' te laten. Op ambtenaren mag soms scherpere kritiek worden geleverd dan op gewone burgers, omdat zij een publieke taak vervullen. Zij zijn echter niet gelijk te stellen aan politici. Het Hof verwerpt de stelling dat de vrijheid van meningsuiting van een advocaat onbeperkt moet zijn ter bescherming van de rechtsgang. Wel mag over een openbaar aanklager meer worden gezegd dan over een rechter. Omdat de kritiek in kwestie beperkt was tot de activiteiten van de openbaar aanklager gedurende de rechtszaak moest deze veel kritiek tolereren. Gelet op het mogelijke 'chilling effect' dat strafbaarheid kan hebben op de plicht van een advocaat om zijn cliënten zo goed mogelijk te dienen, moeten de merites van het optreden van een advocaat door hemzelf en zijn collega's worden beoordeeld. Enkel in uitzonderlijke gevallen is een beperking van de vrijheid van meningsuiting van een advocaat noodzakelijk in een democratische samenleving.

HvJEG 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, *NJ 2002, 142, m.nt. D.W.F. Verkade*

Vergelijkende reclame · Reserveonderdelen · Artikelnummers

Zie *Mediaforum* 2002-1, p. 21.

GvEA EG 30 januari 2002, Max.mobil Telekommunikation Service GmbH vs. Commissie, *zaak T-54/99, www.europa.eu.int*

Art. 90, lid 3 EG (thans 86, lid 3 EG) · Vergoedingen voor GSM-frequenties · Handvest Grondrechten

Verzoekster is in 1996 als tweede GSM-exploitant op de Oostenrijkse markt gekomen. In 1997 heeft zij een klacht ingediend bij de Europese Commissie, stellende dat Oostenrijk art. 86 jº art. 90, lid 1 EG (thans art. 82 jº 86, lid 1 EG) had geschonden. Verzoekster meende dat zij ten onrechte evenveel voor de frequenties moest betalen als de zittende GSM-exploitant. Op 11 december 1998 schreef de Commissie in een brief aan verzoekster, dat zij op dit punt geen actie zou ondernemen. Tegen deze brief richt zich het beroep bij het Gerecht. De meeste aandacht besteedt het Gerecht aan de vraag of het beroep ontvankelijk is. Onder verwijzing naar art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt die vraag bevestigend beantwoord. Beslissingen van de Commissie om geen gebruik te maken van haar bevoegdheid ex art. 90, lid 3 (thans 86, lid 3 EG) hebben een ander karakter dan de beslissing om geen infractieprocedure tegen een lidstaat te beginnen of niet op te treden tegen verleende staatssteun. Het beroep wordt echter ongegrond verklaard omdat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

GvEA 7 maart 2002, Satellimages TV 5 SA vs. Commissie, *zaak T-95/99, www.europa.eu.int*

Art. 86 EG (thans art. 82 EG) · Vergoedingen voor kabeldoorgifte

Verzoekster is een publieke omroep, waarin verschillende Franstalige publieke omroepen samenwerken. In 1998 heeft zij bij de Commissie een klacht ingediend met het verzoek vast te stellen dat Deutsche Telekom in strijd met art. 86 EG (thans 82 EG) handelt door van omroepbedrijven een vergoeding te eisen voor het doorgeven van hun uitzendingen via de kabel. Op 15 februari 1999 schrijft een hoge ambtenaar namens de Commissie dat er volgens de eerste waarnemingen geen sprake lijkt te zijn van misbruik van een machtspositie. Verzoekster meent dat haar klacht hiermee in feite is afgewezen, terwijl de Commissie benadrukt dat het gaat om voorlopige standpuntbepaling. Het Gerecht sluit zich aan bij de uitleg van de Commissie en verklaart het beroep niet ontvankelijk.

HR 30 oktober 2001, (strafkamer; zaak Dantumadeel), *NJ 2002, 129*

Belediging openbaar gezag · Openbaarheid

Verdachte schreef over de gemeente o.a.: 'Wanneer deze huichelarij en schijnheiligheid zou kunnen stinken, dan zou de stank ondraaglijk zijn. In verfijnde corruptie, domheid en lafheid is bestuurlijk Dantumadeel niet te overtreffen.' Het Hof veroordeelde de verdachte voor openbare opzettelijke belediging van het openbaar gezag bij geschrift. De Hoge Raad vernietigt het vonnis omdat niet is bewezen dat de beledigende uitlatingen in het openbaar zijn gedaan – zij zijn door de verdachte persoonlijk per brief bij gemeenteraadsleden bezorgd, hetgeen niet zonder meer meebrengt dat de belediging ter kennis zou komen van anderen dan de geadresseerden. Het Hof Arnhem zal de zaak afdoen.

HR 22 maart 2002, NVM v. Telegraaf, *nr. 17 m.nt. T.F.W. Overdijk*

Databankrecht · Zoekmachines · Substantiële investering
Website El Cheapo van De Telegraaf biedt een huizenzoekdienst aan die o.m. de website van NVM indexeert en ontsluit. De informatie die op de site van NVM wordt gepresenteerd is kort samengevat door El Cheapo en verwijst door naar de site van NVM. Het Hof Den Haag was van oordeel dat NVM geen databankrecht op de aangeboden verzameling huizen toekwam (21 december 2000, *Mediaforum* 2001-3, nr. 11 m.nt. M. van Eechoud). De creatie van de databank zou voor rekening komen van de individuele NVM-makelaars en dus geen substantiële investering van de zijde van NVM hebben gevergd. Verder kunnen de online-activiteiten van NVM als spin-off worden beschouwd van zijn kernactiviteit en ook daarom kan geen substantiële investering worden aangenomen. De Hoge Raad volgt het Hof hierin niet en vernietigt de beslissing met terugverwijzing. Allereerst kunnen onderdelen van databanken ook zelf databanken zijn. Ten tweede is de omstandigheid dat de databank reeds voor offline-activiteiten werd gebruikt niet een reden om de databank voor online activiteiten bescherming te ontzeggen wegens het ontbreken van een substantiële investering. Het Hof Amsterdam neemt de zaak over.

HR 2 april 2002 (strafkamer), rechtspraak.nl (LJN-nr. AD8693)

Aanzetten tot haat tegen allochtonen · Openbaarheid · Immuniteit
Het Hof heeft kennelijk uit de omstandigheid dat de verdachte de tekst van zijn redevoering aan een journalist heeft overhandigd afgeleid dat het opzet van de verdachte erop was gericht dat die tekst ter kennis van het publiek zou komen. Dat dat laatste ook daadwerkelijk is geschied heeft het Hof klaarblijkelijk afgeleid uit de verklaring van verdachte dat hij blij was met de publiciteit rond zijn redevoering. Verdachte komt als raadslid geen immuniteit toe voor de overhandiging van zijn tekst aan een ander dan de leden van de raad buiten de raadsvergadering.

Hof Amsterdam 28 februari 2002, KPN v. Website Services, *nr. 18 m.nt. D.J.G. Visser*

Domeinnaam · Onderscheidend vermogen · Beschrijvende naam
Website gebruikt de domeinnaam telefoongids.com. KPN komt op tegen de beslissing van de president van de rechtbank waarin dit gebruik niet onrechtmatig werd geacht. Nu de aanduiding telefoongids geheel beschrijvend is, wordt deze niet door het publiek opgevat als een aanduiding ter onderscheiding van diensten van KPN. Dat marktonderzoeken uitwijzen dat de overgrote meerderheid van het publiek bij het woord telefoongids allereerst aan de gids van KPN denkt doet hier niet aan af. Dit is toe te schrijven aan zestig jaar gebrek aan concurrentie van andere gidsen en niet aan een onderscheidend vermogen als zodanig. Tevens is geen sprake van onrechtmatig aanhaken en geen sprake van verwarringsgevaar nu het van algemene bekendheid is dat meerdere telefoongidsen van andere ondernemers op de markt worden gezet. Het enkele feit dat KPN de aantrekkelijke aanduiding telefoongids niet kan gebruiken voor het .com domein is niet voldoende reden om een onrechtmatige daad aan te nemen. Nu Website tevens heeft aangegeven zelf bezig te zijn met het ontwikkelen van een online telefoongids is haar belang voldoende gegeven en wordt de uitspraak bekrachtigd.

Hof Amsterdam 28 maart 2002, Storms vs. Neerlandia en IJkelenstam ✉

Overvaljournalistiek · Art. 7 lid 2 Grw. · Portretrecht
Storms voert aan dat de afweging tussen enerzijds de vrije meningsuiting en anderzijds het belang niet te worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen ingevolge art. 7 lid 2 Gw. slechts achteraf mag worden gemaakt, omdat een preventieve toetsing door de Grondwet is verboden. Die opvatting is onjuist. Indien de inhoud van de uitzending tevoren voldoende vaststaat (en dat is in casu het geval) en deze inhoud jegens de betrokkene onrechtmatig is, kan onder omstandigheden in een democratische samenleving een verbod tot uitzending noodzakelijk zijn in het belang van de bescherming van de goede naam. Art. 7 lid 2 staat daaraan, ook gelet op de wetsgeschiedenis, niet in de weg. IJkelenstam heeft een redelijk belang zich tegen openbaarmaking van zijn portret te verzetten omdat hij ten onrechte in negatieve zin voor een miljoenenpubliek te kijk zou worden gezet. Storms heeft daarvoor geen rechtvaardiging aangevoerd. De Pres. heeft het gevraagde verbod terecht toegewezen. In het incidenteel appel van de B.V. Neerlandia beslist het Hof bovendien dat ook Neerlandia recht had op een verbod. Voor het vonnis van Pres. Rb. Amsterdam van 20 november 2000 zie *Mediaforum* 2001-2, p. 58.

Hof Amsterdam 28 maart 2002, KaZaA v. Buma/Stemra, *nr. 19 m.nt. K.J. Koelman*

Internet · Auteursrecht · Peer-to-peer technologie
KaZaA biedt op haar website software aan die gebruikers in staat stelt om via het Internet bestanden uit te wisselen. Via het KaZaA-netwerk worden ook muziekbestanden uitgewisseld waarop Buma/Stemra de rechten bezit. Na een vergeefs bevel van de president van de rechtbank Amsterdam om onderhandelingen over licentiering van de uitgewisselde muziek te hervatten, gebiedt de president om de nodige maatregelen te treffen om te voorkomen dat met behulp van het aangeboden programma inbreuk wordt gemaakt op de muziek van Buma/Stemra (Pres. Rb. Amsterdam 29 november 2001, *Mediaforum* 2002-2, p. 49; zie ook het executiegeschil Vzr. Rb. Amsterdam 31 januari 2002, rechtspraak.nl (LJN-nr. AD8749)). Het Hof vernietigt het vonnis. Het overweegt daarbij dat niet voldoende is weersproken dat KaZaA niet de mogelijkheid heeft om het gebruik van het programma te stoppen. Tevens is aangetoond dat KaZaA niet uitsluitend wordt gebruikt voor het uitwisselen van auteursrechtelijk beschermde werken. Het Hof overweegt: 'Dat dit "andere" gebruik betekenis mist geldt ongetwijfeld voor Buma/Stemra, maar daarmee is niet gezegd dat dit ook voor die "andere" gebruikers geldt.' Het aanbieden van het programma kan niet als onrechtmatig worden beoordeeld.

Rb. Amsterdam 27 maart 2002, X, Y, Z vs. KRO, *rechtspraak.nl (LJN-nr. AE0806)*

Rectificatie · Onderzoeksplicht
In een reportage van Netwerk over het vliegtuigongeluk met het KLM-vliegtuig Neutron voor de kust van Biak in 1957, heeft de KRO gesuggereerd dat drankgebruik en stuntgedrag van de gezagvoerder De Roos mogelijk de oorzaak waren van de ramp waarbij 58 mensen omkwamen. De nabestaanden van de gezagvoerder achten zijn nagedachtenis beschadigd. Volgens de Rb. heeft de KRO de beschuldigingen van zijn zegslieden onvoldoende onderzocht op steun in de feiten. Dat de KRO geen verdergaand journalistiek onderzoek heeft verricht wordt niet gerechtvaardigd door de actualiteit, ook niet ten tijde van de voorbereiding van de parlementaire enquête naar de Bijlmerramp. Rectificatie. Beperking van de uitingsvrijheid van de KRO is in casu noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de eer en goede naam van de gezagvoerder en ter bescherming van zijn nagedachtenis voor zijn nabestaanden.

Rb. Rotterdam 8 april 2002 (strafkamer; zaak El-Moumni), *nr. 20 m.nt. A.J. Nieuwenhuis*

Art. 137c WvS · Belediging homo's · Vrijheid van godsdienst
Uitlatingen van imam, dat homoseksualiteit een besmettelijke ziekte is en schadelijk voor de Nederlandse samenleving zijn op zichzelf kwetsend voor mensen met homoseksuele gerichtheid, maar het beledigende karakter kan aan die uitlatingen komen te ontvallen wanneer die uitlatingen een godsdienstige overtuiging uitdrukken. Aanzetten tot haat jegens homo's is niet bewezen, gezien de context waarin de imam zijn uitlatingen deed, t.w. een interview in het televisieprogramma Nova. Voor die context heeft de rechtbank niet alleen de uitgezonden gedeelten van het interview in aanmerking genomen, maar ook de wel opgenomen, maar niet uitgezonden gedeelten. Daarin verklaarde de imam, dat de Islam het lastigvallen van ieder persoon verbiedt.

Vzr. Rb. Amsterdam 21 maart 2002, Hertz v. Easy Rent-a-Car ✉

Vergelijkende reclame · Misleidende reclame
Autoverhuurder EasyCar (voorheen Easy Rent-a-Car) heeft op een groot aantal billboards in Amsterdam geadverteerd met de slogan 'De beste reden om bij EasyCar een auto te huren vindt u op Hertz.nl'. Autoverhuurder Hertz vordert staking van de publicatie nu deze een schoolvoorbeeld van misleidende/vergelijkende reclame zou zijn. De president overweegt dat dit geschil beoordeeld dient te worden aan de hand van een richtlijnconforme uitleg van het huidige artikel 6:194 sub j BW. Nu de richtlijn onder vergelijkende reclame elke vorm van reclame verstaat waarbij een concurrent impliciet dan wel expliciet wordt genoemd, is sprake van vergelijkende reclame. Nu de reclame suggereert dat EasyCar beter is op alle wezenlijke fronten, waar zij in werkelijkheid slechts goedkoper is, is de reclame misleidend en moet publicatie worden gestaakt.

Vzr. Rb. Amsterdam 21 maart 2002, V. e.a. vs. Peter R. de Vries ✉

Undercoverjournalistiek · Verborgen camera · Art. 7 lid 2 Grw. · Uitzendverbod
Peter R. de Vries is onder andere naam en vermomd ten behoeve van zijn televisieprogramma ingegaan op een aanbod tot een 'eerlijke investering' van € 50.000, waarvan hij het vermoeden heeft dat het om oplichting gaat. Op het moment dat hij wordt ontmaskerd neemt een cameraploeg opnamen in het kantoor van eiser. Het gevraagde uitzendverbod wordt niet gegeven. De afweging tussen het belang van de uitingsvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan pas worden gemaakt op basis van concrete voor publicatie gerede gegevens. Nu nog geen voor publicatie vatbaar programma tot stand is gekomen, kunnen bedoelde afweging én toetsing thans niet plaatsvinden.

Vzr. Rb. Amsterdam 11 april 2002, HMG vs. Endemol & M. Klein Essink, *rechtspraak.nl (LJN-nr. AE1364)*

Exclusiviteitsbeding
Marc Klein Essink heeft een overeenkomst met HMG, dat hij zijn diensten als televisiepresentator exclusief aan HMG aanbiedt. Terzake van andere activiteiten is hij vrij, mits de belangen van HMG er niet door worden geschaad. Partijen verschillen van mening of dat het geval is m.b.t. het spelen van een rol door Klein Essink in een door Endemol te produceren ziekenhuisserie. HMG heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aannemelijk gemaakt dat het meespelen in de serie de belangen van HMG zou schaden.

Vzr. Den Bosch 21 maart 2002, X v. Catharina Ziekenhuis ✉

Nieuwsgaring · Geheimhoudingsplicht arts · Medische behandelingsovereenkomst
Eiser heeft een open-hartoperatie ondergaan in het Catharina ziekenhuis, maar bleef klachten houden. Na het inwinnen van een second opinion en daaropvolgend gastroenterologisch onderzoek bleek dat eiser een maagaandoening had. De klachten verdwenen na inneming van de voorgeschreven medicatie. Eiser stelde het Catharina ziekenhuis aansprakelijk voor het uitvoeren van een overbodige medische ingreep. Tevens verzocht hij om een informatief gesprek met de cardioloog die de operatie had uitgevoerd, waarbij eiser vergezeld zou worden door een vertrouwenspersoon die tevens journaliste van SBS6 is. Deze zou tijdens dit gesprek onderzoeken of de zaak zich voor uitzending leende. De aanwezigheid van deze vertrouwenspersoon was reden voor het ziekenhuis om het gesprek af te zeggen. De rechter is van mening dat de wens van de eiser om zich te laten vergezellen door een vertrouwenspersoon die tevens als journaliste werkzaam is, niet redelijk is. De combinatie van vertrouwenspersoon en journaliste houdt het risico in dat deze de journalistieke belangen zwaarder laat wegen dan de belangen van de patiënt, waarvan zowel de patiënt als de behandelaar nadeel kunnen ondervinden. Het standpunt van de eiser dat de vrijheid van nieuwsgaring zwaarder zou moeten wegen dan de wettelijke geheimhoudingsplicht is in rechte niet houdbaar. De vordering wordt afgewezen.

Vzr. Rb. Den Haag 3 april 2002, De Grote Opdracht Gemeente e.a. v. De Fabel van de Illegaal, *rechtpsraak.nl (LJN-nr. AE1003)*

Onrechtmatige publicatie · Website
Het protestants-christelijke kerkgenootschap GOG voert actie tegen een abortuskliniek. De Stichting De Fabel van de Illegaal publiceert op www.defabel.nl een foto van mede-eiseres en een korte tekst met als titel 'Christenfundamentalisten in actie tegen Leidse abortuskliniek'. Na sommering van GOG wordt de foto met bijschrift van de site verwijderd. Een vergelijkbare tekst en foto blijven echter te vinden op www.gebladerte.nl. Eiser vordert dat De Fabel de publicatie op gebladerte.nl staakt. De vzr. overweegt dat hoewel de stichting Gebladerte en De Fabel gebruik maken van hetzelfde kantooradres en een zelfde logo, de verschillende stichtingen niet vereenzelvigd kunnen worden. Daarom moet de stichting Gebladerte worden gedaagd en niet De Fabel. Verder is het gebruik van het woord 'Christenfundamentalisten' – ondanks het feit dat het woord fundamentalist thans een negatieve bijklank heeft – niet onrechtmatig jegens eiseres.

Vzr. Rb. Amsterdam 15 februari 2002, KPN v. Tele2, *KG 2002, 74*

Vergelijkende reclame · Misleiding · Afweerreclame . Rectificatie
Zie *Mediaforum* 2002-4, p. 116.

Binnenland

Verdeling radiofrequenties
De vaste kamercommissies voor V&W en voor OCW hebben op 28 februari 2002 een algemeen overleg gehad met de staatssecretarissen De Vries van V&W en Van der Ploeg van OCW. Onderwerp van gesprek was de brief van 1 februari 2002 waarin het kabinet een tijdelijke verdeling van radiofrequenties aankondigde (zie *Mediaforum* 2002-3, p. 92-93). Staatssecretaris De Vries zette tijdens het overleg nog eens uiteen waarom voor deze oplossing gekozen is: er zijn drie gerechtelijke uitspraken die eisen dat per eind januari 2002 een beslissing wordt genomen die tenminste leidt tot toedeling van vrijgekomen ruimte van zero base aan nieuwkomers. Een vergelijkende toets op basis van economische criteria is voor de lange termijn niet mogelijk, terwijl zo'n toets op basis van inhoudelijke criteria te veel voorbereidingstijd vergt. Daarom is gekozen voor een tijdelijke verdeling. Ondanks deze woorden was de kritiek van de diverse kamerfracties bepaald niet mals. Het algemeen overleg werd gevolgd door een plenair debat op 14 maart 2002, waarin 8 moties werden ingediend. Tijdens de stemming op 19 maart 2002 werden daarvan de volgende aangenomen:
– De motie Vendrik/Wagenaar (nr. 89), waarin de regering verzocht wordt om de partijen die bij de tijdelijke verdeling een frequentiepakket krijgen, een prijs te laten betalen die gebaseerd is op het criterium van een 'redelijk rendement' (een criterium ontleend aan de Telecommunicatiewet).
– De motie Atsma/Vendrik (nr. 91), waarin de regering wordt opgedragen om afspraken te maken teneinde de uitzendingen en ontvangst van Radio 1 via de middengolf (AM) te garanderen. Deze motie was overigens ontraden (zie ook elders in deze rubriek en zie ook *Mediaforum* 2001-9, p. 266).
– De motie Atsma (nr. 92) over een optimale ontvangst van regionale omroepen in het eigen verzorgingsgebied en de kosten voor technische aanpassingen.
– De motie Wagenaar (nr. 94), waarin de regering verzocht wordt om met Nozema en Broadcast Partners in overleg te treden opdat de technische voorbereiding voor het uitzendklaar maken van de kavels voor nieuwkomers in gang gezet kan worden.
– De motie Wagenaar (nr. 95), waarin de regering wordt verzocht zodanige maatregelen te nemen dat voor alle publieke regionale omroepen een dekking van 100% wordt gerealiseerd.
– De motie Nicolaï (nr. 96), waarin de regering gevraagd wordt het komende jaar minimaal 1 miljoen beschikbaar te stellen voor de ontwikkeling van T-DAB (digitale etherradio). T-DAB kan een grote bijdrage leveren aan het verminderen van schaarste in de ether.
Een motie van GroenLinks (het 'klapstuk' volgens kamerlid Vendrik) om de zero-basefrequenties zo snel mogelijk via een gekleurde veiling voor een achtjarige periode te verdelen, haalde het niet.
Kamerstukken II 2001/02, 24 095, nr. 89-97; Handelingen II 2001/02, p. 3821-3829 en 3892.

Gesprek met de minister-president
Reeds vele jaren is het gebruikelijk dat de premier na afloop van de ministerraad de parlementaire pers te woord staat en dat daarna een radio- en een tv-interview worden opgenomen door de NOS. Over deze interviews bestaan afspraken tussen de NOS en de RVD, onder andere over lengte en tijdstip van uitzending. Tevens is afgesproken dat de opnamen in principe zo worden uitgezonden als ze zijn opgenomen. De premier is zich goed bewust van het risico van vermenging van de functie van premier met die van partijpolitiek betrokkene, zeker in de verkiezingstijd. Daarom zal vanaf ongeveer 4 weken voor de verkiezingen voor de Tweede Kamer geen regulier wekelijks 'Gesprek met de minister-president' meer plaatsvinden. In antwoord op schriftelijke vragen van het kamerlid Van Middelkoop (ChristenUnie) heeft premier Kok dit meegedeeld.
Aanhangsel Handelingen II 2001/02, nr. 798.

Business News Radio
Tijdens het algemeen overleg van 28 februari 2002 over de door het kabinet voorgestelde tijdelijke verdeling van radiofrequenties (zie elders in deze rubriek), is door diverse fracties gevraagd of het mogelijk is om aan Business News Radio meer frequentieruimte toe te kennen dan in het kabinetsvoorstel was beoogd. Staatssecretaris De Vries van V&W heeft op 12 maart 2002 hierover een brief gestuurd aan de Tweede Kamer. In de brief geeft ze aan dat het mogelijk is om het pakket van Business News Radio te vergroten tot bijna 60% potentieel luisterbereik. Deze vergroting zal deels ten koste gaan van het bereik van enkele kavels die voor landelijke zittende partijen zijn bestemd. Ook de ruimte voor de niet-landelijke omroep wordt enigszins verkleind ten behoeve van het bereik van Business News Radio. In de rest van de brief gaat de staatssecretaris in op de regionale publieke omroep en op de gesprekken die zijn gevoerd met de Stichting Commerciële Radio-omroep (SCR).
Kamerstukken II 2001/02, 24 095, nr. 88.

Documentaires op Net 3
Het tweedekamerlid Molenaar (PvdA) maakte zich zorgen over de plaats van de documentaire

in het Nederlandse cultuurbeleid in het algemeen en in het programmabeleid op Net 3 in het bijzonder. Hij vuurde een groot aantal schriftelijke vragen af op de staatssecretaris van OCW naar aanleiding van berichten in NRC Handelsblad, dat de nieuwe netmanager het mes zou gaan zetten in documentaires. De staatssecretaris wijst er in zijn antwoord op dat de bewuste netmanager inmiddels afstand heeft genomen van de berichtgeving in NRC Handelsblad. De benoeming van de netmanager geschiedt door het bestuur van de NOS en zijn taakomschrijving vormt geenszins een belemmering voor de stimulering van documentaires, zoals geschiedt via het Stimuleringsfonds Nederlandse culturele omroepproducties. En passant vroeg Molenaar ook naar de STER-inkomsten op Nederland 3 en of dat net niet reclamevrij gemaakt kan worden. De staatssecretaris meldt een lichte teruggang van de reclame-inkomsten in 2001 t.o.v. 2000, maar een geringere dan op de beide andere netten. Het reclamevrij maken van Nederland 3 leidt tot een aanzienlijke inkomstendaling voor de publieke omroep. Om dat te compenseren zou ofwel de Rijksbijdrage moeten worden verhoogd ofwel de hoeveelheid reclame op de andere publieke netten. Dat acht de bewindsman ongewenst. Tenslotte vroeg Molenaar nog of het bestuur van de NOS en de netmanagers wel een afspiegeling van de maatschappij vormen aangezien zij allemaal van het mannelijk geslacht zijn. Daarop antwoordt de staatssecretaris dat hij bij benoemingen voorstander is van de beste persoon, maar voor de benoeming van netmanagers bij de NOS is hij niet verantwoordelijk.
Aanhangsel Handelingen II 2001/02, 856

Rapport monitor mediaconcentraties
Het Commissariaat voor de Media dat door de regering is aangewezen als monitor met betrekking tot mediaconcentraties geeft in zijn eerste rapport van maart 2002 een overzicht van de concentraties in de sectoren dagbladen, radio en televisie en analyseert de kabelsector. De monitor constateert dat er steeds drie sterke marktpartijen actief zijn, waardoor de aanbiedersmarkt van de media sterk geconcentreerd is. Bij de dagbladen zijn PCM, De Telegraaf en Wegener de grote drie, bij televisie zijn dat de publieke omroep, HMG en SBS, bij radio de publieke omroep landelijk en regionaal en News Corporation (o.m. Sky), de drie grote kabelexploitanten zijn UPC, Essent en Casema. Het rapport van de monitor bevat tal van gegevens m.b.t. oplagecijfers en kijk- en luisterbereik, analyses en ook aanbevelingen. Zo wordt aanbevolen voor de dagbladsector stimuleringsmaatregelen te nemen en het Bedrijfsfonds voor de Pers de mogelijkheid te geven zwakke dagbladen binnen sterke concerns te steunen. Ter voorkoming van verdere concentratie zou volgens de monitor een wettelijke grens moeten worden gesteld van 33 1/3% van de markt. Voor commerciële televisie stelt de monitor, naar Duits voorbeeld, een maximaal marktbereik van 30% voor en hij acht onderzoek nodig naar de mate van onafhankelijkheid van het informatie-aanbod van de zenders. Voor commerciële radio wordt een landelijk bereik bepleit voor een van de informatieve zenders.
www.CvdM.nl

Auteursrecht in de informatiemaatschappij
De minister van justitie heeft bij de aanbieding van het rapport 'Auteursrecht in de informatiemaatschappij' van een departementale werkgroep een maatschappelijke discussie aangekondigd over de grondslagen voor een toekomstig auteursrechtbeleid. De commissie gaat in op de economische betekenis van het auteursrecht en de juridische uitwerking daarvan. Het belangrijkste deel van het rapport wordt gevormd door de mogelijke beleidsstrategieën die worden geschetst met name rond DRM. Het gaat hier om elektronische systemen van ter beschikkingstellen en gebruik van creatief materiaal in digitale vorm, waarmee beveiliging tegen illegaal gebruik mogelijk is en waarmee legaal gebruik kan worden gemonitord en afgerekend. Met DRM kan inhoud worden gegeven aan afspraken tussen marktpartijen en kunnen vergoedingen worden gereparteerd aan individuele rechthebbenden. In het rapport worden twee min of meer extreme scenario's geschetst: zwak DRM en sterk DRM. Op deze scenario's zijn de beleidsstrategieën geënt. Aangekondigd is dat het rapport ook op het internet te vinden zal zijn en dat er op gereageerd kan worden.
Kamerstukken II 2001/02, 26 538, nr. 6

Arrestaties bij 'het' huwelijk
Voorafgaand, tijdens en na het huwelijk van de kroonprins en prinses Máxima zijn er in Amsterdam nogal wat arrestaties verricht. Zo zou een 60-jarige vrouw met een bord 'Liever een dwaze moeder dan een domme prins' zijn gearresteerd. Het tweedekamerlid Van Bommel (SP) vroeg de minister van Binnenlandse Zaken en koninkrijksrelaties ernaar en vroeg tevens hoe het zat met de vrijheid van meningsuiting en de Amsterdamse noodverordening, alsmede het arresteren 'wegens belediging van het Koninklijk Huis'. De minister meldt in zijn antwoord 34 aanhoudingen, waarvan 22 verband hielden met het huwelijk: 6 voor beledigende teksten, gedragingen of uitlatingen; 4 voor belediging van politie-ambtenaren; 4 voor het gooien van voorwerpen naar de Gouden Koets en 7 overige aanhoudingen. Of en wanneer dagvaardingen zullen worden uitgebracht moet het OM nog beslissen. De minister meldt voorts dat er wel een zestigjarige vrouw als gevolg van een misverstand is overgebracht naar het politiebureau, maar dat deze vrouw géén bord met een tekst bij zich droeg. De aangehouden personen zijn niet aangehouden op grond van de noodverordening doch op basis van het Wetboek van Strafrecht. Het OM stelt zich op het standpunt dat de aanhoudingen m.b.t. de gedragingen en uitlatingen of teksten terecht hebben plaatsgevonden, behoudens één sepot. Tenslotte deelt de minister mee, dat er enkele dagen vóór het huwelijk een gesprek heeft plaats gehad met de EO, omdat er bij een Regionale Centrale Informatie Eenheid informatie was binnen gekomen over een persoon die zich als Zorreguieta vermomd in de stad zou verschijnen ten behoeve van een EO-programma. Het gesprek met de EO had een informatief en constructief karakter en de EO werd aangeraden de opnamen te doen plaats vinden buiten de veiligheidsring. In antwoord op vragen van de kamerleden Kant en De Wit (eveneens SP) gaat de minister in op de personen die in verband met het huwelijk werden gescreend. Dat waren er 25.000. Het tijdelijk register dat daarvan is aangelegd is inmiddels vernietigd, met uitzondering van gegevens die van belang zijn voor een eventueel strafrechtelijk onderzoek.
Aanhangsel Handelingen II 2001/02, 773 en 859.

Censuur bij demonstraties
Verscheidene gemeenten beoordelen bij demonstraties tevoren de teksten van spandoeken e.d. op hun inhoud. Deze bestuurlijke praktijk wordt beschreven in Binnenlands Bestuur van oktober 2001. Het kamerlid Pitstra (GroenLinks) heeft hierover schriftelijke vragen gesteld aan minister De Vries van Binnenlandse Zaken. De bewindsman geeft in zijn antwoorden aan dat deze praktijk, voor zover die daadwerkelijk plaatsvindt, naar zijn mening een schending oplevert van het verbod van censuur dat voortvloeit uit de artikelen 7 en 9 Grondwet. Hetzelfde geldt voor voorschriften die bepalen 'wat er op de spandoeken komt te staan om andere leuzen te voorkomen'. Voorafgaande controle op en actieve bemoeienis met de inhoud van uit te dragen gedachten en gevoelens is volstrekt ongeoorloofd: er kan uitsluitend repressief worden opgetreden. In de rest van zijn antwoorden gaat de minister onder andere in op de Wet Openbare Manifestaties en de bevoegdheid van de burgemeester om naar aanleiding van een kennisgeving voorschriften en beperkingen op te leggen.
Aanhangsel Handelingen II 2001/02, nr. 770.

Dekking Radio 1
Staatssecretaris Van der Ploeg van OCW heeft op 28 maart 2002 een brief naar de Tweede Kamer gestuurd over de uitvoering van de motie Atsma/Vendrik, waarin de regering wordt opgedragen om afspraken te maken teneinde de uitzendingen en ontvangst van Radio 1 via de middengolf (AM) te garanderen (zie elders in deze rubriek). De staatssecretaris begint met het geven van een overzicht van een reeks moties en brieven over het onderwerp dubbele distributie (zowel via FM als via AM) van Radio 1. De bewindsman geeft vervolgens aan dat de doelstelling van zero base het creëren van extra ruimte voor commerciële radio is, opdat onder andere nieuwkomers kunnen worden geaccommodeerd. Het handhaven van de dubbele distributie van Radio 1 heeft tot gevolg dat de landelijke AM-frequentie van Radio 1 niet voor commerciële radio beschikbaar komt. Bovendien zou bij handhaving van de dubbele distributie van Radio 1, wellicht ook de handhaving daarvan bij zittende commerciële radiostations moeten worden geaccepteerd. Dit alles dupeert nieuwkomers. Van der Ploeg is van mening dat aan de wensen van Tweede Kamer door de kabinetsvoorstellen voldoende tegemoet wordt gekomen, zonder dat de noodzaak bestaat de dubbele distributie van Radio 1 te handhaven.
Kamerstukken II 2001/02, 24 095, nr. 98.

Beleidsregels regulering mobiele terminating tarieven
Ingevolge art. 6.1 Tw hebben aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken of -diensten een plicht tot interconnectie van de betrokken telecommunicatienetwerken.
Deze plicht, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, houdt onder meer in dat de door aanbieders gehanteerde interconnectietarieven de toets van de redelijkheid moeten kunnen doorstaan. Voor een bepaalde categorie interconnectietarieven, namelijk de mobiele terminating tarieven (MTA tarieven) heeft OPTA op 28 maart 2002 een reeks beleidsregels vastgesteld. Hiermee formuleert het college het beleid aan de hand waarvan hij de redelijkheid van de door een mobiele aanbieder gehanteerde MTA tarieven zal beoordelen. De beleidsregels zijn op 5 april 2002 in werking getreden.
Stcrt. 2002, 65, p. 22.

Vodafone – aanmerkelijke marktmacht
OPTA heeft besloten om de aanwijzing van Vodafone NV als partij met een aanmerkelijke macht op de markt voor mobiele telefonie, in te trekken. Het college heeft vastgesteld dat het marktaandeel van Vodafone marginaal rond het wettelijk criterium van 25% fluctueert. Verder heeft het college de positie van Vodafone getoetst aan artikel 6.4 lid 4 Tw en de aanwijzing beoordeeld in het licht van marktontwikkelingen en proportionaliteit. De conclusie was dat er onvoldoende gronden waren om de aanwijzing te handhaven.
Stcrt. 2002, 66, p. 26.

Tabaksreclame
De tabaksindustrie in Nederland heeft besloten geen reclame op jongeren onder de 18 jaar te richten. Het besluit berust op zelfregulering. Tevens heeft de industrie zich in het voor- en najaar van 2001 tot jongeren gericht via spotjes met een duidelijke anti-rokenboodschap. Erg effectief waren de spotjes volgens onderzoek echter niet. Minister Borst van VWS heeft weinig vertrouwen in deze pogingen van de tabaksmultinationals om het roken onder jongeren tegen te gaan. Immers, als de industrie jongeren niet aan het roken krijgt, dan houdt zij uiteindelijk geen klanten meer over. De bewindsvrouw schrijft dit naar aanleiding van schriftelijke vragen van het kamerlid Kant (SP). In het vervolg van haar antwoorden gaat de minister in op de aanscherping van de Tabakswet. Er komt een vergaand verbod op tabaksreclame en -sponsoring. Verder is er op Europees niveau, na het nietig verklaren van richtlijn 98/43/EG door het HvJEG (zie *Mediaforum* 2000-11/12, p. 364), een nieuw richtlijnvoorstel opgesteld. Nederland is in principe voor het nieuwe voorstel. Echter, ons land wil absolute zekerheid dat het verdergaande nationale wetgeving op het punt van tabaksreclame en -sponsoring kan handhaven dan wel invoeren.
Aanhangsel Handelingen II 2001/02, nr. 869. Zie ook Mediaforum 2001-7/8, p. 235.

Bedrijfsfonds voor de Pers wijst aanvragen af
Het Bedrijfsfonds voor de Pers heeft een subsidieaanvraag van de stichting Media-educatie voor een onderzoek naar ethiek in en rond de media afgewezen. Het Bedrijfsfonds is van mening dat het voorgestelde onderzoek in onvoldoende mate past in de doelstellingen van het fonds en dat het de persbedrijfstak als geheel onvoldoende ten goede komt. Het onderzoeksvoorstel was te breed, had slechts gedeeltelijk betrekking op de persbedrijfstak en het draagvlak voor het onderzoek binnen de mediasector was niet duidelijk. Ook een aanvraag van Uitgeverij Boom voor steunverlening aan het blad Ons Amsterdam is afgewezen. Ingevolge artikel 129 Mediawet kan het Bedrijfsfonds slechts steun verlenen aan persorganen die in belangrijke mate nieuws, analyse, commentaar en achtergrondinformatie bevatten over een gevarieerd deel van de maatschappelijke actualiteit, mede in het belang van de politieke meningsvorming. Ons Amsterdam bevat echter voornamelijk niet actuele informatie en valt dus buiten de werkingssfeer van het fonds.
Stcrt. 2002, 60, p. 7.

Nationaal Antennebeleid
De implementatie van het Nationaal Antennebeleid verloopt volgens staatssecretaris De Vries van V&W op vrijwel alle punten volgens plan. Zo is in oktober 2001 het Nationaal Antennebureau geopend en zijn enkele succesvolle regionale voorlichtingsbijeenkomsten voor gemeenten gehouden. Over het convenant Nationaal Antennebeleid (NAB) is inmiddels bestuurlijke overeenstemming bereikt tussen betrokken partijen en de diverse overheden. De totstandkoming van dit convenant is een belangrijke voorwaarde voor het realiseren van de vrijstelling van de bouwvergunningplicht voor antennes voor mobiele telefonie kleiner dan vijf meter. Het convenant is als concept ter notificatie aan de Europese Commissie aangeboden. Na afronding van de notificatieprocedure zal het convenant in juni 2002 getekend kunnen worden. Speerpunt van het antennebeleid blijft onverkort het voorkomen van alle onnodige vertragingen en belemmeringen. Dit alles schrijft de staatssecretaris in antwoord op schriftelijke vragen van het kamerlid Bakker (D66) en in een brief aan de vaste kamercommissies voor V&W en VROM.
Aanhangsel Handelingen II 2001/02, nr. 878; Opmaat publicatienummer VW02000281.
Zie ook Mediaforum 2001-2, p. 60 en 2001-7/8, p. 236.

Agenda

Symposium intellectuele eigendom en alternatieve geschillenbeslechting
Symposium georganiseerd door PAO Leiden. Aansluitend zal het afscheidscollege van prof. mr. D.W.F. Verkade, hoogleraar Intellectuele Eigendom Universiteit Leiden, plaatsvinden.
Datum: 28 mei 2002 10.00-16.00 uur.
Locatie: Stadsgehoorzaal te Leiden.
Informatie en inschrijving: Juridisch PAO Leiden, Hugo de Grootstraat 32, 2311 XK Leiden. Tel.: 071-5278666, fax: 071-5277895, e-mail pao@law.leidenuniv.nl.

Recent Developments in the European Information Society
Datum: 13 t/m 15 mei 2002
Plaats: Gebouwen van de Rijksuniversiteit Groningen
Sprekers: Prof. mr. W. Sauter, mw. mr. I. van Gasteren, mw. mr. R. Lubbinge, prof. L.W. Gormley, prof. mr. P.L.G. Nihoul, prof. mr. P. Larouche, prof. M. Fallon, mw. mr. E. Bijma.
Inhoud: Regulatory developments around electronic communications within the European Union (voertalen: Nederlands en Engels)
Prijs: toegang gratis
Inlichtingen/registratie: Rijksuniversiteit Groningen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, mw. E.A. Vonkeman, tel. 050-363 56 89, email: e.a.vonkeman@rechten.rug.nl

Verschenen

Jurisdiction over broadcasters in Europe. Report on a Round-table Discussion & Selection of Background Materials, (IRIS-special); Strasbourg, European Audiovisual Observatory 2002; ISBN 92 871 4854 6; (Engelse, Franse en Duitse versie)

Nr 17 NVM vs. Telegraaf

Hoge Raad 22 maart 2002

arrest in de zaak van:

1. Nederlandse Vereniging Van Makelaars in onroerende goederen en vastgoed-deskundigen NVM,
2. NVM Makelaars Dienstencentrum B.V.,
beide gevestigd te Nieuwegein, eiseressen tot cassatie, advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

1. N.V. Holding Maatschappij De Telegraaf,
2. B.V. Dagblad De Telegraaf,
beide gevestigd te Amsterdam, verweersters in cassatie, advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. L.M. Schreuders-Ebbekink.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie – verder, zowel ieder afzonderlijk als gezamenlijk, te noemen: NVM – hebben bij exploit van 21 juli 2000 verweersters in cassatie – verder gezamenlijk te noemen: De Telegraaf – in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te 's-Gravenhage en gevorderd bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad De Telegraaf te gelasten met onmiddellijke ingang iedere inbreuk, rechtstreeks, dan wel door middel van een op enigerlei wijze met (een) met hen verbonden (rechts)persoon op de merk- auteurs-/persoonlijkheids- en databankrechten van NVM en genoemd overig onrechtmatig handelen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, in het bijzonder het opvragen, verveelvoudigen, aanbieden of (anderszins) openbaar maken of hergebruiken van (onderdelen van) de website www.nvm.nl op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van ƒ 25.000,–, te betalen voor elke dag (een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend) dat (één der) gedaagde(n) – geheel of gedeeltelijk – met de nakoming hiervan in gebreke blijven.
De Telegraaf heeft de vordering bestreden.
De President heeft bij vonnis van 12 september 2000 De Telegraaf gelast uiterlijk binnen vier weken na betekening van dit vonnis iedere inbreuk, rechtstreeks, dan wel door middel van een op enigerlei wijze met (een van) hen verbonden (rechts)persoon op de databankrechten van NVM te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, in het bijzonder het opvragen en/of hergebruiken van het geheel of een substantieel deel van de ten processe bedoelde databank, voor zover daarmede volgens dit vonnis inbreuk wordt gemaakt, zulks op straffe van een dwangsom ten gunste van NVM van ƒ 25.000,– per dag of een gedeelte daarvan, en het meer of anders gevorderde afgewezen.
Tegen dit vonnis heeft De Telegraaf hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. NVM heeft voorwaardelijk en onvoorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.
Bij arrest van 21 december 2000 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en te dien aanzien opnieuw rechtdoende het gevorderde afgewezen.
Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft NVM beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.
De Telegraaf heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.
De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.
De advocaat van NVM heeft bij brief van 23 januari 2002, en de advocaat van De Telegraaf heeft bij brief van 25 januari 2002 op deze conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.
(i) NVM onderhoudt op het internet een site op het adres www.nvm.nl. Deze site biedt de bezoeker diverse mogelijkheden, waaronder het aanklikken van de link 'zoek een koopwoning'. Als de gebruiker voor deze mogelijkheid kiest, verschijnt een pagina die, door het intypen van diverse zoekcriteria, de mogelijkheid opent kennis te nemen van een per gebied bepaalde selectie uit het door NVM aangelegde bestand van te koop aangeboden woningen. Binnen het gekozen gebied kan gezocht worden naar gelang de gewenste soort woning en de in aanmerking komende prijsklasse.
(ii) Als de gebruiker heeft gekozen voor gebied, woningtype en prijsklasse, en een zoekopdracht heeft gegeven, verschijnt een lijst van maximaal tien woningen met aanduiding van adres, soort woning, prijs en de mededeling of een foto beschikbaar is. Als het aanbod bestaat uit meer dan tien woningen, kan worden doorgeklikt naar de volgende tien woningen van de lijst.
(iii) De aldus getoonde lijst is per vermelde woning voorzien van een hyperlink, bij aanklikken waarvan een vervolgpagina verschijnt waarop een uitgebreide nadere omschrijving van de desbetreffende woning is opgenomen, al dan niet vergezeld van een foto. Tevens wordt op deze pagina de naam van de verkopende makelaar vermeld, welke naam is voorzien van een hyperlink die leidt naar de website van die makelaar.
(iv) De Telegraaf exploiteert een zoekmachine op het internet, die zich bevindt op het adres www.elcheapo.nl. De homepage van deze site vermeldt dat de bezoeker is aangeland bij een 'razendsnelle koopjesjager'. Op de homepage van El Cheapo wordt de bezoeker in de gelegenheid gesteld een keuze te maken uit verschillende, met een hyperlink verbonden categorieën waaronder 'auto', 'muziek', 'reizen' en 'wonen'. Wordt de hyperlink 'wonen' aangeklikt, dan verschijnt een pagina getiteld 'zoek uw favoriete woning'. Aldaar kunnen zoekcriteria worden ingevuld, zoals plaats, straat, type en prijscategorie, waarna via een button gemerkt 'zoek' een zoekopdracht kan worden gegeven.
(v) Na het geven van een dergelijke zoekopdracht gaat de server van El Cheapo diverse woningbestanden, waaronder het woningbestand van NVM, aan de hand van de opgegeven criteria doorzoeken. De gegevens van de woningen die aan de opgegeven criteria voldoen, worden vervolgens gekopieerd naar de server van El Cheapo. Deze gegevens worden gecombineerd tot één lijst, die wordt weergegeven op het beeldscherm van de bezoeker. Deze lijst bestaat uit een aantal regels. Op iedere regel worden achtereenvolgens weergegeven het bestand waaruit de woning afkomstig is (bijvoorbeeld: NVM of NWI), de plaats, het adres, de soort woning, de prijs en of al dan niet een foto voorhanden is. De lijst wordt weergegeven in een geheel door El Cheapo in haar 'huisstijl' uitgevoerde vormgeving en kan maximaal 100 resultaten bevatten.
(vi) Zowel de aanduiding van het bestand als de prijs in een regel van de lijst van El Cheapo is voorzien van een hyperlink. Bij aanklikken daarvan verschijnt, ingeval het gaat om een woning afkomstig uit het NVM-bestand, de pagina met de uitgebreide omschrijving van de woning, dat wil zeggen de laatste pagina (hiervoor onder (iii) omschreven) die verschijnt bij een zoeksessie op de site van NVM.
(vii) Deze pagina verschijnt in een – verkleind doch eenvoudig te vergroten – frame van NVM en vertoont derhalve hetzelfde uiterlijk als de pagina die na een zoeksessie op de site van NVM zou zijn verkregen. Aanvankelijk was het niet mogelijk via de door een zoekopdracht bij El Cheapo opgeroepen pagina naar de homepage van NVM te gaan en/of van andere getoonde hyperlinks, zoals die welke verwijst naar de verkopende makelaar, gebruik te maken, doch die beperkingen zijn inmiddels opgeheven.
(viii) De door de server van El Cheapo, onder meer uit het bestand van NVM, gekopieerde gegevens blijven daar nog beschikbaar zolang de bezoeker daarvan gebruik maakt en nog een aantal minuten daarna.

3.2 NVM heeft in het onderhavige kort geding gevorderd, samengevat weergegeven, De Telegraaf te gelasten iedere inbreuk op de merkrechten, auteurs-/persoonlijkheidsrechten en databankrechten van NVM, in het bijzonder het opvragen, verveelvoudigen, aanbieden of (anderszins) openbaar maken of hergebruiken van (onderdelen van) de website www.nvm.nl te staken en gestaakt te houden. De President heeft de vordering van NVM, voor zover deze was gegrond op haar databankrecht, toegewezen en De Telegraaf gelast iedere inbreuk op de databankrechten van NVM te staken en gestaakt te houden, in het bijzonder door het opvragen en/of hergebruiken van het geheel of een substantieel deel van de ten processe bedoelde databank. Het Hof heeft de vordering afgewezen. Hiertegen richt zich het middel.

3.3.1 Met het oog op de beoordeling van de eerste appelgrief van De Telegraaf, die was gericht tegen het oordeel van de President dat voorshands voldoende is komen vast te staan dat sprake is van een substantiële investering als bedoeld in art. 1 lid 1, onder a, Databankenwet, heeft het Hof in de eerste plaats onderzocht of de database – aldus duidt het Hof de online verzameling van gegevens van NVM betreffende de woningen en makelaars aan – kan worden aangemerkt als een databank in de zin van art. 1 lid 1, aanhef en onder a, Databankenwet. De desbetreffende omschrijving luidt:
'a.databank: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch zijn geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering'.

In dit verband heeft het Hof:
(a) de stelling van NVM verworpen dat de database in feite bestaat uit een verzameling kleinere databanken van de verschillende steden en dorpen en dat slechts de afzonderlijke databanken zijn te raadplegen;
(b) geoordeeld dat de database van NVM valt aan te merken als een verzameling gegevens die systematisch geordend zijn en afzonderlijk met electronische middelen of anderszins toegankelijk zijn;
(c) een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet onvoldoende aannemelijk geacht, en de eerste grief gegrond bevonden.

3.3.2 Naar aanleiding van de onderdelen 2.1 en 2.2, die het hiervoor onder (a) weergegeven oordeel bestrijden, overweegt de Hoge Raad dat voor de beoordeling van de vraag of delen van een databank zelf ook als afzonderlijke databanken kunnen worden aangemerkt, in de eerste plaats dient te worden vastgesteld of deze afzonderlijke delen vallen onder de hiervoor weergegeven omschrijving van art. 1 lid 1, onder a, Databankenwet. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat de NVM-database onder meer de mogelijkheid opent om 'door op de homepage van NVM de functietoets "Zoek een koopwoning" aan te klikken en vervolgens op de volgende pagina enige criteria aan te geven (...) te zoeken in het totale woningbestand van NVM c.s. in Nederland (...)'. Dit is evenwel niet een begrijpelijke weerlegging van het door NVM aan haar stelling ten grondslag gelegde betoog dat het voor een zoekopdracht steeds noodzakelijk is een plaats op te geven, zodat met een afzonderlijke zoekopdracht niet in het totale bestand in Nederland, maar telkens slechts in het op de opgegeven plaats betrekking hebbende bestand kan worden gezocht.
Overweging 20 van de Richtlijn 96/9 EG van het Europese Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* L77, (hierna: de Richtlijn) biedt, anders dan het Hof heeft overwogen, geen steun voor zijn oordeel. De omstandigheid dat onderdelen die niet tot een databank als zodanig behoren, maar die voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijk zijn, zoals de thesaurus en de indexeringssystemen, mede onder de bescherming ingevolge de Richtlijn kunnen vallen, brengt niet mee dat afzonderlijke onderdelen van de databank zelf niet ook als databanken kunnen worden beschouwd.
De onderdelen treffen derhalve doel.

3.4.1 De onderdelen 2.3 en 3 richten zich tegen het hiervoor in 3.3.1 onder (c) samengevatte oordeel van het Hof. Het Hof heeft dit oordeel hierop gegrond dat onvoldoende aannemelijk is dat de in productie 27 van NVM vermelde bedragen zijn aangewend voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet, en dat voor het overige geen processtukken in het geding zijn gebracht op grond waarvan een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet voldoende aannemelijk is te achten. Hierbij heeft het Hof in aanmerking genomen dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een 'spin-off' van de hoofdactiviteit of een andere activiteit van de producent.
Aldus overwegende heeft het Hof een onjuiste maatstaf gehanteerd door voor de toepassing van art. 1, onder a, Databankenwet klaarblijkelijk beslissend te achten of sprake is van een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet. Noch de tekst noch de strekking van deze bepaling noopt ertoe de uitgaven buiten beschouwing te laten, die zijn gedaan voor bijvoorbeeld het verzamelen en ordenen van de gegevens, los van de vraag of en wanneer deze op het internet worden geplaatst. Ook het door het Hof aan een uitlating van de Minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Databankenwet ontleende 'spin-off'-argument mist in dit verband betekenis, aangezien noch de Richtlijn noch de tekst van art. 1, onder a, Databankenwet een aanknopingspunt biedt voor de zienswijze dat, ingeval een databank voor meer doelen wordt gebruikt, voor elk van die doelen afzonderlijk een substantiële investering moet zijn aan te wijzen. De opvatting van het Hof zou bovendien tot aanzienlijke afbakeningsmoeilijkheden leiden. Ook indien juist zou zijn dat de in de database opgenomen gegevens reeds dienden voor de hoofdactiviteiten van de makelaars, staat dit niet eraan in de weg dat de database, wanneer deze via het internet voor het publiek beschikbaar komt, evenzeer op grond van de Richtlijn en de Databankenwet voor bescherming in aanmerking kan komen.
De onderdelen zijn gegrond.
3.4.2 In rov. 5 van zijn arrest heeft het Hof in verband met zijn beoordeling van appelgrief 1 van De Telegraaf het oordeel van de President onderzocht dat reeds van een substantiële investering sprake is nu de aanschaf van 'NVM-boxen' van ƒ 15.000,– per stuk ten behoeve van 2130 makelaarskantoren neerkomt op een totale investering van ruim ƒ 31 miljoen. Onderdeel 3.1 bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het Hof dat de investeringen gedaan in de 'NVM-boxen' buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het Hof heeft dit oordeel klaarblijkelijk doen steunen op de erkenning van NVM bij pleidooi dat de 'NVM-boxen' waren aangeschaft ten behoeve van het interne netwerk, waarmee het Hof doelt op het netwerk dat met het oog op informatie-uitwisseling tussen makelaars al bestond vóór de plaatsing van de databank op de website van NVM. Uit hetgeen hiervoor in 3.4.1 met betrekking tot de onderdelen 2.3 en 3 is overwogen, volgt dat het onderdeel, voor zover het een hierop gerichte klacht bevat, gegrond is. Voor het overige behoeft het onderdeel geen behandeling.

3.5 De onderdelen 4.1 – 4.4 bestrijden met rechts- en motiveringsklachten het oordeel van het Hof in rov. 7 van zijn arrest dat aan de pagina's met de beschrijvingen van woningen en daarmee samenhangende andere informatie geen (volledige) auteursrechtelijke bescherming – waarmee het Hof kennelijk bedoelt: geen auteursrechtelijke bescherming anders dan als geschrift – toekomt, daar deze pagina's geen eigen origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen. Aldus overwegende is het Hof uitgegaan van de juiste maatstaf. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is evenwel in het licht van hetgeen NVM daaromtrent heeft gesteld niet begrijpelijk op grond waarvan het Hof tot de slotsom is gekomen dat noch de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen en de daarbij gevoegde foto's noch de vormgeving van de website aan die maatstaf voldoen. Ook in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft is het Hof derhalve tekortgeschoten in zijn motiveringsplicht (vgl. HR 4 juni 1993, nr. 15096, *NJ* 1993, 659). De onderdelen treffen derhalve doel.

3.6 Het Hof heeft bij zijn hiervoor in 3.5 weergegeven oordeel nog 'daargelaten dat niet aannemelijk is geworden dat NVM of MDC de maker van die beschrijvingen is'. NVM heeft zich in dit geding beroepen op haar auteursrechten op onder meer de beschrijvingen van de te koop aangeboden woningen. In het bijzonder gelet op art. 4 en 8 Auteurswet 1912 is evenwel zonder nadere motivering niet begrijpelijk op grond waarvan de vaststelling van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de beschrijvingen is, tot zijn slotsom leidt dat van inbreuk op de auteursrechten van NVM geen sprake kan zijn. Onderdeel 4.5, dat hierover klaagt, is derhalve gegrond.

3.7.1 Onderdeel 5, dat wordt uitgewerkt in de onderdelen 5.1 – 5.5, richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 8 en 9 van 's Hofs arrest, waar het Hof heeft onderzocht of De Telegraaf inbreuk maakt op de aan NVM toekomende geschriftenbescherming. Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord op de grond dat het aannemelijk heeft geacht dat 'hier geen sprake is van ontlening door eenvoudige herhaling'. Aldus heeft het Hof de juiste maatstaf gehanteerd. Onderdeel 5.1 is derhalve tevergeefs voorgesteld. Wel verdient opmerking dat van een auteursrechtelijk verboden overneming ook sprake kan zijn in geval van overneming met wijzigingen van minder ingrijpende aard, en derhalve ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat (vgl. HR 25 juni 1965, nr. 9843, *NJ* 1966, 116).

3.7.2 Met betrekking tot het zoekresultaat dat door het aanklikken van de functie 'wonen' op de website van El Cheapo en het vervolgens op de volgende pagina opgeven van een aantal criteria en het aanklikken van de functie 'zoek' wordt verkregen (de lijst die woningen uit de NVM-database en uit andere verzamelingen bevat), heeft het Hof overwogen dat dit blijkens de processtukken zodanig verschilt van de betrokken pagina van NVM dat van ontlening door eenvoudige herhaling niet kan worden gesproken. Dit oordeel dat berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt voorbehouden uitleg van de gedingstukken, is niet onbegrijpelijk en behoefde, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, geen nadere motivering. Onderdeel 5.2 faalt derhalve.

3.7.3 Het tweede zoekresultaat dat wordt verkregen door een specifieke woning aan te klikken bestaat uit de beschrijving van de woning die uit de NVM-database – kennelijk is het Hof hierbij uitgegaan van het geval dat een woning uit het NVM-bestand is aangeklikt (vgl. hetgeen hiervoor in 3.1 onder (vi) is overwogen) – wordt opgehaald en aan de gebruiker wordt doorgegeven. In deze vaststelling van het Hof ligt besloten dat het aan de gebruiker doorgegeven resultaat volledig identiek is aan de beschrijving die in de NVM-database is opgenomen. In een dergelijk geval is sprake van ontlening door eenvoudige herhaling. Hieraan doet, anders dan het Hof heeft overwogen, de wijze van verkrijgen van dit tweede zoekresultaat niet af. De onderdelen 5.3 en 5.4 die hierover klagen, zijn derhalve gegrond.

3.7.4 Onderdeel 5.5, dat zich richt tegen een overweging ten overvloede die het bestreden oordeel niet draagt, behoeft geen behandeling.

3.8 In rov. 10 van zijn arrest heeft het Hof de vordering van NVM onderzocht, voor zover deze vordering is gegrond op onrechtmatig handelen van De Telegraaf, dat volgens NVM hierin bestaat (a) dat De Telegraaf profiteert van de inspanningen van NVM met betrekking tot haar website en database en aldus parasiteert en wel zodanig dat NVM daardoor schade lijdt, alsmede (b) dat De Telegraaf door technologische maatregelen van NVM te omzeilen in strijd handelt met art. 32a Auteurswet 1912 en dat het gebruik van middelen om die beschermingsmaatregelen te omzeilen reeds op zichzelf een onrechtmatige daad oplevert. Het Hof heeft, voor het geval zou moeten worden aangenomen dat De Telegraaf van dergelijke middelen gebruik maakt, van belang geacht dat hyperlinks in beginsel – behoudens uitzonderingsgevallen – zijn toegestaan, dat El Cheapo is te beschouwen als een gespecialiseerde zoekmachine, dat NVM de informatie van haar database zonder betaling ter beschikking van iedere individuele internetgebruiker stelt, dat winstderving ten gevolge van de gewraakte handelingen van De Telegraaf/El Cheapo thans niet aannemelijk is gemaakt, en dat onvoldoende inzicht bestaat of NVM in de nabije toekomst winst zal derven. Het Hof heeft mede in aanmerking genomen dat, gelet op de wijze van aanbieding, niet aannemelijk is dat het publiek door El Cheapo wordt misleid omtrent de herkomst van de aangeboden informatie of dat verwarring zal ontstaan, terwijl evenmin aannemelijk is dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de goede naam van NVM.
Mede gelet op de omstandigheid dat het hier gaat om een beoordeling van de vraag of De Telegraaf onrechtmatig heeft gehandeld, los van de vraag of zij met dit handelen inbreuk heeft gemaakt op een of meer van de hiervoor besproken rechten van NVM, heeft het Hof door op grond van dit een en ander te oordelen dat niet genoegzaam aannemelijk is geworden dat sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het gebruik maken van informatie van NVM en/of het ter beschikking stellen daarvan aan derden een onrechtmatig karakter heeft, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk en, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, niet onvoldoende gemotiveerd.
Onderdeel 6, zoals uitgewerkt in de onderdelen 6.1 – 6.7, stuit hierop in zijn geheel af.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
vernietigt het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 21 december 2000;
verwijst het geding naar het Gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt De Telegraaf in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NVM begroot op € 360,80 aan verschotten en € 1.590,– voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren A.E.M. van der Putt-Lauwers, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman en E.J. Numann, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 22 maart 2002.

Conclusie

mr. J. Spier

1. Inleiding

1.1 Centraal in deze zaak staat de Databankenrichtlijn[1] en de implementatie daarvan in Nederland in de Databankenwet (Dw.) en de Auteurswet (Aw.).[2]

1.2 De Europese Commissie heeft aan de databankenindustrie een belangrijke rol toegedacht bij de ontwikkeling van een informatiemarkt in de Europese Unie. Daarbij heeft de Commissie onderkend dat de noodzakelijke investeringen slechts zullen plaatsvinden als er een regeling is voor een stabiele en eenvormige bescherming van de rechten van fabrikanten van databanken. De Richtlijn heeft dan ook primair tot doel de rechtsbescherming van de producent van databanken in de EU te harmoniseren.

1.3 Aanvankelijk had de Commissie daarbij uitsluitend het oog op elektronisch toegankelijke databanken. De reikwijdte van de Richtlijn is later evenwel uitgebreid tot niet-elektronische databanken. Daarbij wordt in de richtlijn onder een databank verstaan 'een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk' (art. 1 lid 2 Richtlijn).[3]

1.4 De Richtlijn beoogt in de eerste plaats te komen tot een harmonisatie van de auteursrechtelijke bescherming van databanken. Zij doet dit door de invoering van een uniforme bescherming van de structuur van de databank (hoofdstuk II, art. 3 t/m 6). Criterium voor deze bescherming is of de keuze of rangschikking van de samenstellende delen een eigen intellectuele schepping van de maker vormen. Andere criteria mogen bij deze auteursrechtelijke bescherming niet worden aangelegd (art. 3). Rechten die op de inhoud van de samenstellende delen rusten (auteursrecht, naburige rechten, licenties) blijven overigens onverlet (art. 3 lid 2).[4]

1.5 Veel databanken ontlenen hun waarde niet zozeer aan hun structuur maar aan (de volledigheid van) hun inhoud. Waar bovendien de inhoud van databanken doorgaans slechts feitelijke gegevens of anderszins niet (meer) door het auteursrecht beschermde informatie bevatten, biedt het auteursrecht daarmee onvoldoende bescherming tegen het leeghalen en het gebruiken van een databank door een concurrerende databank. In overweging 39 spreekt de Richtlijn in dit verband over bescherming tegen 'onrechtmatige toeëigening van de resultaten van de financiële en professionele investeringen om de inhoud te verkrijgen en te verzamelen'.

1.6 Teneinde deze lacune in de rechtsbescherming op te vullen is in de Richtlijn daarom een apart (sui generis) recht gecreerd voor de fabrikant van de databank, waarmee deze de investering in de verkrijging, controle of presentatie van zijn databank kan beschermen (Hoofdstuk III, art. 7 t/m 11). Daarbij verstaat de Richtlijn onder de fabrikant degene die initiatief heeft genomen tot en het risico draagt van die investering (overweging 41).

1.7 Dit nieuwe databankrecht biedt de producent een minstens 15 jaar durende bescherming in de vorm van het recht om het opvragen en/of hergebruiken van (een substantieel deel) van de inhoud van zijn databank te verbieden (art. 7 lid 1 Richtlijn). Vereist is dan wel dat het gaat om een databank waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht aanzienlijke investering getuigt (idem).[5] Het databankrecht beschermt aldus de investering van de producent en vormt daarmee een daadwerkelijke prestatiebescherming.

1.8 De twee door de Richtlijn geïntroduceerde regimes zijn cumulatief en kunnen naast elkaar van toepassing zijn.

1.9 Bij de implementatie van de Richtlijn heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen het nieuwe sui generis databankrecht onder te brengen in een aparte wet: de Databankenwet (Dw.). Deze keuze is mede ingegeven door de omstandigheid dat de Richtlijn op dit punt veel nieuwe en in andere wetten moeilijk inpasbare terminologie bevat, zodat vertaling achterwege kan blijven en zoveel mogelijk kan worden aangesloten bij de tekst van de Richtlijn. Bovendien wordt aldus voorkomen dat de wetgever vage normen en begrippen vooraf interpreteert. Dit dient bij voorkeur te worden overgelaten aan de nationale rechter en het HvJ EG.[6]
1.10 In art. 1 Dw. is de voor het sui generis recht vereiste (wat in die wet wordt aangeduid als) substantiële investering onderdeel gemaakt van de definitie van het begrip databank. In overeenstemming met het systeem van de richtlijn is de Dw. daarmee slechts van toepassing op 'een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering' (art. 1 lid 1 onder a Dw.). Alleen de producent (in de Richtlijn: fabrikant) van een databank die aan deze vereisten voldoet, komt voor de door de Dw. geboden (sui generis) bescherming in aanmerking.

1 Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PbEG* 1996, L77/20.
2 Wet van 8 juli 1999 houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijn 96/9/EG, *Stb.* 1999, 303. Deze wet is op 21 juli 1999 in werking getreden.
3 Zie over de achtergronden en de totstandkoming van de Richlijn: Verkade/Visser, *Inleiding en parlementaire geschiedenis Databankenwet*, 1999, blz. 1-7; H.M.H. Speyart, De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland (I), *AMI* 1996, blz. 151-152. Zie over de definitie van het begrip databank in de Richtlijn: A.A. Quaedvlieg, 'Onafhankelijk, geordend en toegankelijk', *AMI* 2000, blz. 177-186 en S.A. Klos, 'Databankieren in een lawyer's paradise', *IER* 2000, blz. 1-8.
4 Uitgebreid hierover: Speyart, t.a.p., blz. 155 e.v..
5 Art. 1 lid 1 onder a Dw. spreekt van een 'substantiële investering'.
6 Zie hierover MvT op de Dw., TK 1997-1998, 26 108 nr. 3, blz. 4-6.

1.11 Het sui generis-recht is in art. 2 lid 1 Dw. opgenomen in de vorm van een uitsluitend recht om toestemming te verlenen tot het opvragen en/of hergebruiken in de zin van de Dw. van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank.[7] Omdat het denkbaar is dat een derde niet in één keer de gehele inhoud of een substantieel deel van de inhoud opvraagt, maar de databank wel door het herhaald opvragen van niet-substantiële delen 'leegzuigt', is in art. 2 lid 1 onder b (zulks in overeenstemming met art. 7 lid 5 van de Richtlijn) bepaald dat dit uitsluitend recht zich ook uitstrekt tot het herhaald opvragen en hergebruiken van niet-substantiële delen van de databank, echter alleen voor zover dit in strijd is met de normale exploitatie van de databank of voor zover dit de producent ongerechtvaardigde schade toebrengt.

1.12 De auteursrechtelijke bescherming van de Richtlijn is, voor zover hier van belang en naar de bedoeling van de wetgever, geïmplementeerd door aanpassing van art. 10 van de Auteurswet 1912 (Aw.). Aan dit artikel zijn twee nieuwe leden (lid 3 en 4) toegevoegd, waarin het volgende is bepaald:

'-3.Verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk, worden, onverminderd andere rechten op de in de verzameling opgenomen werken, gegevens of of andere elementen, als zelfstandige werken beschermd. -4. Verzamelingen van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen als bedoeld in het derde lid, waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitiatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering behoren niet tot de in het eerste lid, onder 1) genoemde geschriften.'

1.13 Met lid 3 hebben richtlijnconform omschreven databanken thans in de Aw. uitdrukkelijk erkenning gevonden als potentieel object van auteursrecht. Daarbij legt de bepaling in opdracht van de Richtlijn vast dat voor bescherming in aanmerking komende databanken niet alleen uit verzamelingen van auteursrechtelijke werken kunnen bestaan, maar ook uit 'verzamelingen van (andere) gegevens of andere zelfstandige elementen'. Het door art. 3 lid 1 van de Richtlijn voor auteursrechtelijke bescherming vereiste uniforme criterium dat het moet gaan om een databank die door de keuze of de rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt, is door de wetgever bewust niet in de wet opgenomen.[8]

1.14 Lid 4 is opgenomen in verband met de beperkte bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, zoals nader vormgegeven in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Reeds voordat er sprake was van de Databankenrichtlijn werd al aangenomen dat databanken deze (pseudo-auteursrechtelijke) bescherming tegen ontlening konden genieten. Art. 10 lid 4 Aw. maakt duidelijk dat databanken die enerzijds niet de hiervoor bedoelde drempel voor auteursrechtelijk bescherming halen (er is geen sprake van een databank die door de keuze of rangschikking van de stof een eigen intellectuele schepping van de maker vormt) maar anderzijds, dankzij een substantiële investering, wel kunnen profiteren van het sui generis-regime, niet langer voor geschriftenbescherming in aanmerking komen.[9]

1.15 Zoals uit het voorafgaande valt af te leiden, brengt de (implementatie van de) Richtlijn mee dat op een databank – al dan niet cumulatief – verschillende regimes van toepassing kunnen zijn: auteursrecht op de structuur van een databank, auteursrecht op de inhoud van de samenstellende delen van een databank, het sui generis-databankenrecht op een databank die getuigt van een substantiële investering en geschriftenbescherming op een niet-oorspronkelijke databank die niet aan de substantiële investeringseis voldoet. Een aantal van deze regimes is in het onderhavige kort geding in stelling gebracht.

2. Feiten

2.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten en omstandigheden. Deze zijn vastgesteld door de President van de Rechtbank in zijn vonnis van 12 september 2000 in rov. 1. Ook het Hof is daarvan in het bestreden arrest uit gegaan in rov. 1.

2.2 NVM onderhoudt op het internet een website op het adres www.nvm.nl.[10] Deze site biedt de bezoeker verschillende mogelijkheden, waaronder het aanklikken van de link 'zoek een koopwoning'. Er verschijnt dan een pagina die het mogelijk maakt in een specifiek aan te geven gebied (provincie, plaats) kennis te nemen van de via NVM-makelaars te koop aangeboden woningen. Door het intypen van nadere zoekcriteria kan binnen dit gebied worden gezocht naargelang de gewenste soort woning en prijsklasse.[11]

2.3 Als de gebruiker het gewenste gebied, woontype of prijsklasse heeft opgegeven, verschijnt op het beeldscherm een pagina met een lijst van maximaal tien woningen met aanduiding van straat, soort woning en prijs, alsmede de mededeling of een foto beschikbaar is. Indien het aanbod uit meer dan tien woningen bestaat, kan worden doorgeklikt naar de volgende maximaal tien woningen.[12] De aldus getoonde lijst is per woning voorzien van een hyperlink, waarmee kan worden doorgeklikt naar een vervolgpagina met daarop een nadere omschrijving van de desbetreffende woning, al dan niet vergezeld van een foto (detailpagina). Tevens vermeldt deze vervolgpagina de naam van de 'verkopende makelaar'. De naam van deze makelaar is voorzien van een hyperlink naar diens website.[13]

2.4 De Telegraaf exploiteert op het internet een zoekmachine op het adres www.elcheapo.nl. Op de homepage van deze site wordt El Cheapo aangeduid als een 'razendsnelle koopjesjager' op het gebied van onder meer auto's, muziek, reizen en wonen.

2.5 De gebruiker van El Cheapo kan één van deze categorieën aanklikken. Wordt de categorie 'wonen' aangeklikt, dan verschijnt een pagina met de titel 'zoek uw favoriete woning'. Vanaf deze pagina kan worden gezocht naar te koop staande woningen op basis van de zoekcriteria plaats, straat, woningtype en prijscategorie.[14]

2.6 Indien een zoekopdracht wordt gegeven, doorzoekt de server van El Cheapo aan de hand van de opgegeven criteria diverse bestanden met te koop aangeboden woningen, waaronder het bestand van NVM. De gegevens van de woningen die aan de opgegeven criteria voldoen, worden vervolgens gekopiëerd naar de server van El Cheapo, waar zij worden gecombineerd tot één lijst. Deze lijst wordt weergegeven op het beeldscherm van de bezoeker.[15]

2.7 In bedoelde gecombineerde lijst staat van iedere gevonden woning de volgende informatie op een rij: het bestand waaruit de woning afkomstig is (bijvoorbeeld NWI of NVM), de plaats, het adres, de soort woning, de prijs en of een foto beschikbaar is. Deze lijst, die wordt weergegeven in een geheel in de 'huisstijl' van El Cheapo uitgevoerde vormgeving, kan maximaal 100 resultaten bevatten.

2.8 Zowel de aanduiding van de prijs als van het bestand in een regel van de lijst van El Cheapo is voorzien van een hyperlink. Bij het aanklikken daarvan verschijnt, ingeval het gaat om een woning uit het NVM-bestand, de hiervoor in 2.3 genoemde pagina met detailinformatie die verschijnt als een zoeksessie op de NVM-site in gang is gezet. Deze pagina verschijnt in een (verkleind, doch eenvoudig uit te vergroten) frame van NVM en vertoont hetzelfde uiterlijk als de pagina die via een zoeksessie vanuit de homepage van de NVM zou zijn verkregen.[16]

2.9 Aanvankelijk was het niet mogelijk om via de door een zoekopdracht bij El Cheapo opgeroepen pagina naar de homepage van NVM te gaan en/of van andere getoonde hyperlinks gebruik te maken, zoals die, welke verwijst naar de verkopende makelaren. Voorafgaand aan het pleidooi in eerste aanleg zijn deze beperkingen opgeheven.

2.10 De door de server van El Cheapo – onder meer uit het bestand van NVM – gekopieerde gegevens blijven daar beschikbaar zolang de gebruiker daarvan gebruik maakt en nog een aantal minuten daarna.

3. Procesverloop

(...)

7 Zie voor de overwegingen van de wetgever hieromtrent de Mvt TK zitting 1997-1998, 26 108 nr. 3, blz. 5 en de Nota TK 1998-1999, 26 108 nr. 6 blz. 1-2.

8 Zie hierover: Mvt bij wetsvoorstel 26 108, TK 1997-1998, nr.3, blz. 20-21 en Nota n.a.v. het verslag, TK 1998-1999, blz. 16. Zie voorts: Verkade/Visser, a.w. blz. 25-26 en het Verslag van de commissie auteursrecht van de VvA, blz. 21-24.

9 Mvt bij wetsvoorstel 26 108, TK 1997-1998, nr. 3 blz. 22; Verkade/Visser, a.w., blz. 24, en 26-29; Spoor/Verkade, *Auteursrecht* (1993) nr 50/55; *IEC* (Krikke), blz. 11/136.

10 Inmiddels www.funda.nl; zie repliek onder 2.

11 Vgl. de producties 2a1 en 2a2 van NVM in eerste aanleg.

12 Vgl. de producties 2b-2b7 zijdens NVM in eerste aanleg.

13 Vgl. productie 2c van NVM in eerste aanleg.

14 Vgl. productie 3b van NVM in eerste aanleg.

15 Vgl. productie 3c van NVM in eerste aanleg.

16 Vgl. producties 4g en 4d van NVM in eerste aanleg.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

4.1 Door NVM is één middel van cassatie voorgesteld, dat is opgebouwd uit zes onderdelen. Onderdeel 1 bevat geen klacht. De onderdelen 2 en 3 betreffen het databankenrecht. De onderdelen 4 en 5 zien op het oordeel van het Hof ten aanzien van het auteursrecht en de geschriftenbescherming. Onderdeel 6 betreft ten slotte het beweerdelijk onrechtmatig handelen van De Telegraaf.

4.2 Bij de bespreking van het middel stel ik het volgende voorop. In deze procedure doen de nadelen die kleven aan een kort geding zich sterk gevoelen. In prima heeft NVM De Telegraaf overvallen met een nauwelijks aanknopingspunten biedende dagvaarding. Het gehele debat heeft zich eerst bij pleidooi ontsponnen. In appèl waren de rollen omgekeerd. De grieven van De Telegraaf boden weinig houvast en wederom lag het zwaartepunt op de pleidooien.

4.3 Talloze voor de zaak wezenlijke feitelijke kwesties – bijvoorbeeld de precieze werkwijze van El Cheapo – zijn aldus onvoldoende uitgekristalliseerd. Het moge zijn dat het Hof te weinig acht heeft geslagen op een aantal feitelijke stellingen, m.i. kan NVM daar geen garen bij spinnen. Waar partijen van mening verschillen en niet ten minste (zeer) aannemelijk is dat het feitelijke gelijk bij één hunner ligt, is het m.i. in het algemeen een te grote stap om zich desondanks te bekeren tot de door de eisende partij aangedragen stellingen. Dat heeft zij zelf over zich afgeroepen door het entameren van een kort geding en door te procederen als onder 4.2 vermeld.

4.4 Omdat een kort geding zich (in beginsel) niet leent voor bewijslevering zal ook een verwijzingsrechter met dit probleem kampen. Bij motiveringsklachten mist NVM daarom m.i. in beginsel belang.

4.5 Ik merk hierbij nog op dat beide partijen er van uit lijken te gaan dat het in deze procedure gaat om een reeks principiële en voor de praktijk uiterst relevante vragen. M.i. vergt het te veel van de rechter deze in abstracto te gaan beantwoorden. Het ligt, integendeel, voor de hand dat eerst het relevante feitencomplex behoorlijk wordt uitgezocht en dat slechts de dan resterende vragen door de rechter worden beantwoord. Dat klemt eens te meer nu principiële beslissingen allicht verstrekkende en – in elk geval voor mij – niet zonder meer overzienbare gevolgen kunnen hebben.[19]

Onderdelen 2 en 3: databankenrecht

4.6 Onderdeel 2 richt zich met een algemeen geformuleerde rechts- en motiveringsklacht tegen rov. 4. Deze klachten worden uitgewerkt in de subonderdelen 2.1 en 2.2.

4.7 Zoals hiervoor werd aangegeven, heeft het Hof in rov. 4 het betoog van NVM dat haar databank in feite bestaat uit een grote hoeveelheid kleinere, slechts afzonderlijk te raadplegen databanken van steden en dorpen verworpen. Daartoe heeft het het volgende overwogen (de cijfers zijn door mij toegevoegd):

'1. (...) naar tussen partijen vaststaat, opent de NVM database onder meer de mogelijkheid om door op de homepage van NVM de functietoets "zoek een koopwoning" aan te klikken en vervolgens op de volgende pagina enige criteria aan te geven ter selectering van de gewenste woning, te zoeken in het totale woningbestand van NVM c.s. in Nederland, dat, naar niet is weersproken, ongeveer 45.000 bestandsobjecten (koopwoningen) telt.
Hierop stuit de stelling af dat de NVM database slechts uit kleinere databanken bestaat.

2. Dat naast of in plaats van de bescherming van een databank als zodanig ook bescherming toekomt aan de afzonderlijke delen van die databank, valt moeilijk te verenigen met de strekking van de Richtlijn 96/9 EG (...).

3. Uit de considerans (overweging 20) van de richtlijn, waarin is overwogen dat de bescherming ingevolge de richtlijn ook kan gelden voor de voor de werking of de raadpleging van sommige databanken noodzakelijke onderdelen, zoals de thesaurus en de indexeringssystemen, valt af te leiden dat bescherming in beginsel slechts geldt voor de databank als zodanig, waarvan steeds een wezenlijk kenmerk is dat deze bestaat uit een samenstel van geordende onderdelen.'

4.8 Het oordeel van het Hof omtrent het betoog van NVM rust aldus op twee gronden, die dit oordeel ieder zelfstandig kunnen dragen. Subonderdeel 2.1 bestrijdt, naar ik begrijp, hetgeen onder 1 en 2 wordt overwogen. Subonderdeel 2.2 is klaarblijkelijk gericht tegen de afwijzingsgrond(en) vermeld onder 2 en 3.

4.9 De in de subonderdeel 2.1 vervatte rechtsklacht betoogt naar de kern genomen dat het Hof heeft miskend dat steeds wanneer afzonderlijke delen van een databank voldoen aan de definitie van art. 1 lid 1 onder a Dw., ook aan die delen bescherming toekomt; die klacht bespreek ik bij subonderdeel 2.2. De motiveringsklacht van subonderdeel 2.1 houdt in dat 's Hofs oordeel in de tweede alinea van rov. 4 onbegrijpelijk is in het licht van (de volgens NVM onweersproken) stelling dat uitsluitend kan worden gezocht per stad of dorp.

4.10 Ik stel voorop dat m.i. in het oog springt dat een bestand waarin (volgens NVM) tienduizenden gegevens zitten slechts toegankelijk en daarmee bruikbaar is wanneer degene die het wenst te raadplegen niet gehouden is om het gehele bestand door te zoeken. Dat hem de mogelijkheid wordt geboden te zoeken naar specifieke plaatsen/regio's, prijzen en dergelijke meer maakt het databestand zinvol. Dat zulks ertoe zou leiden, zoals NVM blijkbaar propageert, dat feitelijk of rechtens sprake is van verschillende bestanden ligt niet direct voor de hand.

4.11 Bovendien is mij niet geheel duidelijk wat NVM precies wil betogen. Is, in haar visie, het (allicht beperkte) bestand in de prijsklasse boven € 1.000.000 in Delfzijl of Tegelen ook een afzonderlijk bestand?

4.12 Hoe dit zij, het onderdeel stuit af op de niet in appèl bestreden feitenvaststelling door de President (overgenomen door het Hof) dat ook per provincie kan worden gezocht (zie hiervoor onder 2.2). Daarom kan – naar rechtens moet worden aangenomen – geen sprake zijn van afzonderlijke bestanden die het slechts mogelijk maken per stad of dorp te zoeken.

4.13 Hier komt nog bij hetgeen De Telegraaf in haar s.t. onder 3.4 heeft aangevoerd, zulks in het licht van hetgeen hierboven onder 4.2 – 4.4 werd opgemerkt.

4.14 Bij deze stand van zaken mist de klacht van subonderdeel 2.2 belang. Ten overvloede ga ik er kort op in.

4.15 Omtrent de vraag wat het begrip databank nu precies inhoudt, geven de Richtlijn en de Dw. weinig duidelijkheid. Hetzelfde geldt voor de vraag onder welke omstandigheden van één databank, of een combinatie van verschillende databanken kan of moet worden gesproken.[20]

4.16 Het schijnt mij toe dat deze vraag ten minste mede een feitelijke component heeft. NVM doet het – mogelijk terecht – voorkomen dat sprake is van een aantal afzonderlijke (gekoppelde?) databanken. Wat zij daarmee nauwkeurig bedoelt, is in de procedure niet uit de verf gekomen. Dat is m.i. mede een technische kwestie waaromtrent het Hof niets heeft vastgesteld. Dat valt het Hof niet euvel te duiden omdat de stellingen van partijen in dit opzicht onvoldoende houvast boden en daarenboven sprake is van een kort geding. De vraag of onderdelen van een databank een zelfstandige databank kunnen vormen is daarom niet van doorslaggevende betekenis. Het komt aan op de vraag of zulks in casu het geval is. Die vraag was op grond van de bijgebrachte stellingen m.i. niet te beantwoorden. Daarom kan beantwoording van de rechtsvraag blijven rusten.

4.17 Toch wil ik er kort iets over zeggen.

4.18 Uitgangspunt dient m.i. te zijn dat de definitie van het begrip databank van functionele aard is. Dit brengt mee dat een verzameling die in de ene context geen databank is, in een andere context wel als zodanig kan worden gekwalificeerd.[21]

17 (...)
18 (...)
19 Mijn gebrek aan computertechnische vaardigheden blijkt reeds hieruit dat het ondanks verwoede pogingen niet is gelukt de witte ruimte op te vullen.
20 Vgl. Verkade/Visser, a.w., blz. 7, 9-10. Zie over het begrip databank S.A. Klos, t.a.p., blz. 1-8; H.M.H. Speyart, t.a.p., blz. 152-155, Quaedvlieg, t.a.p., blz. 155 e.v.; M. Leistner, 'Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers', *GRUR Int.* 1999, blz. 819-824.
21 Quaedvlieg, t.a.p., blz. 186.

4.19 Volgens H. Struik kan een deelverzameling van een databank ook op zichzelf als een databank worden gekwalificeerd indien deze deelverzameling een duidelijk eigen, zelfstandig karakter heeft. Vereist is derhalve dat de deelverzameling een eigen systematische of methodische ordening heeft, naast de ordening die de totale databank kenmerkt.[22] Deze maatstaf lijkt mij juist. Bij elke (elektronische) databank bestaat in theorie de mogelijkheid deze in stukjes te knippen. Voor zover de deelverzamelingen die aldus ontstaan echter slechts onderdelen vormen van de primaire ordening die de gehele databank aanbrengt, zou dit ertoe leiden dat de eis van art. 2 lid 1 onder a Dw. dat sprake moet zijn van het opvragen en hergebruiken van een substantieel deel van de inhoud goeddeels zijn zin zou verliezen.

4.20 In de tweede alinea van rov. 4 heeft het Hof m.i. geoordeeld dat de deelverzamelingen van te koop staande woningen per plaats geen zelfstandig karakter hebben aangezien deze deelverzamelingen slechts onderdelen vormen van de primaire ordening op plaatsnamen die in de totale databank is aangebracht. Deze ordening is ook logisch, aangezien iemand die op zoek is naar een woning in Amsterdam niet geïnteresseerd zal zijn in te koop staande woningen in Maastricht. De deelverzamelingen kennen ten opzichte van de totale NVM-databank bovendien ook overigens geen andere of verdere criteria: ook de (nadere) selectie op bijvoorbeeld prijsklasse en type woning is reeds in de totale databank aangebracht.

4.21 Aldus heeft het Hof kennelijk en terecht de hiervoor genoemde maatstaf aangelegd, zodat zijn oordeel niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

4.22 Subonderdeel 2.3 richt zich tegen rov. 5 van het bestreden arrest. Hierin heeft het Hof het volgende overwogen:

'Tussen partijen bestaat verschil van mening over de vraag of er sprake is van een substantiële investering als bedoeld in art. 1, lid 1, sub a van de Databankenwet. Grief 1 bestrijdt in dit verband het oordeel van de president, inhoudende dat reeds van zodanige (substantiële) investering sprake is nu de aanschaf van 'NVM-boxen' van *f* 15.000,- per stuk ten behoeve van 2130 makelaarskantoren neerkomt op een totale investering van ruim *f* 31 miljoen.

Bij pleidooi is namens NVM onweersproken verklaard dat, reeds voordat op het internet een NVM-website was geopend, de bij NVM aangesloten makelaars informatie leverden voor en toegang hadden tot het totale NVM-woningbestand via een (...) intern netwerk. Bij pleidooi is verder namens NVM erkend dat de 'NVM-boxen' (...) waren aangeschaft door de individuele makelaars ten behoeve van dat interne netwerk. Daarvoor zijn, aldus NVM (...), aanzienlijke investeringen gemaakt, waartoe zij heeft verwezen naar productie 27. De Telegraaf heeft weersproken dat substantiële investeringen zijn gedaan in geld of tijd.

De door NVM (...) overgelegde productie 27 bevat echter slechts een niet onderbouwde opstelling van cijfers, waarbij bovendien vóór het grootste gedeelte van het met de gestelde hardware-investeringen gemoeide bedrag is vermeld 'NVM-leden'. Onvoldoende aannemelijk is dat de in die productie vermelde bedragen zijn aangewend voor het tot stand brengen, controleren en/of presenteren van de database op het internet. Voor het overige zijn geen processtukken in het geding gebracht, op grond waarvan een substantiële investering voor het inrichten, controleren en/of presenteren van de database op het internet aannemelijk is te achten.
Daarbij heeft het hof het standpunt van de minister van Justitie in aanmerking genomen, waaruit valt af te leiden dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een spin-off van de hoofd- of een andere activiteit van de producent (Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Databankenwet, Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 5).
(...) Het bovenstaande brengt mee dat grief 1 slaagt en dat in dit kort geding ervan uit moet worden gegaan dat de NVM-database niet kan worden aangemerkt als een databank in de zin van de Databankenwet'.

4.23 Subonderdeel 2.3 bestrijdt dit oordeel met een algemene rechtsklacht en een algemene motiveringsklacht die in onderdeel 3 en subonderdeel 3.1 nader worden uitgewerkt.

4.24 Het komt mij voor dat deze klachten reeds bij gebrek aan belang niet tot cassatie kunnen leiden om twee zelfstandige redenen.

4.25 Na de stellingen van partijen omtrent het hier aan de orde zijnde punt te hebben weergegeven, heeft het Hof voorop gesteld dat NVM haar stelling dat zij aanzienlijke investeringen heeft gedaan in haar (interne) databank, slechts heeft gestaafd met een niet onderbouwde opstelling van cijfers (productie 27), waarbij het Hof nog opmerkt dat bij een belangrijk deel van die cijfers ook nog eens staat vermeld dat deze bedragen door de individuele makelaars zijn betaald.

4.26 In dit oordeel ligt m.i. besloten dat NVM in de eerste plaats de door haar gestelde (maar door De Telegraaf betwiste) omvang van haar investeringen niet aannemelijk heeft kunnen maken. Weliswaar betrekt het Hof dat oordeel op de interne databank, maar niet valt in te zien waarom iets anders zou gelden voor het internet. Ook te dien aanzien bevat productie 27 'slechts een niet onderbouwde opstelling van cijfers'.[23] Het Hof doelt dan ook onmiskenbaar mede op het internet.

4.27 Daar komt nog bij dat de wél gepleegde investering, naar in cassatie niet wordt bestreden, voor het grootste deel door de leden is verricht. Hetgeen resteert, zo ligt daarin – evenmin bestreden – besloten, is onvoldoende substantieel.

4.28 Deze beide oordelen kunnen 's Hofs oordeel zelfstandig dragen. Volledigheidshalve nog het volgende.

4.29 Onderdeel 3 klaagt erover dat het Hof in rov. 5 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de vraag of de NVM-databank getuigt van een substantiële investering alleen acht te slaan op de investeringen die specifiek zijn gedaan voor het inrichten, controleren en/of presenteren van deze databank op het internet.

4.30 In rov. 5 stelt het Hof de eis dat substantieel moet zijn geïnvesteerd in het inrichten, controleren en/of presenteren van de databank op het internet. Het baseert zich hiervoor (kennelijk mede) op uitlatingen van de Minister tijdens de parlementaire behandeling van de Dw. Daaruit leidt het Hof af dat een substantiële investering kan ontbreken als de gegevens van de verzameling niet meer zijn dan een spin-off van de hoofdactiviteit van de producent.

4.31 Bij de door het Hof bedoelde uitlatingen van de Minister gaat het om het volgende. Tijdens de parlementaire behandeling hebben de leden van de PvdA-fractie de vraag gesteld of de vereiste substantiële investering primair gericht moet zijn geweest op de verkrijging, de controle of de presentatie van de bewuste verzameling. Ter toelichting zijn daarbij drie voorbeelden aan de orde gesteld:[24]

1. Is een lijstje met namen en adressen van (tien) restaurants met een Michelin-ster in Nederland een beschermde databank? Het toekennen van sterren vergt ongetwijfeld een substantiële investering, maar deze lijkt primair gericht op het toekennen van sterren en niet op het verkrijgen van zo'n lijstje.
2. Het ontdekken van een nieuw zonnestelsel vergt een substantiële investering in een telescoop of een ruimtereis. Het resulteert onder meer in het verkrijgen van een verzameling nieuwe sterren met bijbehorende namen. Is een dergelijke verzameling sterren een beschermde databank?
3. Het samenstellen van het programma van een televisiezender vergt vermoedelijk een substantile investering. Kan daarmee worden gezegd dat een verzameling programmagegevens op zichzelf getuigt van een substantiële investering of is zij in feite niet meer dan een spin-off van het programmeren van de zender, waarop de investering primair is gericht?

4.32 In antwoord hierop heeft de Minister vooropgesteld dat de substantiële investering volgens de definitie zowel op de verkrijging, de controle als op de presentatie van de inhoud van de databank betrekking kan hebben. Ten aanzien van de genoemde voorbeelden merkt hij vervolgens op dat het lijstje restaurants en het lijstje nieuwe sterren geen databanken zijn, omdat de investeringen die hieraan ten grondslag liggen niet gericht zijn geweest op het tot stand brengen van de databank. Ook de programmagegevens zullen geen databank zijn, indien zij, zoals de leden van de PvdA-fractie stellen, niet meer zijn dan een spin-off van het programmeren van de zender. De Minister heeft daaraan nog uitdrukkelijk toegevoegd dat het hier een vraag betreft waarover de rechter steeds aan de hand van de concrete feiten zal moeten beslissen.[25]

22 H. Struik, noot onder het onderhavige arrest, *Computerrecht* 2001, blz. 93.
23 In gelijke zin de s.t. van mrs Meijer en Schreuders-Ebbekink onder 3.33.
24 Verslag van de vaste commissie voor Justitie bij wetsvoorstel 26 108, TK 1998-1999, nr. 5, blz. 4-5.
25 Nota n.a.v. het verslag, TK 1998-1999, 26 108, nr. 6, blz. 5.

4.33 Vrij algemeen wordt aangenomen dat de Minister hiermee het standpunt heeft ingenomen dat onder de Dw. een databank alleen beschermd zal zijn, indien de daarin gedane substantiële investering primair gericht is geweest op het tot stand brengen van de databank. Gegevensverzamelingen die slechts een toevallig bijproduct – een spin-off – van een andere (hoofd)activiteit vormen, zijn daarmee niet beschermd.[26]

4.34 Deze zgn. 'spin-off redenering' heeft in Nederland tot veel discussie geleid. Tegenstanders wijzen erop dat de uitlatingen van de Minister niet steunen op enigerlei bepaling in de Richtlijn[27] en dat Nederland hiermee ook alleen staat binnen de EU.[28] Op deze laatste stelling is m.i. het nodige af te dingen.[29] Bij het betoog van de Minister valt te bedenken dat daaraan sowieso geen doorslaggevende betekenis toekomt omdat het hier gaat om communautair Europees recht.[30] Dat laat onverlet dat het op zijn inhoudelijke merites moet worden beoordeeld.

4.35 Als nadeel van 's Hofs benadering wordt gekenschetst dat het later op internet plaatsen van hetgeen waarin de investeringen zijn gepleegd deze investeringen geheel onbeschermd zou maken.[31] De richtlijn zou niet meer of anders vereisen dan dat de investering is gaan zitten in verkrijging, controle of presentatie van de inhoud.[32] Daarop voortborduren zou men kunnen betogen dat een bijproduct nimmer kan bestaan zonder een 'primaire investering' zodat deze investering ook in het kader van het bijproduct niet mag worden veronachtzaamd.[33] Als zwaarwegend argument noemt H. Cohen Jehoram dat de hier bestreden opvatting ertoe leidt dat niet substantiële investeringen door de daaraan ten deel vallende geschriftenbescherming per saldo beter worden beschermd dan wél substantiële.[34]

4.36 De door het Hof aangehangen opvatting heeft ook voordelen. Voorkomen wordt dat door optelling van investeringen welhaast iedere verzameling wordt beschermd.[35]

4.37 Men kan kool en geit in belangrijke mate sparen door geen al te hoge eisen te stellen aan investeringen met het oog op het niet primaire gebruik, bijvoorbeeld door een investering in controle en het presenteren van gegevens op internet spoedig substantieel te achten.[36]

4.38 Hoewel ik geneigd ben te menen dat de door het Hof aangehangen opvatting in haar algemeenheid niet in overeenstemming is met de richtlijn, kan m.i. al met al niet worden gezegd dat boven redelijke twijfel verheven is dat het spin-off argument geen hout snijdt.[37] Niet ten onrechte wordt daarom door verschillende auteurs betoogd dat het verlossende woord uit Luxemburg moet komen.[38] De stelling dat sprake zou zijn van acte claire (want van een 'typisch Nederlandse misvatting'[39]) faalt reeds omdat zij volstrekt onvoldoende is toegelicht. Zo'n bewering kan slechts indruk maken wanneer zij berust op in het Nederlands, Engels, Frans of Duits gesteld gedegen onderzoek naar het recht van alle EU-lidstaten. Daarvan is geen spoor te bekennen.[40]

4.39 De onderhavige zaak leent zich m.i. evenwel niet voor het stellen van een prejudiciële vraag. Niet alleen staan te weinig feiten vast, beantwoording van deze vraag is, als gezegd, in casu niet nodig. Daarom ware het overbelaste Hof van Justitie EG daarmee in deze zaak niet lastig te vallen, gesteld al dat zulks in het licht van het in de eerste volzin van dit nummer gestelde mogelijk zou zijn.[41]

4.40 Er is nog een andere reden waarom het stellen van een prejudiciële vraag in casu m.i. niet nodig is. In het onderhavige geval doet een situatie waarop de Minister klaarblijkelijk het oog had zich niet voor. Anders dan het Hof lijkt te menen, kan geen onderscheid worden gemaakt tussen het woningbestand, zoals dat door de makelaars via een intern netwerk kan worden geraadpleegd en het woningbestand, zoals dat op het internet voor het publiek toegankelijk is. Waar het Hof immers zelf overweegt dat NVM in 1995 heeft besloten het reeds bestaande woningbestand op het internet te plaatsen, gaat het onmiskenbaar (althans in hoofdzaak) om dezelfde databank, waaraan een andere presentatie- of exploitatievorm is gegeven.

4.41 Subonderdeel 3.1 klaagt erover dat het Hof ten onrechte de investering in de NVM-boxen buiten beschouwing heeft gelaten op de grond dat deze zijn betaald door de individuele NVM-leden.
4.42 Deze klacht behoeft geen bespreking omdat niet wordt onthuld waar in het omvangrijke dossier NVM een dergelijke stelling zou hebben betrokken. Zij (de klacht) voldoet daarmee niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Zo'n gebrek kan niet in de s.t. worden hersteld, reeds niet omdat art. 407 Rv. op het middel en niet op de s.t. ziet.

4.43 In de s.t. onder 33 wordt nog een additionale klacht vertolkt. Nu deze in het middel niet is te lezen, ga ik daaraan voorbij.

Onderdelen 4 en 5: auteursrecht en geschriftenbescherming

4.44 NVM heeft in deze zaak geen beroep gedaan op de auteursrechtelijke bescherming van de structuur van een databank als bedoeld in de Richtlijn. Wel heeft zij zich erop beroepen dat ('gewoon') auteursrecht rust op de (teksten en opmaak) van de (detail)pagina's van haar website. In de rov. 6 en 7 heeft het Hof dit laatste beroep verworpen.[42]

4.45 Onderdeel 4 richt zich met vijf klachten tegen hetgeen het Hof heeft overwogen in rov. 7. Deze rov. luidt als volgt:
'In het onderhavige geval opent de homepage van de website van NVM de mogelijkheid door het aanklikken van de functietoets "Zoek een koopwoning" vebinding te leggen naar de pagina "NVMWonen"/ "Zoek een koopwoning"; vervolgens kan door op laatstbedoelde pagina een zoekopdracht te geven verbinding worden gelegd met de daarvoor in aanmerking komende woningen uit het woningenbestand van NVM waarbij de beschrijving van een woning, al dan niet met een foto, aan de gebruiker op het scherm van zijn computer (PC) wordt getoond en waarbij met behulp van een "cookie" kan worden "gebladerd" naar een volgende of vorige woning, een plattegrond en de makelaar.

Naar het oordeel van het hof zijn de pagina's met de beschrijvingen van woningen en daarmee samenhangende andere informatie niet aan te merken als werken van letterkunde, wetenschap of kunst, waaraan

26 Vgl. *IEC* (Krikke), blz. 14/69; S.A. Klos, t.a.p., blz. 7; M.J. Frequin, Extra vangnet voor de producent van een databank, *Computerrecht* 1999, blz. 12; H. Struik, t.a.p., blz.93; Verslag van de commissie auteursrecht van de VvA, blz. 11; A. Beunen, Kanttekening bij KPN/XSO, *AMI* 2000/4, blz.59; H. Cohen Jehoram in zijn noot onder Rechtbank Almelo 6 december 2000 (KPN/Denda), *AMI* 2001/3, blz. 70. In die zin ook Pres. Rb. Rotterdam 22 augustus 2000, *Mediaforum* 2000-10 rov. 4.8.

27 Vgl. H. Cohen Jehoram in zijn noot onder Rechtbank Almelo 6 december 2000, *AMI* 2001/3, blz. 70. Dezelfde schrijver lijkt overigens op een andere plaats de spin-off-redenering weer wel te onderschrijven: *NJB* 1999, blz. 478-479.

28 S.A. Klos, t.a.p., blz. 7; *IEC* (Krikke), blz. 14/69. Vgl. P. Bernt Hugenholtz, *The New Database Right: Early Case Law from Europe*, IVIR met name de conclusie.

29 Zie Matthias Leistner, *GRUR Int.* 1999 blz. 826.

30 In dit verband zij aangestipt dat enigszins onduidelijk is wat de Nederlandse positie ten aanzien van de richtlijn was: Verkade/Visser, a.w. blz. 6.

31 H. Struik, *Computerrecht* 2001/2 blz. 92 en (kennelijk) M. van Eechoud onder het arrest a quo, *Mediaforum* 2001-2 blz. 90 en onder het vonnis a quo *Mediaforum* 2000-11/12 blz. 398. Ook het vonnis van Pres. Rb. 's-Gravenhage (het huidige lid van Uw Raad mr. Numann) van 29 juni 1999, *IER* 2000 blz. 72 e.v. Rov. 7 wijst in die richting, al wordt het oordeel m.i. mede gedragen door voortgaande investeringen.

32 Struik, t.a.p. blz. 93. In vergelijkbare zin Hof Arnhem 15 april 1997, *AMI* 1997/10 blz. 214 e.v. Rov. 4.3.9. Het arrest is mede gewezen door Prof. Verkade. Een weinig duidelijke variant op deze redenering is te vinden in de bespreking van het vonnis a quo door T.F.W. Overdijk, *AMI* 2000/9 blz. 194.

33 Aldus Rb. Almelo 6 december 2000, *AMI* 2001/3 rov. 113, zoals enigszins door mij geparafraseerd met instemmende noot van H. Cohen Jehoram.

34 Onder het arrest a quo, *AMI* 2001/3, blz. 70.

35 M. van Eechoud, *Mediaforum* 2000-11/12 blz. 398.

36 In die zin, naar ik begrijp, S.A. Klos, *IER* 2000 blz. 7.

37 Indien juist zou voor de stelling van Cohen Jehoram in de s.t. onder 31 wel iets te zeggen zijn. Maar of hij gelijk heeft kan ik niet beoordelen, alleen al niet omdat ik niet alle talen van de EU beheers en dus – gesteld al dat daarvoor tijd beschikbaar zou zijn – buiten staat ben een en ander te verifiëren. Ook partijen en de Nederlandse doctrine beperken zich, op zich niet onbegrijpelijk, tot opmerkingen over een klein aantal landen.

38 H. Cohen Jehoram onder Rb. Almelo 6 december 2000, *AMI* 2001/3, blz. 69 en onder het onderhavige arrest, AMI 2001/3, blz. 70; Beunen, *AMI* 2000/4 blz. 59; Verslag van de cie. Auteursrecht a.w. blz. 12.

39 S.t. Cohen Jehoram onder 35.

40 Wanneer het belang van deze vraag werkelijk zo groot is, als onder meer NVM wil doen geloven, kunnen de kosten, op zich en in verhouding tot de vele procedures die worden gevoerd, nauwelijks een beletsel vormen.

41 Zie uitvoerig A.W.H. Meij, preadvies NJV 1999 blz. 156 e.v.

42 Ik merk op dat deze rov. niet geheel duidelijk zijn. Uit rov. 6 lijkt te volgen dat het Hof gaat onderzoeken in hoeverre de structuur van de databank auteursrechtelijke bescherming toekomt. Het Hof spreekt immers van 'de databank als zodanig' en citeert voorts art. 10 lid 3 en 4 Aw. In rov. 7 bespreekt het Hof echter wel degelijk het de door NVM ingeroepen auteursrecht op de beschrijvingen op en de lay-out van de detailpagina's.

(volledige) auteursrechtelijke bescherming toekomt, daar deze pagina's geen eigen, origineel karakter hebben en niet het persoonlijk stempel van de maker dragen, nog daargelaten dat niet aannemelijk is geworden dat NVM (...) de maker van die beschrijvingen is. Dit geldt ook voor de vormgeving van die pagina's. De omstandigheid dat de homepage van NVM het copyright-teken laat zien brengt evenmin mee dat de website en de database als werken als bovenbedoeld moeten worden beschouwd.'

4.46 Ik begrijp deze rov. aldus dat het Hof op twee zelfstandig dragende gronden tot het oordeel komt dat geen sprake kan zijn van inbreuk op auteursrechten van NVM:

1) de pagina's met beschrijvingen van woningen en de daarmee samenhangende informatie (waaronder, klaarblijkelijk, de homepage) zijn – ook wat de opmaak betreft – onvoldoende oorspronkelijk om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen;
2) niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van die pagina's is zodat het auteursrecht sowieso niet aan haar toekomt.

4.47 De subonderdelen 4.1-4.4 richten zich met motiveringsklachten tegen het hiervoor onder 4.46 sub 1 weergegeven oordeel. Subonderdeel 4.1 doet daartoe beroep op productie 20 in prima; subonderdeel 4.2 op productie '1b en verder'; subonderdeel 4.3 zoekt zijn heil in de producties 3-6 waaruit onmiskenbaar zou blijken dat de ontwerper 'duidelijke keuzes in vormgeving heeft gemaakt'. Subonderdeel 4.4 ten slotte dringt aan dat de combinatie van teksten en lay-out van 45.000 objecten in elk geval auteursrechtelijke bescherming genieten.

4.48 Bij de beoordeling van deze klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Auteursrecht kan bestaan op werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Als zodanig wordt door de Aw. beschouwd ieder voortbrengsel op een van deze drie gebieden, op welke wijze of in welke vorm het ook tot uitdrukking is gebracht. Vereist is echter wel dat het werk een zekere mate van oorspronkelijkheid bezit.[43] Criterium hiervoor is volgens de Hoge Raad dat het werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.[44]

4.49 In het Van Dale-arrest[45] heeft Uw Raad deze maatstaf aldus uitgewerkt dat niet zonder meer voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt 'een verzameling (van 230.000, JS) woorden'. Immers is dan slechts sprake van niet meer dan een feitelijke hoeveelheid gegevens. Evenwel zou door een bepaalde selectie wél sprake kunnen zijn van een persoonlijke keuze van de maker.

4.50 De door subonderdeel 4.4, naar ik begrijp, betrokken stelling dat het aantal van 45.000 auteursrechtelijke bescherming in het leven roept, loopt op dit arrest stuk.[46]

4.51 In de literatuur wordt wel aangenomen dat uit de onder 4.48 genoemde maatstaf volgt dat de Hoge Raad een relatief streng oorspronkelijkheidsvereiste voorstaat.[47] Ik vraag mij af of die opvatting geheel juist is. Zij slaat m.i. te weinig acht op de uitwerking zoals met name in het Van Dale-arrest gegeven. Voor de onderhavige zaak is een en ander intussen m.i. niet beslissend.

4.52 De maatstaf is, als gezegd, dat het werk een eigen oorspronkelijk karakter heeft dat het stempel van de maker draagt. Dit eigen karakter kan in een groot aantal uiteenlopende elementen zijn gelegen. Bij teksten valt daarbij te denken aan bijvoorbeeld de opbouw en het taalgebruik; bij foto's aan het onderwerp, de opnamehoek en de lichtval.

4.53 In de praktijk kan vooral worden getwijfeld aan het eigen oorspronkelijk karakter van een werk als het gaat om voortbrengselen waarbij de maker weinig ruimte heeft gehad voor een eigen inbreng of waarbij hij heeft voortgeborduurd op een bestaande stijl, zoals met name het geval zal zijn bij werken van toegepaste kunst en kleine werken als korte berichten. Dit houdt mede verband met het onderscheid dat dient te worden gemaakt tussen de objectieve en subjectieve trekken van het werk. Onder de objectieve trekken is daarbij te verstaan al het reeds bestaande materiaal dat in het werk is verwerkt, zoals feiten, gegevens, gebruikelijke uitdrukkingen of bestaande stijlkenmerken. Daarnaast is ook datgene objectief wat weliswaar van de maker afkomstig is, maar wat een objectieve geldigheid bezit. Hierbij valt onder meer te denken aan de elementen van de vormgeving van een werk die worden bepaald door de techniek of die voortvloeien uit functionele eisen. Dergelijke elementen blijven auteursrechtelijk vrij en kunnen derhalve niet in de beoordeling worden betrokken.[48]

4.54 In het licht van het voorgaande heeft het Hof, dat bij zijn beoordeling van de juiste maatstaf is uitgegaan, kennelijk geoordeeld dat genoemde beschrijvingen nauwelijks ruimte laten voor persoonlijke keuzes, nu deze vrijwel geheel bestaan uit de vermelding van objectieve gegevens (ligging, grootte, indeling en staat van onderhoud).

4.55 Hoewel dit oordeel, zeker in kort geding, is gebaseerd op een in beginsel aan het Hof als feitenrechter voorbehouden beoordeling van de overgelegde producties,[49] vraag ik mij af of het de toets der kritiek kan doorstaan. De door Uw Raad gehanteerde maatstaf komt er, in de bewoordingen van Spoor/Verkade, op neer dat auteursrechtelijke bescherming regel is.[50] Bij de beantwoording van de vraag of zulks in een concrete casus het geval is, wordt als vuistregel gepropageerd of denkbaar is dat twee auteurs, onafhankelijk van elkaar, exact hetzelfde werk maken.[51] Laat men deze toets op de producties los, dan kon het Hof in mijn ogen niet volstaan met zijn uiterst summiere, geenszins voor de hand liggende, redengeving. De subonderdelen 4.1 – 4.3 acht ik daarom gegrond.

4.56 Subonderdeel 4.5 richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is geworden dat NVM de maker van de detailpagina's is.

4.57 Ik stel voorop dat NVM nergens met zoveel woorden betoogt dat en waarom zij als maker moet worden aangemerkt. Dat NVM of MDC meent de maker te zijn, ligt m.i. wel besloten in het lichaam en het petitum van de inleidende dagvaarding. De Telegraaf heeft het makerschap van NVM ook nergens betwist. Zij heeft in haar verweer slechts aangevoerd dat geen sprake is van een werk dat voldoende oorspronkelijk is om auteursrechtelijk te worden beschermd. Aldus beschouwd kan worden betoogd dat het Hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door zelfstandig te onderzoeken of NVM wel als maker kan worden aangemerkt. Hierover wordt evenwel niet geklaagd.

4.58 Indien een werk voldoende oorspronkelijk is om object van auteursrecht te zijn, komt dit auteursrecht toe aan de maker van het werk. Onder maker (auteur) dient in dat verband te worden verstaan de schepper van het werk, niet degene die het feitelijk heeft vervaardigd. De werkelijke maker in de hierbedoelde zin is evenwel niet steeds ook de auteursrechthebbende: er kan sprake zijn van erfopvolging, van overdracht van het auteursrecht (art. 2 Aw.) of van makerschap ex lege als bedoeld in de artikelen 7 en 8 Aw. Laatstgenoemd artikel is hier aan de orde.

4.59 Ingevolge art. 8 Aw. wordt een rechtspersoon als de maker van een werk aangemerkt indien de rechtspersoon dit werk als van haar afkomstig openbaar heeft gemaakt zonder daarbij enig natuurlijk persoon als maker ervan te vermelden, tenzij bewezen wordt dat de openbaarmaking onder de gegeven omstandigheden onrechtmatig was. Daarbij valt wat betreft de eis dat niet 'enig natuurlijk persoon' als maker is vermeld op te merken dat in de literatuur wordt aangenomen dat art. 8 ook toepassing mist indien een (andere) rechtspersoon als maker wordt vermeld. Het zal steeds van de omstandigheden van het geval afhangen of de vermelding van een (rechts)persoon op een vermelding 'als maker' van het werk duidt.[52]

4.60 Daarnaast bepaalt art. 4 Aw. – voor zover hier van belang – dat, behoudens bewijs van het tegendeel, degene die op of in het werk als de maker is aangeduid, of bij gebreke daarvan, degene die bij de openbaar-

43 Van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen* (1998) blz. 49-51; Spoor/Verkade, *Auteursrecht* (1993) blz. 49 en 56.

44 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 (DWFV). De Hoge Raad heeft deze maatstaf voor het eerst genoemd in HR 29 november 1985, *NJ* 1987, 880. Zie ook HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 602 DWFV rov. 3.5.3.

45 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 DWFV rov. 3.4.

46 Vgl. ook de noot van Verkade onder 14.

47 *IEC* (Engelen), Au II-Art.10, blz. 10 en 12 met verwijzingen. Voorzichtiger (in 1993): Spoor/Verkade, a.w., blz. 62-63.

48 Spoor/Verkade, a.w., blz. 56-61; IEC (Engelen), Au II-Art. 10, blz. 32-40.

49 HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 602 en met name ook de noot van Verkade onder 19 en 20 en enigszins kritisch – wat het meewegen van het kort geding-aspect betreft – onder 23. A-G Strikwerda voor HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 DJWV onder 13. In dat geval oordeelde Uw Raad anders.

50 A.w. blz. 57.

51 Spoor/Verkade, a.w. blz. 58; Van Lingen, a.w. blz. 50; *IEC* Au II art. 10 aant. 2.2.

52 Spoor/Verkade, a.w. blz. 42; Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet* 1912 (1988) blz. 56; Van Lingen, a.w., blz. 44.

making van het werk door degene die het openbaar maakt al als de maker daarvan bekend is gemaakt, voor de maker wordt gehouden. Het gaat hier derhalve om een bewijsvermoeden.[53]

4.61 Dit bewijsvermoeden van art. 4 Aw. verhoudt zich aldus tot art. 8 Aw. dat in het geval de rechtspersoon een werk als van haarzelf afkomstig openbaar maakt, zonder vermelding van een ander als maker, het tegenbewijs van art. 4 is uitgesloten. Degene die de rechtspersoon het makerschap betwist, staat uitsluitend het tegenbewijs van art. 8 ten dienste.[54] In het geval dat in een door een rechtspersoon onder eigen naam openbaar gemaakt werk wel een ander als maker is vermeld, geldt het bewijsvermoeden van art. 4 ten gunste van laatstgenoemde. De rechtspersoon kan dit vermoeden dan weerleggen door te bewijzen dat een derde de maker is of dat zij zelf de maker is op grond van art. 7 Aw.[55]

4.62 In subonderdeel 4.5 wordt in de eerste plaats een beroep gedaan op art. 8 Aw.. Naar de kern genomen wordt erover geklaagd dat het Hof heeft miskend dat NVM de verschillende pagina's van haar website als van haar afkomstig openbaar heeft gemaakt, zonder dat daarbij enig natuurlijk persoon als maker is vermeld. Daarom, zo wil het subonderdeel, heeft zij op grond van art. 8 Aw. als auteursrechthebbende te gelden. Voor zover het Hof dit niet mocht hebben miskend, acht het subonderdeel 's Hofs oordeel onvoldoende gemotiveerd.

4.63 Uit de nrs. 26-30 van de pleitnota van NVM in hoger beroep en uit de daarbij door NVM overgelegde productie 26(a-b)[56] blijkt dat op het beeldscherm bovenaan de verschillende pagina's van de website steeds staat vermeld: 'NVM Website-By InterEdge'. Mogelijk heeft het Hof daaruit afgeleid dat het hier gaat om de vermelding van InterEdge als maker van de (verschillende pagina's van de) NVM-website. In het licht van hetgeen hiervoor werd opgemerkt ten aanzien van de eis dat niet 'enig natuurlijk persoon' als maker wordt vermeld, zou zo'n oordeel geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting.

4.64 Ook al omdat De Telegraaf een verweer als zojuist bedoeld niet heeft gevoerd, gaat het mij te ver om de onder 4.63 ontvouwde redenering 'in te lezen' in 's Hofs arrest. Dat brengt mee dat de klacht slaagt.
4.65 Daarnaast behelst subonderdeel 4.5 nog een beroep op art. 4 Aw.. Deze klacht – die m.i. niet voldoet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. – moet mogelijk aldus worden verstaan dat het Hof heeft miskend dat NVM op de website als maker van de beschrijvingen van woningen op de detailpagina's en als maker van de lay-out van die pagina's is aangeduid. In elk geval is 's Hofs andersluidende oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

4.66 Voorzover art. 4 Aw. hier al een rol speelt (zie onder 4.61) het volgende. Bij de beoordeling van deze klacht moet worden voorop gesteld dat voor de toepasselijkheid van art. 4 nodig is dat de naamsvermelding – die ook kan bestaan in de afbeelding van een vignet of logo – zodanig is, dat deze op makerschap duidt. Vermelding van de naam van een onderneming of het ©-teken brengt dan ook niet zo maar toepasselijkheid van art. 4 met zich mee.[57]

4.67 Tegen deze achtergrond bezien, is de klacht gedoemd te falen.

4.68 Wat de beschrijvingen van de woningen betreft, kan aan de vermelding van de naam en het logo van NVM reeds daarom geen waarde worden toegekend, omdat NVM zelf heeft uiteengezet dat (en hoe) deze beschrijvingen worden gemaakt door de individuele makelaars (vgl. pleitnotities in eerste aanleg, onder 3-5; pleitnotities in hoger beroep, onder 57-59), terwijl gesteld noch gebleken is dat de individuele makelaars hun rechten aan NVM hebben overgedragen.

4.69.1 Wat betreft de opmaak van de pagina's valt te wijzen op de hiervoor genoemde vermelding 'NVM website by InterEdge'. Om de reeds genoemde reden zou ik niet willen aannemen dat het Hof hierop het oog heeft gehad. Een (andere) motivering geeft het Hof niet zodat zijn oordeel ook in zoverre met vrucht wordt bestreden.

4.69.2 Uit het voorafgaande volgt dat m.i. beide poten waarop 's Hofs auteursrechtelijke oordeel stoelt ondeugdelijk zijn.

Geschriftenbescherming: onderdeel 5

4.70 Onderdeel 5 kant zich tegen rov. 8 en 9. Daarin heeft het Hof – samengevat – geoordeeld dat De Telegraaf geen inbreuk maakt op de geschriftenbescherming van NVM. Immers gaat het, in 's Hofs visie, niet om 'ontlening door een eenvoudige herhaling'.

4.71 Uit rov. 7 laatste alinea kan m.i. geen andere conclusie worden getrokken dan dat het Hof bij geschriftenbescherming het oog heeft op art. 10 lid 3 Aw.

4.72 Zowel uit de klacht als uit de s.t. valt op te maken dat NVM het Hof een onjuist en ontoereikend gemotiveerd oordeel inzake art. 10 lid 1 Aw. verwijt. Die klacht gaat langs 's Hofs gedachtengang heen. Het onderdeel stuit hierop in zijn geheel af.

4.73 Dat is niet anders wanneer de klacht veronderstellenderwijs aldus wordt verstaan dat het bij de invulling van art. 10 lid 3 Aw. mede aankomt op art. 10 lid 1 Aw. Art. 10 lid 3 beoogt de richtlijn te incorporeren.[58] Zonder nadere toelichting – die in het onderdeel en in de s.t. ontbreekt – valt niet in te zien waarom een eis die mogelijk onder het pre-richtlijn Nederlandse recht gold, ook zou gelden voor een regeling van communautair Europees recht.[59] Zou de klacht moeten worden begrepen als hier bedoeld, dan voldoet zij niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

4.74 Ten overvloede nog een enkele opmerking over art. 10 lid 1 Aw.

4.75 Bij de hierbedoelde geschriftenbescherming gaat het kort gezegd om het volgende.

4.76 Ingevolge art. 10 lid 1 onder 1) Aw komt ook auteursrechtelijke bescherming toe aan 'alle andere geschriften', zodat ook geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter worden beschermd. Uitgaande van de bedoeling van de wetgever – handhaving van de onder de vroegere wetgeving bestaande bescherming van geschriften tegen nadruk – heeft de Hoge Raad de reikwijdte van deze (pseudo)auteursrechtelijke bescherming van onpersoonlijke geschriften beperkt en daarvoor een apart stelsel ontwikkeld.[60] Voor zover hier van belang komt dit stelsel op het volgende neer:[61]

- Het begrip geschrift veronderstelt de opschriftstelling van bepaalde gegevens. Uitsluitend deze opschriftstelling is beschermd (derhalve niet de verzamelde gegevens als zodanig) en dan nog alleen tegen het overnemen van de inhoud van het geschrift.
- Bescherming tegen overname veronderstelt (directe of indirecte) ontlening aan het geschrift. Van inbreuk is evenwel geen sprake indien, ook al is sprake van ontlening, de nieuwe opschriftstelling niet als een eenvoudige herhaling van de eerdere opschriftstelling is te beschouwen.
- De woorden eenvoudige herhaling dienen overigens niet al te letterlijk te worden genomen: ook een vertaling – zelfs wanneer deze niet woordelijk of letterlijk is – of een bewerking van minder ingrijpende aard kan een auteursrechtelijk verboden overneming van de inhoud van het geschrift opleveren.

4.77 Databanken waarvan de structuur niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt (omdat niet kan worden gezegd dat de keuze of de rangschikking van de stof een eigen oorspronkelijke schepping van de maker vormt) en die ook niet voldoen aan de eis van een substantiële investering (en derhalve niet zijn aan te merken als een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Dw.) komen nog wel in aanmerking voor de geschriftenbescherming.[62]

4.78 Voor het geval haar woningbestand niet kan worden gekwalificeerd als een databank in de zin van art. 1 lid 1 onder a Dw heeft NVM

53 Hierover: Spoor/Verkade, a.w., blz. 43-47; Van Lingen, a.w., blz. 27-29; Gerbrandy, a.w., blz. 33-37; *IEC* (Seignette), Au II-art. 4, blz. 1-6.
54 Gerbrandy, a.w., blz. 56.
55 *IEC* (Seignette), Au II-art. 4, blz. 1-5.
56 In de pleitnotities wordt kennelijk per abuis gesproken over productie 25.
57 Spoor/Verkade, a.w., blz. 44-47; Van Lingen, a.w., blz. 28-29; Gerbrandy, a.w. blz. 35-36; *IEC* (Seignette), Au II-Art.4, blz. 2-4. Zie over de copyright notice (©): Van Lingen, a.w., blz. 217-220 en Spoor/Verkade, a.w., blz. 537-540.
58 Verkade/Visser, a.w. blz. 25.
59 Zie Verkade/Visser, a.w. blz. 26. Vgl. de cryptische stelling van H.M.H. Speyart, *AMI* 1996/9, blz. 178.
60 HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (DJV), HR 27 januari 1961, *NJ* 1962, 355 (HB); HR 25 juni 1965, *NJ* 1966, 116 (HB). Zie hierover uitgebreid: Spoor/Verkade, a.w, blz. 70-79; Gerbrandy, a.w., blz. 75-79; Th.C.J.A. Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, 1994, blz. 35-46; zie ook de conclusie van de A-G Langemeijer in de zaak C00/109, nrs. 2.1-2.6.
61 Vgl. de in de vorige noot genoemde arresten en Spoor/Verkade, blz. 76-79; Engelen, a.w., blz. 120-121; Gerbrandy, a.w., blz. 76-79; Van Lingen, a.w., blz. 55-57.
62 Mvt wetsvoorstel 26 108, TK zitting 1997-1998, nr. 3, blz. 22 en de nota n.a.v. het verslag, TK zitting 1998-1999, nr. 6, blz. 2-3.

(subsidiair) een beroep gedaan op de hierbedoelde geschriftenbescherming. Het Hof heeft dat beroep verworpen.

4.79 De tegen dit oordeel in stelling gebrachte klacht faalt. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor onder 4.76 werd vermeld, is de geschriftenbescherming volgens de Hoge Raad beperkt tot een eenvoudige herhaling van de inhoud van het geschrift, indien en voor zover daarbij sprake is van ontlening. Ontlening is derhalve wel een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde om tot inbreuk te kunnen concluderen: nodig is ook dat het overnemen van de inhoud van het geschrift plaatsvindt door eenvoudige herhaling. Door te overwegen dat geen sprake is van 'ontlening door eenvoudige herhaling' heeft het Hof dan ook een juiste maatstaf aangelegd.[63]

4.80 Subonderdeel 5.2 is gericht tegen het oordeel dat bij het eerste zoekresultaat niet kan worden gesproken van 'ontlening door eenvoudige herhaling'. De klacht luidt dat het Hof – ervan uitgaande dat voor inbreuk op het geschriftenrecht eenvoudige herhaling is vereist – een onjuiste invulling aan dit begrip heeft gegeven, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Daarbij wordt een beroep gedaan op de door NVM overgelegde producties 2-6.

4.81 Zoals hiervoor reeds werd aangegeven, mag de eis dat sprake moet zijn van eenvoudige herhaling niet te eng worden opgevat. Volgens de Hoge Raad kan immers ook sprake zijn van inbreuk op het geschriftenrecht bij bewerkingen van minder ingrijpende aard, derhalve ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels woordelijk of letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat.[64]

4.82 Waar het Hof heeft geoordeeld dat het eerste zoekresultaat (de lijst) zodanig verschilt van de betrokken pagina van NVM dat niet van ontlening door eenvoudige herhaling kan worden gesproken, kan niet worden gezegd dat het Hof het voorgaande heeft miskend. De rechtsklacht van subonderdeel 5.2 faalt derhalve.

4.83 Hoewel NVM kan worden toegegeven dat de uitkomst waartoe het Hof komt niet dwingend is, kan niet worden gezegd dat 's Hofs oordeel – dat berust op een waardering van feitelijke aard en daarom in cassatie slechts in zeer beperkte mate kan worden getoetst – onbegrijpelijk is.[65] Daarbij valt nog te bedenken dat de aard van een kort geding procedure meebrengt dat geen strenge motiveringseisen worden gesteld.

4.84 Subonderdeel 5.3 en 5.4 trekken ten strijde tegen 's Hofs oordeel dat als volgt kan worden samengevat:
- het resultaat van plak- en knipwerk valt niet onder de geschriftenbescherming van art. 10 lid 1 Aw.;
- in casu is sprake van zodanig plak- en lijmwerk.

4.85 De hiertegen in stelling gebrachte klachten slagen, als de onder 4.72 opgeworpen hindernis zou worden genomen.

4.86 Met NVM meen ik dat slechts van belang is of sprake is van het overnemen van het geschrift. Hoe dat geschiedt, is niet beslissend. Ik ga hierbij niet in op de niet nader uitgewerkte stelling van De Telegraaf over art. 7 Gw en art. 10 EVRM (s.t. onder 3.60). Ook al niet omdat de hier relevante bepaling van de Auteurswet is gebaseerd op de Berner Conventie waardoor de EVRM dimensie m.i. mede wordt gekleurd.

4.87 Bovendien is onduidelijk waarop het Hof de stelling baseert dat De Telegraaf zulks onweersproken zou hebben gesteld. In haar s.t. zijn begrijpelijkerwijs ook geen vindplaatsen van die stelling te lezen.

4.88 Voorzover subonderdeel 5.4 veronderstelt dat het Hof op basis van eigen onderzoek tot het oordeel is gekomen dat het plak- en lijmwerk geen eenvoudige herhaling is, berust het op een verkeerde lezing. Het Hof baseert dat oordeel immers slechts op een stelling van De Telegraaf.

4.89 De slotalinea van rov. 9 heeft geen wezenlijke betekenis. Zij is niet dragend voor 's Hofs oordeel en is evenmin een zelfstandig dragend obiter dictum. Dit laatste valt uit de formulering af te leiden: 'niet zonder meer goed leent'. De daartegen gerichte klacht mist daarom belang, zelfs als de onder 4.72 genoemde grond waarop het onderdeel m.i. vastloopt niet op zou gaan.

onderdeel 6: het pretens onrechtmatig handelen

4.90 NVM komt ten slotte met nog zeven klachten op tegen rov. 10. Hierin heeft het Hof het volgende overwogen:

'10. NVM c.s. stellen zich op het standpunt dat De Telegraaf profiteert van haar inspanningen met betrekking tot het instandhouden van haar website/database en (aldus) parasiteert en wel zodanig dat zij (...) daardoor schade lijden/lijdt.

NVM menen verder, dat De Telegraaf door technologische maatregelen van NVM te omzeilen in strijd handelt met artikel 32a van de Auteurswet 1912.
Deze (straf)bepaling heeft echter betrekking op het verhandelen van middelen die het ongeautoriseerd verwijderen of ontwijken van technische beschermingsmaatregelen tegen kopiëren mogelijk maken en niet op het gebruiken van die middelen.
Voor zover NVM c.s. betogen dat het gebruik van dergelijke middelen op zichzelf reeds een onrechtmatige daad oplevert, merkt het hof op dat, nu door De Telegraaf wordt weersproken dat zij van dergelijke middelen gebruik maakt, nader onderzoek nodig is waarvoor in het kader van dit kort geding geen plaats is.

Maar, ook al zou De Telegraaf van dergelijke middelen gebruik maken, dan is het volgende van belang:
- Partijen zijn het erover eens dat het leggen van een "hyperlink" op het internet in de zin van het leggen van een verbinding van een server met de homepage van een andere server in beginsel – behoudens uitzonderingsgevallen – is toegestaan.
- EL Cheapo stelt de internetgebruikers in staat om zonder betaling informatie te verkrijgen van onderliggende pagina's van andere servers. Zij is te beschouwen als een gespecialiseerde zoekmachine.
- NVM c.s. stellen de informatie van haar database zonder betaling vrij ter beschikking van iedere individuele internetgebruiker.
- Winstderving of schade ten gevolge van de gewraakte handelingen van De telegraaf/El Cheapo is thans niet aannemelijk gemaakt.
- Onvoldoende inzicht bestaat of NVM of MDC door de verwezenlijking van de (beoogde) samenwerking met Wegener met betrekking tot het commercieel exploiteren van haar website en database door reclame of anderszins in de nabije toekomst winst zullen/zal derven.

Naar het voorlopig oordeel van het hof is niet genoegzaam aannemelijk geworden dat, mede gelet op het vorenstaande, er sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het gebruik maken van informatie van NVM c.s. en/of het ter beschikking stellen daarvan aan derden door De Telegraaf hetzij vóór hetzij na 3 oktober 2000 een onrechtmatig karakter heeft gekregen.
Daarbij is mede in aanmerking genomen, dat gelet op de wijze van aanbieding, niet aannemelijk is dat het publiek door El Cheapo wordt misleid omtrent de herkomst van de aangeboden informatie of dat verwarring zal ontstaan, terwijl evenmin aannemelijk is dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de goede naam van NVM c.s.'

4.91 Het Hof heeft de op onrechtmatige daad gestoelde vordering van NVM klaarblijkelijk aldus begrepen dat deze in hoofdzaak is ingegeven door de schade die NVM stelt te lijden. Anders gezegd: dat deze schade een onmisbare schakel is in de redenering van NVM. Dit valt af te leiden uit rov. 10 eerste alinea. Het Hof pareert het betoog van NVM onder veel meer door er op te wijzen dat schade of winstderving niet aannemelijk is geworden.

4.92 Het middel bestrijdt 's Hofs interpretatie van de vordering niet. Dat valt te begrijpen tegen de achtergrond van de uiterst summiere inleidende dagvaarding, met name onder 5.

4.93 Bij deze stand van zaken komt het m.i. slechts aan op de vraag of 's Hofs oordeel omtrent het onaannemelijk zijn geworden van schade stand kan houden. Subonderdeel 6.6 bestrijdt dat.

4.94 Volgens deze klacht zou vaststaan – klaarblijkelijk omdat NVM dit heeft gesteld – dat zij meer dan € 3.000.000 per jaar aan advertentiekosten misloopt omdat De Telegraaf 'traffic wegsnoept'. Daarnaast zou NVM 'zeer waardevolle marketinginformatie' mislopen om de in het subonderdeel uitgesponnen redenen.

63 Vgl. in dit verband Hof Arnhem 17 september 1979, *NJ* 1980, 603; Pres. Rechtbank Amsterdam 22 december 1983, *BIE* 1985, blz. 36.

64 HR 25 juni 1965, *NJ* 1966, 116 HB.

65 In vergelijkbare zin de annotatie van H. Struik, *Computerrecht* 2001/2 blz. 94.

4.95 Juist is dat NVM in prima – op de in de klacht weergegeven plaatsen – uiteen heeft gezet dat van zodanige schade sprake zou kunnen zijn. Zij heeft eveneens betoogd dat daarvan in werkelijkheid nog geen sprake was (pleitnotities mr Van Manen onder 100).
4.96 Het Hof heeft zijn oordeel klaarblijkelijk en geenszins onbegrijpelijk op de in de laatste volzin van 4.95 weergegeven stellingname van NVM gebaseerd. Het college heeft, naar expliciet wordt overwogen, onvoldoende aannemelijk geacht dat de situatie in de toekomst zal veranderen (rov. 10 blz. 7, laatste liggend streepje), hetgeen door het middel niet wordt bestreden.

4.97 De klacht loopt hierop stuk voorzover zij betrekking heeft op 's Hofs oordeel over het niet aannemelijk zijn geworden van schade.

4.98 Voorzover het subonderdeel klaagt over het te lichtvoetig voorbijgaan aan het betoog van NVM inzake het gemis aan marketinginformatie voldoet het niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Immers is onduidelijk waarop NVM precies doelt en is zulks in de door haar genoemde passages hooguit zozeer en passant ter sprake gebracht[66] dat het Hof er niet specifiek op in behoefde te gaan. Ik laat daarbij nog rusten of het – gezien de privacy van de gebruikers van de NVM-site – wel zonder meer zou zijn toegestaan om – zoals NVM, naar ik begrijp, heeft willen betogen – hun zoektochten nauwkeurig te volgen en in kaart te brengen. Anders gezegd: gaat het wel om een rechtmatig belang?

4.99 Het bovenstaande brengt m.i. mee dat de resterende zes klachten geen afzonderlijke bespreking behoeven. Voor het geval Uw Raad de zoëven ontvouwde gedachtegang niet zou onderschrijven, ga ik nog kort op die klachten in.

4.100 Subonderdeel 6.1 verwijt het Hof een aantal misvattingen inzake art. 32a Aw.

4.101 De klacht dat het Hof zou hebben miskend dat art. 32a Aw. niet alleen een strafbepaling is, mist feitelijke grondslag. Dit blijkt uit het door het Hof tussen haakjes plaatsen van 'straf'.

4.102 Alvorens de resterende klachten te bespreken, merk ik op dat art. 32a aanhef Aw. verwijst naar art. 10 lid 1 onder 12 Aw. Daar is sprake van computerprogramma's. NVM meent kennelijk – en m.i. terecht – dat daarvan in casu sprake is in de zin dier bepaling.[67]

4.103 Het niet eenvoudig geredigeerde art. 32a Aw. ziet op het aanbieden c.a. van middelen die bestemd zijn technische beschermingsmaatregelen te ontwijken. Het gaat dus niet om het zelf ontwijken van de voorzieningen maar om het aanbieden c.a. van daartoe bestemde middelen. Waar het Hof spreekt van 'verhandelen' heeft het daarop het oog. Dat oordeel is juist. Daarom acht ik de resterende klachten van het subonderdeel ongegrond.

4.104 Volgens subonderdeel 6.2 staat vast (althans is door het Hof in het midden gelaten) dat De Telegraaf de door NVM aangebrachte veiligheidsvoorzieningen heeft omzeild. Nu De Telegraaf de door haar aldus verkregen gegevens op internet aanbiedt, zou zij hebben gehandeld in strijd met art. 32a Aw.

4:105 Juist is dat NVM in eerste aanleg en in appèl heeft betoogd dat De Telegraaf haar veiligheidsvoorzieningen tracht te ontgaan. Zij heeft dit betoog evenwel niet geplaatst in de sleutel van art. 32a Aw. Het Hof behoefde daarom niet expliciet op die bepaling in te gaan. Het onderdeel behelst – anders dan subonderdeel 6.7 – geen op art. 48 Rv. toegespitste klacht.

4.106 Daar komt nog bij dat De Telegraaf het betoog van NVM heeft bestreden. Het Hof heeft overwogen dat een kort geding zich niet leent voor het uitzoeken van de vraag wiens stellingen op dit punt juist zijn. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste opvatting.[(68)] Ook daarop stuit de klacht af. Ook subonderdeel 6.3 vindt hierin zijn Waterloo.

4.107 Subonderdeel 6.4 ziet er aan voorbij dat 's Hofs daarin bestreden oordeel uitgaat van de veronderstelling dat wél is komen vast te staan dat De Telegraaf – kort gezegd – heeft gehandeld in strijd met art. 32a Aw. Nu de daartegen gerichte klachten (6.2 en 6.3) m.i. falen, kom ik aan de klacht van subonderdeel 6.5 niet meer toe.

4.108 Subonderdeel 6.5 strandt op dezelfde klip.

4.109 Subonderdeel 6.7 loopt reeds hierop stuk dat het Hof slechts wordt verweten een theoretische vraag niet te hebben beantwoord. Dat behoort evenwel niet tot de taak van de rechter. NVM voert niet aan dat en zet al helemaal niet, aan de hand van vindplaatsen in de stukken, uiteen waarom het Hof die vraag in voor NVM bevestigende zin had moeten beantwoorden.

4.110 Bovendien heeft het Hof m.i. voldoende duidelijk aangegeven dat het de door de klacht genoemde stellingen van de hand wijst. Ik moge verwijzen naar de bespreking van subonderdeel 6.2.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,
mr. J. Spier
Advocaat-Generaal

66 Pleitnotities Van Maanen in prima onder 98.
67 *IEC* (Engelen) Au II art. 10 aant. 8.3.
68 Zie nader de s.t. van Meijer en Schreuders-Ebbekink onder 3.71.

'Spin-off' exit?

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

Met een cassatiemiddel in zes hoofdonderdelen waren er in deze zaak behoorlijk wat noten te kraken: sui generis databankrecht (2x), auteursrecht (2x), geschriftenbescherming en onrechtmatige daad. Gezien de hoeveelheid onderwerpen is het een kort en bondig arrest. In slechts negen heldere inhoudelijke overwegingen worden de zes hoofdonderdelen van het cassatiemiddel afgehandeld. Vijf onderdelen worden gegrond bevonden, alleen het laatste onderdeel haalt het niet. Van het arrest dat het Hof had gewezen blijft weinig heel. Hieronder volgen enkele opmerkingen over twee van de zes onderdelen. Het belangrijkste is natuurlijk wat de Hoge Raad zegt over het spin-off verweer.

In de behandeling van het tweede middelonderdeel (r.o. 3.4.1) lijkt de Hoge Raad een definitief einde te maken aan de zgn. 'spin-off'-benadering, die diverse eisende producenten in een aantal zaken parten heeft gespeeld. Voor een overzicht van zaken waarin de spin-off discussie aan de orde was, verwijs ik naar de noot van Mireille van Eechoud onder het arrest van het Hof Den Haag.[1]

De redenering van de Hoge Raad is kort en krachtig. Ik vraag mij echter af of ons hoogste rechtscollege hier niet te kort door de bocht gaat. De motivering overtuigt mij vooral niet, omdat de Hoge Raad tot drie keer toe betekenis lijkt toe te kennen aan het doel waarvoor de databank wordt gebruikt, of de manier waarop (c.q. het medium waarmee) de databank wordt voor raadpleging beschikbaar wordt gesteld (Internet in dit geval). Dat is echter niet de kern van de spin-off redenering. Spin-off verweren hebben geen betrekking op het gebruik of de beschikbaarstelling van de databank, maar op *de productie* ervan (met 'productie' bedoel ik hier(na) steeds productie in brede zin: verkrijging, controle of presentatie van de opgenomen gegevens). De achterliggende gedachte is dat daarvoor een investering moet zijn gedaan. Niet voor niets moet de productie volgens artikel 7 lid 1 DBR en artikel 1 lid 1 onder a Dw getuigen van een substantiële investering. Als de gegevensverzameling het resultaat is van uitgaven, activiteiten of inspanningen die helemaal niet – of niet primair – gericht zijn (geweest) op het produceren van de databank, is het de vraag of die uitgaven, activiteiten of inspanningen kwalificeren als investering die daar op gericht is geweest. De bekende voorbeelden zijn de programmagegevens van de omroepen (spin-off van het maken van programma's) en abonneegegevens van telecommunicatiebedrijven (spin-off van de spraaktelefoondienst). De betrokken gegevens waren er al, of komen mee in het kielzog van een hoofdactiviteit die niet gericht is op het produceren van een databank. Deze redenering kan rechtstreeks worden gebaseerd op de tekst van artikel 7 lid 1 DBR en artikel 1 lid 1 onder a Dw. Ook is verdedigbaar dat de redenering in overeenstemming is met de strekking van de Richtlijn, die is terug te vinden in de overwegingen 40 en 48:

1 *Mediaforum* 2001-2, p. 89

'(40) Overwegende dat dit recht sui generis ten doel heeft om, voor de beperkte duur van het recht, een investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud van een databank te beschermen; dat deze investering een kwestie kan zijn van geld en/of tijd, moeite en energie;'

'(48) Overwegende dat de doelstelling van deze richtlijn, namelijk de verwezenlijking van een passend en eenvormig beschermingsniveau van databanken als middel om de vergoeding van fabrikanten van databanken te waarborgen, (...)'

Het lijkt mij dan ook terecht dat de A-G meer sympathie heeft voor het spin-off argument (randnummer 4.38) en dat hij in de betrokken richtlijnbepaling geen 'acte clair' leest. Het is allemaal niet zo evident als de Hoge Raad in het arrest aangeeft. Het feit dat de Hoge Raad lijkt uit te gaan van verschillende versies van de spin-off redenering komt de duidelijkheid in elk geval niet ten goede.

De Hoge Raad geeft in r.o. 3.4.1 aan dat hij vindt dat de aanvaarding van het spin-off argument 'bovendien tot aanzienlijke afbakeningsmoeilijkheden' zou leiden. Ook dit aspect verdient meer aandacht dan een bovendiennetje. Het gesignaleerde afbakeningsprobleem houden we tóch, want ook als investeringen die niet specifiek verband houden met de productie van de databank mogen meetellen, zal er toch ergens een grens moeten worden getrokken. Welke kosten van de hoofdactiviteiten van de makelaars mogen worden aangemerkt als investering? Het lijkt mij bijvoorbeeld niet in overeenstemming met de strekking van het investeringscriterium als de kosten van de NVM-boxen in hun geheel kunnen worden meegenomen. En wat te denken van marketingkosten van de makelaars(vereniging)? Verwacht mag worden dat die leiden tot meer opdrachten aan NVM-makelaars en dus zullen bijdragen aan de groei van de databank. Mag dat ook worden bijgeteld? De feitenrechter ontkomt dus hoe dan ook niet aan het beoordelen van investeringsplaatjes en kostenoriëntaties. Als we dat niet doen, zal het databankrecht tot ongekende proporties uitdijen en zal het zichzelf wel eens kunnen tegenkomen. Dat lijkt me niet in overeenstemming met de strekking van de Richtlijn.
De A-G geeft daarnaast andere redenen waarom hij een gang naar Luxemburg niet aangewezen acht, maar daarbij kunnen stevige vraagtekens worden geplaatst. In randnummers 4.35 ('later op Internet plaatsen') en 4.40 lijkt ook de A-G geen duidelijk onderscheid te maken tussen enerzijds het gebruik van de databank en anderzijds de productie ervan. Het was dan ook beter geweest als de Hoge Raad de gelegenheid had benut om over de spin-off discussie een prejudiciële vraag aan het HvJEG te stellen, waartoe overigens ook tegenstanders van het spin-off argument hadden opgeroepen.[2] Het valt te hopen dat er nog eens een gelegenheid komt, waarbij minder onduidelijkheid bestaat over de feiten.

Als tweede aandachtspunt wil ik wijzen op hetgeen wordt overwogen in verband met de grondslag geschriftenbescherming. Allereerst het belangwekkende obiter dictum in r.o. 3.7.1. Het middel faalt in dit geval, *maarrr*: Wat feitelijk wel en niet een eenvoudige herhaling is, zal na dit arrest weer minder eenvoudig zijn vast te stellen!

Naar aanleiding van de berichtgeving over dit arrest waren er geluiden te horen dat het arrest een gevaar zou zijn voor de hyperlink.[3] Die zorg werd vooral gevoed door r.o. 3.7.3, waarin de Hoge Raad aangeeft dat onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van inbreuk op geschriftenbeschermingsrechten. Of dat zo is, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld, waarbij het vanzelfsprekend zal gaan om een beoordeling in relatie tot het gehele geschrift. De zorg dat *de Hoge Raad* hier iets principieels heeft gezegd over de auteursrechtelijke relevantie van de hyperlink lijkt mij nogal voorbarig.

Dat neemt niet weg dat een bepaalde vorm van 'linken' als gevolg van de actie van de NVM wel onder vuur ligt. Er is namelijk nog een andere kwestie, die niet in dit arrest ter tafel komt, maar wel met deze zaak te maken heeft: wat moet nu de voorrang krijgen: het databankrecht of de informatievrijheid (waaronder de vrijheid om met behulp van zoekmachines het Internet af te zoeken). Dit is misschien wel de meest belangwekkende vraag in deze zaak. De Hoge Raad komt aan die vraag niet toe. Daar kan hij overigens niets aan doen, want hij kan niet meer dan beslissen op de zaak zoals die wordt voorgelegd. Eerder heeft het Hof Arnhem een vergelijkbare exercitie gedaan in verband met de geschriftenbescherming.[4]

El Cheapo presenteert zichzelf als een zoekmachine en heeft o.a. het verweer gevoerd dat de NVM zich niet kan verzetten tegen raadpleging van haar bestand met behulp van zoekmachines, nu dit bestand op Internet vrij toegankelijk wordt gemaakt. Als na verwijzing feitelijk wordt vastgesteld dat de NVM een databankrecht heeft op haar woningenbestand, zal nog moeten worden beoordeeld of de gebruiksbeperkingen die dat recht zou kunnen meebrengen voor (zoekmachines van) derden nog wel proportioneel zijn te achten in de huidige democratische informatiemaatschappij. In beginsel is iedereen vrij in het opnemen van hyperlinks naar gegevensbestanden van derden, maar het is niet uitgesloten dat anders moet worden geoordeeld over zgn. 'deeplinks' die door El Cheapo werden aangebracht. Is hierbij van belang of de betrokken bestanden voor iedereen gratis opvraagbaar zijn? Speelt een rol of de producent van de databank zijn site heeft voorzien van een 'dbase-notice'? Is het van belang of de 'deeplink' automatisch door de zoekmachine wordt gegenereerd? In zekere zin is ook sprake van 'framing', aangezien het zoekresultaat aan de bezoeker wordt gepresenteerd binnen het raamwerk van de site van El Cheapo. Door sommige schrijvers is gesuggereerd dat 'framing' moet worden gezien als secundaire openbaarmaking. Moet hier worden meegewogen dat op de El Cheapo site de herkomst van het zoekresultaat er steeds keurig bij werd vermeld? Het valt te hopen dat partijen na dit arrest nog niet procesmoe zijn geworden en dat het Hof Amsterdam de gelegenheid krijgt iets moois te doen met deze interessante vragen.

2 O.a. H. Cohen Jehoram in korte annotaties onder het arrest a quo (*AMI* 2001/3, p. 7) en Rb. Almelo 6 december 2000, AMI 2001/3, p.69.

3 L. Verhagen, 'Uitspraak Hoge Raad gevaar voor hyperlink', www.webwereld.nl/nieuws/10720.phtml.

4 Hof Arnhem, 15 april 1997, *Mediaforum* 1997-5, B72-76 (r.o. 4.4) (inz. KPN/Denda).

Nr 18 KPN vs. Website Services

Gerechtshof Amsterdam 28 februari 2002

Arrest in de zaak van:

1. de naamloze vennootschap Koninklijke KPN N.V., gevestigd te 's Gravenhage,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Telemedia Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam, appellanten, procureur mr. J.C.H. van Manen,

tegen

de besloten vennootschap Website Services B.V., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, procureur mr. G.W. Kernkamp.

1. Het geding in hoger beroep

1.1 Appellanten worden hierna gezamenlijk als KPN c.s. aangeduid, en afzonderlijk als KPN en Telemedia, en geïntimeerde als Website.

1.2. Bij dagvaarding van 16 augustus 2001 is KPN c.s. onder aanvoering van acht grieven in hoger beroep gekomen van een vonnis van de president van de rechtbank te Amsterdam, dat onder rolnummer KG 01/1323 OdC is gewezen tussen KPN c.s. als eisers en Website als gedaagde en dat is uitgesproken op 2 augustus 2001.

1.3. Bij memorie van grieven heeft KPN c.s. onder verwijzing naar de appeldagvaarding geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, Website op straffe van een dwangsom zal bevelen het gebruik van de domeinnaam telefoongids.com alsmede het gebruik van iedere domeinnaam met daarin de naam Telefoongids of een daarmee overeenstemmend teken te staken, en de domeinnaamregistratie telefoongids.com op naam van KPN over te dragen met veroordeling van Website in de kosten van het geding in beide instanties.

1.4. Bij memorie van antwoord heeft Website onder overlegging van produkties de grieven bestreden met conclusie, dat het hof het vonnis zal bekrachtigen met veroordeling van KPN c.s. in de kosten van, naar het hof begrijpt, het hoger beroep.

1.5. Vervolgens hebben partijen haar standpunten doen bepleiten aan de hand van overgelegde pleitnotities, KPN c.s. door haar procureur en Website door mr. M.A.B. Faber-Siermann, advocaat te Groningen. Bij die gelegenheid zijn van beide zijden nog produkties in het geding gebracht.

1.6. Tenslotte zijn de processtukken van beide instanties– waarvan de inhoud als hier ingevoegd geldt– aan het hof overgelegd voor arrest.

2. Grieven

Voor de inhoud van de grieven wordt naar de memorie van grieven verwezen.

3. Feiten

De president heeft in het vonnis waarvan beroep onder r.o. 2.a. t/m e. een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Deze zijn tussen partijen niet in geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

3. Beoordeling

3.1. KPN c.s. vorderen in dit geding – kort weergegeven – dat Website wordt veroordeeld het gebruik van de domeinnaam telefoongids.com (alsmede het gebruik van iedere domeinnaam met daarin de naam Telefoongids) te staken en de domeinnaam aan haar over te dragen. De president heeft in zijn vonnis de vordering van KPN c.s. afgewezen. Daartegen richten zich de grieven in hoger beroep, die gezamenlijk kunnen worden behandeld.

3.2. KPN c.s. voert ondermeer aan, dat de president ten onrechte heeft aangenomen, dat Website de domeinnaam telefoongids.com daadwerkelijk gaat gebruiken, dat hij bij zijn oordeel over de onrechtmatigheid geen aandacht heeft besteed aan het gevaar van verwarring met de Telefoongids – de gemeenschappelijke noemer waaronder telefoonboeken van KPN c.s. in 50 regio's op de markt worden gebracht –, dat dit temeer klemt nu KPN c.s. voor haar telefoonnummerwebsite de domeinnamen detelefoongids.com, detelefoongids.nl en telefoongids.nl hanteert, dat de domeinnaam van Website misleidend is, dat KPN c.s. daarop betere rechten heeft, omdat het Nederlandse publiek deze met name met haar product associeert, dat Website onrechtmatig handelt door aan te haken bij dit product en te profiteren van de goodwill, en dat dit afbreuk doet aan de goede reputatie van de Telefoongids van KPN en nadeel oplevert in de vorm van gemis aan traffic, exploitatiemogelijkheden e.d.

3.3. Website heeft allereerst als verweer aangevoerd, dat KPN c.s. geen enkel belang bij de Telefoongids heeft, omdat de uitgave wordt verzorgd door KPN Telecom BV. Dit betoog is door KPN c.s. betwist met stukken waaruit blijkt dat Telemedia sinds april 2001 uitgeefster van de Telefoongids is. Voorzover nog belangen bij KPN Telecom BV zouden berusten heeft KPN een schriftelijke machtiging overgelegd om terzake voor KPN Telecom BV in rechte op te treden. Nu Website daarop bij pleidooi niet meer is teruggekomen, gaat het hof ervan uit, dat haar aanvankelijke bezwaar daarmee voldoende is weerlegd.

3.4. Website voert voorts aan dat KPN c.s. als onderneming gebruik kan maken van specifieke bepalingen in de Benelux Merkenwet (BMW) en de Handelsnaamwet, en dat daarnaast geen plaats is voor de aanvullende werking van artikel 6:162 BW. Het hof kan haar daarin niet volgen. Eventuele toepasselijkheid van eerdervermelde wetgeving sluit een actie uit onrechtmatige daad niet uit.

3.5. De vraag is derhalve of Website door de registratie, het houden en het mogelijk toekomstig gebruik van de domeinnaam telefoongids.com handelt in strijd met de zorgvuldigheid, die haar ten opzichte van KPN c.s. als uitgeefster van de Telefoongids betaamt.

3.6. Daarbij is allereerst van belang, of de aanduiding Telefoongids door het publiek wordt opgevat als een aanduiding ter onderscheiding van waren en/of diensten van KPN c.s. Dat is naar het oordeel van het hof niet het geval. De aanduiding is geheel beschrijvend in die zin, dat daaronder is te verstaan een gids, waarin telefoonnummers staan vermeld. Daaraan staat niet in de weg dat uit door KPN c.s. in het geding gebrachte onderzoeksresultaten blijkt, dat velen bij het woord telefoongids allereerst aan de gids van KPN c.s. denken. Dit behoeft immers niet zozeer te wijzen op onderscheidend vermogen van het woord telefoongids als zodanig, maar kan evengoed of zelfs beter beschouwd worden als een gevolg van het feit, dat de gids van KPN c.s. een telefoongids is, en dat van oudsher geen andere – algemene – gids voor het opzoeken van telefoonnummers bestond. Dit laatste is thans, afgezien van de door KPN c.s. genoemde, maar relatief onbekende 'Belles gids' van Denda en van de Gouden Gids van VNU voor zakelijke telefoonnummers, nog steeds niet veranderd. Het ligt voor de hand te veronderstellen, dat om die reden de KPN telefoongids als eerste bij de ondervraagden opkomt. Daarbij is van belang dat KPN c.s. deze gids, naar zij stelt en onvoldoende is betwist, reeds 60 jaar op de markt brengt. Gedurende het overgrote deel van die tijd heeft KPN, die als telefoniebedrijf een monopoliepositie had, immers – afgezien van de Gouden Gids – geen enkele concurrentie gehad, waardoor uitsluitend haar telefoongids voor algemeen gebruik werd verspreid. Tegen die achtergrond is niet aannemelijk, dat de benaming Telefoongids als zodanig, zelfs bij langdurig gebruik, enig relevant onderscheidend vermogen ten opzichte van andere telefoongidsen – die er immers niet waren – heeft ontwikkeld. Dat het Benelux Merkenbureau inmiddels de twee gedeponeerde Telefoongidsmerken van KPN heeft geregistreerd (prod. 23 van KPN c.s.) heeft in dezen geen betekenis, nu het hier om beeldmerken gaat en niet om woordmerken.

3.7. Ook de, naar KPN c.s. stelt, aanzienlijke reclamekosten, die de laatste jaren aan de promotie van de naam Telefoongids zijn besteed maken dit niet anders. Uit de overgelegde voorbeelden van deze reclame blijkt dat deze niet zozeer gericht is op het bekendmaken van het publiek met de telefoongids van KPN c.s.– deze gids wordt immers (per regio) toch al gratis huis aan huis verspreid –, maar op het bekend maken van het publiek (zowel gebruikers als ondernemers) met het – sedert enige jaren bestaande – roze katern in de telefoongids van KPN c.s. en de overige mogelijkheden die de gids biedt. Daarbij is van belang dat in deze reclame de associatie die het publiek moet maken met KPN c.s. niet gewekt wordt door het woord Telefoongids, maar door het gebruik van de bekende KPN-kleuren, die ook de lay-out van de telefoongids van KPN kenmerken, alsmede door het gebruik van het logo van een opengeslagen telefoongids, zijnde één van de beeldmerken van KPN. Onjuist is derhalve dat, mede als gevolg van deze reclame, het woord Telefoongids als zodanig een onderscheidingsmiddel van KPN is geworden.

3.8. De aantrekkelijkheid van het gebruik van de aanduiding telefoongids voor een internetsite met een telefoongids valt dan ook, naar voorlopig oordeel van het hof, niet zozeer toe te schrijven aan de naam van de KPN gids, maar aan het feit, dat daarmee de functie van deze site wordt aangeduid, en deze wordt niet wezenlijk beïnvloed doordat KPN c.s. de gidsen onder de naam Telefoongids verspreidt. Van onrechtmatig aanhaken door Website bij de naamsbekendheid van de KPN gids is daarom geen sprake.

3.9. Gelet op het voorgaande is ook niet voldoende aannemelijk, dat een internetgebruiker, die een telefoonnummer wil opzoeken, bij het intikken van telefoongids.com in het bijzonder de site van KPN op het oog heeft, en in verwarring geraakt als de gids van een andere exploitant blijkt te zijn. De laatste jaren komen immers, naar van algemene bekendheid is, meerdere telefoongidsen van andere ondernemers op de markt (zij het veelal nog met een beperktere inhoud dan de gids van KPN c.s.). Het gebruik van andere dan KPN kleuren, zoals door Website aangekondigd, zal bovendien verwarringsgevaar nog verminderen.

3.10. Het enkele feit, dat de belangen van KPN worden geschaad omdat zij de uit commerciële overwegingen aantrekkelijke aanduiding telefoongids niet kan gebruiken voor het .com domein, en dat zij als gevolg daarvan met haar internetsites onder vergelijkbare namen concurrentie ondervindt is evenmin voldoende reden om een onrechtmatige daad van Website aan te nemen.

3.11. Dit zou onder omstandigheden anders kunnen zijn, indien Website zelf geen enkel redelijk belang heeft bij deze domeinnaam. Zij heeft echter in hoger beroep voorshands voldoende aannemelijk gemaakt, dat zijzelf bezig is onder deze naam een internettelefoongids te ontwikkelen, dat zij daartoe over de financiële middelen beschikt, dat zij speciaal daartoe personeel in dienst heeft genomen, en dat haar website binnen afzienbare tijd (medio 2002) gereed kan zijn. Daarmee is haar belang voldoende gegeven.

3.10 Op grond van het vorenstaande komt het hof tot het oordeel dat de grieven falen en dat de vordering van KPN c.s. dient te worden afgewezen. KPN c.s. dient, als in het ongelijk gestelde partij, te worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt KPN c.s. in de kosten van het hoger beroep, tot heden aan de zijde van Website begroot op € 2.529,83.

Dit arrest is gewezen door mrs. Westermann-van Rooyen, Streefkerk, en Van Zandwijk-Hillebrands en in het openbaar uitgesproken op 28 februari 2002.

Noot

Dirk Visser

Misschien kan de OPTA of de NMA zich hier ook eens mee bemoeien. De wijze waarop KPN haar concurrenten blijft lastig vallen met haar non-existente merkrechten begint op zichzelf een vorm van concurrentievervalsing en misbruik van machtspositie te worden (vgl. Hof Arnhem 13 november 2001, *Mediaforum* 2002-2 p. 65). Wat hier gebeurt is net zo belachelijk als wanneer een geprivatiseerde NS concurrenten zou proberen te verbieden de aanduiding 'spoorboekje' te gebruiken. Het Amsterdamse Hof legt het in overwegingen 3.6 en 3.7 nog eens duidelijk uit. Ook het trucje om een puur beschrijvend woord via een woord-beeldmerk te trachten te monopoliseren wordt doorgeprikt (aan het slot van r.o. 3.6). De gedaagde heeft trouwens ook een naam die haar weinig bescherming zal opleveren.

Nr 19 Kazaa vs. Buma/Stemra

Hof Amsterdam 28 maart 2002

Arrest in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Kazaa B.V., gevestigd te Amsterdam, appellante in het principaal appel, geïntimeerde in het incidenteel appel, procureur: mr. Chr.A. Alberdingk Thijm,

tegen

1. de vereniging Vereniging Buma,
2. de stichting Stichting Stemra, beiden gevestigd te Amstelveen, geïntimeerden in het principaal appel, appellanten in het incidenteel appel, procureur: mr. E.A.P. Engels.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna KaZaA en, in enkelvoud, Buma/Stemra genoemd.

Bij exploot van 13 december 2001 is KaZaA onder aanvoering van grieven in hoger beroep gekomen van het vonnis van de president van de rechtbank te Amsterdam van 29 november 2001, in reconventie onder rolnummer KG 01/2264 OdC gewezen tussen KaZaA als eiseres in conventie, verweerster in reconventie, en Buma/Stemra als gedaagden in conventie, eisers in reconventie.

Bij memorie van grieven, overeenkomstig het appelexploot, heeft KaZaA tegen het vonnis waarvan beroep tien grieven aangevoerd en geconcludeerd dat het hof dat vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad de vordering van Buma/Stemra in reconventie zal afwijzen, met haar veroordeling in de kosten van het geding in beide instanties. KaZaA heeft tegelijkertijd een akte houdende correctie genomen.

Bij memorie van antwoord tevens incidenteel appel heeft Buma/Stemra de grieven bestreden, met conclusie het vonnis in reconventie te bekrachtigen. Voorts heeft zij harerzijds in incidenteel appel één grief tegen het vonnis in conventie aangevoerd en geconcludeerd dat vonnis te vernietigen en de vordering van KaZaA alsnog af te wijzen, met zowel in het principaal als in het incidenteel appel veroordeling van KaZaA in de kosten van het geding in beide instanties.

Vervolgens hebben partijen ter terechtzitting van 27 februari 2002 hun standpunten nader door haar procureurs doen toelichten aan de hand van nadien overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid hebben beide partijen nog stukken in het geding gebracht.

Tenslotte heeft Buma/Stemra de stukken van het geding in beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd geldt, aan het hof overgelegd voor het wijzen van arrest.

2. Grieven

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de appeldagvaarding, onderscheidenlijk de memorie van antwoord.

3. Feiten

De president heeft in overweging 1 onder de letters a tot en met j een opsomming gegeven van de in dit geding vaststaande feiten. Daaromtrent bestaat geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

In het principaal appel

4.1. Het gaat in dit geding, voor zover in hoger beroep van belang, om het volgende.

a) KaZaA biedt via haar website www.kazaa.com een computerprogramma aan voor uitwisseling van verschillende soorten bestanden door de individuele gebruikers via het internet. De software die KaZaA via haar website verspreidt wordt ook wel peer-to-peer technologie genoemd. Daarbij kunnen de individuele gebruikers zelfstandig informatie aanbieden, maar ook informatie vinden en downloaden van andere individuele gebruikers (peers).

b) Het computerprogramma van KaZaA wordt onder meer gebruikt voor uitwisseling van tekst-, beeld-, en geluidsbestanden.

c) Buma/Stemra oefenen ten behoeve van de auteursrechthebbenden met betrekking tot vrijwel het gehele beschermde wereldmuziekrepertoire in Nederland het openbaarmakings- en verveel-voudigingsrecht uit, waaronder het mechanisch reproductierecht, te weten verveelvoudiging van een muziekwerk door vastlegging op geluidsdragers.

d) Op initiatief van KaZaA hebben partijen sinds oktober 2000 besprekingen gevoerd over een mogelijke licentie voor het muziekgebruik door de gebruikers van de software van KaZaA. De licentie zou worden beperkt tot een zogenaamde 'streaming licentie' (appeldagvaarding toelichting grief 1 sub 3), d.w.z. dat de gebruikers van de software van KaZaA de muziek alleen konden beluisteren. Met het huidige computerprogramma van KaZaA kunnen gebruikers de muziek ook downloaden.

e) Vorenbedoelde besprekingen zijn op niets uitgelopen, dit ook nadat de president de vordering in conventie van KaZaA, inhoudende kort gezegd een gebod aan Buma/Stemra de onderhandelingen met KaZaA voort te zetten teneinde de beoogde licentieovereenkomst te sluiten, had toegewezen. Naar KaZaA ter terechtzitting in hoger beroep mededeelde handhaaft zij dan ook niet langer haar conventionele vordering.

4.2. Bij zijn vonnis in reconventie heeft de president de vordering van Buma/Stemra toegewezen, met dien verstande dat hij KaZaA heeft bevolen om binnen 14 dagen na betekening van het vonnis zodanige maatregelen te treffen dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemrarepertoire inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden, op verbeurte van een dwangsom van *f* 100.000,- per dag, met een maximum van *f* 2.000.000,-.

4.3. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag liggende motivering is KaZaA met tien grieven opgekomen. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.4. Door KaZaA is in hoger beroep (productie 4) overgelegd een 'expert opinion' van prof.dr.ir. E. Huizer (hierna: Huizer), hoogleraar internettoepassingen aan de Universiteit Twente, van 18 februari 2002, met betrekking tot een aantal technologische aspecten van het Internet en het functioneren van het computerprogramma KaZaA voor zover in dit geding van belang. Aan dit rapport kan het volgende worden ontleend:

> 'Tot zeer recent functioneerden alle Internetapplicaties in de zogenaamde client-server mode. Dat wil zeggen dat één systeem functioneerde als klant (meestal de PC van een gebruiker) en dat dit klantsysteem een communicatie initieerde met een centraal systeem dat functioneert als de server.
> (...)
> Het grote voordeel van deze client-server benadering is dat een dienst op een server eenvoudig is op te zetten. Een groot nadeel is echter dat met de groei van het Internet (...) de servers steeds zwaarder worden belast door steeds meer clients. (...) Er is echter geen enkele belemmering om de bestaande internetprotocollen ook toe te passen van client naar client, dit wordt wel 'peer to peer' genoemd. (...) Voor sommige diensten is een centrale server ter ondersteuning noodzakelijk, sommige andere diensten kunnen geheel op peer-to-peer basis werken over de internetinfrastructuur. (...)
>
> Hoewel de exacte technische specificaties van KaZaA (...) niet gepubliceerd zijn, is veel af te leiden door simpelweg de applicatie te downloaden en te installeren. Dan is snel te zien welke protocollen KaZaA werkelijk gebruikt en wanneer het contact zoekt met een webserver van KaZaA B.V. Kennelijk gebruikt het programma alleen een webserver in de volgende gevallen:
>
> - Auto-update; hierbij checkt de software of er een nieuwere versie is. Deze kan al dan niet door de gebruiker worden geïnstalleerd. Auto-update kan worden uitgeschakeld.
> - Startlijst van Supernodes; De KaZaA cliënt haalt bij het starten een lijst van zogenaamde Supernodes op.
> - Beveiliging. (...)
>
> Al deze diensten zijn additioneel. De eerste twee kunnen worden uitgeschakeld door de gebruiker. Het blijkt echter dat KaZaA

clients prima functioneren voor het vinden en uitwisselen van bestanden, zelfs nu KaZaA B.V. de ondersteuning van alle drie bovenstaande diensten op de webserver heeft uitgezet. Het is echter niet duidelijk of er in dit geval nog sprake is van enige vorm van beveiliging.
Om het peer-to-peer uitwisselen van informatie te versnellen worden (al dan niet tijdelijk) bepaalde peers (KaZaA clients) op het Internet verheven tot Supernode. De selectie wordt bepaald door de beschikbare bandbreedte en de beschikbaarheid van de computer waarop de KaZaA client draait. Een KaZaA client kan in de peer-to-peer communicatie dus worden verheven tot Supernode, en fungeert daarmee als een ontmoetingsplaats voor omliggende KaZaA clients. Zo'n Supernode medieert in zoekopdrachten zodat snel andere KaZaA clients kunnen worden gevonden waar een bepaald bestand zich bevindt. Vervolgens kan dan rechtstreeks van die KaZaA client het bestand worden opgehaald. (...) Installeert men KaZaA voor het eerst dan wordt een 'laatst' bekende lijst van Supernodes mede geïnstalleerd (...). Als men na installatie KaZaA opstart wordt deze lijst gebruikt om contact te maken met een Supernode. In het onwaarschijnlijke geval dat er geen Supernode uit die lijst beschikbaar is, maakt het programma contact met de webserver van KaZaA B.V. om de lijst bij te werken met recente gegevens (...). Hoewel de webserver van KaZaA B.V. zeer nuttige additionele diensten verleent, is deze dus niet noodzakelijk. (...)

KaZaA en muziek
Is KaZaA alleen geschikt voor het uitwisselen van muziekbestanden? Zeker niet. KaZaA is voor bepaalde bestanden die metadata bevatten erg geschikt en gebruikersvriendelijk. Daaronder valt MP3, een populair formaat voor de uitwisseling van muziek. Maar met KaZaA worden ook Microsoft Word bestanden uitgewisseld. En onder de KaZaA gebruikers is naast muziekuitwisseling ook de uitwisseling van moppen erg populair.
Zo is KaZaA uitstekend toepasbaar als een communicatiegereedschap voor gemeenschappen die autonoom zijn, niet van een centrale dienst gebruik willen maken en toch bestanden moeten uitwisselen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan:
– Freelance Fotografen
– Makelaars
– Burgers die zelf willen publiceren
(...)
Is KaZaA dan niet aan te passen opdat het auteursrechten dragende bestanden herkent, en die bestanden vervolgens weigert te communiceren? Dit zou zeker mogelijk zijn als dergelijke bestanden eenduidig als zodanig herkenbaar waren. Er is echter niet een eenduidig wereldwijd gestandaardiseerde manier om auteursrechten dragende bestanden als zodanig te markeren.
Overigens, zelfs al was er een dergelijke markering, dan nog zou die weinig helpen tegen het illegaal uitwisselen van auteursrechten dragende bestanden. Gebruikers die de wet overtreden door uitwisseling van dergelijke bestanden zijn zich ook nu al bewust van de onrechtmatigheid daarvan. Het is voor dergelijke gebruikers vrij eenvoudig om met een simpel programma de markering te versluieren en zo een technische blokkade tot uitwisseling te omzeilen.

Conclusies
(...)
De KaZaA toepassing is niet afhankelijk van enige bemoeienis van KaZaA B.V. Het programma wordt uitgebreid en functioneert nog beter door de door KaZaA geleverde diensten en is beter controleerbaar. Deze diensten zijn echter niet noodzakelijk voor het vinden en uitwisselen van bestanden. Stopzetten van deze diensten kan als effect hebben dat mogelijk illegaal gebruik niet afneemt, maar wel moeilijker wordt te detecteren en op te sporen. (...) Het is met de huidige stand van standaardisatie niet mogelijk om technisch te detecteren welke bestanden auteursrechten dragend zijn en welke bestanden dat niet zijn. Het is dus niet mogelijk om in KaZaA (of enig andere software) een blokkade tegen onrechtmatige bestandsuitwisseling in te bouwen.'

Huizer heeft hieraan ter terechtzitting in hoger beroep nog toegevoegd dat hij na de sluiting van de website van KaZaA heeft kunnen constateren dat deze sluiting nagenoeg geen invloed heeft gehad op het aantal gebruikers van het computerprogramma KaZaA.

4.5. De bevindingen en conclusies van Huizer zijn door Buma/Stemra niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden. Buma/Stemra stelt naar aanleiding hiervan slechts (pleitnotities hoger beroep sub 4) dat KaZaA 'zonder enige twijfel aan het gevorderde (kan) voldoen'. Buma/Stemra verwijst in dit verband naar haar CvE in Rec. Sub 4.1, voorlaatste pagina. Op de aangehaalde plaats wordt vermeld dat KaZaA kan ingrijpen maar dit nalaat, hetgeen blijkt uit:

- Disclaimer KaZaa (productie 8 KaZaa)
'Upon receipt of your Notice we will promptly attempt to inform the identified KaZaa users of your allegations via the email address he or she has submitted to us. If we do not receive a proper answer from the user within two weeks, we have the right to terminate his or her account'.
- Prod. 2s, waarin KaZaa toezegt 'possible infringements' tegen te gaan.
- Vanaf het begin af aan is uitgangspunt geweest (vgl. onder meer Letter of Intent, prod. 2d1, 1sub 2 t/m 4) dat het gebruik van muziekwerken met behulp van haar systeem zal worden bijgehouden, hetgeen impliceert dat KaZaa weet wat er gebeurt.

4.6. Te dien aanzien geldt het volgende.
- In de 'Disclaimer' vermeldt KaZaA vóór de door Buma/Stemra geciteerde tekst, voor zover van belang, dat voorwaarde voor ingrijpen is dat aan KaZaA opgave moet worden gedaan van de beweerdelijk illegale 'content' en dat het illegale materiaal moet worden geïdentificeerd, daaronder minimaal begrepen de naam van de gebruiker en het IP-adres, via welk het materiaal wordt aangeboden. Dat Buma/Stemra aan deze voorwaarden heeft voldaan of kan voldoen is door haar niet gesteld.
- Productie 2s is een e-mail van 26 juli 2001 van de procureur van KaZaA aan Buma/Stemra. Deze in het Nederlands gestelde e-mail bevat geen toezegging 'possible infringements' tegen te gaan.
- Dat in de Letter of Intent uitgangspunt was dat het gebruik van muziekwerken met behulp van het systeem van KaZaA zal worden bijgehouden, moge juist zijn, maar Buma/Stemra gaat hierbij eraan voorbij dat KaZaA daartoe eerst een nieuw programma zou moeten ontwerpen en vervolgens haar gebruikers ervan proberen te overtuigen deze nieuwe versie te installeren (zie bijvoorbeeld toelichting grief 8 onder 2). Die gebruikers kunnen daartoe niet worden gedwongen zoals ook blijkt uit de opinie van Huizer onder 'Autoupdate'.

4.7. Voorts beroept Buma/Stemra zich erop dat de nieuwe exploitant van KaZaA in staat is het gebruik van haar programma te controleren. In hoeverre dit beroep terecht is vermag het hof niet te beoordelen, reeds hierom niet waar ten processe niet is komen vast te staan dat het hier om exact hetzelfde computerprogramma gaat. Vaststaat dat KaZaA steeds heeft bestreden in staat te zijn het uitwisselen van muziekbestanden te beëindigen (laatstelijk pleitnotities hoger beroep sub 11). Het hof gaat voorshands van de juistheid hiervan uit, te meer nu vaststaat dat KaZaA naar aanleiding van de uitspraak van de president haar website heeft gesloten. Aangenomen mag worden dat zij hiertoe niet zou zijn overgegaan indien zij het in haar macht had op andere wijze aan het vonnis van de president te voldoen.

4.8. Een en ander betekent dat de vordering in reconventie zich niet voor toewijzing leent aangezien aannemelijk is dat het voor KaZaA niet mogelijk is zodanige maatregelen te treffen, dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemra repertoire inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden. Buma/Stemra stelt zich op het standpunt (pleitnotities hoger beroep sub 4), dat de beweerde onmogelijkheid om geheel aan het vonnis te voldoen een zaak is die in een executiegeschil aan de orde behoort te komen. Aan een dergelijk geschil gaat echter vooraf de vraag of de reconventionele vordering zich voor toewijzing leent en die vraag is in dit hoger beroep aan de orde, zoals ook blijkt uit grief VIII.

4.9. Voorts merkt het hof nog op dat door KaZaA terecht wordt opgekomen tegen de overweging van de president, dat voorop moet worden gesteld dat KaZaA, door zonder licentie haar gebruikers in de gelegenheid te stellen muziekbestanden door middel van haar computerprogramma te downloaden, in strijd met het auteursrecht handelt. Voor zover sprake is van auteursrechtelijk relevant handelen worden die handelingen verricht door de gebruikers van het computerprogramma en niet door KaZaA. Het verschaffen van middelen voor openbaarmaking of verveelvoudiging van auteursrechtelijk beschermde werken is niet zelf een openbaarmakings- of verveelvoudigingshandeling. Het is ook niet zo, althans daarvan kan voorshands niet worden uitgegaan, dat het computerprogramma van KaZaA uitsluitend wordt gebezigd voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken. Door KaZaA zijn in hoger beroep een groot aantal voorbeelden overgelegd (producties 17 en 18) van werken die hetzij met toestemming van de auteur met behulp van KaZaA worden verspreid, hetzij in het publieke domein zijn gevallen, hetzij geen auteursrechtelijke bescherming genieten of waarvan de verspreiding is toegestaan op grond van een

wettelijke beperking. Ook Huizer geeft in zijn 'expert opinion' voorbeelden van andersoortig gebruik. Buma/Stemra stelt wel (MvA ad grief 2) dat de enige, althans enige wezenlijke functie van het computerprogramma van KaZaA is om gebruikers in staat te stellen om bestanden met beschermde werken uit te wisselen, doch deze door KaZaA gemotiveerd bestreden stelling wordt in het geheel niet nader door Buma/Stemra geadstrueerd. Dat dit 'andere' gebruik betekenis mist (MvA ad grief 5) geldt ongetwijfeld voor Buma/Stemra, maar daarmee is niet gezegd dat dit ook voor die 'andere' gebruikers geldt. Van de juistheid van het standpunt van Buma/Stemra kan voorshands dan ook niet worden uitgegaan. Op grond van een en ander kan het aanbieden van het litigieuze computerprogramma door KaZaA niet onrechtmatig worden geoordeeld.

4.10. Het appel slaagt mitsdien. De grieven behoeven verder geen afzonderlijke behandeling. Het vonnis voor zover in reconventie gewezen moet worden vernietigd en de vordering van Buma/Stemra moet alsnog worden afgewezen. Buma/Stemra zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden verwezen in de kosten van het geding in reconventie, alsmede in de kosten van het principaal appel.

In het incidenteel appel

4.11. Tijdens de terechtzitting in hoger beroep heeft KaZaA haar vordering tot dooronderhandelen ingetrokken. Dit brengt mee dat de grief in het incidenteel appel, die zich richt tegen het in conventie gegeven bevel aan Buma/Stemra om de onderhandelingen met KaZaA voort te zetten, slaagt. Het vonnis voor zover in conventie gewezen moet worden vernietigd. KaZaA zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in conventie, alsmede in de kosten van het incidenteel appel, aan de zijde van Buma/Stemra begroot op nihil.

Beslissing

Het hof:

in het principaal appel

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in reconventie gewezen en, opnieuw rechtdoende, wijst de vordering van Buma/Stemra alsnog af;

veroordeelt Buma/Stemra in de kosten van het geding in reconventie, alsmede in de kosten van het principaal appel, tot op deze uitspraak aan de zijde van KaZaA begroot op € 703,36, onderscheidenlijk € 2.608,57;

in het incidenteel appel

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie gewezen en, opnieuw rechtdoende, wijst de vordering van KaZaA alsnog af;

veroordeelt KaZaA in de kosten van het geding in conventie, alsmede in de kosten van het incidenteel appel, tot op deze uitspraak aan de zijde van Buma/Stemra begroot op € 897,12, onderscheidenlijk nihil;

in het principaal en in het incidenteel appel

verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Coeterier, Cornelissen en Sorgdrager en is in het openbaar uitgesproken op 28 maart 2002.

Noot

K.J. Koelman
mr. Kamiel Koelman is werkzaam aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam.

Wie zal de muziekbestanden straks online bij u afleveren? Dat is de vraag die in deze zaak op achtergrond speelt. Zijn dat de platenmaatschappijen die daartoe schoorvoetend enkele initiatieven hebben genomen,[1] of zal het een nieuwe onafhankelijke speler zijn? De strijd is zo hevig, omdat de winsten enorm kunnen zijn. Het geld stroomt binnen, wanneer er miljoenen bestanden per dag worden uitgewisseld en degene die dat faciliteert – zeg – één cent per doorgegeven bestand kan opstrijken. Wegens de zogeheten 'netwerkeffecten' die een rol kunnen spelen bij dit soort activiteiten, valt te verwachten dat er één winnaar uit de bus komt die het grootste deel van de markt bedient. De dienst met de meeste aansluitingen maakt de meeste kans om te overwinnen.[2] Op dit moment is het Kazaa-netwerk het meest omvangrijke en is Kazaa daarom het best gepositioneerd.

Kazaa heeft echter het probleem dat het openbaar maken van muziekbestanden via haar *peer-to-peer* netwerk geschiedt zonder toestemming van rechthebbenden en dat het daarom onrechtmatig is. Dat is de troef die de platenmaatschappijen in handen hebben. Op basis daarvan hebben zij met behulp van de Amerikaanse rechter Napster – voorheen hun grootste concurrent voor het online verspreiden van bestanden – 'uit de lucht' kunnen halen.[3] Hetzelfde zijn zij van plan met andere succesvolle diensten die de online verspreiding van muziek mogelijk maken, waaronder Kazaa. Die uitdaging staat Kazaa nog te wachten.[4]

Kazaa doet er echter alles aan om haar voorsprong te behouden en om – wanneer de muziekindustrie eindelijk licenties zou gaan verlenen aan derden – de meest voor de hand liggende contractspartij te zijn. Vermoedelijk is dat ook de reden dat Kazaa met Buma tot een overeenkomst poogde te komen. Zoals het Hof terecht stelt, maakt Kazaa zelf geen auteursrechtinbreuk, daarom heeft ze strikt genomen geen Bumalicentie nodig. Maar wellicht zouden de platenmaatschappijen eerder zwichten voor de charmes van Kazaa wanneer een deel van de rechten reeds zou zijn geregeld. Een andere knieval aan de muziekindustrie is dat Kazaa in beginsel slechts downloads in lagere *bit rates* (geluidskwaliteit) mogelijk maakt.[5] Daardoor zou de verkoop van muziekopnamen van de hogere cd-kwaliteit wellicht minder worden beïnvloed.

De precieze werking van de Kazaa-software is een goed bewaard geheim; zelfs haar eigen expert heeft er geen inzage in gekregen, zo kan blijken uit de in het arrest geciteerde passages uit het rapport van Huizer. Kennelijk probeert Kazaa haar systeem echter gereed te maken voor betaalde diensten. Dat valt althans op te maken uit 'internetgeruchten'. Het wordt beweerd dat een gebruiker sinds kort pas van het netwerk gebruik kan maken, nadat hij zich heeft aangemeld bij een centrale server.[6] Dat maakt het mogelijk om te controleren of de klant zijn rekeningen wel heeft voldaan en om wanbetalers af te sluiten. Tot op heden verwerft Kazaa hoofdzakelijk haar inkomsten uit de distributie van *spyware* voor derden die slinks wordt geïnstalleerd bij gebruikers en die aan *marketeers* bijvoorbeeld informatie doorgeeft over iemands surfgedrag.[7] Onlangs is bekend geworden dat even ongemerkt al enige tijd een slapend *peer-to-peer* netwerkprogramma – Altnet genaamd – met Kazaa wordt gedistribueerd en geïnstalleerd, dat binnenkort zal worden geactiveerd en waarmee een nieuw netwerk in het leven wordt geroepen.[8] Omdat alle Kazaa-gebruikers het hebben geïnstalleerd, zal het nieuwe netwerk meteen even groot zijn als het Kazaanetwerk. Zelfs als de muziekindustrie erin slaagt om met behulp van de rechter het Kazaa-netwerk plat te leggen, staat de opvolger al klaar. Altnet, waarin de eigenaren van de Kazaa-software kennelijk een aandeel hebben, zou het voor platenmaatschappijen mogelijk moeten maken om geld te verdienen met het via het systeem verspreide materiaal. Hoe dat zou moeten is nog onduidelijk. Maar als het daadwerkelijk mogelijk wordt om per download af te rekenen, wordt het netwerk

1 Zie http://www.pressplay.com en http://www.musicnet.com.
2 Zie hierover W.H. Page & J.E. Lopatka, 'Network Externalities', in: B. Bouckaert & G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2000, p. 952-980. Beschikbaar op http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest.
3 Zie hierover D.J.G. Visser, 'De Napster-beslissing van 12 februari 2001 van het Court of Appeals for the ninth circuit', *AMI* 2001/2, p. 35-38.
4 Deze Amerikaanse zaak dient in oktober 2002.
5 Al zijn er methoden om die restrictie te omzeilen. Zie http://www.kazaalite.tk; http://www.kazaalite.com/nuke.
6 Zie *Wired News* 28 februari 2002, http://www.wired.com/news/politics/0,1283,50725,00.html.
7 Zie D. Cave, 'The Parasite Economy' (2001), beschikbaar op http://www.salon.com/tech/feature/2001/08/02/parasite—capital/index.html.
8 *New York Times* 3 april 2002, http://www.nytimes.com/2002/04/03/technology/03MUSI.html (registratie vereist); zie ook *Cnet* 1 april 2002, http://news.com.com/2100-1023-873181.html; *Cnet* 4 april 2002, http://news.com.com/2008-1082-875620.html.

voor de muziekindustrie weer aantrekkelijker. Tegelijkertijd maakt de dreiging van het slapende netwerk haar strijd hopelozer.
Het is dus een kwestie van wie de langste adem heeft: zijn de uitbaters van de *peer-to-peer* systemen het eerst murw gebeukt door de aanhoudende rechtszaken, of gooien de platenmaatschappijen als eerste de handdoek in de ring en gunnen ze een nieuwe speler een aandeel in de eventuele opbrengsten? In ieder geval lijken de geesten achter Kazaa vastbesloten om het schaalvoordeel dat zij hebben niet gemakkelijk op te geven en om niet, zoals Napster, gesmoord te worden in het juridische geweld.

De uitspraak van het Hof speelt in de periferie van deze machtsstrijd. Buma ambieert kennelijk niet de strategisch aantrekkelijke positie van leverancier van bestanden. Het was dan ook niet Buma die dit geding begon.[9] De rechtsvragen van het geschil zijn helder uiteengezet door Hugenholtz in zijn noot in *AMI* die door het Hof kennelijk is gelezen. Kazaa maakt geen inbreuk op het auteursrecht, maar kan wel onzorgvuldig handelen, omdat ze anderen in de gelegenheid stelt om het auteursrecht te schenden. In beslissingen over de onrechtmatigheid van het handelen van *hosting service providers* – dat zijn eveneens partijen die anderen in de gelegenheid kunnen stellen om inbreuken te maken – begint zich als een algemene regel af te tekenen dat zij onrechtmatig kunnen handelen, wanneer zij geen einde maken aan een specifiek geval van inbreuk waarvan zij weet hebben. Deze tussenpersonen hoeven niet actief op zoek naar inbreuken die met behulp van hun techniek worden gemaakt.[10] Zo is een middenweg gevonden; de dienst hoeft niet te worden gesloten, waardoor de techniek beschikbaar blijft en tegelijkertijd wordt met de belangen van auteursrechthebbenden rekening gehouden.

Hugenholtz en het Hof nemen aan dat zo'n tussenoplossing in het onderhavige geval niet mogelijk is. Daardoor staat het Hof voor een alles-of-niets keuze. Óf het verklaart het aanbieden van een *peer-to-peer* systeem onrechtmatig, maar dan moeten we het geheel stellen zonder deze manier van informatie-uitwisseling, óf het beslist dat het systeem mag blijven worden aangeboden. Maar in het laatste geval zal het ook vaak worden gebruikt voor inbreukmakende openbaarmaking. Hugenholtz suggereert om de knoop door te hakken met een Amerikaans criterium en om na te gaan of het Kazaa-systeem '*substantial non-infringing uses*' heeft.[11] Als een techniek óók 'belangrijke niet-inbreukmakende gebruiksmogelijkheden' heeft, is het aanbieden ervan niet onrechtmatig. Het Hof past min of meer dit criterium toe in r.o. 4.9 en komt tot de conclusie dat Kazaa niet onrechtmatig handelt, omdat met haar netwerk *niet uitsluitend* bestanden worden verspreid zonder toestemming van de rechthebbenden.

Het is echter de vraag of een middenweg inderdaad onmogelijk is. Huizer stelt terecht dat het niet mogelijk is om de dienst zo op te zetten dat daarmee helemaal geen inbreuken kunnen worden gemaakt, omdat het niet mogelijk is om automatisch te herkennen of een bestand met of zonder toestemming is openbaargemaakt. Maar wellicht is Kazaa technisch in staat om inbreukmakende gebruikers af te sluiten op het bestaan waarvan zij is gewezen, zoals ook *hosting service providers* dat kunnen en het zelfs moeten doen om aansprakelijkheid te ontlopen. De Kazaa-software heeft al eerder voor verrassingen gezorgd. Zo bleek de eigenaar van de software in staat te zijn om de miljoenen klanten van een licentienemer die verzuimde om de licentievergoeding te betalen in één keer af te sluiten.[12] Zij hadden geen toegang meer tot het Kazaa-netwerk. Indien er tegenwoordig inderdaad alleen kan worden ingelogd via een centrale server, is het in beginsel mogelijk om een inbreukmakende gebruiker de toegang te ontzeggen. Kazaa had aan Buma kennelijk toegezegd om zoiets te zullen doen en nog steeds houdt Kazaa zich in haar algemene voorwaarden het recht voor om na het ontvangen van een kennisgeving, inbreukmakende eindgebruikers van het netwerk af te snijden.[13] Maar Buma had kennelijk nagelaten om dat te eisen.

Ook al zou het met het oude systeem misschien niet kunnen, wellicht kan Kazaa haar systeem in de toekomst wel zo inrichten dat ze inbreukmakers kan afsluiten. Huizer meent echter dat Kazaa haar gebruikers geen nieuwe versie kan opdringen en impliceert dat een bevel om het systeem anders in te richten daarom weinig effect zal hebben. Maar de bovenbeschreven ontwikkelingen kunnen die bevinding twijfelachtig maken. De *spyware* en de Altnet-software werden ongemerkt alom geïnstalleerd en het afsluiten van de afnemers van de wanbetalende licentienemer was kennelijk mogelijk, doordat de Kazaa-gebruikers massaal een update installeerden waardoor er een netwerk met nieuwe eigenschappen ontstond, waarmee dat van de licentienemer incompatibel was. De ervaring leert dat de meeste gebruikers klakkeloos de standaardinstellingen van software handhaven en op 'OK' klikken zonder dat ze weten waarvoor dat is. Als de meeste gebruikers overgaan naar het nieuwe netwerk, moet de rest wel volgen om van de voordelen van het grotere netwerk te genieten. Indien echter aangeslotenen die zonder toestemming bestanden aanbieden effectief kunnen en zullen worden afgesloten, zal het netwerk vermoedelijk minder aantrekkelijk worden voor gebruikers en zal het waarschijnlijk snel in omvang slinken. Kazaa verliest dan haar schaalvoordeel. Hetzelfde gebeurde met Napster.

Wie zal in de toekomst de bestanden bij u afleveren? Het blijft een open vraag. Zal de muziekindustrie haar rechten blijven inzetten om concurrerende netwerken lam te leggen? Vermoedelijk zullen er steeds weer nieuwe *peer-to-peer* programma's opduiken die het gevallen gat willen opvullen. Maar vaak zullen die netwerken klein moeten beginnen en het is denkbaar dat het distributiesysteem van de industrie uiteindelijk het grootst en in die zin het best gepositioneerd zal zijn, indien ze concurrenten juridisch kan blijven frustreren. Dan heeft de muziekindustrie alle goede kaarten in handen. Is het wijs om daarop te speculeren of is het raadzamer om in zee te gaan met een partij die bewezen heeft anderen technisch haar wil te kunnen opleggen en die reeds een groot netwerk heeft? In ieder geval lijkt het verstandig om consumenten een aantrekkelijk alternatief te bieden en om serieus zelf of in samenwerking met anderen, op grote schaal muziek online te gaan aanbieden. Voor zover het bestaan van een partij als Kazaa daartoe aanspoort, vervult ze wellicht een nuttige functie. Want het wordt tijd dat we rechtmatig kunnen gaan genieten van de efficiëntere en goedkopere muziekdistributie die het internet mogelijk maakt.

9 Zie het geding in eerste instantie: Pres. Rb. Amsterdam 29 november 2001, *AMI* 2002/1, p. 21-25, m.nt. P. B. Hugenholtz (*Kazaa/BUMA*); zie voor een ander vonnis in hetzelfde geschil Rb. Amsterdam, 31 januari 2002, LJN-nummer: AD8749 Zaaknr: KG 02/0105 OdC.

10 Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999 (*Scientology/ xs4all*), *Mediaforum* 1999-7/8, p. 205, m.nt. Visser; *AMI* 1999/7, p. 110, m.nt. Koelman; *Computerrecht* 1999, p. 200, m.nt. Hugenholtz. Vgl. het Amerikaanse Napster-geding waarover Vissers stuk genoemd in noot 3; zie ook Hof van Beroep Brussel 13 februari 2001 (*Belgacom Skynet/ IFPI*), *Mediaforum* 2001-5, p. 170, m.nt. Koelman. Er zij op gewezen dat de aansprakelijkheidsbeperkingen van de artikelen 12-15 van de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt. *Pb.EG* L 178/1 (17.07.2000), niet direct van toepassing zijn op dit geschil, omdat zij uitdrukkelijk niet van toepassing zijn op verbodsacties. Zie ook lid 5 van het voorgestelde artikel 6:196c BW, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr.1.

11 Dit criterium is ontwikkeld door het Amerikaanse *Supreme Court* in *Sony Corp. v. Universal Studios, Inc.*, 464 US 417, 435 (1984). Daar ging het om de vraag of het aanbieden van videorecorders onrechtmatig is en werd bepaald dat dat niet het geval is.

12 Zie het in noot 6 genoemde bericht in *Wired News*.

13 Zie artikel 17 van de algemene voorwaarden op http://www.kazaa.com/en/terms.htm.

Nr 20 Uitlatingen Imam

Rechtbank Rotterdam 8 april 2002

vonnis

van de Rechtbank te Rotterdam, meervoudige kamer voor strafzaken, in de zaak tegen:

[verdachte], geboren te Beni Mansour (Marokko) op 1 juli 1941, wonende te [adres]

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 25 maart 2002.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd hetgeen vermeld staat in de inleidende dagvaarding onder parketnummer 10/04007-01, zoals deze ter terechtzitting overeenkomstig de vordering van de officier van justitie is gewijzigd. Van deze dagvaarding en vordering zijn kopieën in dit vonnis gevoegd (bladzijden genummerd A1 tot en met A4).

De eis van de officier van justitie

De officier van justitie mr. Spoon heeft gerequireerd tot – zakelijk weergegeven – de bewezenverklaring van het ten laste gelegde en de veroordeling van de verdachte tot een geldboete van € 1.200,– (twaalfhonderd euro), bij niet betaling te vervangen door 24 (vierentwintig) dagen hechtenis.

Niet bewezen

Het ten laste gelegde, inhoudende overtreding van zowel artikel 137c (het zich in het openbaar opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid) als artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht (het aanzetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden tegen mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid) is niet wettig en overtuigend bewezen.

De rechtbank heeft hiertoe het volgende overwogen.
Als uitgangspunt voor haar standpuntbepaling dient te gelden het in artikel 7 van de Grondwet vastgelegde recht van een ieder om zich in het openbaar in woord of geschrift vrijelijk te uiten. Aan deze vrijheid kunnen achteraf grenzen worden gesteld in die zin dat, indien vastgesteld wordt dat bepaalde uitingen in strijd lijken te komen met (fundamentele) rechten van anderen, degene die de uitlatingen heeft gedaan zich voor de (straf)rechter zal moeten verantwoorden. Één van die fundamentele rechten die geschonden zouden kunnen zijn, is het in artikel 1 van de Grondwet verankerde non-discriminatiebeginsel.
De rechtbank is van oordeel dat de door verdachte in het openbaar gedane uitlatingen, te weten zijn uitspraken in een televisieuitzending van het programma Nova op 3 mei 2001, welke uitlatingen (in Nederlandse vertaling) in essentie inhouden:

- homoseksualiteit is schadelijk voor de Nederlandse samenleving en
- homoseksualiteit is een besmettelijke ziekte,

op zich zelf genomen, zodanig kwetsend zijn voor personen met een homoseksuele gerichtheid dat die uitlatingen binnen het bereik van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht vallen. Het beledigende karakter kan evenwel aan in beginsel beledigende uitlatingen komen te ontvallen, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203, wanneer die uitlatingen een godsdienstige overtuiging direct uitdrukken.
Bescherming tegen een strafrechtelijke procedure kan derhalve worden ontleend aan het eveneens in de Grondwet vastgelegde recht op vrijheid van godsdienst en godsdienstbeleving (artikel 6 van de Grondwet).
Met de getuige-deskundige [naam], die de rechtbank in een rapport van 1 november 2001 heeft voorgelicht en tevens ter terechtzitting zijn standpunt nader heeft toegelicht, is de rechtbank van oordeel dat verdachte zijn uitlatingen kon baseren op teksten van de Koran en op uitspraken van de profeet, d.w.z. op fundamentele geschriften, waaraan verdachte zijn godsdienstige overtuiging (mede) ontleent. Hierbij heeft de rechtbank met betrekking tot de vertaling in het Nederlands van het woord 'marat', in het dossier bij herhaling vertaald met 'ziekte' de opvatting van verdachte gevolgd, ter zitting onderschreven door de getuige-deskundige [naam], dat een juistere vertaling is 'afwijking' of 'opvoedingsziekte'.

Verdachte kan zich er dus met vrucht op beroepen dat het hem is toegestaan, op grond van het in artikel 6 van de Grondwet vastgelegde recht op vrijheid van godsdienst, de gewraakte uitlatingen te doen. Derhalve kunnen die uitlatingen niet worden aangemerkt als beledigend in de zin van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht en dient verdachte van overtreding van het bepaalde in dat artikel te worden vrijgesproken.

Verdachte wordt ook verweten met zijn uitlatingen het bepaalde in artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht (het aanzetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden tegen mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid) te hebben overtreden. Naast hetgeen eerder is overwogen met betrekking tot het al dan niet beledigend karakter van de uitlatingen, dient bij de beantwoording van de vraag of artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht is overtreden, niet alleen acht geslagen te worden op de uitlatingen zelf, maar ook op de context waarin de gewraakte uitlatingen zijn gedaan. Dat die context van belang is, heeft de Hoge Raad in zijn eerder genoemd arrest, handelend over een vermoedelijke overtreding van de artikelen 137c en 137e van het Wetboek van Strafrecht, in navolging van het gerechtshof, nadrukkelijk overwogen.
Verdachte heeft zijn uitlatingen gedaan in een interview dat werd gehouden met een journalist van Nova. Naar het oordeel van de rechtbank dient als context te worden aangemerkt het gehele interview zoals dat door Nova werd afgenomen, en niet alleen de passages zoals die door het tv-programma werden uitgezonden.
In het interview is verdachte ondervraagd over vijf onderwerpen, t.w. wat zegt de Koran over homoseksualiteit; past de Islam zich aan aan de Nederlandse mentaliteit; hoe staat de Islamiet tegenover de grote vrijheid op bijvoorbeeld seksueel gebied in Nederland; verbiedt de Islam moslims om homoseksuelen lastig te vallen en, tenslotte, na de constatering dat de ondervraagde geen Nederlands spreekt, hoe kunt u de Nederlandse samenleving begrijpen.
In zijn antwoord op de vraag naar zijn mening over het geweld van moslimjongeren tegen homoseksuelen heeft verdachte onder meer als zijn standpunt gegeven dat de Islam het lastigvallen van ieder persoon, ongeacht diens omstandigheden, verbiedt.
Naar het oordeel van de rechtbank heeft verdachte in dát antwoord tot uitdrukking gebracht dat het geenszins in zijn bedoeling lag, zoals artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht omschrijft, aan te zetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden. De door het programma Nova uitgezonden fragmenten van verdachtes uitlatingen kunnen dan ook, gelet op de context waarin hij deze heeft gedaan, niet als aanzettend tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden worden aangemerkt. Derhalve zal ook ten aanzien van artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht geen bewezenverklaring kunnen volgen.

De vorderingen van benadeelde partijen

Op de wijze voorzien in artikel 51b, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering heeft zich voor de aanvang van de terechtzitting gevoegd als benadeelde partij [benadeelde partij 1], wonende te [plaats], terzake van het feit. De benadeelde partij vordert vergoeding van immateriële en materiële schade tot een bedrag van € 5.030,–. Voorts heeft zich als benadeelde partij gevoegd [benadeelde partij 2], wonende te [plaats], terzake van het feit. De benadeelde partij vordert vergoeding van materiële schade tot een bedrag van € 115,80.

Door of namens de verdachte is de aansprakelijkheid en de door de benadeelde partijen gestelde hoogte van de schade betwist.

De officier van justitie heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van de vordering van [benadeelde partij 1] en afwijzing van de vordering van [benadeelde partij 2].

De benadeelde partijen worden in hun vorderingen niet-ontvankelijk verklaard, nu aan de verdachte geen straf of maatregel wordt opgelegd en artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht geen toepassing heeft gevonden.

Nu de benadeelde partijen niet-ontvankelijk worden verklaard, worden de benadeelde partijen veroordeeld in de kosten door de verdachte gemaakt ter verdediging tegen deze vorderingen, tot op heden begroot op nihil.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart niet bewezen, dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan en spreekt de verdachte daarvan vrij;
- verklaart de benadeelde partijen niet-ontvankelijk in hun vorderingen;

- veroordeelt de benadeelde partijen in de kosten door de verdachte ter verdediging tegen de vorderingen gemaakt, tot op heden begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door:
mr. Van Klaveren, voorzitter, en mrs. De Wit en Vrolijk, rechters, in tegenwoordigheid van mr. Slabbekoorn, griffier, en uitgesproken op de openbare terechtzitting van deze rechtbank op 8 april 2002.

Noot

A.J. Nieuwenhuis

1. De uitlatingen van imam El Moumni hebben de nodige publiciteit gekregen; datzelfde geldt voor het strafproces. Dat proces lijkt overigens met de uitspraak van de rechtbank nog niet beëindigd, nu het OM heeft aangekondigd in hoger beroep te gaan. In deze noot enkele kanttekeningen.

2. De rechtbank begint met een intrigerende passage over artikel 7 Grondwet en de mogelijkheid van repressieve beperkingen van de uitingsvrijheid om andere fundamentele rechten zoals het in artikel 1 Gw vastgelegde discriminatieverbod te beschermen. Afgezien van het feit dat de rechtbank de suggestie wekt te toetsen aan de Grondwet is het verband tussen artikel 1 Gw en het verbod van bepaalde uitlatingen minder direct dan hier wordt aangenomen. Het discriminatieverbod ziet in de eerste plaats op feitelijke achterstelling, wat strookt met het idee dat uitlatingen kunnen *aanzetten* tot discriminatie (art. 137d). Bovendien zien we in art. 137c t/m e Sr niet alle in artikel 1 Gw met name genoemde discriminatiegronden terug. Politieke gezindheid bijvoorbeeld ontbreekt; opname ervan zou de politieke discussie fnuiken.

3. De rechtbank baseert zich in belangrijke mate op het arrest van de Hoge Raad in de zaak-Van Dijke (zie *Mediaforum* 2001-2, nr. 7 m.nt. Schuijt met veel informatie en verwijzingen). De door de rechtbank gebruikte terminologie: 'wanneer die uitlatingen een godsdienstige overtuiging direct uitdrukken' is in het arrest echter niet te vinden. Ze doet enigszins denken aan de wijze waarop de afdeling rechtspraak in het verleden de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst bepaalde (ARRS 7 april 1983, *AB* 1983, 430). De Hoge Raad zelf gebruikt in de Van Dijke-zaak op zeker moment een ruimere omschrijving: 'uitlatingen kenbaar in direct verband met de uiting van de geloofsopvatting'. Laatstgenoemde omschrijving noopt in mindere mate tot een precieze vaststelling van de geloofsinhoud.

4. Een volgende kanttekening is dat de rechtbank direct overstapt van de constatering dat de godsdienstige overtuiging het beledigend karakter aan de uitlating *kan* doen ontvallen naar de conclusie dat de gewraakte uitlatingen geen belediging inhouden. Dat lijkt mij zonder nadere overwegingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de aanvaardbaarheid van de gekozen bewoordingen, te kort door de bocht.

5. De rechtbank gaat ervan uit dat de vrijheid van godsdienst doorslaggevend is. Dat is een begrijpelijke lezing van het arrest van de Hoge Raad in de Van Dijke-zaak. Die lezing zal echter wel tot opmerkelijke resultaten leiden. Stel dat iemand beweert dat orthodox-christelijke opvattingen van een criminele instelling blijk geven of dat de islam een besmettelijke en sociaal schadelijke afwijking inhoudt. Hij beroept zich daarbij niet op zijn godsdienstige opvattingen (of op zijn levensovertuiging, de afbakening waarvan de rechter helemaal in drijfzand zal voeren), maar slechts op eigen kritische zin. Is het maatschappelijk debat wel fair indien zijn uitlating rechtens minder gewicht heeft dan godsdienstig gemotiveerde uitlatingen? De Hoge Raad die in de Van Dijke zaak de vrijheid van godsdienst steeds samen met de vrijheid van meningsuiting noemt en expliciet refereert aan 'de betekenis in het maatschappelijk debat' (3.4.4.), laat naar mijn mening de mogelijkheid open dat beide soorten uitlatingen uiteindelijk dezelfde bescherming krijgen.

6. Het feit dat de uitlatingen godsdienstig geïnspireerd zijn, kan men ook uit de context opmaken, zoals het Hof in de zaak-Van Dijk had gedaan. In de onderhavige zaak wijst de rechtbank pas op de context bij de beoordeling of er sprake is van aanzetten tot discriminatie, haat of geweld. De context vormen de delen van het afgenomen interview die niet zijn uitgezonden. Daaruit blijkt volgens de rechtbank dat de imam niet de bedoeling heeft aan te zetten. Deze wijze van beoordeling is mijns inziens terecht; het kan moeilijk aan de imam verweten worden dat meer relativerende uitspraken zijn komen te vervallen. Daar staat tegenover dat de context vooral het aanzetten tot geweld onderuit haalt. Staat het bestempelen van homoseksualiteit als een sociaal schadelijke en besmettelijke afwijking niet vrijwel gelijk aan het vragen om bepaalde maatregelen?

7. Strafrechtelijke procedures naar aanleiding van negatieve uitlatingen over homoseksuelen als groep zijn meestal niet succesvol. Men zou haast denken dat artikel 10 EVRM op de achtergrond een grotere rol speelt dan aan de oppervlakte van de jurisprudentie. Alkema heeft althans in het verleden erop gewezen dat de in art. 10 EVRM vastgelegde uitingsvrijheid wel eens belangrijker zou kunnen zijn dan het in 137c Sr tot uitdrukking komende beleid ten aanzien van homoseksuelen (noot onder HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289).

8. In de maatschappelijke discussie over de uitlatingen van El Moumni en over de jurisprudentie komt een verlangen naar rechtszekerheid naar voren: scherpe grenzen tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare. In een benadering die met zoveel factoren als intentie, context en bewoordingen rekening wil houden, is dat te hoog gegrepen. Consistent gebruik van terminologie zou de ruis wel verminderen. Daarnaast zou de Hoge Raad de vraag of 'godsdienstig geïnspireerde uitlatingen' – in het maatschappelijk debat – per definitie een streepje vóór hebben, duidelijker kunnen beantwoorden.

Media*forum* op cd-rom 1989-1998

Mediaforum op cd-rom bevat de eerste tien jaargangen 1989-1998 op cd-rom in het handige en gebruiksvriendelijke PDF-formaat. De jaargangen zijn toegankeljk gemaakt door extra registers voor onderwerpen, auteurs, titels, data/jaargangen, enzovoort, zodat de gewenste informatie snel kan worden opgezocht. Bovendien word de mogelijkheid geboden de artikelen af te drukken.
Mediaforum op cd-rom is geschikt voor pc en mac. De bestanden zijn te lezen met behulp van een Acrobat reader. Wanneer u niet over deze reader beschikt, kunt u deze downloaden bij www.adobe.com.
Deze cd-rom is een gezamenlijke productie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht en Otto Cramwinckel Uitgever.

90 75727 550 prijs € 98,- (inclusief 19 % BTW, exclusief verzendkosten) Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

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