



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het portret van de premier

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2004). Het portret van de premier. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5117>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5117>

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

II/I2

*november/december 2004
zestiende jaargang*

Het portret van de premier
Dirk Visser

Kabels en leidingen steeds meer
onder druk
Luurt Wildeboer

Veilen en loten van (telefoon)nummers;
structureel beleid of eendagsvlieg?
Irene Verheijen

Jurisprudentie 41-46
Nr. 41 Hof Amsterdam 24 juni 2004, Lycos
vs. Pessers m.nt. O.L. van Daalen
Nr. 42 Rb. Amsterdam 3 september 2004,
SBS vs. CvdM m.nt. P. Burger
Nr. 43 Rb. Rotterdam 28 april 2004, KPN
vs. OPTA
Nr. 44 Vزر. Rb. Zwolle 28 juli 2004, Pruim
vs. B&G m.nt. L. Huisman
Nr. 45 BGH 24 juni 2004, Fernseh-Fee
m.nt. M. Dellebeke

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar.
Bestuur VMC: Prof. mr. J. J. C. Kabel (voorzitter), Dr. N. A. N. M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. J. J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Boxtel (secretaris), Mr. J. F. Haeck, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H. M. C. Zeinstra. www.mediaforum.nl

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

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2004-11/12, p. 150-151; bij jurisprudentie Mediaforum 2004-11/12 nr. 18)

ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R. D. Chavannes, Mr. M. J. Geus, Mr. A. W. Hins, Mr. G. J. Kemper (voorzitter), Prof. mr. K. J. M. Mortelmans, Mr. A. J. Nieuwenhuis, Mr. A. T. Ottow, Prof. mr. H. J. de Ru, en Mr. C. J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C. J. Flentrop-Turner, Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@ivir.nl

Opmaak

De Elementen vof, Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

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

Leden VMC: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 74,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 37,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adres- of naamswijziging van leden bij voorkeur per e-mail (ledenadministratie@communicatierecht.nl) of door een faxbericht te zenden naar 084-2225801.

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

Losse nummers: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs € 8,85.

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

© 2004 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

Zestiende jaargang

nummer 11/12

november/december 2004

Inhoud

- 337 Het portret van de premier
Dirk Visser
- 338 Artikel
Kabels en leidingen steeds meer onder druk
Luurt Wildeboer
- 346 Artikel
Veilen en loten van (telefoon)nummers; structureel beleid of eendagsvlieg?
Irene Verheijen
- 352 Documentatie
Rechtspraak
Binnenland
Agenda
Verschenen
- Jurisprudentie
- 360 Nr. 41 Hof Amsterdam 24 juni 2004, Lycos vs. Pessers m.nt. O.L. van Daalen
- 364 Nr. 42 Rb. Amsterdam 3 september 2004, SBS vs. CvdM m.nt. P. Burger
- 368 Nr. 43 Rb. Rotterdam 28 april 2004, KPN vs. OPTA
- 370 Nr. 44 Vزر. Rb. Zwolle 28 juli 2004, Pruijm vs. B&G m.nt. L. Huisman
- 372 Nr. 45 BGH 24 juni 2004, Fernseh-Fee m.nt. M. Dellebeke

Nederlands

uitgeversverbond

Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Mobiel op juridische golflengte

Henk van der Werf



De juridische en technische hoofdlijnen van de mobiele telefonie en aspecten, die daarmee verband houden. Een inleidend overzicht van alle ingrediënten, waarmee de smaak van contractuele relaties tussen telecomaانبieders en consumenten kan worden gemaakt of worden bedorven.

Dr. Henk van der Werf is voorzitter van de Geschillencommissie Telecommunicatie.

ISBN 90 75727879 • 196 pagina's • ing. • € 24,90

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416 • 1017 BZ Amsterdam
T. 020 6276609 • F. 020 6383817
info@cram.nl • www.cram.nl

verschijnt binnenkort:

Marnix Langeveld

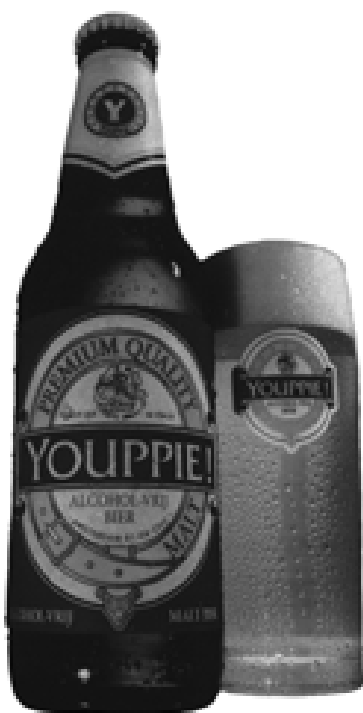
Buckler? Proost!

Hoe bekender het merk, hoe beter het is beschermd. Reikt de vrijheid van meningsuiting ten aanzien van een persoon verder dan ten aanzien van een merk? Mag een cabaretier in zijn voorstelling wel een grap maken over een bekend merk? Iedereen voelt wel aan dat het moet mogen, maar mag het ook juridisch gezien? Aan de hand van de beruchte Buckler-affaire en andere voorbeelden probeert dit boekje een antwoord te geven op die vraag.

100 pagina's ing. isbn 90 757 27 372, prijs 14,50 euro (incl btw, excl verzendkosten). Verkrijgbaar via de boekhandel en rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam
tel: 020-6276609 en fax 020-6383817
e-mail: info@cram.nl, url: www.cram.nl



ZOJUIST VERSCHENEN IN DE IViR-REEKS

PUBLIEKE OMROEP IN DE REGIO

L. DRAGSTRA • N.A.N.M. VAN EIJK • A.W. HINS • M.J. KONERT

Hoe verhouden de voorgestelde wijzigingen van de Mediawet zich tot algemene en bijzondere uitgangspunten met betrekking tot de programmatieke verantwoordelijkheid en de financiering van regionale publieke omroep? Studie uitgevoerd door het IViR in opdracht van ROOS naar aanleiding van het wetsvoorstel tot aanpassing van het financieringsregime van de regionale omroep.

112 pag. ing. isbn 9075727 690, prijs € 17,50 (incl. btw, excl. verzendkosten)



ZES JAAR BESTUUR EN RECHTSPRAAK IN DE TELECOMMUNICATIEMARKT

E.J. DOMMERING • N.A.N.M. VAN EIJK • A.T. OTTOW • O.L. VAN DAALEN

Deze studie die door het Instituut voor Informatierecht (IViR, Universiteit van Amsterdam) is uitgevoerd in opdracht van OPTA, omvat een onderzoek naar de jurisprudentie op grond van de Telecommunicatiewet. Het gaat daarbij vooral om de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. De uitspraken van beide colleges zijn in eerste plaats geïnventariseerd en geordend. Vervolgens is een kwantitatieve en kwalitatieve analyse uitgevoerd. Het is, zo concludeert het rapport, in hoge mate gewenst meer aandacht te geven aan de juridische component van de besluitvorming (materieel en formeel) dan in het verleden is gedaan.

216 pag. ing. isbn 9075727569, prijs € 24,50 (incl. btw, excl. verzendkosten)

DE TELECOMMUNICATIE EXPLOESIE ROND DE EEUWWISSELING

E.J. DOMMERING

Een essay over wat er is gebeurd in een kleine tien jaar in de telecommunicatietechnologie en de regulering in Europa, in het bijzonder in Nederland en wat de invloed daarvan is geweest op het publiekrecht en het privaatrecht. Dit essay is geschreven ter gelegenheid van de afronding van het onderzoeksprogramma 'informatietechnologie en recht'.

72 pag. ing. isbn 9075727 267, prijs € 14,50 (incl. btw, excl. verzendkosten)



Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416 • 1017 BZ Amsterdam

T 020 627 6609 • F 020 638 3817

e-mail info@cram.nl • te bestellen via www.cram.nl

Dirk Visser*

Op 6 oktober 2004 oordeelde de voorzieningenrechter te Amsterdam dat de persoon wiens gezicht op de linksonder afgebeelde poster staat, onherkenbaar gemaakt moest worden. Dat gebeurde op de wijze als rechtsonder afgebeeld. Aangezien gedaagden (organisatoren van een dansfeest, zie www.expornstar.com) geen verweer voerden en de voorzieningenrechter haar vonnis (daarom) niet motiveerde, is het vonnis zelf niet erg interessant (zie: www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AR3419). Wél interessant is de vraag of het gebod terecht was, of deze onherkenbaarmaking voldoende en zinvol was en of het wenselijk en terecht is dat een politicus in rechte optreedt tegen dit soort uitingen.



Dat in casu sprake was van een portret staat buiten kijf. Het 'Balkie' maakt dat niet anders, sterker nog, dat maakt het alleen maar erger. Afgezien van de evidente verwijzing naar de naam van de betrokkene, leert het arrest Storms/Niessen¹ 'dat door het afblokken of anderszins onherkenbaar maken van het gelaat het onrechtmatige karakter [...] niet wordt weggenomen, maar eerder wordt geaccentueerd, aangezien bij het grote publiek immers allicht de indruk zal ontstaan dat een aldus afgebeelde persoon als verdachte, zo niet als schuldige moet worden aangemerkt'.

Was de onherkenbaarmaking op last van de voorzieningenrechter door het aanbrengen van een cirkel met het woord censuur voldoende? Ja en nee. Ondanks de verruiming van het portretbegrip in het voornoemde arrest Storms/Niessen, zou ik menen dat bij de bewerkte poster geen sprake meer is van een portret van de premier. 'Uit hetgeen de afbeelding overigens toont' blijkt in casu m.i. niet de identiteit van de betrokken persoon. Weliswaar is de slagzin 'normen & waarden' inmiddels nauw met de premier verbonden, maar zonder de voorafgaande poster kan het publiek m.i. niet denken dat het hier om een afbeelding van de premier gaat. Maar, omdat de voorafgaande poster er wél was en juist door het kort geding ruime bekendheid had gekregen, was deze onherkenbaarmaking m.i. volsrekt zinloos. Iedereen bleef ook de gewijzigde poster met de premier associëren en de poster bleef daarmee even 'schadelijk'.

Was het gebod terecht? Ik meen van niet. Dit is m.i. een voorbeeld van een 'grapje', vergelijkbaar met bijvoorbeeld de Máxima-kalender van *Panorama*² en vergelijkbaar met een spotprent in de krant, dat, tenminste éénmalig of voor een korte periode, 'moet kunnen'.³ Of het grapje door de betrokkene of door (een deel van) het publiek al dan niet als leuk of smaakvol wordt ervaren, doet daarbij niet terzake. Er is geen sprake van schending van de privacy. De foto is immers overduidelijk gefotoshopped (getruced). Niemand zal denken dat de premier echt in deze pose is gefotografeerd. Evenmin zal iemand denken dat de premier zijn medewerking of goedkeuring aan deze poster of het feest heeft gegeven. Mede daarom maakt het feit dat het om een reclame gaat (voor een 'normen & waarden'-themafeest) wat mij betreft geen verschil. Hier wordt niet aangehaakt bij enige verzilverbare populariteit van de premier, maar bij zijn opvattingen over het thema van het feest. Er is ook geen sprake van misleiding. De poster drijft overduidelijk de spot met de obsessie van de premier met normen en waarden, moraal en fatsoen.

De gemiddelde burger zou zich een dergelijke afbeelding van zijn portret op een poster niet behoeven te laten welgevalen. Een belangrijke politicus in een democratisch land moet dat m.i. echter wel. Een politicus toont zich echter vooral van zijn kleinburgerlijke en benepen kant door hier überhaupt tegen te *willen* optreden. En zoals meestal in portretrechtzaken vestigt de rechtszaak oneindig veel meer aandacht op de kwestie dan de poster zelf. De gedaagden waren daarom ongetwijfeld dolblij met alle *free publicity* voor hun feest.

* Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendom in Leiden en advocaat te Amsterdam (Klos Morel Vos & Schaap).

¹ HR 2 mei 2003, Storms en SBS vs. Niessen en IPA, NJ 2004, 80 m.nt. E.J. Dommering, *AMI* 2003-5, nr 14 m.nt. P.B. Hugenholtz, *Mediaforum* 2003-6 nr 30

m. nt. G.A.I. Schuijt.

² Zie Schuijt/Visser, *Portretrecht voor iedereen*, Amsterdam 2003, p. 111-122 (met ill.).

³ Vgl. Verkade, *Het belang van en bagatel*, rede Leiden, Nijmegen 2002.

Kabels en leidingen steeds meer onder druk

Recente ontwikkelingen in jurisprudentie en wetgeving op grond van de Telecommunicatiewet

Het gebruik van de ondergrond wordt steeds intensiever. Dit is mede het gevolg van de groei van het aantal kabels en leidingen. De Telecommunicatiewet kent een gedoogregime in verband waarmee grondeigenaren de aanleg en instandhouding van kabels voor telecommunicatie- en omroepnetwerken in hun grond moeten gedogen. De keerzijde daarvan is echter dat telecommunicatie-aanbieders hun kabels moeten verplaatsen indien een grondeigenaar voornemens is te gaan bouwen op plaatsen waar kabels liggen. Onduidelijkheid in de regeling van de gedoogplicht heeft geleid tot een toenemend aantal geschillen. Bovendien zal de regeling van de gedoogplicht worden herzien. Aan deze problematiek wordt in de literatuur relatief weinig aandacht geschonken. Om die reden zal in dit artikel aan de hand van een aantal knelpunten die zich in de praktijk voordoen bij het leggen van kabels en leidingen, worden ingegaan op enkele recente ontwikkelingen in verband met de toepassing van de regeling van de gedoogplicht.

Mediavisie
Luurt Wildeboer*

Inleiding

De grond wordt steeds intensiever gebruikt. Behalve tunnels, metrobuizen, parkeergarages etc., zijn in de afgelopen jaren steeds meer kabels en leidingen in de grond gelegd. De liberalisering van de telecommunicatiesector en de opkomst van internet hebben hieraan sterk bijgedragen. Met de liberalisering hebben alle telecombedrijven, naast het voormalig staatsbedrijf PTT, thans KPN, het recht gekregen om in openbare gronden kabels te leggen. Door de stijging van het aantal aanbieders en de snelle uitrol van nieuwe netwerken is het aantal kabels voor telecommunicatie- en omroepnetwerken sinds 1998 sterk toegenomen.

De groei van het aantal kabels heeft geleid tot een grotere inbreuk op de eigendom van de grond en tot meer overlast door het uitvoeren van graafwerkzaamheden. Ook zitten leidingeigenaren elkaar daardoor in toenemende mate in de weg. Nutsbedrijven klagen dat zij niet meer bij hun leidingen kunnen komen, terwijl steeds vaker schade ontstaat aan kabels en leidingen. Door schade treden storingen op in de stroomvoorziening of het telefoonverkeer, met als gevolg aanzienlijke maatschappelijke kosten voor particulieren en bedrijven.

Onduidelijkheden in de bestaande regeling van de gedoogplicht op grond van de Telecommunicatiewet (Tw) hebben bijgedragen aan een toenemend aantal geschillen tussen gemeenten en telecomaandbieders en tussen verschillende leidingeigenaren bij de Onafhankelijke Post en Telecommunica-

tie Autoriteit (OPTA) en de civiele rechter. Het gaat daarbij over het leggen, instandhouden en verplaatsen van kabels en de daarmee verbonden kosten.

Aan de roep om ordening van het gebruik van de ondergrond en om verduidelijking van de regulering van dat gebruik wordt tegemoetgekomen. Zo is onder meer een herziening van de regeling van de graafrechten voor telecombedrijven in hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet aangekondigd.¹ Daarnaast zal een regeling worden getroffen voor de informatie-uitwisseling met betrekking tot de ligging van kabels en leidingen.² Deze regeling vervangt de huidige zogeheten KLIC-melding,³ die door de leidingeigenaren in onderling overleg worden uitgevoerd maar onder druk is komen te staan omdat het systeem niet altijd adequate informatie zou verschaffen.

In deze bijdrage zal worden ingegaan – zonder daarbij volledig te willen zijn – op een aantal knelpunten bij de toepassing van hoofdstuk 5 van de Tw die in de praktijk tot diverse geschillen hebben geleid. Daarbij zal tevens aandacht worden besteed aan de recente ontwikkelingen met betrekking tot het inmiddels aangekondigde wetsvoorstel tot herziening van de gedoogregeling voor kabels. Kort zal worden ingegaan op de hoofdlijnen van het herziene hoofdstuk 5 in de Tw. Daarna behandel ik achtereenvolgens de bevoegdheid van OPTA in geschillen over de kosten van verplaatsing van kabels, de gedoogplicht voor ongebruikte kabels en buizen, de hinder door de aanwezigheid van telecomkabels voor andere ondergrond-

* Mr. ing. L.J. Wildeboer is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1 Brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1.

2 In het kader van dit artikel zal niet nader worden ingegaan op deze zogeheten grondroedersregeling.

3 KLIC (Kabels en Leidingen Informatie Centrum) is een landelijke stichting ter voorkoming van schade aan kabels en leidingen en daartoe informatie verzamelt over de plaats van kabels en leidingen en registreert.

se infrastructuur, de reikwijdte van het graafrecht, wat moet worden verstaan onder de uitvoering van werken, en de noodzaak voor het verplaatsen van kabels. Enkele slotopmerkingen sluiten het artikel af. Er zal niet in detail worden ingegaan op de bepalingen van het herziene hoofdstuk 5 van de Tw, nu dit wetsvoorstel kort na het afsluiten van dit artikel aan de Tweede Kamer is toegezonden (TK 2004-2005, 29 834, nrs. 1-3).

Hoofdpijnen wetsvoorstel herziening regeling aanleg kabels en leidingen in Tw

De aanleiding voor herziening van hoofdstuk 5 Tw, waarin bepalingen zijn opgenomen over de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen die deel uitmaken van een openbaar telecommunicatie- of omroepnetwerk, is het feit dat in de praktijk door met name gemeenten en telecomaanhouders problemen worden ondervonden bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels en leidingen. Daarnaast bestaat bij de toepassing van hoofdstuk 5 Tw onduidelijkheid over de daarin toegedeelde taken en verantwoordelijkheden.⁴ Een aantal van deze problemen licht ik nader toe.

Kern van het huidige hoofdstuk 5 Tw, waarin bepalingen zijn opgenomen over de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen die deel uitmaken van een openbaar telecommunicatie- of omroepnetwerk, is de gedoogplicht. Op grond daarvan dienen grondeigenaren – kort samengevat – de aanleg van kabels en leidingen in hun grond te gedogen. Hoewel de groei van het aantal kabels heeft geleid tot toenemende inbreuk op het eigendomsrecht van grondeigenaren, zal de gedoogplicht gehandhaafd blijven, om te voorkomen dat voor elk verzoek door een aanbieder om kabels te mogen leggen afzonderlijk een gedoogplicht zou moeten worden opgelegd op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht. Om grondeigenaren niet onnodig te belemmeren bij het gebruik van hun grond voor het oprichten van gebouwen of het uitvoeren van werken, zal ook de regeling van verplaatsing, beter bekend onder het principe ‘liggen om niet, verleggen om niet’, worden gehandhaafd. De gedoogplicht zal, naast telecomaanhouders, ook gaan gelden voor aanleggers van telecomkabels, aangezien in de praktijk door telecomaanhouders steeds vaker gebruik wordt gemaakt van in de aanleg gespecialiseerde bedrijven.

De gedoogplicht zal tevens gaan gelden voor ongebruikte kabels en leidingen, mits die kabels en leidingen binnen een bepaalde periode in gebruik zullen worden genomen. Daarbij wordt gedacht aan een periode van vier jaar. De inbreuk op het eigendomsrecht wordt in verband met het belang bij de aanleg van een adequate telecominfrastructuur alleen gerechtvaardigd geacht indien de kabels en leidingen binnen afzienbare tijd ten dienste staan van het telecommunicatienetwerk.

In verband met de verruiming van de gedoogplicht zal in het herziene hoofdstuk 5 Tw een betere bescherming van de gedoogplichtigen worden geboden. Daarbij moet met name worden gedacht aan het beperken van de overlast ten gevolge van de aanleg van kabels, bijvoorbeeld door het stellen van eisen bij de verlening van instemming door de gemeente, het streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige over de aanleg van kabels in niet-openbare gronden, het honoreren

van redelijke eisen van de gedoogplichtige en het accepteren van de verplichting dat een andere partij op kosten van de aanbieder zijn grond terugbrengt in de oorspronkelijke staat.

De gemeente kan met betrekking tot de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen in het kader van het daarvoor vereiste instemmingsbesluit voorschriften stellen met betrekking tot de uitvoering van de werkzaamheden, waarbij rekening moet worden gehouden met de belangen van openbare orde, veiligheid, bereikbaarheid en ondergrondse ordening. Vooral de twee laatstgenoemde belangen krijgen met het herziene hoofdstuk 5 Tw meer aandacht dan onder de huidige regeling, wat in de praktijk zal leiden tot het opleggen van beperkingen aan de aanleg van kabels en leidingen, dit alles echter met handhaving van de gedoogplicht. In de praktijk zal moeten blijken wanneer de gedoogplicht de facto wordt aangetast. Daarbij zal ook meer dan tot nu toe rekening moeten worden gehouden met de belangen van nutsbedrijven die kabels en leidingen in de grond aanwezig hebben voor het transport van gas, elektriciteit en water, maar daarbij kan ook worden gedacht aan de aanwezigheid van de gemeentelijke riolering. De coördinerende taak van de gemeente bij de aanleg van kabels en leidingen wordt hiermee vergroot ten opzichte van de huidige regeling in hoofdstuk 5 Tw.

Ten slotte zal de positie van de OPTA, in het bijzonder ten aanzien van het beslechten van geschillen die verband houden met de aanleg en verplaatsing van kabels, ten opzichte van de rol van de civiele rechter worden verduidelijkt. Dit onderdeel van de herziening is in het bijzonder van belang nu in een uitspraak van dit voorjaar door de Rechtbank Rotterdam is geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is te oordelen in geschillen die gaan over de vraag of aan de voorwaarden voor het op eigen kosten door aanbieders verplaatsen van kabels is voldaan (zie de volgende paragraaf). In de praktijk komen dergelijke geschillen regelmatig aan de orde.

Beperkte bevoegdheid OPTA bij geschillen over verplaatsing van kabels

Ingevolge artikel 5.1 Tw is eenieder in beginsel verplicht de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatie- of omroepnetwerk in openbare gronden te gedogen. Voor interlokale en internationale kabels strekt de gedoogplicht zich eveneens uit tot niet-openbare gronden, met uitzondering van afgesloten tuinen die met een bewoond perceel één geheel vormen. In die gevallen geldt dat de aanbieder met de grondeigenaar tot overeenstemming moeten komen over de plaats en de wijze van uitvoering bij aanleg.

Keerzijde van de gedoogplicht is dat een aanbieder zijn kabels op grond van artikel 5.7 lid 1 Tw op eigen kosten dient te verplaatsen indien de verplaatsing van de kabels nodig is voor de oprichting van gebouwen of uitvoering van werken door of vanwege een gedoogplichtige, beter bekend onder het adagium ‘liggen om niet, verleggen om niet’. De achtergrond van deze regeling is dat een gedoogplichtige, die geen vergoeding ontvangt voor de aanwezigheid van kabels in zijn grond maar die moet gedogen in verband met het publieke belang bij een adequate infrastructuur voor telecommunicatie, niet in een nadeliger positie komt te verkeren door de hem wette-

⁴ Zie brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 2-3; het ontwerp-wetsvoorstel (versie 25 november 2003) is gepubliceerd op www.ivir.nl.

lijk opgelegde gedoogplicht voor telecomkabels en de kosten van het verleggen van kabels zou moeten dragen.

In de praktijk blijken veel problemen te rijzen in verband met de toepassing van de regeling van verplaatsing van kabels. Daarbij gaat het veelal om de vraag of in een bepaald geval aan de voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw is voldaan en de aanbieder de kosten van verplaatsing moet dragen. Onduidelijk is bijvoorbeeld wanneer de verplaatsing van kabels 'nodig' is en wat onder de 'uitvoering van werken' moet worden begrepen. Pas wanneer aan die eisen is voldaan, is een aanbieder verplicht om op eigen kosten zijn kabels te verplaatsen. In de andere gevallen dient de gedoogplichtige deze kosten te dragen op grond van artikel 5.7 lid 2 Tw.

Een van de knelpunten is de onduidelijkheid over de vraag of OPTA of de civiele rechter geschillen moet beslechten over verplaatsing. OPTA is op grond van artikel 5.7 Tw belast met het beslechten van geschillen over de kosten van verplaatsing. De vraag is gerezen of OPTA slechts bevoegd is te oordelen over de hoogte van de kosten van verplaatsing of dat OPTA op grond van die bevoegdheid tevens kan oordelen over de vraag of aan de voorwaarden voor verplaatsing is voldaan en wie derhalve de kosten van verplaatsing moet dragen.

De minister van Economische Zaken heeft zich in het kader van de herziening van hoofdstuk 5 Tw op het standpunt gesteld dat een geschil over de vraag of aan de voorwaarden voor verplaatsing is voldaan van civielrechtelijke aard is. Het gaat daarbij om een inbreuk op het eigendomsrecht terwijl de gedoogplicht daarbij niet in het geding is.⁵ OPTA heeft in een geschil tussen KPN en de gemeente Lelystad⁶ evenwel geoordeeld dat zij bevoegd is te oordelen over de vraag of aan de voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw is voldaan en daarmee over de vraag of de gemeente in dat geval KPN kon verplichten op eigen kosten haar kabels te verplaatsen.

OPTA heeft zich in haar besluiten beroepen op de kennelijke bedoeling die de wetgever ten grondslag zou hebben gelegd aan de bevoegdheid van OPTA tot geschilbeslechting bij toepassing van artikel 5.7 lid 1 Tw in die gevallen dat geen overeenstemming bestaat over de vraag of een aanbieder de kosten van de verplaatsing van zijn kabels moet dragen. OPTA leidt daaruit af dat met die regeling is beoogd daarvoor een publiekrechtelijke rechtsgang te bieden naast of ter vervanging van de reeds bestaande civielrechtelijke rechtsgang.

De Rechtbank Rotterdam heeft in een uitspraak van 28 april 2004 naar aanleiding van het beroep van KPN in bovenbedoeld geschil geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is op grond van artikel 5.7 Tw te oordelen over de voorwaarden van verplaatsing. Die geschillen zouden tot de competentie van de civiele rechter behoren. OPTA is volgens de rechtbank slechts bevoegd te oordelen over de hoogte van de kosten.^{7,8}

De rechtbank neemt op grond van de memorie van toelichting bij de Tw⁹ aan dat de wetgever met de mogelijkheid van geschilbeslechting door OPTA op grond van artikel 5.7 lid 3 Tw geen verandering heeft willen brengen in het (dan) bestaande systeem van rechtsmachtverdeling, ondanks het feit dat artikel 5.7 lid 3 Tw verwijst naar de kosten in het eerste

en tweede lid. Daaruit leidt de rechtbank af dat de bevoegdheid van geschilbeslechting slechts betrekking kan hebben op de kosten en niet op de voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw.

Op grond van artikel 37 Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv), dat is vervangen door artikel 5.7 Tw, behoren geschillen over de voorwaarden voor het verplaatsen op kosten van de aanbieder tot de competentie van de civiele rechter. In de memorie van antwoord¹⁰ is daarover opgemerkt:

De leden van de fractie van D66 vroegen naar de beslechting van een mogelijk geschil tussen de houder van een concessie en een gedoogplichtige over de noodzaak van verplaatsing van kabels ten behoeve van bouw- en andere werken als in artikel 38 [lees: artikel 37; LJW], eerste lid, bedoeld. Aangezien de vraag of een (bouw-)werk de verplaatsing van kabels al dan niet nodig maakt, gewoonlijk van praktische aard is, hebben zich in het verleden slechts zeer weinig geschillen voorgedaan. De gedoogplichtige, die in deze meent op onwil of een onjuiste visie van de concessiehouder te stuiten, zal zich daartegen bij de burgerlijke rechter, met name in kort geding, kunnen voorzien.

In aansluiting daarop is in de nota naar aanleiding van het eindverslag¹¹ nog opgemerkt:

Ten aanzien van de vraag van de leden van de fractie van D66 naar mijn visie op de omstandigheid, dat de in artikel 38 [lees: artikel 37; LJW], neergelegde regeling bij geschillen over de noodzaak van verplaatsing van kabels en kabelnetten niet voorziet in de in het derde lid vermelde bezwarenprocedure, merk ik nog het volgende op. Zowel in het eerste als in het tweede lid gaat het over de plicht van de houder van de concessie, ten dienste van (bouw-)werken delen van de infrastructuur te verplaatsen. De in het eerste lid aan de orde zijnde vraag, of de voorgenomen werken een verplaatsing noodzakelijk maken, zal naar mijn oordeel het meest doelmatig door de burgerlijke rechter (met name in kort geding) kunnen worden beantwoord. Dit geldt eveneens voor gevallen als in het tweede lid bedoeld, indien de houder van de concessie, zelfs tegen vergoeding van de kosten, niet bereid zou zijn de kabels te verplaatsen. In zoverre is er tussen het eerste en het tweede geen verschil van forum. Slechts indien partijen het over de verplaatsing eens zijn, doch in het eerste lid ontbrak in artikel 37 lid 3 Wtv; LJW] bedoelde geval het juiste bedrag van de aan de houder van de concessie te betalen kosten hen verdeeld houdt, kan de beslissing van de minister terzake worden ingeroepen. [...] Ik merk daarbij nog op, dat ook in de door de leden van de D66-fractie aangevoerde casuspositie de beslechting van het geschil over de noodzaak van verplaatsing aan het oordeel van de burgerlijke rechter was onderworpen.

Op grond van bovenbedoelde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam blijft de civiele rechter bevoegd te oordelen in geschillen over de vraag of aan de voorwaarden voor verplaatsing op kosten van de aanbieder is voldaan.

De minister van Economische Zaken heeft op aandringen van de betrokken partijen in het kader van de herziening van hoofdstuk 5 Tw reeds aangekondigd de geschilbeslechtende taken vooralsnog bij OPTA te laten in afwachting van een meer principiële beoordeling van de taken en verantwoorde-

5 Brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 6-7.

6 Beschikking van 9 mei 2001, nr. OPTA/IBT/2001/200692 (KPN Telecom BV/Gemeente Lelystad) en beslissing op bezwaar van 21 december 2001, nr. OPTA/JUZ/2001/203003 (www.opta.nl).

7 Rechtbank Rotterdam 28 april 2004, nr. TW 02/323 HRK. Deze uitspraak is opgenomen in de rubriek Jurisprudentie in dit nummer.

8 OPTA heeft hoger beroep aangetekend; zie *Connecties*, juni 2004, nr. 3, p. 14 (www.opta.nl).

9 TK 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 95.

10 TK 1987-1988, 20 639, nr. 6, p. 69.

11 TK 1987-1988, 20 369, nr. 13, p. 26.

lijkheden van OPTA. Omdat OPTA niet bevoegd is te oordelen over de wettelijke voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw, zal in het herziene hoofdstuk 5 Tw derhalve een uitdrukkelijke regeling van de bevoegdheid van OPTA voor die gevallen moeten worden opgenomen.

Hoewel OPTA de afgelopen jaren meermalen heeft geoordeeld in geschillen over de voorwaarden en daarbij enige (beleids)lijnen heeft uitgezet hoe daarmee in de praktijk om te gaan, kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de effectiviteit van geschilbeslechting door OPTA in gevallen dat een gedoogplichtige voornemens is een gebouw op te richten of een werk uit te voeren.

Een aanbieder is alleen verplicht zijn kabels op eigen kosten te verplaatsen indien aan de voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw is voldaan. Die verplichting vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Indien OPTA oordeelt dat aan de voorwaarden is voldaan, zal een aanbieder kunnen blijven aannemen dat hij daartoe (wettelijk) niet verplicht is zolang in rechte niet is komen vast te staan dat dit oordeel rechtmatig is. OPTA is bevoegd om in die gevallen zonedig handhavend op te treden, maar ook daartegen staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, zodat lange tijd onzekerheid kan bestaan over de verplichting voor een aanbieder om op eigen kosten zijn kabels te verplaatsen. Om op korte termijn duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of aan de voorwaarden is voldaan, is een voorziening bij de civiele rechter in kort geding aangewezen, hetgeen ook blijkt uit de hiervoor aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis bij de Wtv.

In dat verband kan worden gewezen op een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht van 21 maart 2001,¹² waarin de gemeente Beek van KPN vorderde dat zij in verband met de herinrichting van een plein door de gemeente een kabelverdeelkast en de daarmee verbonden kabels zou verplaatsen. Die vordering werd afgewezen omdat het verplaatsen van de kabels niet nodig was voor het kunnen uitvoeren van de herinrichting van het desbetreffende plein.

Een geschilprocedure leent zich derhalve niet goed voor het op korte termijn verkrijgen van een oordeel over de verplichting tot verplaatsing. De voorzieningenrechter van de sector bestuursrecht van de rechtbank zal in het kader van een geschilprocedure een aanbieder immers niet kunnen opdragen zijn kabels daadwerkelijk te verleggen. Ook indien OPTA na de herziening van hoofdstuk 5 Tw bevoegd zal zijn te oordelen in geschillen over de voorwaarden voor verplaatsing, zal er een rol kunnen blijven voor de civiele rechter (in kort geding) om te oordelen of aan de voorwaarden is voldaan en de aanbieder verplicht is op eigen kosten zijn kabels verplaatsen.

Uitbreiding gedoogplicht tot lege buizen

In het recente verleden zijn bij de aanleg van een netwerk door de aanbieders met het oog op de te verwachten benodigde capaciteit grote aantallen kabels en lege mantelbuizen gelegd die niet direct in gebruik zijn genomen, om te besparen op de kosten van aanleg van een kabelnetwerk.

De gedoogplicht op grond van artikel 5.1 lid 1 Tw strekt zich uit tot kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk of omroepnetwerk. Onder kabels worden op grond van artikel 1.1 onder r Tw (oud) tevens begrepen beschermingswerken zoals mantelbuizen. OPTA heeft in een geschil tussen Crystal Conduct Infra Broker e.a. en een particulier¹³ geoordeeld dat een mantelbuis weliswaar een beschermingswerk is en moet worden begrepen onder een kabel, maar dat een beschermingswerk niet los kan worden gezien van een kabel die ten dienste staat van een netwerk waarover telecommunicatiediensten worden geleverd. Op grond daarvan komt OPTA tot de conclusie dat voor lege mantelbuizen op grond van artikel 5.1 lid 1 Tw geen gedoogplicht geldt.

Het gaat hierbij om een strikte interpretatie¹⁴ van artikel 5.1 lid 1 Tw, waarin wordt gesproken van kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk, terwijl in artikel 1.1 onder r Tw (oud) slechts een definitie wordt gegeven van het begrip kabels. Volgens die redenering geldt dat een gedoogplicht slechts bestaat voor beschermingswerken voor zover die ten dienste staan van een telecommunicatienetwerk.

Deze interpretatie sluit niet aan bij de praktijk waarin door aanbieders in veel gevallen reeds voor toekomstig gebruik capaciteit aan lege buizen of kabels worden gelegd, dit om te voorkomen dat opnieuw graafwerkzaamheden moeten plaatsvinden zodra een uitbreiding van capaciteit nodig is. Bovendien behoort volgens de minister van Economische Zaken ook het beperken van overlast ten gevolge van graafwerkzaamheden tot de publieke belangen die op grond van hoofdstuk 5 Tw dienen te worden beschermd.¹⁵

Om onduidelijkheid weg te nemen over de vraag of lege mantelbuizen deel uitmaken van een communicatienetwerk en onder de gedoogplicht van hoofdstuk 5 Tw vallen en zeker te stellen dat de gedoogplicht zich daartoe mede uitstrekt, is in het kader van het wetsvoorstel tot wijziging van de Tw in verband met de implementatie van een nieuw Europees regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken een amendement ingediend door het kamerlid Blok.¹⁶ Dit amendement strekte aanvankelijk tot een uitbreiding van het begrip 'kabels' met lege mantelbuizen. Gelet op het hiervoor aangehaalde besluit van OPTA inzake het geschil tussen Crystal Conduct Infra Broker e.a. en een particulier, kon echter worden betwijfeld of daarmee voldoende zou zijn verzekerd dat lege mantelbuizen ook ten dienste zouden staan aan een elektronisch communicatienetwerk. Om hieraan tegemoet te komen is dit amendement vervangen door een gewijzigd amendement¹⁷ dat strekt tot een uitbreiding van de gedoogplicht op grond van artikel 5.1 lid 1 Tw tot lege mantelbuizen in openbare gronden.

In de overige bepalingen van hoofdstuk 5 Tw zijn evenwel geen wijzigingen aangebracht, zodat die bepalingen geen betrekking hebben op lege mantelbuizen. Gevolgen daarvan zijn dat de gedoogplicht van lege mantelbuizen zich beperkt tot openbare gronden, de gemeentelijke coördinatieplicht hierop niet van toepassing is en artikel 5.6 Tw hiervoor niet geldt, zodat lege mantelbuizen door natrekking eigendom worden van de grondeigenaar.¹⁸ Deze problemen hadden op een eenvoudige wijze kunnen worden voorkomen door de

12 Pres. Rb. Maastricht, KG 2001, 104.

13 Besluit van 23 juli 2001, nr. OPTA/IBT/2001/202119 (www.opta.nl).

14 Ook door Van Angeren e.a. is betoogd dat de interpretatie van OPTA eng is; BR 2003, p. 860.

15 Brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 3.

16 TK 2003-2004, 28 851, nr. 19.

17 TK 2003-2004, 28 851, nr. 41.

18 Zie voor een toelichting op de consequenties van het amendement-Blok de memorie van antwoord, TK 2003-2004, 28 851, nr. C, p. 11 e.v.

definitie van het begrip kabels uit te breiden, zodat daaronder tevens lege mantelbuizen worden begrepen, onder gelijktijdige aanpassing van artikel 5.7 lid 1 Tw waardoor niet tevens de eis zou gelden dat de kabels ten dienste moeten staan van een elektronisch communicatienetwerk. Bij de herziening van hoofdstuk 5 zal hieraan dan ook nadrukkelijk aandacht moeten worden besteed.

Als gevolg van het amendement-Blok geldt op grond van de huidige tekst van de Tw een algemene gedoogplicht voor ongebruikte kabels en mantelbuizen in openbare grond. Dit betekent een verdergaande inbreuk op het eigendomsrecht dan tot voor kort gold, toen naar moest worden aangenomen slechts een gedoogplicht gold voor gebruikte kabels en buizen. Omdat die inbreuk wordt gerechtvaardigd door het algemeen belang dat bestaat bij een adequaat functionerend communicatienetwerk, acht de minister van Economische Zaken het noodzakelijk de bestaande gedoogplicht voor ongebruikte kabels en mantelbuizen te beperken tot een bepaalde periode.¹⁹ Aan kabels en leidingen die lange tijd of permanent buiten gebruik blijven kan naar de mening van de minister niet een zodanig algemeen belang worden toegekend dat een zo vergaande inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd. Daarbij wordt door de minister gedacht aan een gedoogplicht voor ongebruikte kabels en buizen voor een periode van vier jaar. Na afloop van die periode vervalt die gedoogplicht. In dit verband is nog van belang dat voor al aanwezige kabels en buizen die nog niet in gebruik zijn geldt dat die periode zal aanvangen met ingang van het tijdstip waarop het herziene hoofdstuk 5 van de Tw in werking treedt.

Op deze wijze is een evenwicht gezocht tussen de belangen van aanbieders bij de aanleg van nieuwe kabels en leidingen en de belangen van de grondeigenaren en de nutsbedrijven die hinder ondervinden van reeds aanwezige kabels en leidingen. Verwacht mag worden dat aanbieders meer onderzoek zullen doen naar de op (korte) termijn benodigde capaciteit en in verband daarmee meer aandacht zullen besteden aan de vraag of de aan te leggen kabels binnen een periode van vier jaar in gebruik zullen worden geworden. Het gaat daarbij om een afweging van kosten en baten. Als gevolg van deze maatregel is het niet langer voordelig om zonder meer nieuwe kabels en leidingen aan te leggen indien niet verwacht wordt dat deze kabels binnen afzienbare tijd in gebruik zullen worden genomen.

Hinder voor nutsbedrijven door telecomkabels

Als een van de doelstellingen van de herziening van hoofdstuk 5 van de Tw is aangegeven dat de balans moet worden hersteld tussen de belangen van de aanbieders, de gedoogplichtigen en de overige gebruikers van de ondergrond, zoals nutsbedrijven. Die balans was verstoord ten gevolge van het intensieve gebruik dat in de afgelopen jaren door de telecomaandieners is gemaakt van hun graafrechten; tevens werden andere belangen onvoldoende beschermd op grond van de Tw.

Door nutsbedrijven is geklaagd over het feit dat zij hun infrastructuur voor de levering van gas, elektriciteit en water steeds moeilijker kunnen bereiken vanwege de aanwezigheid van telecomkabels. Daardoor wordt het uitvoeren van onder-

houd en reparaties bemoeilijkt, waardoor de instandhouding van andere ondergrondse infrastructuur mogelijk in gevaar kan komen. Het huidige hoofdstuk 5 Tw voorziet niet in een uitdrukkelijke regeling op grond waarvan is vereist dat bij de aanleg en instandhouding van telecomkabels rekening moet worden gehouden met de aanwezigheid van andere kabels en leidingen in de ondergrond. Hoofdstuk 5 Tw stelt de gedoogplicht voorop en de andere belangen zijn daaraan ondergeschikt gemaakt.

Een aantal gemeentebesturen heeft geprobeerd in het kader van de gemeentelijke coördinatieplicht op grond van artikel 5.2 Tw eisen te stellen aan de wijze van uitvoering van graafwerkzaamheden. Gemeenten beriepen zich daarbij op artikel 5.2 lid 2 Tw dat gemeenten verplicht rekening te houden met andere werkzaamheden en belangen dan die welke verband houden met de aanleg van telecomkabels. Daartoe werden dan ook de belangen van nutsbedrijven gerekend.

Op grond van de redactie van het huidige artikel 5.2 Tw moet worden betwijfeld of in het kader van de gemeentelijke coördinatieplicht gemeenten met het oog op de belangen van nutsbedrijven bij toegang tot hun kabels, eisen kunnen stellen aan de plaats van de telecomkabels. Artikel 5.2 lijkt daarvoor geen ruimte te bieden, nu in het vijfde lid van die bepaling slechts in afwijking van de melding voorschriften kan stellen over het tijdstip van aanvang of voltooiing en de wijze van uitvoering van de uit te voeren graafwerkzaamheden, en slechts instemming is vereist terzake van tijdstip, plaats en wijze van uitvoering van de graafwerkzaamheden. De behoefte aan coördinatie van de graafwerkzaamheden wat betreft tijdstip, plaats en wijze van uitvoering is ingegeven door de uitbreiding van het aantal graafgerechtigden.²⁰

Uitgangspunt van hoofdstuk 5 van de Tw is echter de gedoogplicht. De gedoogplicht mag blijken uit artikel 5.2 lid 2 Tw niet worden doorkruist. Door het voorschrijven van een ander tracé dan waarvoor een instemmingsbesluit is gevraagd door een aanbieder, kan in feite niet langer worden gesproken van het gedogen van kabels. De president van de Rechtbank Rotterdam heeft dit bevestigd in een uitspraak van 25 januari 2000.²¹ De president is in dat verband van oordeel dat op grond van artikel 5.2 lid 5 Tw een aanbieder niet verplicht kan worden tot het volgen van een ander tracé.

De wetgever heeft, zo mag uit het vorenstaande blijken, niet beoogd de gemeentelijke coördinatieplicht zover op te rekken dat door een gemeente een ander tracé kan worden voorgeschreven. Het gaat hierbij bovendien om een zodanig ingrijpende bevoegdheid dat daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag is vereist. Die grondslag ontbreekt thans in artikel 5.2 Tw. Dit is ook door de Minister van Economische Zaken in meergenoemde brief aan de Tweede Kamer onderkend. Om die reden is door de minister dan ook aangekondigd dat in het herziene hoofdstuk 5 van de Tw een bepaling zal worden opgenomen die voorschrijft dat bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels de instandhouding van andere reeds in de ondergrond aanwezige werken niet in gevaar mag worden gebracht of aanzienlijk mag worden bemoeilijkt.²² Indien een aanbieder zich hier niet aan houdt, dient deze op eigen kosten maatregelen te treffen om andere kabels niet in de weg te zitten en in dat kader zijn kabels zonodig te verplaatsen.

19 Brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 4.
20 Zie ook MvT, TK 25 533, nr. 3, p. 94, en Nota naar aanleiding van verslag, 25 533, nr. 5, p. 72.

21 Pres. Rb. Rotterdam, 2 januari 2000, zaaknr. VTELEC 99/2836-SIMO, LJN-nr. AA5552.

22 Brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 6.

Het gaat hierbij om een vage norm waarvan niet op voorhand kan worden vastgesteld of daaraan in een concreet geval wordt voldaan of dat in een concreet geval maatregelen nodig zijn. De praktijk zal moeten uitwijzen hoe daarmee wordt omgegaan. Beleidsregels kunnen daarbij nuttig zijn. In ieder geval zullen aanbieders meer dan nu aandacht moeten geven aan de plaats van hun kabels, gelet op de aanwezigheid van kabels van andere nutsbedrijven. Dit geldt vooral voor verstedelijkt gebied.

Reikwijdte graafrecht

Ingevolge artikel 5.1 lid 1 Tw is eenieder verplicht de aanleg van kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk in en op openbare gronden te gedogen. Voordat de aanbieder van een telecommunicatienetwerk met de aanleg van een dergelijk netwerk kan beginnen is instemming vereist van burgemeester en wethouders op grond van artikel 5.2 lid 3 Tw.

In een recente uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) van 10 maart 2004²³ is nader vastgesteld wie op grond van hoofdstuk 5 aanspraak kan maken op een graafrecht. Steeds vaker wordt in de praktijk door daartoe gespecialiseerde bedrijven kabelinfrastructuur aangelegd, die daarna wordt verkocht of verhuurd aan of in technisch beheer wordt gehouden voor bedrijven die via die infrastructuur hun diensten aanbieden.

Zo ook Volker Stevin Telecom Infra Planontwikkeling BV, die (lege) buizen aanlegt waarin derden hun kabels kunnen (doen) leggen. Volker Stevin vroeg de gemeente Rijswijk instemming te verlenen voor de aanleg van buizen, maar de gemeente weigerde toestemming omdat zij geen aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk zou zijn en de buizen derhalve niet onder de gedoogplicht van de Tw vallen. Daarom verleende de gemeente een vergunning op grond van de APV met als gevolg dat voor de aangelegde kabels precario-recht moet worden betaald. Volker Stevin heeft zich hiertegen verzet en stelde zich op het standpunt dat zij wel een aanbieder was van een openbaar telecommunicatienetwerk en als zodanig ook geregistreerd was bij OPTA.

Het CBB stelde in zijn uitspraak vast dat op grond van de artikelen 5.1 en 5.2 Tw slechts een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk een graafrecht heeft voor de aanleg van kabels, welke aanleg in openbare grond door een ieder moet worden gedoogd. De aanbieder die bij OPTA als zodanig is geregistreerd, is daartoe bevoegd. In het onderhavige geval was echter niet gebleken van de aanwezigheid van een openbaar telecommunicatienetwerk ten tijde van de aanleg. Er kan dan volgens het CBB niet worden gesproken van een telecommunicatienetwerk omdat er op het moment van aanleg geen kabels in de buizen waren voorzien. Hiermee sloot het CBB zich aan bij de benadering die eerder door OPTA in het kader van geschilbeslechting was ingenomen ten aanzien van de status van ongebruikte kabels en (lege) buizen. Dit zou anders zijn geweest indien zou zijn aangetoond aan de hand van contracten dat aansluitend wel sprake zou zijn geweest van kabels in de buizen. Op grond van het herziene hoofdstuk 5 Tw zal zoals wij eerder zagen een periode van vier jaar worden toegestaan waarin lege buizen in gebruik mogen worden genomen.

Bovendien werd in het dit geval geen openbaar telecommunicatienetwerk aanwezig geacht omdat Volker Stevin niet heeft aangetoond aan de hand van contracten dat het netwerk bestemd was voor het gebruik door aanbieders voor telecommunicatiediensten die bestemd waren voor het publiek. Op grond daarvan hadden burgemeester en wethouders hun instemming op grond van artikel 5.2 Tw op goede gronden kunnen onthouden. Dit is anders indien een aanlegger tevens een aanbieder is van telecommunicatiediensten en die voor hun netwerk graafwerkzaamheden verrichten en nieuwe kabels aanleggen. In dat geval moest volgens het CBB worden aangenomen dat het nieuwe netwerk tevens een openbaar telecommunicatienetwerk vormde.²⁴

Het CBB hanteert een strikte interpretatie van het begrip openbaar telecommunicatienetwerk, waardoor het graafrecht voor aanbieders van een telecommunicatienetwerk die niet tevens een aanbieder zijn van telecommunicatiediensten, in de praktijk aanzienlijk is beperkt. Met name voor bedrijven die slechts netwerken aanleggen maar deze niet daadwerkelijk zelf gebruiken voor het aanbieden van telecommunicatiediensten wordt het moeilijker om een netwerk aan te leggen.

Het voordeel van de werkwijze van bedrijven als Volker Stevin die in een bepaald gebied nieuwe infrastructuur aanleggen voor gezamenlijk gebruik door de verschillende aanbieders, namelijk graafrust en medegebruik van kabelvoorzieningen, lijkt met de strikte uitleg van het CBB verloren te gaan. Dit terwijl door de Minister van Economische Zaken het publieke belang bij het voorkomen van hinder door graafwerkzaamheden in het kader van het herziene hoofdstuk 5 Tw nog eens is onderstreept. Mede om die reden zijn ongebruikte kabels en buizen reeds in de in mei 2004 gewijzigde Tw onder het begrip kabels gebracht, zodat onder andere wordt voorkomen dat vaker graafwerkzaamheden zullen moeten plaatsvinden met het oog op de uitbreiding van de capaciteit van het bestaande telecommunicatienetwerk.

Op grond van het nieuwe hoofdstuk 5 Tw zal de gedoogplicht ook gaan gelden voor aanleggers van kabelinfrastructuur.²⁵ Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de bestaande praktijk waarin bedrijven zich specialiseren in de aanleg en het beheer van kabelnetwerken. In het geval ongebruikte buizen worden gelegd, zullen die binnen vier jaar in gebruik moeten worden genomen. Na afloop van die periode vervalt de gedoogplicht.

Op grond van bovengenoemde uitspraak van het CBB zal de wetgever zich er bij de herziening van hoofdstuk 5 Tw bewust moeten zijn van de strikte uitleg die door het CBB is gegeven aan het begrip openbaar telecommunicatienetwerk. De redactie van artikel 5.2 Tw zal zodanig moeten worden aangepast dat niet alleen aanbieders van een openbaar telecommunicatienetwerk graafwerkzaamheden mogen uitvoeren, zoals nu nog het geval is op grond van de huidige redactie van artikel 5.2 Tw.

Uitvoering van werken

De regeling voor de verplaatsing van kabels en de vraag wie de kosten daarvan moet dragen, de aanbieder of de gedoogplichtige, blijkt in de praktijk veel problemen op te roepen.

²³ CBB 10 maart 2004, *Mediaforum* 2004-5, p. 192 e.v., met annotatie van N. Sitompoel.
²⁴ N. Sitompoel heeft op dit door het CBB gemaakte onderscheid veel kritiek; zie

Mediaforum 2004-5, p. 194 e.v..
²⁵ Brief van de Minister van Economische Zaken, TK 2003-2004, 29 387, nr. 1, p. 4.

Artikel 5.7 lid 1 Tw verplicht een aanbieder zijn kabels op eigen kosten te verplaatsen indien dit nodig is voor het oprichten van gebouwen of het uitvoeren van werken. Met name de termen 'nodig zijn' en 'de uitvoering van werken' leiden bij de toepassing van artikel 5.7 Tw tot veel onduidelijkheid.

OPTA heeft zich voor het eerst uitgelaten over het begrip werken in het hiervoor aangehaalde geschil tussen KPN en de gemeente Lelystad. In dat geval ging het om de aanleg van een riolering en van enkele straten en het aanbrengen van acciden-tering in het terrein, welke werkzaamheden werden uitge-voerd in het kader van het bouwrijp maken van grond voor de realisering van woningbouw. Volgens OPTA diende op grond van een marginale toetsing in dat geval te worden aangenomen dat het ging om de uitvoering van een werk.

Deze benadering was aanzienlijk terughoudender dan die van de president van de Rechtbank Maastricht²⁶ in een kort geding waarin door de gemeente Beek werd gevorderd dat KPN haar kabels zou verleggen in verband met de herinrich-ting van een plein.

In die kwestie is gesteld dat het begrip 'werken' duidt op een zelfstandig naamwoord. De president in kort geding onder-schreef dit standpunt en oordeelde op grond van een wetsyste-matische uitleg dat onder het begrip werken moet worden verstaan: een constructie van enige omvang, niet zijnde een gebouw, die op de plaats van bestemming, hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect steun vindt in de grond. Op grond hiervan moest worden aan-genomen dat de uitvoering van werkzaamheden, die niet bestaan uit het aanbrengen van een constructie, niet konden worden aangemerkt als de uitvoering van werken in de zin van artikel 5.7 lid 1 Tw. Niettemin heeft de president in boven-bedoelde uitspraak het aanbrengen van een fundering voor een kunstwerk alsmede de daarmee samenhangende werk-zaamheden voor de herinrichting voor een pleintje aange-merkt als de uitvoering van een werk, hetgeen ruimer lijkt te zijn dan op grond van de daarvoor geformuleerde norm mocht worden aangenomen.

OPTA heeft in latere besluiten in geschillen over de voor-waarden van verplaatsing opnieuw geoordeeld over de vraag of er sprake was van de uitvoering van werken. In een geschil tussen KPN en de gemeente 's-Gravenzande stelde OPTA zich op het standpunt dat het begrip werken in artikel 5.7 lid 1 Tw niet zo beperkt moest worden opgevat dat daaronder slechts het aanbrengen van een constructie kan worden verstaan en dat onder werken volgens OPTA tevens werkzaamheden moesten worden begrepen.

In het besluit op bezwaar in het geschil tussen KPN en de gemeente Breda lijkt OPTA haar standpunt te nuanceren. Daarin overwoog OPTA onder verwijzing naar het geschil tus-sen KPN en de gemeente Lelystad, dat zij daarin niet tot uit-drukking heeft willen brengen dat bouwrijp maken op zich-zelf als uitvoering van werken dient te worden aangemerkt. In dat geval zijn slechts de aanleg van een riolering, de aanleg van enkele straten en het aanbrengen van accentuering in het terrein als de uitvoering van werken aangemerkt.

OPTA blijft in haar besluiten een ruimere betekenis toeken-nen aan het begrip werken dan door de aanbieders wordt

gedaan. Volgens de aanbieders wordt door OPTA onvoldoende rekening gehouden met de aanzienlijke kosten van verplaat-sing. Nu door de Rechtbank Rotterdam is geoordeeld dat OPTA niet bevoegd is te oordelen over de vraag of aan de wette-lijke voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw is voldaan (zie hierbo-ven, 'Inleiding'), blijft meer duidelijkheid over de interpretatie van het begrip werken door de bestuursrechter vooralsnog uit.

Wel vindt door OPTA in het kader van de beoordeling van de noodzaak van verplaatsing een belangenafweging plaats, waarbij wordt beoordeeld of voor de uitvoering van bepaalde werkzaamheden verplaatsing van de kabels nodig is of dat andere maatregelen kunnen worden getroffen. In paragraaf 7 zal hier op worden ingegaan.

In de concept-memorie van toelichting bij het herziene hoofdstuk 5 is aansluiting gezocht bij de interpretatie in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de president van de Rechtbank Maastricht. In de toekomst zal derhalve slechts het aanbrengen van constructies worden aangemerkt als het uit-voeren van werken. Het bouwrijp maken van grond ten behoeve van het oprichten van een bouwwerk door een derde, niet zijnde de gedoogplichtige, na verkoop of het in erfpacht uitgeven van de grond valt op grond van het herziene hoofd-stuk 5 Tw evenmin onder het uitvoeren van werken. Kennelijk is de wetgever van mening dat een dermate ruime interpreta-tie van het begrip werken als door OPTA lijkt te worden voor-gestaan, leidt tot te hoge kosten voor de aanbieders van een kabelnetwerk in verband met het verplaatsen van kabels ten gunste van bouwers.

Noodzaak verplaatsing kabels

Bij de beoordeling van de vraag of de verplaatsing van kabels nodig is in verband met de oprichting van gebouwen of de uit-voering van werken op grond van artikel 5.7 lid 1 Tw. OPTA heeft in het geschil tussen KPN en de gemeente Lelystad geoordeeld dat de verplaatsing van kabels nodig is indien de integriteit van het netwerk in gevaar komt als gevolg van het risico van beschadiging bij de uitvoering van werkzaamheden in verband met de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken.²⁷

De president van de Rechtbank Maastricht oordeelde in een geschil tussen de gemeente Beek en KPN over de verplaatsing van kabels²⁸ dat met het begrip 'nodig' door de wetgever is gekozen voor een streng en objectief bepaalbaar criterium. Aan dit criterium is volgens de president voldaan indien objectief kan worden vastgesteld dat het oprichten van gebou-ven of het uitvoeren van werken technisch onmogelijk is of onevenredig hoge kosten met zich brengt wanneer de kabels niet worden verplaatst.

In het besluit op bezwaar naar aanleiding van het geschil tussen KPN en de gemeente 's-Gravenzande neemt ook OPTA in navolging van de president van de Rechtbank Maastricht het standpunt in dat bij het begrip noodzaak het om een tech-nisch/feitelijk criterium gaat. In aansluiting daarop overwoog OPTA dat het begrip 'verplaatsen' ruim moest worden opgevat en daaronder naast het verplaatsen van kabels ook het nemen van beschermende maatregelen moest worden begrepen. De aanbieder diende in dat geval de kosten van maatregelen te

²⁶ Pres. Rb. Maastricht, 21 maart 2001, KG 2001, 104.

²⁷ Besluit van OPTA (KPN/Gemeente Lelystad), zie noot 7.

²⁸ Pres. Rb. Maastricht, 21 maart 2001, KG 2001, 104.

dragen, zodat de gedoogplichtige ondanks de aanwezigheid van de kabels zonder extra kosten gebouwen kan oprichten of werken kon uitvoeren.

Op grond van dit besluit van OPTA zal in de praktijk een belangenafweging moeten plaatsvinden, in het kader waarvan wordt beoordeeld of kan worden volstaan met het treffen van beschermende maatregelen of dat kabels daadwerkelijk moeten worden verplaatst. In veel gevallen, zoals in het geschil over een verplaatsing in 's-Gravenzande, waarin het ging om de herinrichting van een schoolplein, zal kunnen worden volstaan met beschermende maatregelen. Dit leidt in de praktijk tot aanzienlijk minder kosten voor de aanbieders dan verplaatsing. In het geschil tussen Versatel en de gemeente Breda oordeelde OPTA dat voor het planten van bomen in verband met de reconstructie van een weg de kabels van Versatel niet konden blijven liggen omdat de graafwerkzaamheden daardoor zodanig werden gehinderd dat de werkzaamheden niet zonder onevenredig hoge kosten konden worden uitgevoerd.²⁹ Er zal derhalve van geval tot geval moeten worden geoordeeld of er een noodzaak is voor verplaatsing.

Verwacht mag worden dat over de uitvoering daarvan in de praktijk ook eerder overeenstemming zal worden bereikt met aanbieders dan over daadwerkelijke verplaatsing in gevallen waarin volgens de aanbieders verplaatsing niet per se nodig is met het oog op de uit te voeren werkzaamheden ten behoeve van het oprichten van een bouwwerk of het uitvoeren van een werk.

Ook in het herziene hoofdstuk 5 wordt ervan uitgegaan dat niet in alle gevallen kabels hoeven te worden verplaatst indien aan de voorwaarden van artikel 5.7 lid 1 Tw is voldaan. Voorop staat dat maatregelen moeten worden getroffen, waaronder mede wordt verstaan het verplaatsen van de kabels. Steeds zal moeten worden nagegaan of andere maatregelen afdoende zijn om de gedoogplichtige in staat te stellen een gebouw op te richten of een werk uit te voeren. In die gevallen dient de aanbieder de kosten van die maatregelen te dragen. Hiermee heeft de wetgever een praktische oplossing in hoofdstuk 5 van de Tw opgenomen die met name bij het realiseren van minder omvangrijke constructies kostbare verplaatsingen kan voorkomen. Omdat dit voor aanbieders in de praktijk tot minder hoge kosten zal leiden, zullen zij eerder overgaan tot het treffen van die maatregelen dan overwegen daarover een geschil te starten.

Niettemin blijft op grond van het herziene hoofdstuk 5 Tw het probleem bestaan dat hierboven is signaleerd, namelijk dat aanbieders moeilijk op korte termijn kunnen worden gedwongen tot het uitvoeren van maatregelen, indien naar de mening van de aanbieder niet aan de wettelijke voorwaarden daarvoor is voldaan. Daarvoor heeft de wetgever nog geen adequate oplossing gevonden. Een oplossing zou kunnen zijn dat gedoogplichtigen de mogelijkheid wordt gegeven aan OPTA toestemming te vragen voor de verplaatsing. Tegen een besluit tot het verlenen van die toestemming staan weliswaar bezwaar en beroep open, maar het verplicht een aanbieder in het kader van een voorlopige voorziening dit besluit te laten beoordelen. Indien dit besluit niet wordt geschorst is de aanbieder verplicht aan die maatregelen uitvoering te geven. Gelet op het beperkte aantal geschillen dat in de praktijk over de toepassing van de verplaatsingsregeling aanhangig zijn gemaakt en de toename van de administratieve lasten in verband met de procedures tot het verkrijgen van de vereiste toe-

stemming, lijkt dit een onnodig ingrijpende maatregel, temeer daar zoals eerder bleek via de civiele rechter in kort geding kan worden bereikt dat een aanbieder de vereiste maatregelen direct uitvoert.

Tot slot

In het voorgaande is ingegaan op een aantal problemen die in de toepassingspraktijk van hoofdstuk 5 Tw regelmatig terugkomen en waarover meer dan wel minder recent door OPTA of de (lagere) rechter bindende uitspraken zijn gedaan. Tot nu toe ontbreekt met name nog hogere rechtspraak over de toepassing van hoofdstuk 5 Tw, waardoor voornamelijk op een groot aantal punten onzekerheid bestaat over de uitleg van diverse bepalingen met betrekking tot de aanleg en instandhouding van kabels. Door de beschikkingenpraktijk van OPTA zijn er enige lijnen ontstaan over de interpretatie en toepassing van hoofdstuk 5 Tw waar in de praktijk mee wordt gewerkt, hoewel in een aantal gevallen nog wordt geprocedeerd over de rechtmatigheid van die beschikkingen.

Wel is er in de praktijk inmiddels een aantal problemen signaleerd die vragen om verduidelijking van de redactie van de bepalingen in hoofdstuk 5 Tw. In het ontwerp wetsvoorstel voor de herziening van hoofdstuk 5 Tw is met name geprobeerd een beter evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de teleco-aanbieder bij de aanleg van kabels en leidingen en de belangen van grondeigenaren in verband met inbreuk op hun eigendomsrecht en de rol van de gemeente bij de coördinatie van de diverse werkzaamheden in het kader van de aanleg en instandhouding van kabels en leidingen die deel uitmaken van een openbaar telecommunicatie- of omroepnetwerk. Vooral de regeling van de verplaatsing van kabels en de rol van OPTA bij de beslechting van geschillen over de verplaatsing van kabels heeft bij de herziening – zoals blijkt uit het ontwerp wetsvoorstel – echter nog niet geleid tot de in de praktijk gewenste duidelijkheid over de interpretatie van artikel 5.7 Tw. Blijkens het aantal geschillen over met name de verplaatsingsproblematiek en in het bijzonder de vraag wie de kosten van verplaatsing moet dragen, bestaat met name daaraan grote behoefte. Hetzelfde geldt voor de reikwijdte van de coördinatie taak. Die taak zal worden verruimd, waarbij dan vragen zullen rijzen over de grenzen die mogen worden gesteld aan de gedoogplicht in verband met de met het oog op de belangen van derden daaraan te stellen beperkingen. Hier ligt dan ook in het bijzonder een taak voor de wetgever in het kader van de aangekondigde herziening van hoofdstuk 5 Tw.

²⁹ Besluit van OPTA van 5 april 2004, OPTA/IBT/2004/200831 (Versatel Nederland BV/Gemeente Breda) (www.opta.nl).

Veilen en loten van (telefoon)nummers; structureel beleid of eendagsvlieg?

Eind 1999 is OPTA een onderzoek gestart naar de wenselijkheid en de toepasbaarheid van veilen en loten bij de uitgifte van (telefoon)nummers. Op 21 oktober 2004 is de relevante regelgeving in werking getreden, die het veilen en loten van nummers mogelijk maakt. Voor het eerst past OPTA het veilinginstrument toe bij de uitgifte van bedrijfsnummers. Is dit het begin van een structurele praktijk of blijft het bij een experiment?

Irene Verheijen*

Inleiding

De Telecommunicatiewet (Tw) biedt OPTA de mogelijkheid om, in het geval er meerdere aanvragen om toekenning van dezelfde nummers zijn gedaan, deze aanvragen te behandelen volgens een procedure van veiling of loting. De regels voor de veiling- en lotingprocedures worden ingevolge de Telecommunicatiewet vastgelegd bij of krachtens een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB). De bevoegdheid om nummers te veilen en te loten was OPTA reeds gegeven in artikel 4.2, lid 6 van de 'oude' Telecommunicatiewet.¹ Bij gebreke aan een AMvB kon OPTA deze expliciet bij wet aan haar toegekende bevoegdheid echter niet uitoefenen. De verdeling van nummers vond daarom altijd plaats op volgorde van aanvraag ('first-come-first-served'). Dit was zowel bestuurlijk als economisch onbevredigend. Eind 1999 is OPTA daarom het project 'Veilen en loten van nummers' gestart. Het doel van dit project was inzicht te verkrijgen in de toepasbaarheid en waarde van veiling en loting voor het nummerbeheer, alsmede het tot stand brengen van een procedure voor veiling en loting van nummers.

Toepasbaarheid en waarde van veiling en loting voor het nummerbeheer

De overheid geeft nummers uit op basis van nummerplannen.² Het nummerbeleid en nummerbeheer zijn erop gericht om op efficiënte en doelmatige wijze nummers uit te geven, waardoor kan worden gewaarborgd dat er altijd voldoende nummers beschikbaar zijn. Indien een nummer wordt aangevraagd, dat reeds is uitgegeven, dient er altijd een alternatief nummer voorhanden te zijn. Door uitbreiding van bestaande nummerreeksen bestaat de mogelijkheid om nieuwe nummers te creëren; er is in principe dus nooit sprake van kwantitatieve schaarste aan nummers.

Aanvragers kunnen bij hun aanvraag om toekenning of reservering van nummers aangeven naar welke nummers hun voorkeur uitgaat. Sommige nummers kunnen voor marktpartijen een bijzondere waarde hebben. Hiervoor geldt dat zij

vanwege bepaalde kenmerken een waarde hebben die zo uitzonderlijk is, dat belangstellenden er meer geld voor over hebben dan voor alternatieve nummers. Denk bijvoorbeeld aan korte nummers, alfanumerieke nummers of mooie en herkenbare nummers zoals 030-3030303. Het belang bij de verkrijging van een specifiek nummer is aldus economisch waardeerbaar. Indien er meerdere aanvragers zijn voor zo'n economisch waardeerbaar nummer, is er sprake van kwalitatieve schaarste aan nummers.

Voor aanvragers van (gelijke) nummers met economische waarde is de verdeling volgens het principe van 'first-come-first-served' niet het meest wenselijke verdelingsmechanisme. In voorkomend geval heeft dit zelfs geleid tot een juridisch geschil.³ Vanuit de markt was er dan ook de vraag om meer invloed te kunnen uitoefenen op de verkrijging van een (mooi) nummer. Ook vanuit bestuurlijk oogpunt bestond de gedachte dat de verantwoordelijkheid voor het al dan niet kunnen verkrijgen van mooie nummers niet bij OPTA zou moeten liggen en dat efficiënt nummerbeheer van deze nummers meer gebaat was door de waardebepaling van bepaalde voorkeursnummers bij de marktpartijen te leggen. Uitgaande van algemeen aanvaarde economische principes kan worden geredeneerd dat het toekennen van een nummer aan degene die daaraan de hoogste economische waarde hecht, leidt tot (economische) efficiëntie. Marktwerking draagt daarmee bij aan de doelstellingen van het nummerbeleid en nummerbeheer. De verdeling van nummers met economische waarde leidt noch op basis van de toekenning op volgorde van aanvragen, noch op basis van loting tot dit beoogde resultaat. Bij toepassing van deze verdelingsmechanismen kan de commerciële waarde van de te verdelen nummers immers niet door de markt worden bepaald. De methoden van veilen en vergelijkende toets zijn daarentegen adequate verdelingsmechanismen voor nummers in het geval er sprake is van kwalitatieve schaarste. In het geval van kwantitatieve schaarste voldoet de methode first-come-first-served en is loting het aangewezen instrument wanneer er gelijktijdig meerdere aanvragen om toekenning van dezelfde nummers (niet van economische waarde) zijn gedaan.

* Mr. I.E.M. Verheijen is advocaat te Amsterdam bij Van Mens en Wisselink. Zij is als projectleider betrokken geweest bij het project 'Veilen en loten van nummers' bij OPTA. Zij schrijft deze bijdrage op persoonlijk titel.

1 Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie, *Stb.* 1998, 610. Deze wet is gewijzigd ingevolge het nieuwe Europese regelgevings-

kader voor de elektronische communicatiesector; zie hierna voetnoot 8.

2 Een nummerplan wordt vastgesteld door de Minister van Economische Zaken na overleg met OPTA (artikel 4.1, lid 1 Tw) en met toepassing van de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb (artikel 4.1, lid 2 Tw).

3 Het is tot op heden in deze zaken niet verder gekomen dan een bezwaarprocedure.

Besluit alternatieve verdeling nummers

De constatering dat veiling en loting wenselijke verdelingsinstrumenten zijn voor de allocatie van nummers, heeft ertoe geleid dat er procedures voor het veilen en loten van nummers zijn ontwikkeld. De hoofdlijnen van deze procedures zijn vastgelegd in het 'Besluit alternatieve verdeling nummers' (Besluit).⁴ Het uitgangspunt van het Besluit is dat alleen wanneer er meerdere aanvragen voor dezelfde nummers voorliggen, er een besluit tot veiling kan volgen. Voorts is er geen sprake van een groots opgezette veiling die vooraf bekend gemaakt wordt en waarvoor deelnemers zich vanaf dat moment kunnen aanmelden. Slechts wanneer blijkt dat er min of meer toevalligerwijs sprake is van een 'dubbele' aanvraag, kan het instrument veilen worden ingezet; de beslissing hiertoe ligt bij OPTA. Uit de toelichting bij het Besluit blijkt, dat met deze opzet werd beoogd aan te geven, dat de veiling van nummers van een geheel andere orde is dan de veiling van frequenties.⁵ Het Besluit is gepubliceerd, maar niet in de oorspronkelijke vorm in werking getreden door ontwikkelingen als gevolg van het nieuwe Europese regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector.

Machtigingsrichtlijn; nummers van uitzonderlijke economische waarde

In het nieuwe Europese regelgevingskader voor de elektronische communicatiesector is de gedachte dat sommige nummers bijzondere waarde hebben, onderkend. De Machtigingsrichtlijn introduceert het begrip 'nummer(s) van uitzonderlijke economische waarde'.⁶ Deze nummers kunnen op grond van artikel 5, lid 4 Machtigingsrichtlijn worden verdeeld door middel van 'vergelijkende en op mededinging gebaseerde selectieprocedures', waaronder een veiling of een vergelijkende toets kan worden verstaan.⁷ Voor het overige bepaalt de Machtigingsrichtlijn in artikel 5, lid 2 dat de procedures voor verlening van gebruiksrechten open, transparant en niet-discriminerend dienen te zijn. Bij de verdeling van nummers die niet van uitzonderlijke economische waarde zijn, zijn loting en behandeling op volgorde van aanvraag verdelingsmechanismen die aan deze vereisten voldoen.

Allocatie van nummers in de nieuwe Telecommunicatiewet

Als gevolg van de implementatie van de Machtigingsrichtlijn is het begrip 'nummers van uitzonderlijke economische waarde' thans ook in de 'nieuwe' Telecommunicatiewet opgenomen in artikel 4.2, lid 7.⁸ De Nederlandse wetgever heeft er voor gekozen uitsluitend de mogelijkheid van veiling voor de verdeling van deze nummers te implementeren. De beslister-

mijn op een aanvraag om toekenning van nummers is kort.⁹ De methode van de vergelijkende toets neemt dan ook teveel tijd in beslag en wordt voor de verdeling van nummers niet gezien als een praktische verdeelmethode.¹⁰ Voorts acht de wetgever de inhoud van de dienst, op basis waarvan in het geval van een vergelijkende toets zou moeten worden beoordeeld wie het meest in aanmerking komt voor toekenning van het nummer, van ondergeschikt belang aan de waarde die aanvragers hechten aan het verkrijgen van een nummer. Deze waardebeoordeling kan bij een veiling tot uiting worden gebracht.¹¹ In de literatuur komt bij een vergelijking tussen beide verdelingsmechanismen de veiling vaak als beste uit de bus: het middel is efficiënt, transparant, snel en geeft de marktpartijen de gelegenheid de economische waarde van het object te bepalen.¹²

Ingevolge de nieuwe Telecommunicatiewet kunnen uitsluitend nummers van uitzonderlijke economische waarde worden geveild en slechts dan, wanneer zij als zodanig zijn aangegeven en dit vooraf bekend is gemaakt in een nummerplan (artikel 4.2, lid 7 Tw). Onder de oude wet was de keuze om over te gaan tot veilen of loten, op het moment dat er meerdere aanvragen voor dezelfde (niet nader bepaalde) nummers ter behandeling voorlagen, voorbehouden aan OPTA.¹³

Loting is op grond van artikel 4.2, lid 6 Tw mogelijk voor alle soorten nummers, en is verplicht voor nummeraansvragen die op dezelfde dag worden ontvangen.¹⁴ Onder de oude Telecommunicatiewet was niet duidelijk wanneer precies aanvragen dienden te worden beschouwd als gelijktijdig. Door aanvragen die op dezelfde dag zijn binnengekomen als gelijktijdig te beschouwen wordt een praktische oplossing gegeven aan het probleem dat de volgorde van binnenkomst van nummeraansvragen niet altijd op eenvoudige wijze kan worden vastgesteld.¹⁵ Loting geeft OPTA de mogelijkheid om deze aanvragen op transparante en objectieve wijze te verdelen.¹⁶ Voor het overige blijft de bepaling van artikel 4.2, lid 1 Tw, dat nummers op aanvraag – waarmee impliciet wordt bedoeld op volgorde van binnenkomst – worden toegekend, de hoofdregel.¹⁷

Bezwaren OPTA tegen uitgangspunt wettelijk kader

OPTA heeft bij de wijziging van de Tw bezwaren geuit tegen voorafgaande vaststelling in een nummerplan van (categorieën van) nummers van uitzonderlijke economische waarde. OPTA is van mening dat juist het feit, dat er op een zeker moment meerdere aanvragen voor een nummer zijn ingediend, erop wijst dat het een nummer van uitzonderlijke economische waarde is. Op dat moment dient naar haar oordeel een consultatie met de betrokken partijen plaats te vinden,

4 Besluit van 16 oktober 2002, houdende regels betreffende de procedure van veiling en loting inzake de toekenning van nummers (Besluit alternatieve verdeling nummers), *Stb.* 2002, 538.

5 Nota van toelichting bij het Besluit alternatieve verdeling nummers, *Stb.* 2002, 538, p. 4-5.

6 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002, L 108/21, gepubliceerd en in werking getreden op 24 april 2002 (Machtigingsrichtlijn).

7 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 98.

8 Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Stb.* 2004, 189. Zie voor de volledige tekst van de (nieuwe) Telecommunicatiewet de Beschikking van de Minister van Justitie van 30 juni 2004, houdende plaatsing in het *Staatsblad* van de tekst van de Telecommu-

nicatiewet, zoals deze luidt met ingang van 19 mei 2004, *Stb.* 2004, 308.

9 In artikel 4.2, lid 2 Tw is bepaald dat een besluit over een aanvraag om toekenning van nummers wordt genomen binnen drie weken na ontvangst van de aanvraag; in het geval van veiling wordt de termijn verlengd met drie weken.

10 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 16-17.

11 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 98.

12 M.C.W. Janssen e.a., *Auctions and Beauty Contests*, a policy perspective, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2002, p. 6.

13 Zie ook: N.A.N.M. van Eijk, 'Implementatie Machtigingsrichtlijn en de Universeedienststrichtlijn', *Computerrecht* 2003/1, p. 22.

14 Dit in tegenstelling tot artikel 4.2 lid 6 van de oude Tw; vgl. de zinsneden 'kan het college besluiten' in artikel 4.2 lid 6 Tw (oud) en 'besluit het college' in artikel 4.2 lid 6 Tw (nieuw).

15 Zie voor een nadere beschouwing: N.A.N.M. van Eijk, a.w., p. 23.

16 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 99.

17 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 99.

alvorens de beslissing om over te gaan tot veilen wordt genomen.¹⁸ Deze consultatie is vereist op grond van de Machtigingsrichtlijn, waar uit artikel 5, lid 4 volgt dat de beslissing of nummers van uitzonderlijke waarde dienen te worden verdeeld door middel van een veiling, in overleg met belanghebbende partijen dient te worden genomen. De minister stelt zich echter op het standpunt dat dit de rechtszekerheid niet ten goede komt en dat het van belang is dat potentiële aanvragers vooraf weten of een bepaald nummer door middel van een veiling zal worden toegekend, nu dat van invloed kan zijn op de keuze om dat nummer aan te vragen. Voorts wordt gerequireerd dat een nummerplan tot stand komt volgens de openbare voorbereidingsprocedure van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en na overleg met het college van OPTA. Door vastlegging in een nummerplan welke nummers kunnen worden aangemerkt als nummers van uitzonderlijke economische waarde, is aan het vereiste van overleg met belanghebbenden voldaan.¹⁹

OPTA geeft ook aan dat zij meer armslag wenst te hebben om in onvoorziene uitzonderingssituaties over te kunnen gaan tot veilen of loten; andersom zou zij in geval van uitvoeringsproblemen moeten kunnen afzien van veiling of loting. De minister acht dit in strijd met de Machtigingsrichtlijn en met het rechtszekerheidsvereiste.²⁰ Voorts stelt OPTA zich op het standpunt dat de voorafgaande vaststelling van nummers van uitzonderlijke economische waarde nummerhandel in de hand werkt. Zij stelt dat de gekozen benadering kunstmatige schaarste creëert omdat het feit dat nummers van uitzonderlijke waarde beschikbaar zijn of komen er toe leidt dat partijen deze nummers trachten te verkrijgen. De minister brengt daar echter tegen in dat het benoemen van nummers van uitzonderlijke economische waarde niet zelf een geldelijke waarde toekent aan een nummer.²¹

Het standpunt van de minister staat haaks op zijn standpunt zoals verwoord in de toelichting van het Besluit.²² Door vooraf aan te kondigen dat de nummers krachtens het middel van veilen zullen worden verdeeld, wordt de veiling nu toch als het ware geïnitieerd. Was deze ommezwaai nodig teneinde de implementatie van de Machtigingsrichtlijn te kunnen bewerkstelligen? Lezing van artikel 5, lid 4 Machtigingsrichtlijn, noch de tekst van artikel 6 van de Kaderrichtlijn, dat het kader voor de consultatieplicht behelst, geeft duidelijk antwoord op de vraag op welk moment de consultatie moet plaatsvinden.²³ De gekozen benadering is opmerkelijk, omdat een van de doelstellingen bij het mogelijk maken van een nummerveiling nu juist was om de marktpartijen te laten bepalen *wanneer* en *welke* nummers voor hen van economische waarde zijn.

18 Uitvoeringstoets implementatie EU-richtlijnen, OPTA/S&C/2002/204034, 16 december 2002, p. 11; zie ook: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 98 en voetnoten 25 en 33 hierna.

19 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 98; zie ook voetnoten 25 en 33 hierna.

20 Zie voetnoot 19.

21 Zie voetnoot 19.

22 Zie voetnoot 5.

23 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002, L 108/21, gepubliceerd en in werking getreden op 24 april 2002 (Kaderrichtlijn).

24 Besluit van 7 mei 2004, houdende wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur in verband met aanpassingen aan de Telecommunicatiewet, *Stb.* 2004, 206.

25 Nota van toelichting bij de wijziging van het Besluit alternatieve verdeling nummers, *Stb.* 2004, 206, p. 8-9.

26 Het toetsen van aanvragen na afloop van de veiling is weliswaar minder arbeidsintensief, maar het zou niet zuiver zijn om aanvragers die niet in aan-

Gewijzigd Besluit alternatieve verdeling nummers

Het Besluit is, als gevolg van de implementatie van de Machtigingsrichtlijn, vrij ingrijpend gewijzigd.²⁴ OPTA heeft haar bezwaren tegen de gehanteerde uitgangspunten ook bij de wijziging van het Besluit, tevergeefs, aangevoerd.²⁵ De huidige tekst van het Besluit sluit aan bij de nieuwe Telecommunicatiewet en bepaalt dat vooraf dient te worden vastgesteld in een nummerplan dat bepaalde nummers van uitzonderlijke economische waarde zijn en dat de procedure van veiling van toepassing is (artikel 1, sub b Besluit). De procedure van loting is van toepassing op nummers waarop de procedure van veiling niet van toepassing is en wordt gehanteerd indien er op dezelfde dag meerdere aanvragen om toekenning voor hetzelfde nummer zijn binnengekomen (artikel 1, sub c en artikel 2, lid 2 Besluit).

Op grond van artikel 3, lid 1, sub b Besluit worden tot de veiling uitsluitend toegelaten zij, die krachtens de bepalingen van hoofdstuk 4 Tw in aanmerking komen voor toekenning van het nummer. Dat betekent dat toetsing van de aanvraag aan de criteria van hoofdstuk 4 Tw plaatsvindt voorafgaand aan de veiling.²⁶ Hetzelfde geldt voor loting (artikel 3, lid 2, sub b Besluit). Artikel 4 van het Besluit bepaalt dat in het geval er slechts één aanvrager overblijft, het nummer zal worden toegekend zonder gebruikmaking van de procedure van veilen of loten.²⁷

Het Besluit is op 21 oktober 2004 in werking getreden.²⁸ Niets lijkt het veilen en loten van nummers thans nog in de weg te staan.²⁹ De vuurdoop vindt plaats met de veiling van de nieuwe bedrijfsnummers.³⁰

Nummerplan en procedures

Om de veiling van bedrijfsnummers mogelijk te maken was een tweetal wijzigingen van het Nummerplan noodzakelijk. Voorts is een nadere uitwerking van de procedures voor veiling en loting van nummers, waarvoor in het Besluit het kader is gegeven, vastgelegd in een ministeriële regeling en in beleidsregels. Hierna volgt een overzicht en nadere beschouwing van genoemde besluiten, regeling en beleidsregels.

Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten

Bij besluit van 28 april 2004 is het nummerplan telefoon- en ISDN-diensten (Nummerplan) aangepast aan de terminologie van de nieuwe Telecommunicatiewet.³¹ Hierbij is het begrip 'nummers van uitzonderlijke economische waarde' opgeno-

merking komen voor toekenning van nummers toe te laten tot de veiling.

27 Zie voor een nadere beschouwing: N.A.N.M. van Eijk, a.w., p. 22-23.

28 Besluit van 3 september 2004, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van het Besluit alternatieve verdeling nummers, *Stb.* 2004, 453.

29 Zie voetnoot 14. Gelet op de *verplichting* onder de nieuwe Tw, om tot loting over te gaan op het moment dat er op dezelfde dag meerdere aanvragen om toekenning voor hetzelfde nummer zijn binnengekomen, heeft tussen de inwerkingtreding van de nieuwe Tw en de inwerkingtreding van het Besluit reeds drie maal een loting plaatsgevonden. Hierbij is gebruik gemaakt, anticiperend op de inwerkingtreding, van de bij of krachtens het Besluit gestelde regels met betrekking tot de lotingprocedure. De eerste twee lotingen hebben kosteloos plaatsgevonden, aangezien de Regeling vergoedingen OPTA op dat moment nog niet bekend was gemaakt (zie hierna voetnoot 43).

30 Bedrijfsnummers zijn nummers die toegang bieden tot ondernemingen en instellingen, voor zowel vaste als mobiele toepassingen (o88-nummers).

31 Besluit van de Minister van Economische Zaken van 28 april 2004, nr. TP / MO 4028626, houdende wijziging van het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten in verband met het vaststellen van nummers die van uitzonderlijke economische waarde zijn, *Stert.* 5 mei 2004, nr. 85 / p. 10.

men in het Nummerplan en wordt daarin nader gedefinieerd aan de hand van een aantal criteria. Nummers die deze eigenschappen bezitten zijn echter niet automatisch nummers van uitzonderlijke economische waarde; zij dienen als zodanig te worden aangewezen.³² OPTA heeft bij de totstandkoming van het Nummerplan wederom haar bezwaren tegen voorafgaande vastlegging van nummers van uitzonderlijke economische waarde in het Nummerplan geuit. Ook ditmaal heeft de minister de bezwaren echter van de hand gewezen.³³

Vervolgens is op 1 september 2004 het Nummerplan opnieuw gewijzigd en zijn als nummers van uitzonderlijke economische waarde aangewezen de 'nummers voor toegang tot ondernemingen en instellingen' (bedrijfsnummers).³⁴ Hierop is de veilingprocedure van toepassing. De aanwijzing geldt voor een periode van zes maanden na inwerkingtreding van het besluit (op 21 oktober 2004); daarna worden de nummers verdeeld op volgorde van aanvraag, of, in het geval er tegelijkertijd aanvragen voor dezelfde nummers voorliggen, via loting. De gedachte daarbij is dat naar verwachting de gelijktijdige aanvragen voor een zelfde nummer van uitzonderlijke economische waarde hoofdzakelijk zullen voorkomen in een korte periode vlak nadat de nummers beschikbaar zijn gesteld voor toekenning en dat na afloop van die periode de meeste 'mooie' nummers verdeeld zullen zijn.³⁵ Het tijdelijk karakter van de aanwijzing is opmerkelijk, nu deze ertoe leidt dat na verloop van zes maanden precies die situatie ontstaat, die zowel bestuurlijk als economisch als onbevredigend werd beschouwd.

Regeling veilingprocedure en lotingprocedure nummers

Ingevolge artikel 5 Besluit kunnen bij ministeriële regeling regels worden opgesteld met betrekking tot de veilingprocedure, de lotingprocedure en de aanvraagprocedure (dat laatste is nieuw ten opzichte van de oude regelgeving). De 'Regeling veilingprocedure en lotingprocedure nummers' (Regeling), die op 21 oktober 2004 in werking is getreden, voorziet hierin.³⁶

Er zijn diverse manieren waarop een veiling kan worden ingekleed. De standaardvormen van veiling laten zich omschrijven als veiling bij opbod (Engelse veiling), veiling bij afslag (Nederlandse veiling), gesloten-bod veiling (*first price sealed bid*) en de Vickrey-veiling (*second price sealed bid*).³⁷ Daarbij kan sequentieel (de veilingobjecten worden een voor een geveild) dan wel simultaan (alle goederen tegelijk) worden geveild. Ook is een combinatie hiervan mogelijk (combinatorische veiling).³⁸ Ieder type veiling heeft voor- en nadelen wat betreft complexiteit, economische efficiëntie en transparantie. De minister heeft in de Regeling gekozen voor een veiling met gesloten bod en in principe één biedronde, waarbij dege-

ne die het hoogste bod heeft uitgebracht het bedrag betaalt, dat door de één na hoogste bieder is geboden.³⁹ De keuze voor deze vorm van veiling is gelegen in de eenvoud, de efficiency en de lage kosten.⁴⁰

Onderwerp van veiling zijn aanvragen die elkaar geheel of gedeeltelijk en direct of indirect overlappen (artikel 1 sub d Regeling). Daarbij zijn dan de gehele aanvragen onderwerp van de veiling. De reden hiervoor is, dat dit partijen de mogelijkheid geeft om een opeenvolgende reeks nummers te verkrijgen.⁴¹

Voorafgaand aan de veiling stelt OPTA de deelnemers ervan op de hoogte dat er meerdere aanvragen zijn en dat er een veiling zal plaatsvinden. De aanvragers hebben op dat moment nog de gelegenheid om zich terug te trekken, in het geval zij de kosten die gemoeid zijn met de veiling niet willen dragen.⁴² Het entreegeld voor zowel de loting als de veiling bedraagt € 200,-. Los van het biedbedrag, komen de vaste kosten voor eventueel toegekende nummers hier nog bij (deze kosten bedragen € 45,- voor toekenning en € 20,- voor toezicht per 100 toegekende bedrijfsnummers).⁴³ De bieding geschiedt middels een biedkaart die de deelnemer ontvangt nadat hij het entreegeld voor de veiling heeft betaald. Na het uitbrengen van een bod is de deelnemer onherroepelijk hieraan gebonden en kan hij zich niet meer terugtrekken uit de veiling (artikelen 5 en 6 Regeling).

De veiling kan geschieden al dan niet in aanwezigheid van de deelnemers; bij de loting zijn geen deelnemers aanwezig (artikel 2, lid 3 en artikel 14, lid 3 Regeling). De veiling noch de loting hoeft openbaar plaats te vinden; de uitkomst van de veiling of de loting wordt daarentegen wel openbaar gemaakt (artikel 11, lid 2 en artikel 16, lid 3 Regeling). De veilingmeester bepaalt wie het hoogste bod heeft uitgebracht; in het geval er twee deelnemers zijn met het gelijke hoogste bod, bepaalt het lot aan wie de nummers worden toegekend (artikelen 8 en 9 Regeling). De winnaar dient binnen een bepaalde door OPTA vastgestelde termijn te betalen; doet hij dit niet, niet tijdig of niet volledig, dan kan OPTA besluiten de nummers niet aan hem toe te kennen (artikel 12 Regeling). Zowel de veiling als de loting kunnen te allen tijde worden geschorst, indien bijzondere omstandigheden zich voordoen (artikel 13, lid 1 en artikel 18 Regeling).

Beleidsregels veilen en loten nummers/uitgifte bedrijfsnummers

Last but not least heeft OPTA haar beleidsregels bekend gemaakt, die een praktische invulling van de veilingprocedure (Veilingreglement) en van de lotingprocedure (Lotingreglement) bij de uitgifte van bedrijfsnummers behelzen (Beleidsregels).⁴⁴

32 Toelichting bij het gewijzigde Nummerplan, *Stcrt.* 5 mei 2004, nr. 85 / p. 10.

33 Zie voetnoot 32.

34 Besluit van de Minister van Economische Zaken van 1 september 2004, nr. TP-MO 4053351, houdende wijziging Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten in verband met het beschikbaar stellen van nummers voor toegang tot ondernemingen en instellingen, *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 172 / p. 19.

35 Toelichting bij het gewijzigde Nummerplan, *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 172 / p. 19.

36 Regeling van de Minister van Economische Zaken van 1 september 2004, nr. WJZ 4050821, houdende regels met betrekking tot procedures voor het veilen en loten van nummers (Regeling veilingprocedure en lotingprocedure nummers), *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 172 / p. 21.

37 MDW-rapport 'Veilen en andere allocatiemechanismen', Ministerie Economische Zaken, 2002, p. 74-75.

38 Zie voor een uitgebreide beschouwing: E. van Damme, *Rapport aanbesteding en veilingmechanismen: economische theorie en toepassingen*, Reeks Directie Marktwer-

king 1997; T. Clarkson, H. Fischer, R. Hes en J. Smits, *Mechanismen voor de verdeling van telecommunicatienummers*, IteR-reeks 15, Kluwer, Deventer 1999.

39 Het veilingmodel is getoetst op toepasbaarheid voor het nummerbeheer door de Stichting Economisch Onderzoek Rotterdam (SEOR) van de Erasmus Universiteit alsmede door de veilingexperts van Creed (Universiteit van Amsterdam); zie voetnoot 40.

40 Toelichting bij de Regeling veilingprocedure en lotingprocedure nummers, *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 172, p. 21.

41 Zie voetnoot 40.

42 Zie voetnoot 40.

43 Regeling van de Minister van Economische Zaken van 1 september 2004, nr. WJZ 4050673, houdende wijziging van de Regeling vergoedingen OPTA 2004 (Wijziging Regeling vergoedingen OPTA 2004), *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 172 / p. 23.

44 Beleidsregels veilen en loten nummers / uitgifte bedrijfsnummers, OPTA/NER/2004/203044, *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 171 / p. 23.

In het Veilingreglement is een aanvraagperiode op grond van artikel 1 sub b een periode van steeds een week, te beginnen op 21 oktober 2004. Aanvragen die binnen een aanvraagperiode door OPTA worden ontvangen, worden geacht gelijktijdige aanvragen te zijn. De aanvragen worden gedaan via een aanvraagformulier. Indien het formulier niet volledig is ingevuld of bijlagen ontbreken, kan OPTA de aanvraag terugsturen naar de aanvrager om het verzuim te herstellen. De aanvraag kan vervolgens opnieuw worden ingediend, waarbij de datum van de tweede aanvraag bepaalt in welke aanvraagperiode de aanvraag valt (artikel 3 en artikel 4, lid 2 Veilingreglement).

De aanvragen die zijn ingediend gedurende een zelfde aanvraagperiode worden vervolgens getoetst aan de criteria voor nummertoekenning die bij of krachtens de Telecommunicatiewet worden gesteld (artikel 4 Veilingreglement). In het geval OPTA nadere informatie behoeft, doet zij daartoe het verzoek aan de aanvrager. Op grond van artikel 4:15 van de Awb wordt van rechtswege de termijn voor beslissing op de aanvraag opgeschort met ingang van de dag waarop OPTA ingevolge artikel 4:5 Awb de aanvrager verzoekt de aanvraag aan te vullen, tot op de dag waarop de aanvraag is aangevuld of de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken.⁴⁵

OPTA deelt de gegadigden voor dezelfde nummers schriftelijk mee dat de nummers worden geveild (artikel 5 Veilingreglement). Zij ontvangen een biedkaart, die zij met gesloten bod moeten indienen bij een notaris bij het kantoor van de landsadvocaat. De veilingmeester stelt vast wie het hoogste bod heeft uitgebracht (artikel 7 Veilingreglement). De winnaar moet binnen vijf werkdagen na verzending van de mededeling dat hij het hoogste bod heeft uitgebracht het verschuldigde bedrag overmaken op een daartoe bestemde rekening, waarna de nummers aan hem worden toegekend. Doet hij dit niet, dan kan de aanvraag alsnog worden afgewezen en worden de betreffende nummers weer deel van de beschikbare nummers (artikel 8 Veilingreglement). Hieruit is af te leiden dat de nummers in dat geval dus niet toekomen aan de tweede hoogste bieder bij de veiling.

De loting geschiedt door middel van trekking van een cijfer uit een aantal cijfers, die zijn gekoppeld aan de deelnemers aan de loting. De deelnemer aan wie het getrokken cijfer is gekoppeld, is de winnaar van de loting (artikel 4 Lotingreglement).

Enige juridische aspecten

Aan met name het veilen van nummers zijn vele juridische aspecten verbonden. Het gegeven dat nummers worden toegekend krachtens het middel van veiling, laat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de Telecommunicatiewet onverlet.⁴⁶ Daarbij kunnen ook civielrechtelijke en bestuursrechtelijke aspecten een rol spelen. Ik noem hierna kort enkele juridische aandachtspunten, waarvan verdere uitwerking weliswaar interessant is, maar het bestek van dit artikel te buiten gaat.

Nummertoekenning

Aan de toekenning van een nummer kunnen ingevolge artikel 4.2, lid 4 Tw voorschriften worden verbonden en toegeken-

de nummers kunnen worden ingetrokken (artikel 4.7 Tw). De toekenning van een nummer levert een gebruiksrecht van dat nummer op.⁴⁷ Het betekent niet dat degene aan wie het nummer wordt toegekend, ook de eigendom daarvan verwerft. Een vraag die zich daarbij voordoet is hoe dit zich verhoudt met het feit dat iemand een nummer – al dan niet voor veel geld – heeft ‘gekocht’ tijdens de veiling. Welke mogelijkheden heeft deze nummerhouder om, bijvoorbeeld wanneer het nummer wordt ingetrokken als het niet tijdig in gebruik is genomen, dit nummer toch te behouden of in aanmerking te komen voor een financiële compensatie voor de intrekking?⁴⁸

Bij de uitgifte van bedrijfsnummers is de kans groot dat nummers worden aangevraagd met een alfanumerieke betekenis (bijvoorbeeld 088-PHILIPS). Het kan daarbij voorkomen dat een niet-merkhouders een nummer verkrijgt, waarmee een merknaam kan worden gevormd. De moeilijkheid bij de toekenning van nummers is dat met één nummer vele namen kunnen worden gevormd. Het belang dat partijen hebben bij de verkrijging van een bepaald nummer, is daarom niet altijd in te schatten. Met merkenrechtelijke aspecten wordt bij de toetsing van de aanvraag, noch gedurende het veilingtraject of bij de toekenning van de nummers rekening gehouden. In hoeverre een merknaamhouder na afloop van de veiling nog kan ageren tegen het feit dat een ander het nummer heeft verkregen, waarmee zijn merknaam kan worden gevormd, dient voor de civiele rechter te worden uitgevochten.

Nummerhandel

Ongeacht het vorenstaande kan de aanvraag voor bijvoorbeeld 088-PHILIPS wel doen vermoeden dat er sprake is van nummerhandel, hetgeen bij de openstelling van de reeks bedrijfsnummers niet ondenkbaar is. Nummerhandel is op grond van de Telecommunicatiewet verboden. OPTA kan, indien zij vermoedt dat er sprake is van nummerhandel, op grond van artikel 4.3, lid 2, onder d Tw de aanvraag weigeren of ingevolge artikel 4.7, lid 4, onder b Tw een toekenning intrekken. In het geval van een gezamenlijk verzoek van de nummerhouder en een derde tot overdracht van nummers ingevolge artikel 4.6 Tw, zal dit ook aandachtspunt dienen te zijn. Om nummerhandel tegen te gaan is er voor gekozen om de bedrijfsnummers uit te geven in blokken van 100 aaneengesloten nummers.⁴⁹ Voorts is zowel in artikel 3 Regeling als in artikel 6 Veilingreglement de bepaling opgenomen, dat het deelnemers aan de veiling niet is toegestaan voorafgaand aan en gedurende de veiling onderling overleg te voeren en afspraken te maken, die afbreuk doen aan de mededinging in de veilingprocedure. Doen zij dit toch, dan kunnen zij om die reden worden uitgesloten van de veiling.

Nummerreservering

Om schaarste tegen te gaan is de toekenning van bedrijfsnummers beperkt tot de gebruikers van elektronische communicatiediensten, als bedoeld in artikel 4.2, lid 1, onder c Tw.⁵⁰ Als reden daarvoor geeft de minister dat voorkomen moet worden dat door toekenning aan aanbieders van elektronische communicatienetwerken of -diensten, de nummers worden achterge-

⁴⁵ Zie voetnoot 9.

⁴⁶ Dit blijkt onder andere uit artikel 9 Veilingreglement.

⁴⁷ Ingevolge artikel 4.2a, lid 1 Tw worden nummers die worden toegekend door middel van de procedure van veiling voor onbepaalde tijd toegekend, tenzij anders is bepaald in het nummerplan. Zie voor een nadere beschouwing van deze materie: N.A.N.M. van Eijk, a.w., p. 23.

⁴⁸ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin bepaalde goodwill is verbonden aan

het nummer.

⁴⁹ Zie vraag 6 van het aanvraagformulier voor de aanvraag van bedrijfsnummers, dat verkrijgbaar is via www.opta.nl.

⁵⁰ Dit houdt in dat de nummers rechtstreeks aan de gebruikende ondernemingen en instellingen worden toegekend en niet via aanbieders van elektronische communicatienetwerken of -diensten aan deze gebruikers ter beschikking worden gesteld.

houden en niet worden gebruikt.⁵¹In deze lijn ligt ook de bepaling dat de toegekende nummers binnen negen maanden na toekenning in gebruik moeten zijn genomen. Bij de toetsing van de aanvraag kan OPTA de toekenning op grond van artikel 4.3, lid 1, onder c Tw weigeren indien redelijkerwijs te verwachten is dat de aanvrager niet aan deze voorwaarde kan voldoen. Het is om deze reden en ingevolge artikel 4.4, lid 2 Tw ook niet mogelijk om bedrijfsnummers te reserveren.

Nummerportabiliteit

De bedrijfsnummers kunnen uitsluitend worden toegekend aan gebruikers. De vraag of en hoe een nummer, dat door middel van de procedure van veiling is verkregen en waarvoor (veel?) geld is betaald, vatbaar is voor nummerportabiliteit is daarom thans niet relevant. Nummerportabiliteit is immers een verplichting die ingevolge artikel 4.10 Tw uitsluitend geldt voor aanbieders. Anders zal het zijn, indien in de toekomst nummers worden geveild, die wel voor toekenning aan aanbieders in aanmerking komen. Gelet op de criteria die in de toelichting bij het Nummerplan worden gesteld aan nummers van uitzonderlijke economische waarde, is hiervoor vooralsnog geen ruimte.⁵²

Besluiten in de zin van de Awb; bezwaar en beroep?

Een interessante juridische vraag is in hoeverre de beslissingen die worden genomen tijdens het veilingtraject beslissingen zijn die op grond van de Awb vatbaar zijn voor bezwaar of beroep. Denk bijvoorbeeld aan uitsluiting van de deelnemer, die een ongeldig bod heeft uitgebracht; kan deze deelnemer daartegen bezwaar maken? Of de deelnemer, die zijn aanvraagformulier niet juist heeft ingevuld en daardoor onverhoopt in de tweede aanvraagperiode terechtkomt. Een bezwaarprocedure gedurende het traject van veiling is natuurlijk zeer onwenselijk, met name gelet op de korte beslistermijn waarbinnen OPTA dient te beslissen op een nummeraanvraag.⁵³ De vraag die daarbij kan worden gesteld is in hoeverre het gegeven dat de veiling wordt uitbesteed aan een veilingmeester, de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen van de deelnemers aan de veiling onverlet laat.

Los van de discussie of het vooraf vaststellen van te veilen nummers in het nummerplan wenselijk is, wordt hiermee wel bereikt dat de beslissing om over te gaan tot veilen, waartegen op dat moment bezwaar en beroep open staat, uit het veilingtraject wordt gehouden. Ook een nummerplan is vatbaar voor bezwaar en beroep.⁵⁴ De bezwaartermijn van het nummerplan waarin de bedrijfsnummers beschikbaar worden gesteld is echter reeds voorbij, op het moment van inwerkingtreding van het Besluit, de Regeling en de Beleidsregels, waarop de nummers kunnen worden aangevraagd.⁵⁵

Elektronische veiling

Hoewel er in het project 'Veilen en loten van nummers' door OPTA onderzoek naar is gedaan, heeft men het blijkbaar nog niet aangedurfd om de veiling langs elektronische weg te laten plaatsvinden. De betrouwbaarheid in technisch en juridisch opzicht wordt geacht hierbij nog onvoldoende te zijn gewaarborgd. Als voordelen van elektronisch veilen kunnen echter worden genoemd dat de veiling in logistiek opzicht eenvoudiger en goedkoper kan worden georganiseerd. Het ligt in de ambitie van de Europese Unie om Europa de meest dynamische kenniseconomie ter wereld te laten zijn. Nu Nederland voorzitter is van de EU, heeft ons land daarbij een voortrekkerrol. Uit een onlangs gepubliceerd rapport van PriceWaterhouseCoopers is gebleken dat Europa absoluut onvoldoende gebruik maakt van geavanceerde informatietechnologie en dat het gebruik van ICT bij de overheid, het bedrijfsleven en de consument dient te worden gestimuleerd.⁵⁶ Wellicht geeft deze Europese ambitie een steuntje in de rug om in de toekomst ook de sprong naar het veilen van nummers langs elektronische weg te maken. Het juridisch kader daarvoor is reeds geschapen in de vorm van de Wet elektronische handtekeningen en de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer.⁵⁷

Besluit: structureel beleid of eendagsvlieg?

Het concept veiling heeft in telecomland een niet al te positieve klank. De ervaringen met de verdeling van de UMTS-frequenties en van de commerciële radio-omroep frequenties hebben niet bijgedragen aan een positief imago van de toepassing van het veilingmechanisme door de overheid. Dit heeft ertoe geleid dat ook het veilen van nummers een gevoelig onderwerp is. Het ziet er echter niet naar uit dat bij de nummerveiling de soep zo heet gegeten zal worden, al was het maar vanwege het feit dat zij in een beduidend kleinere terrein wordt opgediend.⁵⁸

De veiling van de bedrijfsnummers is natuurlijk relatief kleinschalig. Daarbij is de procedure zo ingekleed, dat de risico's beperkt zijn: de veiling is vooraf bepaald, uitsluitend opengesteld voor bedrijfsnummers en slechts voor een periode van zes maanden na openstelling van de nummerreeks; de toekenning betreft uitsluitend gebruikers, nummerreservering is niet mogelijk en van nummerportabiliteit is geen sprake. Ook vindt de veiling niet lang elektronische weg plaats. De veiling van bedrijfsnummers heeft een duidelijk experimenteel karakter en dat is ook niet zo verwonderlijk; nog niet eerder zijn in Europa op deze wijze nummers geveild. De veiling en loting van bedrijfsnummers is een gelegenheid bij uitstek om met deze verdelingsmechanismen ervaring op te doen. Indien de hierbij opgedane ervaringen kunnen worden aangewend voor (structurele) verbetering van een efficiënt en doelmatig nummerbeheer en verdere aansluiting bij de behoeften in de markt, dan is de langdurige en kostbare exercitie die nodig was om het veilen en loten van nummers mogelijk te maken de investering waard geweest.

51 Regeling van de Minister van Economische Zaken van 1 september 2004, nr. WJZ 4050820, houdende wijziging van de Regeling beperking toekenning nummers in verband met het beschikbaar stellen van nummers voor toegang tot ondernemingen en instellingen, *Stcrt.* 8 september 2004, nr. 172, p. 20.

52 Zie voetnoot 32.

53 Zie voetnoot 9.

54 Uitspraak Rb. Rotterdam, 12 mei 1999, nr. WTV 98/1308-51.

55 Het gewijzigde nummerplan is op 8 september gepubliceerd en hiertegen kan binnen zes weken na de dag van bekendmaking bezwaar worden gemaakt.


56 Rethinking the European ICT Agenda, *Ten ICT-breakthroughs for reaching Lisbon goals*, Ministerie van Economische Zaken, 2004.


57 Wet van 8 mei 2003 tot aanpassing van Boek 3 en Boek 6 van het Burgerlijk

Wetboek, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten inzake elektronische handtekeningen ter uitvoering van richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (*PbEG L 13*) (Wet elektronische handtekeningen), gepubliceerd en in werking getreden op 20 mei 2003, *Stb.* 2003, 199. Wet van 29 april 2004, houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen en daarmee verband houdende aanpassing van enige andere wetgeving (Wet elektronisch bestuurlijk verkeer), gepubliceerd en in werking getreden op 25 mei 2004, *Stb.* 2004, 214.

58 Naar verwachting zullen maximaal 25 aanvragen per jaar elkaar overlappen, zo blijkt uit de toelichting bij de Regeling.

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.

J	integraal in dit nummer opgenomen
	een kopie is verkrijgbaar bij de redactie
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
DomJur	Domeinnaamjurisprudentie
KG	Kort Geding
LJN	www.rechtspraak.nl
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJF	NJ Feitenrechtspraak

EHRM 6 mei 2003, Appleby e.a. vs. Verenigd Koninkrijk, AB 2004, 319 m. nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder

Artikel 10 EVRM · Positieve verplichting · Toegang tot privé-eigendom

Zie Mediaforum 2003-6, p. 199

EHRM 23 september 2004, Yazar e.a. vs. Turkije, www.echr.coe.int (appl. no. 42713/98)

Artikel 10 EVRM · Separatistische propaganda · Koerdische kwestie

De vier klagers zijn allen lid van de Volkspartij van de Arbeid en hebben in 1991 en 1992 op het eerste en tweede buitengewone congres van deze partij een speech gehouden met forse kritiek op het beleid van de Turkse overheid in de Koerdische kwestie. Omdat de speeches worden gekwalificeerd als propaganda die de integriteit van de staat ondermijnt, worden klagers veroordeeld tot gevangenisstraffen van 1-2 jaar en geldboetes. Het Hof in Straatsburg acht dat in strijd met artikel 10 EVRM. Met betrekking tot drie van de vier klagers constateert het Hof dat zij hebben gesproken in de hoedanigheid van politici, in het kader van hun rol als acteurs op het Turkse politieke toneel. Zij hebben daarbij noch aangezet tot geweld, noch tot gewapend verzet of oproer. Ook is er geen sprake van 'hate speech'. Met betrekking tot de vierde klager overweegt het Hof dat de door hem gebruikte termen leiden tot twijfels rondom zijn standpunt betreffende het gebruik van geweld voor separatistische doeleinden. De straf die hem is opgelegd kan dan ook worden geacht te beantwoorden aan een dringende maatschappelijke noodzaak. Niettemin is de opgelegde straf te zwaar. Schending van artikel 10 EVRM ten aanzien van alle vier de klagers.

EHRM 28 september 2004, Sabou & Pîrcalab vs. Roemenië, www.echr.coe.int (appl. no. 46572/99)

Artikel 10 EVRM · Smaad · Kritiek op rechter

Klagers zijn journalisten bij de lokale krant *Ziua de Nord-Vest*. Deze krant publiceerde in

1997 een reeks artikelen die betrekking hadden op de onwettige verkrijging van land door de moeder van de president van de plaatselijke rechtbank. Sommige artikelen waren van de hand van beide klagers, andere alleen van Sabou. Zij veroordeelden de verkrijging en stelden dat deze ten koste van een groep boeren was gegaan. Zij beschuldigden voorts de eerder genoemde rechter ervan dreigementen te hebben geuit en te hebben geprobeerd vervalste documenten te gebruiken teneinde een buurman te ontegenen. Klagers worden veroordeeld wegens smaad. Hun straffen zijn niet mals: Sabou krijgt tien maanden gevangenisstraf en een beroepsverbod en wordt daarnaast tijdelijk uit zijn ouderlijke rechten en kiesrecht gezet. Pîrcalab moet een boete betalen en beide klagers worden veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding aan de rechter. Het Hof in Straatsburg is van mening dat de gewraakte artikelen betrekking hadden op onderwerpen van algemeen belang die bijzonder relevant waren voor de Roemeense samenleving, namelijk het proces van de teruggave van land en vermeende corruptie bij de overheid. De door de journalisten geuite beschuldigingen waren ernstig, maar hadden een feitelijke basis. Bovendien betrof de kritiek geen aspecten van het privé-leven van de rechter, maar veeleer haar gedragingen en houding als rechter. Het Hof overweegt voorts dat er geen reden is om te twijfelen aan de goede trouw van de journalisten. De opgelegde straffen zijn uiterst zwaar. Al met al acht het Hof de veroordelingen disproportioneel, dientengevolge niet noodzakelijk in een democratische samenleving en dus in strijd met artikel 10 EVRM.

EHRM 14 oktober 2004, Ospina Vargas vs. Italië, www.echr.coe.int (appl. no. 40750/98)

Artikel 8 EVRM · Correspondentie · Bij wet voorzien

Klager is een Colombiaan die onder andere wegens drugshandel in Italië tot een lange gevangenisstraf is veroordeeld. Op bevel van de minister van Justitie wordt hij onderworpen aan een speciaal gevangenisregime en de rechter belast met de uitvoering van straffen geeft toestemming voor het voorafgaand controleren van klagers correspondentie. Dit leidt ertoe dat diverse malen post bestemd voor klager aan hem onthouden wordt en tevens dat diverse brieven geschreven door klager niet naar de geadresseerden worden verstuurd. Bovendien beveelt de rechter vanwege 'zonneklare' veiligheidsredenen dat een boek over de ontspinning van drugsbaron Pablo Escobar niet aan klager overhandigd mag worden. Het Hof in Straatsburg acht de maatregelen in strijd met artikel 8 EVRM, aangezien zij niet 'prévu par la loi' zijn. Artikel 18 van de Wet op het Gevangenisbeheer zegt namelijk niets over de duur van maatregelen als controle van correspondentie van gedetineerden, noch over de gronden waarop tot controle kon worden overgegaan. Bovendien

geeft het artikel niet voldoende duidelijk aan wat de reikwijdte van de bevoegdheden van de relevante autoriteiten op dit terrein is en evenmin hoe die bevoegdheden moeten worden uitgeoefend.

EHRM 19 oktober 2004, Varli e.a. vs. Turkije, www.echr.coe.int (appl. no. 38586/97)

Artikel 10 EVRM · Separatistische propaganda · Koerdische kwestie

De zes klagers zijn leiders en leden van diverse vakbonden en zij hebben in 1993 een persbericht ondertekend waarin heftige kritiek wordt geleverd op de manier waarop de Turkse veiligheidsstroepen hun strijd tegen separatistische activiteiten voeren. De overheid wordt verweten dat zij de fundamentele rechten van haar burgers schendt en 'zich identificeert met een logica van uitroeiing'. Het persbericht maakt onder andere melding van het in brand steken van Koerdische dorpen, het verjagen van mensen en het uitvoeren van executies. Volgens de Turkse rechters hebben klagers zich met het persbericht schuldig gemaakt aan het verspreiden van propaganda gericht tegen de integriteit van de Turkse staat en dat levert klagers een gevangenisstraf en een geldboete op. Het Straatsburgse Hof acht deze veroordelingen in strijd met artikel 10 EVRM. Hoewel bepaalde, buitengewoon scherpe, passages in het persbericht een zeer negatief beeld schetsen van het beleid van de regering in de strijd tegen het terrorisme en aldus aan het betoog een vijandige ondertoon geven, roepen deze passages nergens op tot geweld, gewapend verzet of oproer en evenmin gaat het om 'hate speech'. De veroordeling van klagers is disproportioneel en dus niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

EHRM 21 oktober 2004, Doğaner vs. Turkije, www.echr.coe.int (appl. no. 49283/99)

Artikel 10 EVRM · Separatistische propaganda · Koerdische kwestie

Klager was lid van de Democratische Volkspartij en hield in 1996 een speech op het hoofdkantoor van de partij in Ankara. In de speech uitte hij felle kritiek op de activiteiten van het Turkse leger tegen de PKK in de Koerdische gebieden die grenzen aan Noord-Irak. De speech werd op schrift gesteld en opgeborgen in de archieven van de partij, welke later door de politie in beslag werden genomen tijdens een huiszoeking. Klager wordt hierop veroordeeld tot een gevangenisstraf en een geldboete wegens het verspreiden van separatistische propaganda. Het Straatsburgse Hof acht deze veroordelingen in strijd met artikel 10 EVRM. Hoewel bepaalde, buitengewoon scherpe, passages in het persbericht een zeer negatief beeld schetsen van de Turkse staat en aldus aan het betoog een vijandige ondertoon geven, roepen deze passages nergens op tot geweld, gewapend verzet of oproer en evenmin is er sprake van 'hate speech'. De veroor-

deling van klagers is disproportioneel en dus niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

HvJ EG 22 januari 2004, Mattila vs. Raad en Commissie, NJ 2004, 518

Toegang tot documenten · Openbaarheid van bestuur

Mattila verzocht vergeefs om toegang tot een groot aantal documenten betreffende het buitenlands beleid. Op één na betroffen de documenten onderhandelingen met bepaalde derde landen. Tegen de weigering ging Mattila vergeefs in beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg, maar nu heeft hij gedeeltelijk succes. Het Hof verklaart de besluiten van de Commissie en de Raad nietig, omdat de Commissie en de Raad niet de mogelijkheid hebben overwogen gedeeltelijke toegang tot de documenten te verlenen.

HvJ EG 13 juli 2004, Commissie vs. Frankrijk, www.curia.eu.int, nr. C-262/02

Vrij dienstenverkeer · Alcoholreclame

In Frankrijk is rechtstreekse of indirecte televisiereclame voor alcoholhoudende dranken verboden. Volgens een code dienen Franse zenders bij het doorgeven van uitzendingen uit het buitenland alle middelen in te zetten om te voorkomen dat alcoholmerken op het scherm te zien zijn. Dit is een beperking van het vrije dienstenverkeer, zowel van het vrij verrichten van reclamediensten als van het verrichten van diensten in de vorm van het uitzenden van sportevenementen. De beperking wordt echter gerechtvaardigd door het doel, te weten de bescherming van de volksgezondheid en de regeling gaat niet verder dan voor het bereiken van het doel nodig is.

Zie ook Mediaforum 2003-10, p. 326.

Pres. GvEA EG 15 oktober 2004, Tillack vs. Commissie, www.curia.eu.int, nr. T-193/04 R

Huiszoeking bij journalist · Bindend besluit · Voorlopige voorziening

Verzoeker is een journalist die werkzaam is bij het Duitse tijdschrift *Stern*. Hij heeft in 2002 twee artikelen geschreven over onregelmatigheden en fraude bij de Europese Unie. Uit de artikelen blijkt dat hij tot in detail op de hoogte is van de inhoud van een memorandum van een functionaris van de Commissie (Van Buitenen) en van twee geheime interne notities over dat memorandum van het Europees Bureau voor Fraudebestrijding (OLAF). OLAF begint vervolgens een intern onderzoek naar het uitlekken van deze informatie. Op 11 februari 2004 verzendt OLAF, op grond van artikel 10(2) van Verordening nr. 1073/1999, informatie aan de vervolgende instanties in België en Duitsland waarin de resultaten van het interne onderzoek uiteen worden gezet. Op bevel van een Belgische onderzoeksrechter worden de woning en het kantoor van verzoeker doorzocht en worden verschillende documenten en andere bezittingen in beslag genomen. Verzoeker stelt vernietigingsberoep in tegen de maatregel van OLAF van 11 februari 2004 en vraagt de President om een voorlopige voorziening, onder meer inhoudende dat OLAF verhinderd wordt om inzage te krijgen in de informatie die de Belgische justitie in haar bezit heeft als gevolg van

de huiszoeking. De President wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af. De aangevallen handeling is namelijk de maatregel van 11 februari 2004 (het verzenden van informatie) en dat is geen bindend besluit. De nationale autoriteiten zijn vrij om te beslissen welke actie ondernomen moet worden naar aanleiding van informatie verstrekt door OLAF.

HR 20 april 2004 (strafkamer), NJ 2004, 525

Cameratoezicht · Persoonlijke levenssfeer · Artikel 8 EVRM

Verdacht gedragingen, bestaande uit het spuiten van graffiti, zijn waargenomen door middel van camera's die op het hoofdbureau van politie werden bediend. Met deze camera's zijn verdachte en zijn mededaders gevolgd tot het moment van hun aanhouding. Het hof heeft vastgesteld dat de persoonlijke levenssfeer van verdachte niet is aangetast. In dit oordeel ligt besloten dat geen sprake was van een situatie waarin verdachte mocht verwachten onbevangeerd te kunnen zijn. Dat getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De opvatting dat de enkele omstandigheid dat hier sprake zou zijn van een op ontoereikende wettelijke basis steunend (permanent) cameratoezicht reeds meebrengt dat de waarneming een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer meebrengt, is onjuist.

HR 28 september 2004 (strafkamer), LjN AO7009

Computervirus · Artikel 350a Sr.

Vraag of het verspreiden van virussen pas strafbaar is als bewezen is dat zij daadwerkelijk schade hebben teweeggebracht. Artikel 350a, derde lid Sr spreekt van verspreiden van gegevens 'die bedoeld zijn om schade aan te richten door zichzelf te vermenigvuldigen in een geautomatiseerd werk'. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis verwerpt de HR het middel: voorzover aan de desbetreffende klacht de opvatting ten grondslag ligt dat van schade eerst sprake is indien de verspreide gegevens daadwerkelijk schade aan gegevens in een geautomatiseerd werk hebben aangericht, is deze opvatting onjuist. Het opzet moet mede erop gericht zijn dat de verspreide gegevens schade kunnen aanrichten. Die uitleg strookt met de tekst van de bepaling waarin het begrip opzettelijk voorafgaat aan het bestanddeel 'bedoeld om schade aan te richten'.

Hof Amsterdam 24 juni 2004, Lycos vs. Pessers, nr. 41 m. nt. O. van Daalen J

Onrechtmatige publicatie · Internetprovider · Verstrekking NAW-gegevens websitehouder

Zie de vooraankondiging in Mediaforum 2004-9, p. 283

Hof Amsterdam 30 september 2004, Laurus vs. Albert Heijn ☒

Onrechtmatige daad · Misleidende reclame · Vergelijkende reclame

Laurus Nederland B.V. handelend onder de naam Edah-supermarkten heeft geadverteerd op tv met de commercial, waarin een

volle boodschappenkar wordt getoond met de mededeling: 'Deze boodschappen kosten bij Albert Heijn 55 euro en bij Edah kosten ze 49,87, dat scheelt ruim 5 euro'. Links onderaan in beeld staat 'Kijk voor de vergelijking op' en dan volgt de website van Edah. Deze website vertoont de tekst 'Waarom bij Albert Heijn teveel betalen?' en andere beelden en teksten met gelijke strekking, die ook op winkelposters, billboards en folders van Edah te zien zijn. Albert Heijn vordert een verbod van deze teksten. De voorzieningenrechter stelt Albert Heijn in het gelijk. Het Hof gebiedt Edah het zelfstandig gebruik van de mededelingen op één uitzondering na te staken en gestaakt te houden.

Hof Amsterdam 7 oktober 2004, Lipstick Effect vs. ABN-AMRO, LjN AR2793

Misleidende reclame · Voorlopig prospectus

Lipstick Effect c.s. hebben ABN-AMRO aansprakelijk gesteld voor verlies dat beleggers stellen te hebben geleden bij de beursgang van Worldonline. Zij stellen dat een passage in het voorlopig prospectus misleidend is. De rechtbank heeft de appellanten deels niet ontvankelijk verklaard en hun vorderingen voor het overige afgewezen. Hoewel de bewoordingen van de passage duidelijker hadden gekund, kan volgens het hof of toch niet worden gezegd, dat degenen die aandelen Worldonline wensten te kopen en de passage hebben gelezen, daardoor zijn misleid. Daardoor is de feitelijke grondslag van de vorderingen, te weten dat het voorlopig prospectus misleidend is en dat ABN-AMRO had moeten optreden tegen publieke uitlatingen van de voorzitter van het bestuur van Worldonline Nina Brink, ondeugdelijk is. Die vorderingen zijn derhalve noch op grond van dwaling, noch op grond van wanprestatie, noch op grond van onrechtmatige daad toewijsbaar.

Hof Amsterdam 7 oktober 2004, X & Y vs. Z, LjN AR3583

Notaristoezicht bij tv-spelletjes

De Kamer van toezicht over de notarissen heeft een klacht van X en Y tegen notaris Z ongegrond verklaard. Daartegen is hoger beroep mogelijk bij het Hof in Amsterdam. De notaris zou onvoldoende toezicht hebben gehouden bij de verloting van een Fiat tijdens een uitzending van RTL5. Dat is volgens het hof niet geval en het beroep wordt verworpen.

Hof's-Hertogenbosch 8 juni 2004, Lancôme vs. Keco-fa, IER 2004-5, nr. 73 m. nt. M. de Cock Buning; ook AMI 2004-5, nr. 14 m. nt. J.H. Spoor

Auteursrecht op parfum

De auteursrechtelijke bescherming wordt niet ingeroepen voor de enkele geur van de parfum Trésor maar voor de reukstof met de samenstelling als door Lancôme aangeduid. Aldus is datgene waarvoor de auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen niet alleen zintuiglijk waarneembaar, maar ook voldoende concreet en stabiel om als werk in de zin van de Auteurswet te worden beschouwd. Ook wordt aangenomen dat het parfum Trésor een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.

Zie ook het artikel van J.E.R. Frijters en C.P.M. van Houte in NJB 2004, p. 1987-1993.

Rb. Amsterdam 28 januari 2004, Wageningen vs. UPC, AB 2004, 208 m.nt. B.P. Vermeulen

Exploatievoorschriften kabel · Strijd met openbare orde · Artikel 7 Grondwet
Zie *Mediaforum* 2004-3, nr. 7

Rb. Amsterdam 7 juli 2004, Leaseverlies vs. Dexia, IER 2004-5, nr. 84 m.nt. J.J.C. Kabel

Misleidende reclame · Art. 6.194 BW

Collectieve actie van beleggersstichting en de Consumentenbond tegen reclame van Dexiabank die misleidend zou zijn geweest en op grond waarvan een groot aantal beleggers zich in een verliesleidend beleggingsavontuur heeft gestort. Het gaat om folders, brochures en ander reclamemateriaal, o.m. een advertentie in De Telegraaf onder de kop 'Verdriedubbel uw winst met de legiolease winstverdriedubbelaar'. De advertentie wordt beoordeeld volgens de maatstaf van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld, geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. Aan de hand van die norm wordt de advertentie niet misleidend geoordeeld. Omdat partijen het er niet over eens zijn aan de hand van welke andere reclame-uitingen het geschil moet worden beoordeeld worden zij bij tussenvonnissen in de gelegenheid gesteld dat alsnog aan te geven.

Rb. Amsterdam 3 september 2004, SBS vs CvdM, nr. 42 m.nt. P. Burger J

Sluikreclame · Televisierichtlijn · Mediawet

Tijdens voetbalwedstrijden die rechtstreeks werden uitgezonden waren aan de rand van het veld elektronische reclameborden geplaatst met wisselende teksten. Een aantal teksten kwam tijdens de uitzending in beeld en SBS werd daarvoor beboet wegens het maken van sluikreclame. De rechtbank is van oordeel dat SBS voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de reclame-uitingen voor haar niet vermijdbaar waren. Het is niet onaannemelijk dat eiseres geen of onvoldoende invloed kon uitoefenen op de inrichting van het speelveld. Het Commissariaat heeft onvoldoende gemotiveerd waarom het van oordeel is dat het televisiepubliek door de reclame-uitingen is misleid.

Rb. Amsterdam 15 september 2004, Wilhelm Aerts vs. Belangenvereniging Gedupeerden & SOBI ☒

Onrechtmatige uitlatingen · Aantasting eer en goede naam

De vorderingen van eiser hebben betrekking op uitlatingen van gedaagden over een 'valse notariële akte' in het faillissement waarin eiser als curator is benoemd en hun bestempeling van het faillissement als 'onterecht' en 'het melkkoetje van mr. Aerts' (door de Belangenvereniging). De benoeming van mr. Aerts tot curator zou 'ongebruikelijk' zijn en hij zou onnodig procederen en rechten van anderen frustreren. De uitlatingen werden door gedaagden afzonderlijk of tezamen gedaan tegenover journalisten van *Het Algemeen Dagblad*, *De Gelderlander*, *De Telegraaf* en *Panorama*. De verwijten komen neer op misbruik van procesbevoegdheid en handelen ten eigen voordele, zaken die onverenigbaar zijn met een vertrouwensfunctie als het

curatorchap in een faillissement en/of het handelen als advocaat, waardoor de reputatie van eiser is ondermijnd. De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagden door het doen van de uitlatingen onrechtmatig hebben gehandeld jegens mr. Aerts en veroordeelt gedaagden tot schadevergoeding van resp. € 1.500 en € 5.000.

Rb. Amsterdam 6 oktober 2004, Brink vs. VNU Business Publications ☒

Perspublicatie · Public figure · Publiek debat

Publicatie in *Managementteam*. Bij een publiek figuur zal eerder en in omvangrijker mate sprake zijn van een algemeen belang bij publicatie en minder spoedig van een aantasting van de privacy dan bij een niet publiek figuur. De beursgang van Worldonline en de rol die bestuursvoorzitter Nina Brink daarin heeft gespeeld heeft in 2000 veel commotie doen ontstaan, in het bijzonder bij gedupeerde beleggers. Pas in 2003 is bekend geworden dat Brink niet zou worden vervolgd. Brink heeft niet gemotiveerd gesteld welke feiten in het artikel niet juist zijn. Het enkele betoog dat haar bezwaren gericht zijn tegen de teneur van het artikel en niet zozeer tegen de feiten omdat de ervaring leert dat discussies over de feiten met de pers in de procedure reeds op zichzelf leiden tot ongewenste publiciteit, is onvoldoende. De stelling van Brink dat op VNU de plicht rust om de juistheid van de eerdere publicaties zelfstandig te toetsen en niet simpelweg andere media te papegaaien kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. De bewoordingen waarin het artikel is gesteld zijn niet onnodig grievend. Gewezen na tussenvonnissen d.d. 7 juli 2004.

Rb. Breda 28 juli 2004, Dometic vs. Thetford, NJF 2004, 524

Onrechtmatige daad · Misleidende reclame

Eiseres en verweerster zijn beide producenten van absorptiekoelkasten. Thetford heeft op haar website een afbeelding van een vriesvak met drie sterren getoond ten aanzien van de verder beschreven koelprestaties van bepaalde typen koelkasten. Dometic stelt dat Thetford onrechtmatig handelt vanwege het openbaar maken van de driesterrenkwalificatie en de mededelingen over de koelprestaties. Dometic stelt dat er sprake is van misleidende reclame, waarvan zij als concurrente nadeel ondervindt en vordert een verbod voor de openbaarmaking van de driesterrenkwalificatie en de mededelingen. De rechtbank wijst de vorderingen van Dometic af, nu Dometic geen belang meer heeft bij haar vorderingen ten aanzien van het gebruik van de drie sterren, omdat Thetford reeds eerder schriftelijk heeft toegezegd het gebruik te staken. De overige mededelingen over de koelprestaties kunnen niet gekwalificeerd worden als misleidend in die zin dat bij het publiek verwarring omtrent de eigenschappen van de onderhavige koelkasten kan ontstaan c.q. dat deze mededelingen als onrechtmatige handeling van Thetford jegens Dometic hebben te gelden.

Rb. Rotterdam 9 maart 2004, Tintel vs. Beroepscommissie van de Stichting Informatiedienstencode (Stic), AB 2004, 291 m.nt. Hans Peters

Telecommunicatie · Informatienummers · Bestuursorgaan

Zie *Mediaforum* 2004-6, p. 213.

Vzr. Rb. Alkmaar 14 oktober 2004, Promotie Advies vs. Uitgeverij Arti, LJN AR3857

Auteursrecht · Merkenrecht · Registratie merknaam

Partijen hebben de mogelijkheid besproken om gezamenlijk een kunstvadecum uit te geven. Promotie Advies heeft echter zelfstandig het kunstvadecum uitgegeven, onder de naam Arti Collection Kunstvadecum 2004. Uitgeverij Arti heeft de adverteerders en kunstenaars schriftelijk bericht dat zij het daarmee oneens is en dat, indien de geadresseerde wenst te betalen aan Uitgeverij Arti, zij die betaling zal verrekenen met Promotie Advies. Promotie Advies heeft Uitgeverij Arti gesommeerd deze handelwijze te staken en haar aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden en eventueel nog te lijden schade. Op 27 augustus 2004 is Uitgeverij Arti overgegaan tot deponering van de term 'Arti-Collection' bij het Benelux Merkenbureau. Uitgeverij Arti maakt aanspraak op alle intellectuele eigendomsrechten betreffende de term Arti-Collection en vordert een verbod jegens Promotie Advies om die titel in de toekomst te gebruiken voor een kunstvadecum. Partijen verschillen aldus van mening aan wie van hen de rechten met betrekking tot de term Arti Collection toekomen. De voorzieningenrechter wijst de door Promotie Advies gevorderde voorziening af, nu een uitgebreid nader onderzoek naar de feiten noodzakelijk is, voor welk onderzoek dit kort geding zich niet leent.

Vzr. Rb. Amsterdam 26 februari 2004, NVCR e.a. vs. NOS, NJF 2004, 303

Nevenactiviteiten publieke omroep · Artikel 57a, lid 1 Mediawet

Zie *Mediaforum* 2004-4, nr. 14 m.nt. K.J.M. Mortelmans en A.T. Ottow

Vzr. Rb. Amsterdam 5 mei 2004, X vs. Vrij Nederland, NJF 2004, 494

Publicatieverbod

Zie *Mediaforum* 2004-6, p. 213

Vzr. Rb. Amsterdam 22 juli 2004, NVCR e.a. vs. NOS & NPS, LJN AQ5584

Neventaak publieke omroep · Artikel 57a Mediawet · Tussenvonnissen

Eiseres vorderen opnieuw (zie voor een eerdere – mislukte – poging *Mediaforum* 2004-4, nr. 14) de NOS en de NPS te verbieden het radiostation Colorful Radio over te nemen en/of voort te zetten. Zij beroepen zich erop dat het Commissariaat voor de Media op 18 mei 2004 heeft vastgesteld dat de overname en voortzetting van Colorful Radio een ongeoorloofde neventaak is wegens strijd met artikel 57a lid 1 sub a en b Mediawet. De NOS en de NPS voeren daartegen aan dat de Kroon dit besluit van het Commissariaat heeft geschorst (zie *Mediaforum* 2004-7/8, p.

250). De voorzieningenrechter acht de vordering ontvankelijk, aangezien op grond van artikel 8:4 sub a Awb tegen het schorsingsbesluit geen bezwaar en beroep openstaat en er derhalve geen bestuursrechtelijke rechtsgang bestaat waarin een voorlopige voorziening kan worden getroffen. De civiele rechter dient zelfstandig te beoordelen of de overname en voortzetting van Colorful Radio een geoorloofde neventaak is in de zin van de Mediawet. Bij deze beoordeling dient de rechter oog te hebben voor de maatschappelijke functie van het omroepbestel. In dat verband is het zaak dat de rechter kennis neemt van de rechtsovertuiging die ten aanzien van bedoelde activiteiten leeft bij het Commissariaat voor de Media, dat immers de in de Mediawet voorziene toezichhoudende instantie is die over ervaring en deskundigheid beschikt om te oordelen of bij het verrichten van neventaken aan de bij of krachtens de Mediawet gestelde eisen is voldaan. De rechtsovertuiging van het Commissariaat zal echter pas in volle omvang bekend worden als op het bezwaarschrift van de NOS is beslist. Omdat de voorzieningenrechter grote waarde hecht aan het oordeel van het Commissariaat, is er volgens hem reden de beslissing op het bezwaarschrift af te wachten. De zaak wordt aangehouden.

Vzr. Rb. Amsterdam 30 september 2004, Politieregio Amsterdam-Amstelland en een inspecteur van politie vs. Endemol & SBS, LJN AR3019

Onrechtmatige uitzending · Portretrecht · Rectificatie

In een van zijn uitzendingen beschuldigde Peter R. de Vries een Amsterdamse inspecteur van politie ervan in de zaak van een brand aan de Motorkade te hebben gelogen. De Amsterdamse politie werd ervan beschuldigd getuigen te hebben misleid en onder valse voorwendselen een gerechtelijk vooronderzoek te zijn gestart tegen een mogelijke verdachte, W. De voorzieningenrechter verbiedt SBS en Endemol om het item over deze kwestie opnieuw uit te zenden voor zover hierin deze te rectificeren uitlatingen worden gedaan en voor zover hierin het portret van de inspecteur van politie wordt getoond en gebiedt gedaagden voorafgaand aan de eerst volgende uitzending van het programma 'Peter R. de Vries, Misdaadverlaggever' een rectificatie uit te (doen) zenden, zonder toevoegingen, waarin wordt meegedeeld dat de beschuldigingen onrechtmatig zijn jegens de betreffende inspecteur en de Amsterdamse politie, omdat deze onvoldoende eenduidig door feiten zijn gestaafd.

Vzr. Rb. Amsterdam 6 oktober 2004, Staat der Nederlanden vs. Ex Porn Star Lounge c.s., LJN AR3419

Onrechtmatige publicatie · Portretrecht

De voorzieningenrechter beveelt Ex Porn Star Lounge c.s. op hun website elke openbaarmaking en/of verveelvoudiging van het portret van de premier in verband met een dansavond op 16 oktober 2004 te staken en gestaakt te houden en beveelt Ex Porn Star Lounge c.s. op alle posters met het portret van de premier, die door of in opdracht van gedaagden zijn opgehangen, dit portret onherkenbaar te maken en aan de raadsman

van de Staat een schriftelijke opgave te verstrekken van het aantal posters dat is gedrukt, respectievelijk verspreid, respectievelijk waarop het portret van de premier onherkenbaar is gemaakt, alsmede het bewijs te overleggen dat alle teruggenomen, respectievelijk in voorraad zijnde posters zijn vernietigd. Gedaagden hebben geen verweer gevoerd.

Zie ook het openingscommentaar in dit nummer.

Vzr. Rb. Amsterdam 14 oktober 2004, NVCR e.a. vs. NOS & NPS, LJN AR4654

Neventaak publieke omroep · Artikel 57a Mediawet · Eindvonnis

Vervolg op Vzr. Rb. Amsterdam 22 juli 2004 (zie hiervoor). Bij besluit van 31 augustus 2004 heeft het Commissariaat voor de Media de bezwaren van NOS en NPS tegen zijn besluit van 18 mei 2004 ongegrond verklaard. Het Commissariaat blijft van mening dat er met Colorful Radio geen sprake is van een minderhedenzender en dat voortzetting van deze neventaak kan leiden tot schade aan de hoofdtak van de publieke omroep en dus ongeoorloofd is (artikel 57a lid 1 sub a en b Mediawet). De voorzieningenrechter gaat uit van de juistheid van de beslissing van het Commissariaat. Hij onderschrijft eveneens het oordeel van het Commissariaat dat sprake is van een ongeoorloofde neventaak. Tevens acht hij vooralsnog voldoende aannemelijk dat het door de publieke omroep verzorgen van een algemene jongerenmuziekzender op een met publieke middelen verworven apart kabelnet óók in strijd is met artikel 57a lid 1 sub c Mediawet (verbod van concurrentievervalsing). De NOS en de NPS worden veroordeeld de uitzending en exploitatie van Colorful Radio binnen 4 weken na betekening van het vonnis te staken en gestaakt te houden.

Vzr. Rb. Amsterdam 29 oktober 2004, Caroline Tensen e.a. vs. Story, LJN AR4746

Rectificatie · Privacy

Story moet publicatie over tv-presentatrice Caroline Tensen rectificeren op de volgende wijze: over de gehele breedte van de voorpagina in vette zwarte kapitalen, van dezelfde grootte als het woord 'HUWELIJK' op de voorpagina van Story, nummer 44, tegen een witte achtergrond de tekst te vermelden RECTIFICATIE CAROLINE TENSEN zonder enige andere aankondiging of mededeling dan de gebruikelijke vermelding van de naam Story, het nummer, de datum en de prijzen. Vervolgens moet de tekst van de rectificatie worden opgenomen, zonder commentaar of weerwoord over de gehele pagina 3. In de rectificatie moet worden meegedeeld dat Story de publicatie over een relatie van Tensen met een gehuwde man op geen enkele wijze heeft kunnen waarmaken, dat deze publicatie grievend en misleidend is en inbreuk maakt op de privacy van Tensen en de man en het portretrecht schendt van de man en zijn kinderen.

Vzr. Rb. Arnhem 27 juli 2004, Studio Esthetique vs. Specerij Beheer, Domjur. 2004, 203

Domeinnaam · Handelsnaam · Beeldmerk

Schoonheidssalon Studio Esthetique voert de geregistreerde domeinnaam www.studioesthetique.nl. en heeft ook haar woord-/beeldmerk bij het Beneluxmerkenbureau

laten registreren. Gedaagde voert op het internet de naam www.studioesthetique.nl. Daarmee treedt zij buiten haar eigen verzorgingsgebied en in het verzorgingsgebied van eiseres waardoor verwarring bij het publiek is te duchten. Strijd met artikel 5 Handelsnaamwet. Geen inbreuk op het merkrecht van eiseres omdat het beeldmerk niet als zelfstandig woordmerk is geregistreerd.

Vzr. Rb. Arnhem 28 juli 2004, X vs. Y, LJN AR 2793

Onrechtmatige publicatie · Aantasting eer en goede naam

Gedaagde Y stelt in haar mailing van 7 mei 2004 (onder meer) dat de door eiser X voor de veterinaire tuchtrechter afgelegde verklaringen vals zijn. De voorzieningenrechter is van oordeel dat Y niet heeft aangetoond dat de door X voor de veterinaire tuchtrechter afgelegde verklaringen opzettelijk in strijd met de kenbare waarheid zijn afgelegd. Door dit wel in een mailing te verkondigen, heeft Y onrechtmatig jegens X gehandeld. De voorzieningenrechter is daarom van oordeel dat Y de beschuldiging(en) dient in te trekken door middel van het sturen van een rectificatie aan alle personen en/of instellingen waaraan zij haar mailing van 7 mei 2004 heeft verzonden. De voorzieningenrechter is van oordeel dat X in het kader van de onderhavige kort gedingprocedure onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij schade heeft geleden en wijst de bij wijze van voorschot gevorderde schadevergoeding van € 10.000 af.

Vzr. Rb. Arnhem 12 augustus 2004, Ashlar vs. Vellum, LJN AR3111

Merkenrecht · Handelsnaam · Slogans

De door Vellum gehanteerde slogan lijkt sterk op de slogans van Ashlar. Ook als de slogans van Ashlar niet auteursrechtelijk beschermd zijn, kan het gebruik door Vellum van een sterk gelijkende slogan onrechtmatig zijn op grond van artikel 6:162 BW. Ashlar gebruikt al jaren intensief haar slogans. Haar identiteit wordt mede daardoor bepaald. Door als concurrent een sterk gelijkende slogan te gebruiken voor hetzelfde doel als waarvoor Ashlar haar slogans gebruikt, handelt Vellum onrechtmatig jegens Ashlar.

Vzr. Rb. Den Haag 5 april 2004, Gem. Alphen a.d. Rijn vs. Casema, AB 2004, 209 m.nt. B.P. Vermeulen

Kabelnettarieven · Artikel 7 lid 2 Grondwet · Artikel 10 EVRM

Zie Mediaforum 2004-6, nr. 24.

Vzr. Rb. Den Haag 13 april 2004, CvdM vs. Ernst & Young, AB 2004, 300 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen

Bevoegdheid Commissariaat · Mediawet · Inlichtingenplicht · Awb

Zie Mediaforum 2004-9, nr. 32 en 33 m.nt. P. Burger

Rb. Rotterdam 28 april 2004, KPN vs. OPTA, nr. 43

Tw · Geschilbeslechting verlegging kabels · Bevoegdheid OPTA

Zie de vooraankondiging in Mediaforum 2004-7/8, p. 248

Vzr. Rb. Zwolle 28 juli 2004, Pruijm vs. B&G, nr. 44 m. nt. L. Huisman J

Domeinnaam · Onrechtmatige daad · Misbruik van recht

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2004-9, p. 286; ook NJF 2004, 521

ABRvS 23 juli 2003, Commissariaat voor de Media vs. IJmond TV, AB 2004, 323 m. nt. O.J.D.M.L. Jansen

Mediawet · Doorgifte programma's · Bevoegdheid Commissariaat

Zie *Mediaforum* 2003-10, nr. 49 m. nt. J. van den Beukel

ABRvS 6 mei 2004, Kranenburg vs. Minister Algemene Zaken, AB 2004, 200 m. nt. P.J. Stolk

WOB · Stukken kabinetsformatie

Zie *Mediaforum* 2004-6, nr. 25 m. nt. A.W. Hins

ABRvS 6 mei 2004, Kranenburg vs. Minister Economische Zaken, AB 2004, 201 m. nt. P.J. Stolk

WOB · Stukken kabinetsformatie

Zie *Mediaforum* 2004-6, p. 214

ABRvS 12 mei 2004, Burgemeester Heerlen vs. RDW, AB 2004, 336 m. nt. O.J.D.M.L. Jansen

WBP · Doel registratie

De burgemeester van Heerlen verzocht om verstrekking van persoonsgegevens van de houder van een kenteken om hem een dwangsom te kunnen opleggen wegens overtreding van het verbod om prostitutie uit te lokken. De RDW weigerde dit terecht omdat het doel van de registratie te ver verwijderd is van het doel waarvoor de gevraagde gegevens zullen worden gebruikt. Dit klemt temeer door de grote inbreuk op de privacy die ermee gepaard gaat. De Afdeling overweegt ook dat de burgemeester andere middelen ter beschikking staan ter bestrijding van de door prostitutie veroorzaakte overlast.

ABRvS 9 juni 2004, Burgemeester Heerlen vs. RDW, AB 2004, 335 m. nt. O.J.D.M.L. Jansen

WOB · Privacy

De Rijksdienst voor het Wegverkeer weigerde de burgemeester van Heerlen gegevens te verstrekken omtrent kentekenhouders, die – al dan niet terecht – in verband werden gebracht met het bezoeken van prostituees. De RDW heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat het in artikel 10 lid 2 aanhef en onder e WOB genoemde belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het geding was en dat dat belang zwaarder woog dan het belang van de openbaarmaking.

Vz ABRvS 29 september 2004, CvdM vs Classic FM e.a., LJN AR3335

Mediawet · Nevenactiviteiten

Het Commissariaat voor de Media verzoekt bij wijze van voorlopige voorziening hangende het hoger beroep niet opnieuw op het bezwaarschrift te hoeven beslissen in de

zaak van Classic FM over de vraag of de uitzendingen van de Concertzender verboden nevenactiviteiten van de NOS zijn of niet (zie Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 37 m. nt. L. Hancher & Q. R. Kroes). Er is volgens de voorzitter geen reden om op voorhand aan te nemen dat het hoger beroep kansloos is. Een herzien besluit zou er toe leiden dat de betrokken nevenactiviteit niet langer zou zijn toegestaan, hetgeen zou meebrengen dat de uitzendingen zouden moeten worden gestaakt. Aannemelijk is dat in dat geval de desbetreffende kabelcontracten door concurrenten zullen worden overgenomen. Voorts zal stopzetting van de uitzendingen leiden tot verlies van een aanzienlijk deel van het luisterpubliek. Dat Classic FM daartegenover zwaarder wegende belangen heeft is niet aannemelijk gemaakt. Het verzoek van het Commissariaat wordt toegewezen.

CBB 8 september 2004, KPN Telecom vs. OPTA



Telecommunicatie · Aanwijzing · Huurlijnen

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2004-10, p. 311

Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 26 januari 2004, Amigoe & Nederlof vs. Het Land, Ars Aequi 2004, p. 721-728 m. nt. C.A.J.M. Kortmann

Vrijheid van nieuwsgaring · Faciliteiten voor journalisten · Persconferentie

Zie *Mediaforum* 2004-3, nr. 12 m. nt. G.A.I. Schuijt

Bundesgerichtshof 24 juni 2004, RTL vs. TC Unterhaltungstechnik, nr. 45 m. nt. M. Dellebeke J

Reclamewisser · Oneerlijke mededinging · Omroepvrijheid

Zie de vooraankondiging in *Mediaforum* 2004-10, p. 311

WIPO Arbitration and Mediation Center 26 juli 2004, Mardenkro vs Hermaidix, Domjur 2004-206

Domeinnaam · Merkrecht

Hoewel de huidige toepassing van de domeinnaam geen merkinbreuk oplevert, kan de registratie ervan dat wel opleveren. Het verhindert eiser haar merk op de meest voor de hand liggende wijze als domeinnaam te gebruiken. Het feit dat het in aanmerking komende publiek niet uitkomt op de website van eiser, maar op de site van een Amerikaans bedrijf, heeft tot gevolg dat het merk als onderscheidingsteken voor verven aan onderscheidende kracht inboet. Van enige rechtvaardiging hiervoor is niet gebleken.

Binnenland

Wijziging WOB

Het op 4 april 2003 ingediende wetsvoorstel tot wijziging van de Wet milieubeheer, de Wet openbaarheid van bestuur en enige andere wetten ter uitvoering van het Verdrag van Aarhus (Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en

toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden) is door beide Kamers der Staten-Generaal aanvaard en door de regering bekrachtigd. Als de Wet van 30 september 2004 verscheen het tot wet verheven voorstel in het Staatsblad. Zie voor het voorstel *Mediaforum* 2003-10, p. 329-330. Het Verdrag van Aarhus zelf heeft inmiddels ook de vereiste parlementaire goedkeuring verkregen.

Stb. 2004, 518 en 519.

Colorful Radio

Bij brief van 20 september 2004 heeft staatssecretaris Van der Laan van OCW de Tweede Kamer geïnformeerd over de situatie rondom Colorful Radio. In het tamelijk uitgebreide schrijven zet zij eerst de feitelijke gang van zaken rondom dit radioprogramma uiteen. Colorful Radio is een radioprogramma dat eerst door Colorful Group BV en daarna door de Nederlandse Radio Groep BV (NRG) bij wijze van commerciële radio werd uitgezonden. Het programma richtte zich via multiculturele programma's op allochtone jongeren van de tweede en derde generatie migranten. In februari 2004 heeft de NOS de activa en passiva die noodzakelijk zijn voor het voortzetten van Colorful Radio overgenomen van de NRG. Vervolgens is de toestemming voor het verzorgen van Colorful Radio als commercieel omroepprogramma ingetrokken en het radioprogramma wordt sindsdien voorgezet door de NOS. Een aantal commerciële radiostations heeft hierop tevergeefs geprobeerd om via de rechter een verbod tot voortzetting van Colorful Radio te verkrijgen (zie *Mediaforum* 2004-4, nr. 14). Vervolgens heeft het Commissariaat voor de Media bij besluit van 18 mei 2004 het voortzetten van Colorful Radio als neventaak verboden wegens strijd met artikel 57a lid 1 sub a en b Mediawet. Dit besluit is weer door de Kroon geschorst bij koninklijk besluit van 11 juni 2004 (zie *Mediaforum* 2004-7/8, p. 250). Tenslotte heeft het Commissariaat op 3 september 2004 een beslissing op het bezwaar van de NOS genomen en zijn mening gehandhaafd dat Colorful Radio zich onvoldoende kwalificeert als een minderhedenzender. Ook blijft het Commissariaat erbij dat de poging om minderheden via de neventaak Colorful Radio te bereiken, terwijl die minderheden tegelijkertijd onvoldoende worden bereikt via de hoofdtakprogramma's, leidt tot de conclusie dat het voortzetten van Colorful Radio schade aan de hoofdtak met zich meebrengt. In het vervolg van haar brief gaat de staatssecretaris in op de overwegingen van de NOS om Colorful Radio als neventaak uit te voeren en op het wettelijk kader waarbinnen de toelaatbaarheid hiervan beoordeeld moet worden. In artikel 13c lid 1 en 2 Mediawet is de opdracht van de publieke omroep om via zijn hoofdtak te voorzien in een programma-aanbod dat aansluit bij de behoefte van verschillende bevolkingsgroepen, waaronder minderheden, ondubbelzinnig vastgelegd. Artikel 13c lid 3 Mediawet bepaalt daarnaast dat de publieke omroep mede invulling kan geven aan zijn hoofdtak door op andere wijzen dan etheruitzending naar het algemene publiek programmatie aan te bieden en te verspreiden. Het betreft hier de zogenaamde neventaken, die mede ten dienste staan van de uitvoering van de hoofdtak en die gefinancierd kunnen worden uit de omroepmiddelen. Voorbeelden van neventaken zijn internet en themakanalen en uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een minderhedenzender een goed voorbeeld is

van een themakanaal. De wetgever heeft echter uitdrukkelijk geen limitatieve opsomming willen geven van activiteiten die als neventaak kunnen worden verricht, omdat dit in de praktijk belemmerend zou kunnen werken. Van het begrip 'themakanaal' is geen definitie gegeven. Tegen de achtergrond van het geschetste wettelijke kader wil de staatssecretaris de beslissingen van het Commissariaat bestuderen. Zij richt zich daarbij met name op de wijze waarop het begrip 'themakanaal' is geïnterpreteerd en op de wijze waarop mogelijke schade voor de hoofdtaak is getoetst. Het Commissariaat lijkt wat dit laatste betreft te zeggen dat er pas ruimte is om een neventaakprogramma te verzorgen wanneer de hoofdtaak volledig voldoet. De staatssecretaris geeft aan dat ze haar twijfels heeft bij deze interpretatie aangezien neventaken uitdrukkelijk zijn bedoeld om mede invulling te geven aan de hoofdtaak. Zo staat het ook in de wet. Hoe moet het nu verder met Colorful Radio? Aan het slot van haar brief geeft de staatssecretaris aan dat de op 11 juni 2004 bewerkstelligde schorsing doorloopt tot dertien weken nadat het besluit van het Commissariaat, na eventueel beroep bij de rechter, onherroepelijk is geworden. Complicerende factor hierbij is dat de commerciële radiostations opnieuw een kort geding hebben aangespannen en nogmaals een verbod hebben gevorderd. De staatssecretaris wacht het oordeel van de voorzieningenrechter af. Dat oordeel ligt er inmiddels (zie elders in de rubriek 'Rechtspraak').

Kamerstukken II 2003/04, 29 657, nr. 5.

Wijziging Mediawet

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet met het oog op verbetering van de openheid en continuïteit van de landelijke publieke omroep (zie *Mediaforum* 2004-6, p. 215-216) is gebleken dat diverse fracties in de Eerste Kamer een relatie zagen tussen het wetsvoorstel en het kabinetstandpunt ten aanzien van het rapport van de visitatiecommissie landelijke publieke omroep (zie *Mediaforum* 2004-7/8, p. 250). In dat kabinetstandpunt heeft het kabinet aangekondigd op zeer korte termijn door middel van een wijziging van de Mediawet de procedure voor de komende erkenningverlening aldus aan te passen, dat de erkenningen van de bestaande omroepverenigingen voor de periode vanaf 1 september 2005 bij wet worden verleend. Deze erkenningen en eventuele aan nieuwe omroepverenigingen te verlenen voorlopige erkenningen zullen in duur worden beperkt tot drie jaar en dus lopen tot 1 september 2008. In het licht van deze voorgenomen wetgeving is het gewenst aan het nog immer bij de Eerste Kamer ahangende wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet met het oog op verbetering van de openheid en continuïteit van de landelijke publieke omroep, het karakter van een tijdelijke regeling te geven. Dit kan door wijziging van de inwerkingtredingsbepaling. Om deze wijziging te bewerkstelligen heeft de regering bij koninklijke boodschap van 10 september 2004 een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend. Deze novelle bepaalt dat de wet tot wijziging van de Mediawet met het oog op verbetering van de openheid en continuïteit van de landelijke publieke omroep, vervalt met ingang van 1 september 2005 te verlenen erkenningen en voorlopige erkenningen op een later tijdstip

vervallen, dan vervalt deze wet op dat latere tijdstip.

Kamerstukken II 2003/04, 29 749, nr. 1-4.

Auteursrechtbeleid

Op 19 februari 2004 nam de Tweede Kamer de motie Van Dam aan (*Kamerstukken II 2003/04, 28 482, nr. 20*), waarin de regering werd verzocht de Kamer een actualisatie te sturen van het toekomstperspectief voor het auteursrecht, waarbij expliciet zou worden ingegaan op de houdbaarheid en handhaafbaarheid van het huidige rechtenstelsel en de belangen van consumenten en eerlijke mededinging. Bij brief van 13 oktober 2004 is minister Donner van Justitie aan die wens tegemoet gekomen. Na uitvoerige beschouwingen concludeert de minister dat de huidige technologische ontwikkelingen zijns inziens niet zonder meer tot een uitdijend auteursrecht moeten leiden. Uiteraard moet het auteursrecht rechthebbenden en investeringen blijven beschermen, maar het mag geen onnodige belemmering gaan vormen voor innovatie en de toegang tot informatie. Recentelijk is op nationaal, Europees en internationaal niveau het noodzakelijke evenwicht tussen de aanspraken van rechthebbenden en de belangen van gebruikers nagestreefd, waardoor de legitimatie van het huidige rechtenstelsel en de bestendigheid van het auteursrecht voorlopig gegeven zijn.

Kamerstukken II 2004/05, 29 838, nr. 1.

Vaste boekenprijs

Het kamerlid Dittrich, mede verantwoordelijk voor het initiatiefwetsvoorstel vaste boekenprijs (zie o.a. *Mediaforum* 2003-1, p. 24), ziet geen dwingende noodzaak om artikel 3 van dit wetsvoorstel te schrappen. Dat schrijft het kamerlid aan minister Brinkhorst van EZ. Artikel 3 verplicht importeurs een vaste prijs vast te stellen voor boeken en muziekuitgaven die uit het buitenland worden geïmporteerd. De minister had eerder aangeraden dit artikel te laten vervallen, aangezien hij er niet zeker van was of het wel in overstemming was met het EG-recht (zie *Mediaforum* 2004-10, p. 312). In zijn antwoord op de brief van het kamerlid schrijft de bewindsman nu dat de initiatiefnemers zich er terecht op beroepen dat het nieuwe artikel 3 geheel in lijn is met de Franse wetgeving. Ambtenaren van de Europese Commissie hadden tijdens besprekingen over het oude artikel 3 reeds laten weten dat het in lijn brengen met de Franse wetgeving het Nederlandse wetsvoorstel Europeesrechtelijk duidelijk minder kwetsbaar zou maken. Ook de minister verwacht dat het risico op strijd met het EG-recht in overwegende mate is weggenomen. Het initiatiefwetsvoorstel kan op zijn steun en sympathie rekenen.

Kamerstukken II 2003/04, 28 652, nr. 29.

Kopieerbeveiligingen cd's

Na de introductie van kopieerbeveiligingen in 2002 is gebleken dat er problemen waren bij het afspelen van sommige beveiligde cd's in bepaalde daarvoor bestemde afspelapparatuur. Die problemen zijn momenteel echter grotendeels verholpen. Dit schrijft minister Donner van Justitie naar aanleiding van schriftelijke vragen van het kamerlid Van Dam (PvdA). De minister geeft voorts aan van mening te zijn dat consumenten ervan uit mogen gaan dat zij hun cd's in alle daarvoor bestemde spelers kunnen afspelen. Een consument heeft dan ook recht op teruggave van zijn geld of een vervangend exemplaar wan-

neer hij geconfronteerd wordt met een beveiliging die normaal gebruik van een cd onmogelijk maakt. De consument heeft echter géén recht op het maken van kopieën voor eigen gebruik. De mogelijkheid om een privé-kopie te maken is namelijk geen recht maar een bevoegdheid die door rechthebbenden mag worden ingeperkt. Wordt de wettelijk erkende gebruikersvrijheid om een privé-kopie te maken ingeperkt, dan moet de consument daarover wel goed worden ingelicht. De minister geeft aan dat de bestaande kopieerbeveiligingen slechts het maken van een digitale kopie onmogelijk maken. Een analoge kopie is nog steeds mogelijk. Tenslotte geeft de minister aan geen aanleiding te zien om ex artikel 29a lid 4 Auteurswet een algemene maatregel van bestuur vast te stellen teneinde de wettelijk erkende gebruikersvrijheden zeker te stellen.

Aanhangsel Handelingen II 2003/04, nr. 2302.

Activiteiten Stichting Brein

In antwoord op schriftelijke vragen van het kamerlid Van Dam (PvdA) schrijft minister Donner van Justitie dat hij vernomen heeft dat de Stichting Brein onlangs een campagne is begonnen waarbij gebruikers die via uitwissel- of P2P-diensten illegaal muziek aanbieden wordt gewezen op het onrechtmatige karakter van hun activiteiten en zij worden opgeroepen deze activiteiten te staken. Als deze campagne geen succes wordt, dan overweegt Brein civielrechtelijke stappen tegen gebruikers die op grote schaal illegaal muziekbestanden via internet aanbieden. De minister schrijft voorts dat Brein bij haar activiteiten softwareprogramma's inzet waarmee het internet kan worden afgezocht op illegaal muzikaanbod. Tevens kan hiermee het IP-nummer van de internetverbinding worden getraceerd. Het CBP heeft op 16 april 2004 een verklaring omtrent de rechtmatigheid van gegevensverwerking afgegeven naar aanleiding van een melding van Brein die betrekking had op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (het 'anti-piraterij databestand'). Het CBP verklaarde de verwerking rechtmatig, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden hebben onder andere betrekking op de doorgifte van de gegevens, het informeren van betrokkenen en de bewaartermijn. Op grond van artikel 8 sub f WBP mogen persoonsgegevens slechts worden verwerkt indien de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert. Naar het oordeel van het CBP heeft Brein een redelijk belang om voor de organisaties op het gebied van productie, exploitatie en bescherming van audio, video en interactieve producten persoonsgegevens te verzamelen van mogelijke inbreukmakers, mits deze verwerking met voldoende waarborgen is omgeven. Daarmee is volgens de minister niet gezegd dat steeds het ene belang boven het andere prevaleert. Buiten kijf staat dat van een stichting zoals Brein mag worden verwacht dat zij bij haar opsporings- en andere activiteiten de maatschappelijke zorgvuldigheidseisen en het wettelijke kader, in het bijzonder de WBP, in acht neemt. De minister schrijft voorts het een en ander over het beschikbaar stellen van NAW-gegevens door internet providers aan derden

(zoals Brein). Hiervoor moet in eerste instantie de overeenkomst tussen de provider en de abonnee, en de daarop betrekking hebbende algemene voorwaarden, geraadpleegd worden. Op grond van hun privacybeleid verstrekken providers over het algemeen geen NAW-gegevens aan derden zonder toestemming van betrokkenen, tenzij dit bijvoorbeeld geschiedt op grond van een rechterlijk bevel. De Auteurswet en de Wet op de naburige rechten kennen geen bijzondere bepaling op grond waarvan providers gehouden zijn om NAW-gegevens aan Brein te verstrekken. Wel heeft het Gerechtshof Amsterdam, in een arrest van 24 juni 2004, een provider gelast de NAW-gegevens van een websitehouder aan een derde te verstrekken, jegens wie op de betrokken website ernstige en anonieme beschuldigingen van fraude waren geuit (zie *Mediaforum* 2004-9, p. 283 en de rubriek Rechtspraak). Het Hof oordeelde dat de weigering van een provider om NAW-gegevens – in casu van de websitehouder – aan een derde te verstrekken, in strijd kan komen met de zorgvuldigheid die de provider jegens een derde in acht moet nemen. Uit het arrest – waartegen overigens beroep in cassatie is ingesteld – blijkt duidelijk dat het bij de vereiste belangenafweging aankomt op de concrete omstandigheden van het geval. De minister kan en wil daarom geen algemene uitspraken doen over verstrekking van NAW-gegevens aan Brein in een meer auteursrechtelijke context, en aldus treden in een beoordeling die aan de rechter is voorbehouden.

Aanhangsel Handelingen II 2003/04, nr. 2299.

Uitduels Nederlands elftal (1)

Het kamerlid Vergeer (SP) heeft schriftelijke vragen gesteld aan staatssecretaris Van der Laan van OCW over een bericht dat de uitduels van het Nederlands elftal mogelijk niet op tv zouden worden uitgezonden. Dat zou komen omdat noch de NOS, noch de commerciële omroepen bereid waren de uitzendrechten van deze wedstrijden aan te kopen. In haar antwoorden geeft de staatssecretaris aan dat de NOS en de commerciële omroepen inderdaad hebben afgezien van aankoop van de uitzendrechten, aangezien zij de gevraagde prijs te hoog vonden. Inmiddels zijn de rechten gekocht door investeringsmaatschappij Talpa van John de Mol. De staatssecretaris deelt de mening van het kamerlid dat het in het publieke belang is dat de uitwedstrijden van het Nederlands elftal op een open net worden uitgezonden. Deze wedstrijden zijn dan ook op de evenementenlijst geplaatst. Tenslotte stelt de bewindsvrouw dat het niet nodig is afspraken op Europees niveau te maken over prijsopdrijving van uitzendrechten van sportevenementen. Wanneer misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie of kartelafspraken worden gemaakt zal de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteit maatregelen nemen.

Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 96.

Uitduels Nederlands elftal (2)

Eind september berichtten diverse media dat bewoners van de Bommelerwaard en het Rivierenland de uitwedstrijden van het Nederlands elftal niet zouden kunnen volgen omdat de zender Nickelodeon hier niet in het TV-pakket zit. Het kamerlid Örgü (VVD) stelde over deze kwestie schriftelijke vragen aan staatssecretaris Van der Laan van (OCW). De staatssecretaris wist het kamerlid gerust te stellen: kabelexploitant UPC heeft

inmiddels in overleg met Nickelodeon besloten tijdelijk het eigen infokanaal te gebruiken zodat iedere aangeslotene de wedstrijden kan volgen. Voorts deelt de staatssecretaris de mening van het kamerlid dat de wedstrijden van het Nederlands elftal moeten worden uitgezonden op een open net. Zij zijn dan ook opgenomen op de evenementenlijst. Een televisiezender die een evenement van die lijst wil uitzenden moet door tenminste 75% van de huishoudens in Nederland kunnen worden ontvangen. Nickelodeon voldoet aan die eis.

Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 170.

VoIP

Het kamerlid Van Dam (PvdA) heeft schriftelijke vragen gesteld aan minister Brinkhorst van EZ over Voice-over-IP (VoIP), oftewel bellen via internet. In zijn uitgebreide antwoorden geeft de minister onder meer aan dat VoIP niet één bepaald type dienst is, maar een 'familie' van technologieën en diensten. Op dit moment worden vijf verschillende soorten onderscheiden. Niet-geografisch gebonden gebruik, ook wel nomadisch gebruik genoemd (communiceren met hetzelfde nummer vanaf verschillende aansluitpunten), is niet bij alle VoIP-soorten mogelijk. De minister acht het niet onduidelijk voor VoIP-gebruikers dat tot op heden aan hen geografisch gebonden nummers worden aangeboden. Aangezien het tarief wordt bepaald door de netnummers van beller en gebelde, en niet door hun locaties, zal het tarief immers voorspelbaar en bekend zijn. De minister geeft aan dat sommige typen VoIP sterk op vaste telefonie lijken, terwijl andere meer weg hebben van mobiele telefonie. Nomadisch gebruik zit daar weer tussenin. Op dit moment wordt een studie uitgevoerd naar de vraag welke telefoonnummers voor de afzonderlijke VoIP-diensten in de toekomst het meest passend zijn. Op basis van dit onderzoek wil de minister in het voorjaar van 2005 de markt consulteren. Hij wil de marktpartijen de ruimte bieden om eigen keuzes te maken, maar er tevens naar streven dat de kwaliteit en voordelen van de geografische nummerreeks worden bewaard. Voordat hij tot een andere ordening kan overgaan, wil hij over meer inzicht beschikken. Tenslotte deelt de bewindsman mede dat de Kamer eind dit jaar een visie op de elektronische communicatie tegemoet kan zien. Hierin zal VoIP in samenhang met andere ontwikkelingen aan de orde komen.

Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 82.

Werkafspraken spamverbod

In de Staatscourant van 25 oktober 2004 zijn de werkafspraken gepubliceerd die de OPTA en het CBP hebben gemaakt inzake de uitoefening van toezicht op de naleving van artikel 11.7 lid 1-3 Telecommunicatiewet. In dit artikel is het verbod op het verzenden van spam neergelegd. Het artikel is sinds 19 mei 2004 van kracht (zie *Mediaforum* 2004-6, p. 215). De genoemde werkafspraken zullen te zijner tijd worden opgenomen in een samenwerkingprotocol. Hoewel er geen wettelijke verplichting bestaat om tot samenwerking te komen, achten beide colleges het toch wenselijk om afspraken te maken. Dit gezien het feit dat er tussen hun taken verbanden bestaan en beide colleges kunnen profiteren van de wederzijdse kennis en ervaring en het afbakenen en verduidelijken van elkaars bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

Stct. 2004, 205, p. 27.

Steu van Bedrijfsfonds voor de Pers

Het Bedrijfsfonds voor de Pers heeft besloten een krediet van € 90.000,- beschikbaar te stellen aan Dif-Books BV voor het informatieproduct 'Dif'. Dif is ontstaan uit onvrede over het feit dat er bijna geen podia bestaan voor onderzoeks- en documentaire journalistiek en tevens over het feit dat er onvoldoende vernieuwing in de journalistiek plaatsvindt. Dif heeft gekozen voor een cross-media benadering met week-, maand- en kwartaaledities van het magazine op internet, ondersteund door een papieren jaarboek. In oktober 2003 is de eerste papieren versie verschenen, maar de internetversie bleef door een gebrek aan financiering vooralsnog uit. De uitgever wil de introductie van het tweede nummer gebruiken om in oktober 2004 de internetpendant te introduceren. Daarvoor is nu dus door het Bedrijfsfonds steun verleend. Het besluit van het Bedrijfsfonds is gebaseerd op de Tijdelijke subsidieregeling minderhedenbladen en journalistieke internet-informatieproducten (zie *Mediaforum* 2002-9, p. 291).

Stct. 2004, 187, p. 9.

Ontwikkelingen postsector

Een brief van de minister van Economische zaken aan de Tweede Kamer bevat aanvullende informatie over de liberalisering van de postmarkt (zie eerder de Notitie Post, *Kamerstukken II 2003/04, 29 502, nr. 3*). De universele dienstverlening, het tariefsysteem, de toegang tot het netwerk van TPG en het toezicht door OPTA komen daarbij aan de orde. In separate bijlagen is een marktanalyse van de Nederlandse postmarkt en een visie op de marktwerking opgenomen. *Kamerstukken II 2004-2005, 29 502, nr. 4.*

Afschermen van telefoonnummers

In dit besluit worden regels gesteld inzake notaspificatie. In het besluit wordt bepaald dat een abonnee van een openbare telefoon-dienst of van een carriërdienst jegens zijn aanbieder het recht heeft om aan te geven dat zijn nummer op nota's voor geleverde elektronische communicatiediensten, waarbij vermelding plaatsvindt van opgeroepen nummers, dient te worden afgeschermd. *Stb. 2004, 458.*

Nico van Eijk bijzonder hoogleraar

Dr. N.A.N.M. van Eijk (1961), medewerker aan het Instituut voor Informatierecht sedert 1987, oud-redacteur van *Mediaforum* en medewerker van dit blad, is per 1 oktober 2004 benoemd tot bijzonder hoogleraar media- en telecommunicatierecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam (UvA). De leerstoel is ingesteld vanwege de Stichting IViR Fonds.

Agenda

Indirecte octrooi-inbreuk, voordracht Gertjan Kuipers in het kader van Vira/Grotius Vervolgopleiding informaticarecht; woensdag 8 december 16 - 18 uur; Molen-graaff Instituut voor Privaatrecht, Drift 9, 3512 EN Utrecht; 2 NOVA-punten; vrij toegankelijk. Na afloop is er een borrel; aanmelden bij mw. J. Borlee 030-2537723 of via e-mail: j.borlee@law.uu.nl

Nationaal reclamecongres. Actualiteiten reclamerecht; 9 december 2004, Hotel Newport, Huizen; sprekers o.a. K. Limperg, M.

van de Braak, E. Hoogenraad en B. le Poole; 595; aanmelden en informatie 0570-647190; www.kluweropleidingen.nl; opleidingen@kluwer.nl

Artiest & Recht. Juridische actualiteiten op het gebied van muziekkuitgave-overeenkomsten (auteursrecht) en platencontracten (naburig recht); 14 december 2004, Hilton Amsterdam; sprekers o.a. P.B. Hugenholtz, M.T.M. Koedooder, D.J.G. Visser, A. Harrison; € 595; aanmelden en informatie 0570-647190; www.kluweropleidingen.nl; opleidingen@kluwer.nl

Sport & Recht. Juridische actualiteiten en knelpunten op sportgebied; 15 december, Amsterdam ArenA; sprekers o.a. F.C. Kollen, H.T. van Staveren, M.M. Kroone, J.D. Loorbach, P. Kalbfleisch; € 595; aanmelden en informatie 0570-647190; www.kluweropleidingen.nl; opleidingen@kluwer.nl

PAO Het nieuwe telecommunicatierecht Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam, 28 januari - 11 maart 2004 (zeven vrijdagen); cursusleiding E.J. Dommering & N.A.N.M. van Eijk; 35 pt.; € 3.750 incl. materiaal, consumpties, lunches; informatie en inschrijving Eggens Instituut: tel. 020-5253407; fax 020-5253307; pao@jur.uva.nl; www.jur.uva.nl/eggens

Verschenen

C. Alberdingk Thijm, *Het nieuwe informatierecht. Nieuwe regels voor het internet*, Den Haag: Academic Service 2004; 232 blz., € 22,50; ISBN 9039522499.

J.H. Brouwer e.a., *Media & recht. De media meester*. Utrecht: Stichting Jonge Balie Congres 2004

P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. EU Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004; ISBN 90 13 01917-x

N. Elkin-Koren & E.M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace. The effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law*, Cheltenham UK: Edward Elgar 2004; ISBN 1 84064 6691

Lars Huisman

De oplettende lezer zal gemerkt hebben dat boven deze rubriek bij de vermelding van de redacteurs de vertrouwde naam Lars Huisman ontbreekt. Sedert Mediaforum 2000-10 is Lars medewerker respectievelijk redacteur van deze rubriek geweest. Thans heeft hij ons moeten verlaten omdat hij van werkkring is veranderd. Hij is advocaat geworden bij Arnold & Siedsma in Den Haag en kan de werkzaamheden voor deze rubriek niet combineren met zijn nieuwe functie. Wij wensen hem daarin veel succes. Wij zijn Lars buitengewoon erkentelijk voor zijn trouwe en bekwame medewerking gedurende de afgelopen vier jaar en wij danken hem voor het werk dat hij in die jaren voor deze rubriek heeft verzet.

In Henri Martius, die wij hierbij verwelkomen en veel succes toewensen, menen wij een goede opvolger gevonden te hebben. Henri werkt bij de afdeling Privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam.

Laurens Dragstra, Annetje Ottow en Gerard Schuijt

Nr 41 Lycos vs. Pessers

Gerechtshof Amsterdam 24 juni 2004, rolnummer 1689/03 KG

Arrest in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Lycos Netherlands BV,
gevestigd te Haarlem, appellante, procureur: mr. A. Volders,

tegen

Augustinus Bernard Maria Pessers, wonende te Tilburg, geïntimeerde, procureur: mr. M.A.L.M. Willems.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Lycos en Pessers genoemd.

Bij dagvaarding van 23 september 2003 is Lycos in hoger beroep gekomen van een kortgedingvonnis van 11 september 2003 van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Haarlem, in deze zaak onder nummer 94609/KG ZA 03-426 gewezen tussen Pessers als eiser en Lycos als gedaagde.

Lycos heeft bij memorie grieven tegen het vonnis aangevoerd, een productie overgelegd en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vordering van Pessers zal afwijzen, met veroordeling van Pessers in de kosten van beide instanties.

Bij memorie van antwoord heeft Pessers de grieven bestreden, productie overgelegd en geconcludeerd dat het hof het vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van Lycos in de kosten van – naar het hof begrijpt – het hoger beroep.

Partijen hebben ter terechtzitting van het hof van 16 april 2004 hun standpunten doen toelichten. Namens Lycos is gepleit door mr. C.Q. Wenckebach, advocaat te Haarlem, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Pessers, advocaat te Tilburg, trad voor zichzelf op. Bij die gelegenheid zijn door beide partijen nog inlichtingen verschaft.

Ten slotte hebben partijen aan het hof verzocht arrest te wijzen.

2. Grieven

Lycos heeft dertien grieven aangevoerd, waarvoor wordt verwezen naar de desbetreffende memorie.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in overweging 2.1 van het bestreden vonnis onder de letters a t/m f een aantal feiten in deze zaak als vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat op zichzelf geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

Pessers handelt – naast zijn normale beroepswerkzaamheden – tevens in postzegels via een ‘virtuele’ veiling op de website www.ebay.com waarbij hij gebruik maakte van het e-mailadres pessers@home.nl. De genoemde website biedt aan klanten (kopers) met wie zaken wordt gedaan de mogelijkheid om (in één regel) feedback te geven; Pessers kan daarop (eveneens in één regel) een reactie geven; de feedback en de reactie zijn voor iedereen toegankelijk. Ten tijde van de aanvang van dit geding had Pessers een rating opgebouwd van 24.787 positieve, 299 negatieve en 217 neutrale vermeldingen.

Lycos is een wereldwijd opererend internetbedrijf; zij houdt zich onder meer bezig met het als internetprovider ‘hosten’ van websites op internet. Op <http://members.lycos.nl> staat een website genaamd ‘stop the fraud’ (verder: de website). Tot 4 augustus 2003 stond op deze website onder meer de volgende tekst:

*Have you been ripped off by Pessers@home.nl on E-bay, join our quest for justice!!
How does he work? You buy a small lot. Which he ships directly. So he gains your trust. You feel confident to buy a more expensive lot. That's when he strikes. He will keep your money and no stamps for you!*

That's not all. According to some of his victims he also sends fakes. Have you been ripped off and you want also to publish your story? MAIL your story to => stopthefraud@hotmail.com [...].

De website bevat voorts onder meer een aantal ‘stories’ van personen die slechts met initialen zijn aangeduid, waarin verhaald wordt van problemen bij het bestellen van postzegels bij Pessers.

Pessers heeft op 1 augustus 2003 een mail naar het op de website vermelde e-mailadres gezonden, inhoudende onder meer:

*Geachte heer???,
Ik ben geconfronteerd met Uw website. Ik sommeer U hiermee te stoppen en U bekend te maken. Voorts verzoek en sommeer ik U mij een weerwoord toe te staan op deze site, wat U doet is in hoge mate strafbaar en onrechtmatig. Zodra ik van Lycos Uw gegevens heb ontvangen zal ik U in rechte betrekken om mijn schade op U te verhalen. [...]*

Pessers heeft op deze mail geen antwoord ontvangen.

Pessers heeft voorts per faxbrief van 1 augustus 2003 Lycos gesommeerd om (onder meer) de website te verwijderen alsmede hem te voorzien van naam, adres en geboortedatum van de websitehouder. Lycos heeft per brief van 4 augustus 2003 aan Pessers bericht geen gehoor te geven aan deze sommaties.

Met ingang van 4 augustus 2003 heeft de websitehouder de volgende tekst op de website geplaatst: ‘Site removed to avoid legal actions!!’

4.2. In dit kort geding vorderde Pessers in eerste aanleg dat Lycos – op straffe van een dwangsom – wordt geboden: (a) de doorgifte van de website te staken, en (b) naam, adres en geboortedatum van de websitehouder aan Pessers bekend te maken. De voorzieningenrechter heeft onderdeel (a) van de vordering afgewezen omdat Pessers daarbij geen belang meer had gezien de thans op de website geplaatste tekst. Onderdeel (b) van de vordering is toegewezen voor zover het de bekendmaking van de naam en het adres (en niet de geboortedatum) van de websitehouder betreft. Het hoger beroep van Lycos is tegen de toewijzing van dit deel van de vordering gericht.

4.3. Nu Pessers niet tegen de afwijzing van de rest van zijn vorderingen in hoger beroep is gekomen, staat in hoger beroep uitsluitend ter beoordeling of Lycos terecht is veroordeeld de naam en het adres van de websitehouder (verder: de NAW-gegevens) aan Pessers bekend te maken.

4.4. Pessers stelt dat de inhoud van de website (zoals die tot 4 augustus 2003 luidde) lasterlijk en onrechtmatig jegens hem is en dat hij daardoor in zijn postzegelhandel, waarmee hij normaliter een jaaromzet van € 350.000 behaalt, schade lijdt c.q. heeft geleden. Volgens Pessers handelt Lycos onrechtmatig door de bij haar bekende NAW-gegevens niet aan hem bekend te maken; hij heeft er belang bij om de websitehouder, die zich anoniem houdt, in rechte te kunnen aanspreken, zowel om schadevergoeding te kunnen vorderen als om soortgelijke onrechtmatige acties in de toekomst te kunnen voorkomen of stoppen.

4.5. Lycos voert aan dat een vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens van een websitehouder slechts in zwaarwegende omstandigheden toewijsbaar is; zo dient de op de website geplaatste informatie onmiskenbaar onrechtmatig te zijn en moet de eiser bovendien een zwaarwegend belang hebben bij afgifte van de NAW-gegevens; voorts moet er geen minder ingrijpende manier zijn om de NAW-gegevens te achterhalen en moeten de beginselen inzake de bescherming van persoonsgegevens in acht genomen worden. Volgens Lycos is in het onderhavige geval niet aan deze voorwaarden voldaan.

4.6. Ingevolge de ontwerpbeoordeling van art. 6:196c lid 4 BW (wetsontwerp 28 197) – welke ontwerpbeoordeling dient ter implementatie van artikel 14 van de EG-richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel – is een serviceprovider niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter of daarvan niet redelijkerwijs behoort te weten, dan wel – zodra hij daarvan weet of redelijkerwijs behoort te weten – prompt de informatie verwijderd of de toegang daartoe onmogelijk maakt. Blijkens de memorie van toelichting bij deze ontwerpbeoordeling is de enkele kennisgeving van een derde omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige informatie onvoldoende voor de conclusie dat de serviceprovider weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter heeft; dat is echter anders wanneer aan de juistheid van de kennisgeving in redelijkheid niet getwijfeld kan worden, zoals wanneer de informatie op de website onmis-

kenbaar onrechtmatig is (TK 2001-2002, 28 197, nr. 3, blz. 49). Pas indien op deze gronden tot aansprakelijkheid van de serviceprovider voor de opgeslagen informatie geconcludeerd kan worden, is een – op die onrechtmatige daad gebaseerde – vordering jegens de serviceprovider tot verwijderen of ontoegankelijk maken van de informatie toegewezen. Daarnaast kan dan onder omstandigheden tevens een vordering jegens de serviceprovider tot bekendmaking van de NAW-gegevens van de websitehouder toegewezen zijn, met name indien bij die vordering een voldoende zwaarwegend belang bestaat (zie daaromtrent verder hieronder). Indien de informatie echter niet onmiskenbaar onrechtmatig is, kan de vordering tot verwijdering of ontoegankelijk maken van de informatie in beginsel slechts jegens de websitehouder zelf gericht worden (zie echter ook 4.8).

4.7. In het onderhavige geval betoogt Lycos terecht dat de informatie die tot 4 augustus 2003 op de desbetreffende website geplaatst was, op zichzelf niet onmiskenbaar onrechtmatig was. Het gaat hier immers om een door een websitehouder geopenbaarde beschuldiging van oplichting aan het adres van Pessers, waarvan voor een buitenstaander (zoals Lycos in dit opzicht is) niet zonder meer duidelijk is of en in hoeverre dat verwijt steun vindt in de feiten en of en in hoeverre het publiekelijk uiten van dat verwijt gerechtvaardigd is.

Dat de gepubliceerde informatie in dit geval een ernstige beschuldiging betreft en dat de beschuldiging bovendien door de websitehouder anoniem geuit wordt, brengt ook nog niet zonder meer mee dat de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is. Onder omstandigheden kan een websitehouder er immers een gerechtvaardigd belang bij hebben om vermeende misstanden aan de kaak te stellen zonder dat zijn persoonsgegevens publiekelijk bekend worden; of dat zo is onttrekt zich veelal aan de waarneming van de serviceprovider.

4.8. In dit hoger beroep hoeft niet de vraag beantwoord te worden of in laatstbedoelde situatie – waarin de informatie op zichzelf niet onmiskenbaar onrechtmatig is maar wel een ernstige beschuldiging bevat die anoniem geuit wordt – onder omstandigheden toch nog ruimte bestaat voor toewijzing van een vordering jegens de serviceprovider tot verwijdering of ontoegankelijk maken van de informatie (hetgeen bijvoorbeeld denkbaar is nadat gebleken is dat de websitehouder niet opgespoord kan worden omdat diens NAW-gegevens niet te achterhalen zijn of omdat de wel achterhaalde NAW-gegevens niet kloppen). In het onderhavige geval is de informatie immers reeds door de websitehouder zelf verwijderd en is Pessers niet in beroep gekomen tegen de afwijzing van deze vordering.

4.9. Blijkens het bovenstaande moet er in dit geval voorshands van worden uitgegaan dat de informatie op de website (voor Lycos) niet onmiskenbaar onrechtmatig was. Anders dan Lycos heeft betoogd, brengt dat echter niet mee dat de vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens om die reden moet worden afgewezen. Laatstgenoemde vordering moet op haar eigen merites beoordeeld worden.

4.10. Ook indien de op een website gepubliceerde informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is, kan een serviceprovider onder omstandigheden onrechtmatig handelen door de bij haar bekende NAW-gegevens van de desbetreffende websitehouder niet op verzoek aan een belanghebbende derde bekend te maken. Indien voldoende aannemelijk is dat de gepubliceerde informatie jegens de derde wel onrechtmatig zou kunnen zijn en dat deze daardoor schade kan lijden, zou het maatschappelijk bezien ongewenst zijn indien die derde geen enkele reële mogelijkheid heeft de websitehouder daarop – zonedig in rechte – aan te spreken. Onder omstandigheden kan dan ook een weigering van de serviceprovider om de NAW-gegevens van de websitehouder aan de derde bekend te maken in strijd komen met de zorgvuldigheid die de serviceprovider jegens een zodanige derde in acht dient te nemen. Dit kan met name het geval zijn indien zich de volgende omstandigheden voordoen:

- de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, is voldoende aannemelijk;
- de derde heeft een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens;
- aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen;
- afweging van de betrokken belangen van de derde, de serviceprovider en de websitehouder (voor zover kenbaar) brengt mee dat het belang van de derde behoort te prevaleren.

4.11. (ad a) In het onderhavige geval moet gelet op de inhoud van de website ‘stop the fraud’ aangenomen worden dat het ook voor Lycos

voldoende duidelijk was dat de informatie jegens Pessers zeer wel onrechtmatig kan zijn. Het gaat immers om de ernstige beschuldiging van oplichting waarvan de juistheid niet zonder meer vaststaat; anders dan Lycos stelt zijn de op de website opgenomen verhalen niet van de site van Ebay afkomstig. Van Pessers hoeft voorts ook niet gevraagd te worden, anders dan Lycos blijkens haar vijfde grief kennelijk wil, dat hij de door hem gestelde schade door bescheiden of anderszins jegens Lycos onderbouwt of specificceert; Pessers vordert immers geen schadevergoeding van Lycos. Voldoende voor toegewezenheid van de vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens is dan ook dat, gelet op de aard en inhoud van de informatie op de website, de mogelijkheid van schade in zijn postzegelhandel voldoende aannemelijk is.

4.12. (ad b) Dat Pessers een reëel belang heeft bij het verkrijgen van de NAW-gegevens van de websitehouder staat gelet op het voorgaande buiten redelijke twijfel. Pessers wil de websitehouder in rechte aanspreken, niet alleen ter verkrijging van schadevergoeding maar ook om soortgelijke acties in de toekomst te voorkomen of te stoppen.

4.13. (ad c) Lycos heeft gesteld dat Pessers ook zou kunnen proberen de NAW-gegevens van de websitehouder te achterhalen bij Ebay of bij Microsoft (via het emailadres van de Hotmail dienst). Nog daargelaten dat onaannemelijk is dat Ebay beschikt over de NAW-gegevens van deze websitehouder (er bestaat immers geen contractuele band tussen hen), zullen zowel Ebay als Microsoft op hun beurt weer met hetzelfde argument kunnen verwijzen naar Lycos. Bij de toets of er geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen, gaat het er dan ook niet zozeer om of er een alternatief bestaat dat voor Lycos minder ingrijpend is (dat is namelijk bij elk alternatief het geval), maar of er een alternatief bestaat dat voor de websitehouder minder ingrijpend is. Voor hem maakt het echter geen verschil of zijn NAW-gegevens worden bekend gemaakt door Lycos dan wel door een andere elektronische dienstverlener.

Pessers heeft onweersproken gesteld dat hij de websitehouder meermalen vruchteloos heeft aangeschreven op diens emailadres dat op de website vermeld wordt (zie ook hierboven, 4.1.c) en dat hij een recherchebureau heeft ingeschakeld dat te kennen heeft gegeven niets voor hem te kunnen doen. Er moet dan ook van uitgegaan worden dat er voor Pessers geen reële alternatieven bestaan om aan de NAW-gegevens van de websitehouder te komen. De door Lycos gesuggereerde ‘strafrechtelijke weg’ biedt ook onvoldoende kans op resultaat, nog daargelaten dat het ondergaan van een strafrechtelijk onderzoek voor de websitehouder bepaald niet minder bezwarend is.

4.14. (ad d) Nu de hiervoor besproken voorwaarden voor toewijzing van de vordering vervuld zijn, komt het ten slotte aan op een afweging van alle betrokken belangen. Daarover kan kort samengevat het volgende worden opgemerkt.

Aan de zijde van **Lycos** geldt als belang om zo min mogelijk belast te worden met het opvragen van NAW-gegevens door derden en het belang om geen persoonsgegevens van betrokkenen te hoeven openbaren. Ten aanzien van eerstgenoemd belang geldt echter dat Lycos haar bedrijf maakt van het ter beschikking stellen van hosting diensten en daarmee (reclame-)inkomsten verwerft, zodat het ongemak om in voorkomende gevallen aan derden NAW-gegevens ter beschikking te moeten stellen uit die inkomsten bestreden kan worden. Wat het laatstgenoemde belang betreft heeft te gelden dat art. 8 sub f Wet bescherming persoonsgegevens aan Lycos de bevoegdheid geeft om persoonsgegevens van de desbetreffende websitehouder te verstrekken, indien zulks noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van Pessers, tenzij het belang van de websitehouder en in het bijzonder diens recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer prevaleert; in dat kader moeten dus de belangen van Pessers en de websitehouder tegen elkaar afgewogen worden.

Aan de zijde van de **websitehouder** geldt als belang dat hij vrijelijk zijn mening kan uiten en dat zijn privacy en zijn zelfverkozen anonimiteit niet door Lycos, aan wie hij NAW-gegevens heeft verschaft, worden geschonden. Deze belangen hebben echter geen absolute waarde en mogen in het bijzonder niet misbruikt worden om (potentieel) schadelijke uitlatingen over een derde te doen en zich daarbij volledig te onttrekken aan iedere mogelijkheid om door die derde ter verantwoording te worden geroepen. In het onderhavige geval is in het bijzonder van belang dat de door de websitehouder aan de orde gestelde (beweerde) misstand niet zodanig van aard of impact is, dat waarborging van zijn anonimiteit noodzakelijk zou zijn om die (beweerde) misstand vrijelijk aan de orde te kunnen stellen.

Voorts geldt dat een eventuele toewijzing van de vordering van Pessers slechts in beperkte mate inbreuk maakt op het belang van privacy en anonimiteit van de websitehouder, nu diens NAW-gegevens

niet publiekelijk maar slechts aan Pessers bekend gemaakt worden. Aan de zijde van Pessers geldt als belang dat hij de mogelijkheid moet hebben om zijn rechten en vrijheden te beschermen, door de websitehouder zo nodig in rechte aan te spreken op diens mogelijk onrechtmatige gedragingen en daarvoor schadevergoeding en een verbod te vorderen.

4.15. Afweging van de betrokken belangen leidt het hof tot het oordeel dat het belang van Pessers in dit geval het zwaarste behoort te wegen, aangezien hij anders 'vogelvrij' zou zijn voor dit soort acties van anonieme personen. Aannemelijk is dat in een eventuele bodemprocedure ook aldus geoordeeld zou worden.

Op voorgaande gronden zijn de vorderingen van Pessers, voor zover in hoger beroep nog aan de orde, dan ook terecht toegewezen door de voorzieningenrechter.

4.16. Afzonderlijke bespreking van de grieven van Lycos is niet meer nodig, behalve ten aanzien van grief 11. Daarin betoogt Lycos dat Pessers niet-ontvankelijk is in zijn vorderingen jegens haar, omdat de hier aan de orde zijnde website 'Stop the fraud' ten tijde van het geding in eerste aanleg niet door haar werd gehost maar door de in Duitsland gevestigde vennootschap Lycos Europe GmbH (hetgeen thans overigens niet meer het geval is, zoals bij pleidooi in hoger beroep is medegegeeld).

Wat daarvan feitelijk ook zij, voldoende aannemelijk is geworden dat (ook) Lycos zelf vanwege haar nauwe band met de Duitse moederverenootschap de feitelijke mogelijkheden had om te beschikken over de NAW-gegevens van de websitehouder en zondig de website af te sluiten of ontoegankelijk te maken. Dat volgt al uit haar eigen stelling (MvG sub 17) dat zij 'ten aanzien van de websites die operationeel zijn onder het topleveldomain.nl [...] een logistieke, faciliterende en organisatorische functie' vervulde; voorts blijkt dat ook nog eens met zoveel woorden uit haar eigen brief van 4 augustus 2003 aan Pessers. In verband met een en ander kon Pessers zijn vorderingen derhalve (ook) tegen Lycos richten.

4.17. Nu de aangevoerde grieven niet tot vernietiging van het vonnis kunnen leiden, zal het hof het bestreden vonnis bekrachtigen, met veroordeling van Lycos als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep.

5. Beslissing

Het hof:

- Bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
- Veroordeelt Lycos in de kosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Pessers begroot op € 2.559,29;
- Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Westermann-van Rooyen, Streefkerk en Thiessen en in het openbaar uitgesproken op 24 juni 2004.

Noot

Of van Daalen

O.L. van Daalen is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.

Inleiding

Dit geschil gaat over de plicht van een internet-tussenpersoon om de identiteit van een websitehouder op verzoek aan een derde bekend te maken. Dit is van belang omdat een tussenpersoon vaak als enige hierover beschikt. Omdat een specifieke wettelijke regeling ontbreekt zijn in de Nederlandse jurisprudentie verschillende maatstaven ontwikkeld, maar de uitspraak van het hof vormt vanwege zijn uitgebreide motivering in potentie het leidende precedent.¹

1 Zie Pres. Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999/7-8, p. 205-210 m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/XS4ALL*); Vzr. Utrecht 9 juli 2002, *Computerrecht* 2002/5, p. 296-299, m.nt. W.A.M. Steenbruggen (*Teatlas/Planet*); Hof Den Bosch 25 juli 2002, *KG* 2002, 259, *JAVI* 2004/1, p. 29-31, m.nt. D. Bosscher (*Rutloh/Concept ICT*); Hof Amsterdam 7 november 2002, *Mediaforum* 2003/1, p. 38-41 m.nt. A.H. Ekker (*Deutsche Bahn/XS4ALL*); Rb. Leeuwarden 26 maart 2004 (beschikking), 6194 HA RK 04-3 (*Het Friesch Paarden Stamboek*). Zie hierover A.H. Ekker, 'Anonimiteit en uitingsvrijheid op het internet op het Internet; het onthullen van identificerende gegevens door Internetproviders', *Mediaforum* 2002/11-12, p. 348-351; A.H. Ekker en O.L. van Daalen, 'De provider als speurhond van de muziekindustrie. Kan hij gedwongen worden tot afgifte van identificerende informatie?', *JAVI*

Dat is slecht nieuws voor de voorstanders van anonimiteit en uitingsvrijheid op het internet, omdat de toets van het hof eigenlijk een schijntoets is. Slechts in uitzonderingsgevallen zal een provider niet verplicht zijn de identiteit van een anoniemus bekend te maken. Voor hen die de identiteit van een mogelijk aansprakelijke anoniemus slechts via de provider kunnen achterhalen is het vonnis een uitkomst.

Drie partijen, drie belangen

Een anoniemus beticht postzegelhandelaar en advocaat Pessers van fraude op een website die via Lycos wordt aangeboden. Pessers wil de schrijver aanspreken, en vraagt Lycos de identiteit van die persoon af te staan. In kort geding heeft de Haarlemse rechtbank hiertoe bevolen.² Het Hof Amsterdam bevestigt dit.³

Bij die bekendmaking spelen drie belangen. Degene jegens wie de gepubliceerde informatie onrechtmatig zou zijn, Pessers, heeft belang bij het aanspreken van de anoniemus. Hij kan jegens hem een verbod en schadevergoeding vorderen. De anoniemus heeft belang bij de vrijheid zijn mening anoniem te uiten. Het risico dat zijn anonimiteit wordt opgeheven heeft een 'chilling effect' op zijn vrijheid van meningsuiting, en beperkt zijn privacy. De tussenpersoon, Lycos, heeft tot slot een financieel belang bij de afhandeling van verzoeken tot afgifte: de behandeling van die verzoeken kost Lycos geld, en zij verliest hierdoor mogelijk privacybewuste klanten.

Pessers staan twee mogelijkheden ter beschikking. Hij kan een verbod op publicatie vorderen bij de provider. Schadevergoeding en een verbod in de toekomst zal hij echter willen vorderen jegens degene die de informatie in eerste instantie heeft gepubliceerd. Want artikel 14 van de Richtlijn elektronische handel en artikel 6:196c lid 4 BW staan een schadevergoedingsactie jegens de provider grotendeels in de weg. Een verbod in de toekomst is jegens de provider weinig effectief, omdat de anoniemus gebruik kan maken van een andere provider.

Omdat de identiteit van de websitehouder vaak niet op een andere manier te achterhalen is zal Pessers zich moeten wenden tot de provider. De vraag is nu wanneer die provider verplicht is de identiteit van zijn websitehouder bekend te maken.

De toets

Het hof formuleert een vierstappentoets.⁴ Onder omstandigheden kan de weigering van een serviceprovider de identiteit van de websitehouder aan de derde bekend te maken onrechtmatig zijn, met name als:

- a. de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, voldoende aannemelijk is;
- b. de derde een reëel belang heeft bij de verkrijging van de naam, adres en woonplaats (NAW)-gegevens;
- c. het aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat de NAW-gegevens te achterhalen;
- d. afweging van de betrokken belangen van de derde, de serviceprovider en de websitehouder meebrengt dat het belang van de derde behoort te prevaleren.

Het is de vraag of bovenstaande toets voldoende recht doet aan de belangen van de derde, de tussenpersoon, en de anoniemus.

Sub a

Het moet ten eerste voldoende aannemelijk zijn dat de gepubliceerde informatie onrechtmatig en schadelijk is. Het hof oordeelt dat dit zo is, gelet op de aard en de inhoud van de informatie (r.o. 4.11). Het gaat om een ernstige beschuldiging waarvan de juistheid niet zonder meer vaststaat, aldus het hof.

Maar van vrijwel alle beweringen staat de juistheid niet zonder meer vast, en juist voor een tussenpersoon als Lycos zal dat moeilijk zijn te verifiëren. Als het gaat om een beschuldiging moet die weliswaar ernstig zijn, maar ook daarvan zal al gauw sprake zijn. Daar komt bij dat de beweerdelijke schade niet met stukken bewezen hoeft te worden

2003/4, p. 129-134.

2 Vzr. Haarlem 11 september 2003, *Mediaforum* 2003/11-12, p. 378-381, m.nt. R.D. Chavannes, *Computerrecht* 2003/6, p. 363-367, m.nt. A. H. Ekker, *JAVI* 2004/1, p. 29-31, m.nt. D. Bosscher (*Pessers/Lycos*). Zie ook Vzr. Haarlem 1 april 2004, *LJN*-nr. AO7187 (*Pessers/Lycos II*) over of Lycos aan het vonnis heeft voldaan.

3 Zie ook de noot van A.H. Ekker bij de uitspraak van het hof, te verschijnen in *JAVI* 2004/5.

4 Deze toets lijkt op de toets die in wetgeschiedenis van artikel 8 sub f van de Wet bescherming persoonsgegevens wordt genoemd, zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 86. Zie hierover de noot bij Vzr. Utrecht 9 juli 2002, *Computerrecht* 2002/5, p. 296-299, m.nt. W.A.M. Steenbruggen (*Teatlas/Planet*).

als geen schadevergoeding wordt gevorderd, aldus het hof. Aan de voorwaarde sub a zal snel zijn voldaan.

Sub b

De derde moet daarnaast een reëel belang hebben bij identificatie. Maar hiervan lijkt mij vrijwel altijd sprake als voldoende aannemelijk is dat de gepubliceerde informatie onrechtmatig en schadelijk is (sub a). De derde heeft dan immers belang bij het vorderen van een schadevergoeding – als de schade zich voor vergoeding leent – en belang bij het voorkomen van onrechtmatigheid in de toekomst – als een reële dreiging van herhaling bestaat.⁵ Dit overweegt ook het hof (r.o. 4.12). Aan de voorwaarde sub b zal dus snel zijn voldaan.

Sub c

Het moet aannemelijk zijn dat in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat de NAW-gegevens te achterhalen. Hier gaat het, aldus het hof, om de vraag of een alternatief bestaat dat voor de anoniemus en dus niet voor Lycos, minder ingrijpend is (r.o. 4.13). Maar volgens het hof maakt het voor de anoniemus niet uit of zijn identiteit door Lycos of door een andere elektronische dienstverlener, zoals online veilinghouder eBay of e-maildienstverlener Hotmail, bekend wordt gemaakt.

Die redenering impliceert dat ook vrijwel altijd aan de stap sub c is voldaan. Het verstrekken van de identiteit geschiedt immers zonder dat de anoniemus hiervan iets hoeft te merken. In die zin is van alle alternatieven de bekendmaking van NAW-gegevens via elektronische dienstverleners misschien wel het minst ingrijpend voor de anoniemus.

Sub d

Omdat de bovenstaande drie stappen snel zijn genomen, zal het aankomen op de laatste stap: de afweging van de betrokken belangen moet meebrengen mee dat het belang van de derde dient te prevaleren. Daarbij zijn drie belangen in het geding: het belang van Lycos, het belang van de websitehouder, en het belang van Pessers.

Wat betreft het belang van Lycos om zo min mogelijk belast te worden met het opvragen van NAW-gegevens overweegt het hof dat Lycos gecompenseerd wordt door inkomsten uit het beschikbaarstellen van hosting diensten en advertenties (r.o. 4.14). Maar dat geldt voor alle hosting providers, zodat dit belang in toekomstige zaken niet onderscheidend zal zijn.

Het belang van de anoniemus om zijn mening vrij te uiten en anoniem te blijven heeft volgens het hof geen absolute waarde (r.o. 4.14). Het acht van belang dat de informatie niet van zodanige aard en impact is dat waarborging van de anonimiteit noodzakelijk is. Dit is een belangrijke overweging, en de vraag rijst welke informatie wel van zodanige aard en impact is. Het zou mijns inziens kunnen gaan om informatie die schadelijk is als deze met de anoniemus in verband wordt gebracht, zoals belangrijk nieuws dat door de anoniemus is gelekt. Hiervan zal slechts bij uitzondering sprake zijn.

Het hof overweegt verder dat bekendmaking van de identiteit slechts in beperkte mate inbreuk maakt op het belang van privacy en anonimiteit van de anoniemus, omdat de persoonsgegevens niet publiekelijk maar slechts aan Pessers bekend worden gemaakt. Het is natuurlijk de vraag of Pessers deze informatie niet publiekelijk beschikbaar zal maken: de voorzieningenrechter gebiedt Pessers niet deze informatie slechts te gebruiken om de anoniemus in rechte aan te spreken. Maar in dit soort gevallen wordt de identiteit vrijwel altijd slechts aan de verzoeker bekend gemaakt. Deze stap staat bekendmaking aan de derde niet in de weg.

Wat betreft het belang van Pessers overweegt het hof slechts dat hij de mogelijkheid moet hebben zijn rechten en vrijheden te beschermen door de websitehouder in rechte aan te spreken op zijn onrechtmatige gedragingen (r.o. 4.14). Dit belang behoort het zwaarste te wegen omdat hij anders 'vogelvrij' zou zijn voor dit soort acties van anonieme personen (r.o. 4.15). Het is onduidelijk hoe deze overweging zich verhoudt tot de geformuleerde stappentoets. Als het uitgangspunt is dat een derde op de een of andere manier de anoniemus moet kunnen

aanspreken, dan hoeft Pessers immers alleen te bewijzen dat hij niet op andere wijze de identiteit van de websitehouder kan achterhalen. De andere stappen zijn daarmee niet van belang.

Kortom: de toets van het hof is eigenlijk een schijntoets. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan zijn in bijna alle verzoeken tot bekendmaking vervuld. De vraag rijst hoe de zorgvuldigheidsplicht die het hof hiermee in het leven roept zich verhoudt met de Richtlijn elektronische handel. Die is er immers op gericht de aansprakelijkheid van hosting providers te beperken, en slechts onder beperkte voorwaarden zouden hosting providers op grond hiervan aansprakelijk zijn voor onrechtmatige informatie op hun systeem. Het vonnis van het hof breidt die aansprakelijkheid uit. Lycos is in cassatie gegaan.⁶

Onmiskenbaar onrechtmatig

Het arrest bevat verder een overweging die interessant is in het kader van de plicht van de hosting provider om onrechtmatige informatie op verzoek van een derde te blokkeren. Op grond van de jurisprudentie en de ontstaansgeschiedenis van artikel 6:196c lid 4 BW is de hosting provider hiertoe verplicht als hij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie onrechtmatig is.⁷ Dit is onder meer het geval als de gepubliceerde informatie 'onmiskenbaar onrechtmatig' is, en de provider van de aanwezigheid hiervan op de hoogte is gesteld.

In dit arrest verduidelijkt het hof wat hieronder moet worden verstaan voor zover het een verwijt betreft. Informatie is niet onmiskenbaar onrechtmatig als niet zonder meer duidelijk is of en in hoeverre een verwijt steun vindt in de feiten en, of en in hoeverre het publiekelijk uiten van dat verwijt gerechtvaardigd is (r.o. 4.7). Dat het een ernstige beschuldiging betreft die anoniemus geuit maakt de informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig. Deze overweging biedt providers wellicht een handvat bij notice-and-take-down procedures, maar ook bij deze verduidelijking blijft het eerder gehoorde bezwaar dat providers niet goed in staat zijn te beoordelen of iets onmiskenbaar onrechtmatig is.

Tot slot

De toets die het hof heeft geformuleerd waarborgt de anonimiteit van de websitehouder slechts in beperkte mate. Tegelijkertijd is het vonnis een uitkomst voor personen die schade lijden door publicaties op het internet. Soms is het opvragen van de identiteit bij de provider de enige weg die openstaat. Het vonnis laat die weg open.

Als anonimiteit gegarandeerd moet worden is het aan te raden de informatie te publiceren bij een provider die zijn gebruikers niet registreert. De effectiviteit van die strategie bleek afgelopen augustus toen de persoonsgegevens van 1600 afgevaardigden van de Republikeinse conventie via de nieuwssite Indymedia werden gepubliceerd.⁸ De website van Indymedia werd beheerd op computers van Amerikaans-Nederlandse hosting provider Calyx. De Amerikaanse Secret Service dagvaarde Calyx met het verzoek het IP-adres van de computer die de informatie op de website van Indymedia plaatste te verschaffen. Omdat Indymedia de IP-adressen van haar bezoekers niet registreert, kon zij niet aan het verzoek voldoen. De Secret Service heeft de zaak ingetrokken.

Pessers stuitte op een vergelijkbaar probleem. Het bleek dat de persoonsgegevens bij Lycos vals waren.⁹ Hij is van plan een bodemprocedure te beginnen: 'Als je als provider vaststelt dat iemand onder een valse naam en adres iemand belastert, dan haal je de site toch meteen weg? Dit zou betekenen dat iedereen vogelvrij is op internet'.¹⁰ Als Pessers in die bodemprocedure gelijk zou krijgen, zou dat een zorgvuldigheidsplicht van hosting providers tot het verifiëren van contactgegevens en het bijhouden van bezoekersgegevens impliceren. Dat is niet denkbeeldig: in de Verenigde Staten wordt zo een plicht overwogen met betrekking tot de gegevens in het WHOIS register.¹¹ Dat gaat misschien nog wel verder dan het onder omstandigheden opheffen van de anonimiteit van een websitehouder.

5 HR 21 december 2001, NJ 2002, 217, m.nt. TK (*Juristen voor vrede*).

6 De cassatiedagvaarding is gepubliceerd op: <http://www.lycos.nl/rechtzaak/>.

7 Zie *Kamerstukken II 2001/02, 28197*, nr. 3, p. 49. Vgl. Pres. Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999/7-8, p. 205-210, m.nt. D.J.G. Visser, vernietigd in beroep door Hof Den Haag 4 september 2003, *Mediaforum* 2003/10, p. 337-342, m.nt. D.J.G. Visser (*Scientology/XS4ALL*); Vsr. Amsterdam 25 april 2002, *Computerrecht* 2002/5, p. 309-313, m.nt. L.F. Asscher bevestigd door Hof Amsterdam 7 november 2002, *Mediaforum* 2003/1, p. 38-41, m.nt. A.H. Ekker (*Deutsche Bahn/XS4ALL*).

8 A. Harrison, 'Feds hunt source of GOP data', *Wired News* 1 september 2004, te vinden op: <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,64808,00.html>.

9 Zie Vsr. Haarlem 1 april 2004, LJN-nr. AO7187 (*Pessers/Lycos II*).

10 T. van Ringelstijn, 'Lycos-zaak schaadt anonimiteit nauwelijks', *Netkwesties* 103, te vinden op: <http://www.netkwesties.nl/editie103/artikel2.php>.

11 H.R. 3632 (2004), Title II (Fraudulent online identity sanctions), te vinden op: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d108:H.R.3632>.

Nr 42 SBS vs. CvdM

Rechtbank Amsterdam 3 september 2004
Reg.nr. AWB 02/3708 BESLU

Uitspraak in het geding van:

de besloten vennootschap SBS Broadcasting BV, gevestigd te Amsterdam, eiseres, vertegenwoordigd door mr. P.J.M. Koning,

tegen

het Commissariaat voor de Media, verweerder, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing.

1. Procesverloop

De rechtbank heeft op 13 augustus 2002 een beroepschrift ontvangen gericht tegen het besluit van verweerder van 18 juni 2002 (hierna: het bestreden besluit).

Het onderzoek is geschorst ter zitting van 4 juni 2004. Nadat partijen toestemming hebben gegeven een nieuw onderzoek ter zitting achterwege te laten, is het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

Bij besluit van 24 januari 2002 is eiseres een bestuurlijke boete van € 9.000,- opgelegd wegens het tonen van sluikreclame in een viertal op 26 en 28 juli 2001, in het kader van het Ajax 2001-toernooi, live uitgezonden voetbalwedstrijden. Voor het gebruik van bewegende reclame-uitingen in voornoemde uitzendingen heeft verweerder bij dat besluit volstaan met een waarschuwing aan eiseres.

Naar aanleiding van het door eiseres ingediende bezwaar heeft de Adviescommissie Bezwaarschriften Commissariaat voor de Media bij schrijven van 17 april 2002 verweerder geadviseerd de opgelegde boete hetzelfde in te trekken, hetzij deze alsnog van een toereikende motivering te voorzien.

Bij het bestreden besluit heeft verweerder, onder aanvulling van de motivering, het door eiseres ingediende bezwaar ongegrond verklaard.

In beroep is door eiseres – kort samengevat – aangevoerd dat verweerder niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij in het voorliggende geval het oogmerk heeft gehad reclame te maken.

Voorts is onder andere aangevoerd dat het door verweerder gehanteerde toetsingscriterium onjuist is en in strijd met de wet.

Overwogen wordt als volgt.

Allereerst merkt de rechtbank op dat de gemachtigde van eiseres ter zitting in haar pleitnotitie heeft gesteld dat het onderhavige beroep zich tevens richt tegen de door verweerder bij het bestreden besluit gehandhaafde waarschuwing wegens het gebruik van bewegende reclame-uitingen.

Daargelaten de vraag wat het rechtsgevolg is van een dergelijke waarschuwing en of het als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moet worden aangemerkt, stelt de rechtbank vast dat in het beroepschrift van 12 augustus 2002 alleen wordt aangegeven dat het beroep zich richt tegen het besluit van verweerder om een bestuurlijke boete op te leggen. Niet is aangegeven dat het beroep zich tevens richt tegen de waarschuwing van verweerder. Nu de grieven tegen de waarschuwing eerst ter zitting naar voren zijn gebracht, wordt het in strijd met een goede procesorde geacht deze bij het geding te betrekken.

Ten aanzien van het besluit tot boeteoplegging

Artikel 10, vierde lid, van de richtlijn 89/552/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 3 oktober 1989 (zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG) betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (hierna: de tv-richtlijn) bepaalt dat sluikreclame is verboden.

Artikel 1, onder d, van de tv-richtlijn, voor zover hier van belang,

bepaalt dat onder sluikreclame wordt verstaan het vermelden of vertonen van goederen, diensten, naam, handelsmerk of activiteiten van een producent van goederen of een dienstverlener in programma's, indien dit door de omroep wordt gedaan met de bedoeling reclame te maken en het publiek kan worden misleid omtrent de aard van deze vermelding c.q. vertoning. Deze bedoeling wordt met name geacht aanwezig te zijn indien tegenover de vermelding c.q. vertoning een geldelijke of andere vergoeding staat.

Artikel 3, eerste lid, van de tv-richtlijn, bepaalt dat het de lidstaten vrij staat van de onder hun bevoegdheid vallende televisieomroeporganisaties strengere naleving van of meer gedetailleerde voorschriften te eisen op de gebieden die onder de onderhavige richtlijn vallen.

Bij het navolgende wordt uitgegaan van de tekst van de bepalingen van de Mediawet en het Mediabesluit zoals deze luiden ten tijde van het bestreden besluit van 18 juni 2002.

Artikel 1, aanhef en onder jj, van de Mediawet bepaalt dat in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder reclame-uiting wordt verstaan: reclameboodschap, of andere uiting die onmiskenbaar ten gevolge heeft dat het publiek wordt bewogen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening, dan wel gunstig wordt gestemd ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling zodat de verkoop van producten of de afname van diensten wordt bevorderd.

Artikel 1, aanhef en onder kk, van de Mediawet bepaalt dat in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder reclameboodschap wordt verstaan: boodschap, waarmee onmiskenbaar wordt beoogd het publiek te bewegen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening, dan wel gunstig te stemmen ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling teneinde de verkoop van producten of de afname van diensten te bevorderen.

Ingevolge artikel 71g, tweede lid, van de Mediawet, kunnen voor commerciële omroepinstellingen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld ter uitvoering van de Europese richtlijn.

Ingevolge art. 52j, eerste lid, van het Mediabesluit, worden, onverminderd het bepaalde in de artikelen 52g, artikel 52h, tweede en derde lid en 52i, eerste lid, in programma-onderdelen van commerciële omroepinstellingen geen namen, beeldmerken, logo's, handelsmerken, producten, diensten of activiteiten van personen, bedrijven of instellingen vermeld of getoond, indien de desbetreffende commerciële omroepinstelling, naar redelijkerwijs kan worden aangenomen, daarmee beoogt of mede beoogt het publiek te bewegen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening, dan wel gunstig te stemmen ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling teneinde de verkoop van producten of de afname van diensten te bevorderen.

In de Nota van Toelichting op artikel 52j van het Mediabesluit (Stb. 1992, 334) wordt vermeld:

Krachtens artikel 10, vierde lid, van de EEG-richtlijn is sluikreclame verboden. Het vermelden of vertonen van goederen, diensten, naam, handelsmerk of activiteiten van een producent van goederen of een dienstverlener in programma's moet volgens de richtlijn worden aangemerkt als sluikreclame, indien aan de twee volgende voorwaarden is voldaan: 1. de omroepinstelling heeft de bedoeling reclame te maken; en 2. het publiek kan worden misleid omtrent de aard van de vermelding of vertoning. Indien ofwel de bedoeling van de omroepinstelling ofwel de mogelijkheid van misleiding van het publiek ontbreekt, is er derhalve geen sprake van sluikreclame in de zin van de richtlijn. Deze bepaling is in dit besluit verwerkt. De artikelen 52g, 52h en 52i stellen regels met betrekking tot teleshopping, programmasponsoring en evenementensponsoring. Hier is geen sprake van misleiding van het publiek. Naams- en produktvermelding e.d. die niet in deze artikelen worden genoemd, worden geacht het publiek te kunnen misleiden. Er is dan in beginsel sprake van sluikreclame. Daarom verbiedt artikel 52j alle andere naams- en produktvermeldingen e.d., voor zover de omroepinstelling daarmee beoogt reclame te maken. Het oogmerk om reclame te maken is bij de omroepinstelling bijvoorbeeld niet aanwezig in gevallen die vergelijkbaar zijn met die, bedoeld in de artikelen 27 tot en met 30a en 32 van dit besluit.

Ter zitting heeft eiseres de in het beroepschrift opgeworpen grief dat artikel 52j van het Mediabesluit een onverbindende bepaling is ingetrokken, zodat de rechtbank daarop niet ingaat.

In het bestreden besluit heeft verweerder aan de boete-oplegging ten grondslag gelegd dat tijdens voornoemde voetbalwedstrijden rond het voetbalveld elektronische reclameborden waren geplaatst met wisselende teksten. Tijdens de uitzendingen zijn op deze reclameborden in elk geval de teksten/slogans: 'ABN-AMRO De Bank', 'LAVOR de reinigende kracht', in combinatie met 'LAVOR hogedruk-reiniger stofzuigers' en 'Radio = 538' in beeld gebracht. In het verslag van de wedstrijd Ajax - AC Milan is bovendien getoond 'Maar heb je nog geen seizoenskaart? Kaartverkoop via Ticketbox'.

Door verweerder is overwogen dat het tonen van een bedrijfsnaam zonder verdere toevoeging in de vorm van een slogan aan te merken is als een reclame-uiting. In het onderhavige geval zijn bedrijfsnamen getoond in combinatie met bij deze bedrijfsnamen behorende slogans. Om die reden zijn de reclame-uitingen volgens verweerder aan te merken als reclameboodschappen. Door het toevoegen van een slogan of andere wervende toevoeging aan de bedrijfs- of merknaam beoogt het bedrijf of instelling die op het reclamebord wordt getoond immers onmiskenbaar het publiek te bewegen tot het kopen van zijn producten of het afnemen van zijn diensten, dan wel gunstig te stemmen ten opzichte van zijn bedrijf of instelling. Reclameboodschappen mogen alleen uitgezonden worden in blokken, en voorts dienen de reclameboodschappen als zodanig herkenbaar te zijn en duidelijk te zijn onderscheiden van de andere programmaonderdelen. Op die grond is het een commerciële omroep zoals eiseres verboden namen, beeldmerken, logo's, handelsmerken, producten, diensten of activiteiten in programma-onderdelen te vertonen, voor zover de betrokken omroep, naar redelijkerwijs kan worden aangenomen, daarmee beoogt of mede beoogt reclame te maken, aldus verweerder.

Ten aanzien van de vraag of het oogmerk om reclame te maken aanwezig is geweest, heeft verweerder voorts overwogen dat artikel 52j, eerste lid, van het Mediabesluit verweerder weliswaar verplicht om aannemelijk te maken dat de betrokken omroep het oogmerk had reclame te maken, maar dat niet zou zijn vereist dat de omroep uitdrukkelijk de bedoeling heeft gehad om reclame te maken. Van oogmerk is ook sprake indien de omroep zich bewust had kunnen zijn van het reclame effect dat bepaalde beelden op het kijkerspubliek zouden kunnen hebben. Voorts zou uit de op verweerder berustende bewijslast niet voortvloeien de verplichting om (onomstotelijk) te bewijzen dat de betrokken omroep het oogmerk heeft gehad reclame te maken. Dit zou volgens verweerder, bijzondere gevallen daargelaten, een onmogelijke bewijsopdracht zijn.

In het onderhavige geval heeft eiseres volgens verweerder het oogmerk als bedoeld in artikel 52j van het Mediabesluit gehad, nu eiseres tijdens de uitzendingen van de gespeelde voetbalwedstrijden reclameboodschappen in beeld heeft gebracht en dit met opzet heeft gedaan, althans bewust geen enkele actie heeft ondernomen dit te voorkomen terwijl dat wel van eiseres verwacht mocht worden. De niet-actieve houding van eiseres heeft er onder andere aan bijgedragen dat tijdens de uitzendingen van de voetbalwedstrijden in het kader van het Ajax 2001-toernooi meerdere malen, over de volle lengte en breedte van het veld, de slogans 'ABN AMRO De Bank' en 'Radio = 538' zijn getoond, aldus verweerder.

Teksten waarin de naam van een bedrijf wordt gecombineerd met een bij dat bedrijf behorende slogan hebben ook naar het oordeel van de rechtbank ten doel het publiek te bewegen tot het kopen van een bepaald product of gebruik te maken van een bepaalde dienstverlening.

Ten aanzien van de vraag of eiseres het oogmerk heeft gehad om middels voornoemde reclameboodschappen het in artikel 52j van het Mediabesluit genoemde verbod te overtreden, is de rechtbank van oordeel dat dit in onvoldoende mate is komen vast te staan.

Daarbij neemt de rechtbank in overweging dat het sluikreclameverbod voor commerciële omroepen van artikel 52j, eerste lid, van het Mediabesluit anders van opzet, formulering en uitwerking is dan de publieke reclameverboden van artikel 52, eerste en tweede lid, van de Mediawet. Voor commerciële omroepen is daardoor, anders dan voor publieke omroepen, in haar uitzendingen een bepaalde mate van (vermijdbare) reclame toegestaan. Uit artikel 52j, eerste lid, van de Mediawet volgt immers dat bij commerciële omroepen pas sprake is van overtreding van het daar genoemde verbod indien de commerciële omroep het oogmerk heeft gehad om reclame te maken en het publiek daardoor kan worden misleid.

Gezien de verschillen in opzet, formulering en uitwerking in de hiervoor genoemde voor de commerciële en publieke omroepen geldende regimes, en de daarin gebruikte redeneringen, moeten deze daarom

duidelijk van elkaar worden onderscheiden. Naar het oordeel van de rechtbank wordt dat onderscheid thans onvoldoende gemaakt.

Het ontbreken van het oogmerk moet worden aangenomen indien zich een van de in de artikelen 27-30a en 32 van het Mediabesluit genoemde analoge situaties zich voordoet, maar deze redenering mag niet worden omgedraaid. Uit het enkele feit dat zich geen van de analoge situaties voordoet kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat het oogmerk aanwezig is.

De motivering in het bestreden besluit komt er op neer dat het oogmerk van eiseres om (sluik)reclame te maken kan worden afgeleid uit het feit dat eiseres tijdens de uitzendingen van de voetbalwedstrijden reclameboodschappen in beeld heeft gebracht en dat zij heeft nagelaten de organisator van het toernooi er op aan te spreken dat de inrichting van het stadion niet voldeed aan de mediarechtelijke eisen. Vanuit de verantwoordelijkheid ingevolge artikel 71f van de Mediawet voor de inhoud van de programma's had van eiseres een dergelijke actieve houding verwacht mogen worden en had eiseres – indien de organisator van het stadion geen gehoor zou hebben gegeven aan dit verzoek – ervoor moeten kiezen, hetzij geen opnamen te laten maken, hetzij de gemaakte opnamen niet uit te zenden, aldus verweerder.

In dit verband heeft eiseres aangevoerd dat de organisatie van het voetbaltoernooi, dat in een groot aantal landen over de hele wereld wordt uitgezonden, door Ajax is uitbesteed aan een Engels organisatiebureau The International Event Partnership (IEP). Door IEP is tijdens het toernooi gebruik gemaakt van elektronische reclameborden rond het speelveld, het zogeheten Speedtime System, waarvan eiseres stelt dat zij in de internationale praktijk van sportuitzendingen veel vaker worden gebruikt en ook in Nederland regelmatig op televisie te zien zijn indien er buitenlandse voetbalwedstrijden of UEFA-cupwedstrijden worden verslagen. Eiseres heeft, naar zij stelt, tegen betaling voor Nederland de exclusieve productie- en uitzendrechten verworven, waarbij de live wedstrijdverslagen in opdracht van en tegen betaling door eiseres geproduceerd zijn door Cameo Support B.V. Volgens eiseres was zij een van de 115 partijen die van IEP uitzendrechten van het toernooi heeft gekocht.

Na kennisname van de – in opdracht van eiseres vervaardigde – beelden overweegt de rechtbank dat sprake is van een normaal wedstrijdverslag van voetbalwedstrijden, waarbij slechts als gevolg van het feit dat spelbeelden in beeld gebracht worden ook de in het stadion aanwezige reclame-uitingen in beeld komen. Van opzet tot het maken van (sluik)reclame, in de zin van het opzettelijk in beeld brengen van reclame-uitingen, blijkt daaruit niet. Aan de orde is derhalve de vraag of verweerder, vanwege de in het bestreden besluit gestelde omstandigheid dat de reclame-uitingen ten opzichte van de omgeving waarin zij waren geplaatst opvallend waren, tot het oordeel heeft kunnen komen dat eiseres het oogmerk heeft gehad (sluik)reclame uit zenden en derhalve het verbod van artikel 52j, eerste lid, van het Mediabesluit heeft overtreden.

Daartoe overweegt de rechtbank allereerst dat artikel 52j, eerste lid van het Mediabesluit een implementatie is van de tv-richtlijn. Uit de – hiervoor gedeeltelijk weergegeven – Nota van Toelichting van het besluit blijkt niet dat de Nederlandse wetgever met artikel 52j, eerste lid van het Mediabesluit beoogd heeft gebruik te maken van in artikel 3 van de tv-richtlijn gegeven bevoegdheid om strengere of meer gedetailleerde voorschriften dan die in de tv-richtlijn vast te stellen. Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna EG-Hof), dient de nationale rechter bij toepassing van het nationale recht dit zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn teneinde het met de richtlijn beoogde resultaat te bereiken. Zoals ook uit de Nota van Toelichting blijkt, beoogt artikel 10, vierde lid van de tv-richtlijn, het tegengaan van 'sluikreclame', waarbij gelet op de omschrijving van 'sluikreclame' van belang is of dit door de omroep wordt gedaan met de bedoeling reclame te maken en het publiek kan worden misleid omtrent de aard van deze vermelding c.q. vertoning.

De rechtbank overweegt voorts dat voor het oordeel of verweerder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat eiseres met het uitzenden van de beelden het oogmerk heeft gehad reclame te maken en daardoor het verbod van sluikreclame heeft overtreden, alle omstandigheden van het geval moeten worden gewogen. Daarbij is naar het oordeel van de rechtbank mede van belang het antwoord op de vraag of de gewraakte reclame-uitingen voor eiseres in de gegeven omstandigheden vermijdbaar waren en of deze het televisiepubliek misleiden c.q. kunnen misleiden.

De rechtbank is van oordeel dat eiseres voldoende aannemelijk heeft

gemaakt dat de reclame-uitingen voor haar niet vermijdbaar waren. Het is niet onaannemelijk dat in de omstandigheden als hier aan de orde eiseres geen of onvoldoende invloed kan uitoefenen op de inrichting van het speelveld. Verweerders stelling dat het in omroep-land in Nederland gebruikelijk is de organisator er op aan te spreken dat het stadion niet voldoet aan de mediarechtelijke eisen en dat dit pleegt succesvol te zijn, gaat er aan voorbij dat bij een internationaal toernooi als het onderhavige sprake is van een internationale markt waarbij eiseres om de uitzendrechten te verwerven moet concurreren met tal van aanbieders, waaronder aanbieders die, hoewel gericht op de Nederlandse markt, dezelfde opnames kunnen afnemen zonder dergelijke eisen te stellen omdat zij niet zijn onderworpen aan het toezicht van verweerder.

De rechtbank onderschrijft dan ook niet de motivering in het bestreden besluit dat van eiseres een actieve houding naar de organisator van het toernooi toe had mogen worden verwacht en zo dat geen resultaat had opgeleverd, zij had moeten besluiten geen opnamen uit te zenden. Verweerder heeft daarmede miskend dat eiseres als commerciële omroep voor haar voortbestaan afhankelijk is van de wijze waarop zij kan concurreren met andere aanbieders. In zoverre verschilt haar positie dan ook van de – door de overheid gefinancierde – publieke omroep, waarvoor de wetgever dan ook in Mediawet en -besluit een ander wettelijk regiem heeft ingesteld.

Voorts is de rechtbank van oordeel dat in het bestreden besluit onvoldoende is gemotiveerd op grond van welke overwegingen verweerder van oordeel is dat het televisiepubliek door bedoelde reclame-uitingen is misleid dan wel kan worden misleid. Eiseres heeft aangevoerd dat de door haar getoonde vorm van reclameborden regelmatig in Nederland op de televisie te zien is, indien live buitenlandse voetbalwedstrijden (buitenlandse competities, UEFA-cupwedstrijden) in Nederland wordt getoond. Ook de rechtbank is van oordeel dat de getoonde beelden wat betreft opmaak en indringendheid of misleidend karakter niet zozeer afwijken van hetgeen het televisiepubliek dat naar dergelijke wedstrijden kijkt, normaliter krijgt voorgeschoteld, dat niet goed valt in te zien dat het publiek uit oogpunt van algemeen belang of consumentenbescherming tegen uitzending van deze beelden moet worden beschermd. Daarbij acht de rechtbank van belang dat niet is aangetoond dat, zoals in het slot van artikel 1, onder d, van de tv-richtlijn wordt gesteld, voor eiseres tegenover de vertoning van de in geding zijnde reclameboodschappen een geldelijke of andere vergoeding heeft gestaan.

Dat eiseres het oogmerk heeft gehad om met de tijdens de wedstrijden aanwezige reclameboodschappen reclame te maken in de zin van artikel 52j van het Mediabesluit is daarom naar het oordeel van de rechtbank niet aangetoond. Voor zover verweerder heeft betoogd dat het op een andere wijze aantonen van het oogmerk een onmogelijke bewijsopdracht betekent, zo mogelijk zelfs diabolisch zoals ter zitting gesteld, maakt het vorenstaande niet anders.

Gelet op het vorenstaande is het beroep gegrond en dient het bestreden besluit te worden vernietigd.

Aanleiding wordt gezien om verweerder te veroordelen in de door eiseres gemaakte proceskosten, begroot op € 644,-. Eveneens is er aanleiding om te bepalen dat het door eiseres betaalde griffierecht aan haar dient te worden vergoed.

Beslist wordt als volgt.

3. Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerder op een nieuwe beslissing te nemen op bet bezwaar van eiseres;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiseres tot een bedrag van € 644; (zegge: zeshonderd en vierenveertig euro), te betalen door verweerder aan eiseres;
- bepaalt dat verweerder aan eiseres het griffierecht ad € 218,- (zegge: tweehonderd en achttien euro) vergoedt.

- 1 Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 2 oktober 1989 (gewijzigd bij richtlijn 97/63/EG) betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten.
- 2 Besluit van 22 juni 1992 houdende wijziging van het Mediabesluit inzake lan-

Gewezen door mr. M. de Rooij, voorzitter, en mrs. C.J. Polak en B.J. Schueler, rechters, in tegenwoordigheid van mr. P.J. van Vliet, griffier, en openbaar gemaakt op 3 september 2004

Noot

Patrick Burger

Mr. P. Burger is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Deze zaak gaat over de toets die het Commissariaat voor de Media dient uit te voeren om vast te stellen of sprake is van verboden sluikreclame bij het uitzenden van sportwedstrijden door commerciële omroepen. SBS heeft een aantal voetbalwedstrijden van het Ajax 2001-toernooi live uitgezonden. Tijdens die uitzendingen waren af en toe elektronische reclameborden aan de zijkant van het veld zichtbaar waarop reclameteksten van onder andere ABN AMRO en Radio 538 zichtbaar waren.

Is het in beeld brengen dergelijke borden als onderdeel van de live registratie van een voetbalwedstrijd sluikreclame? Het Commissariaat meende van wel. Zij wijst daartoe op het artikel 52j, eerste lid, Mediabesluit (thans artikel 71m Mediawet), geciteerd in de uitspraak, dat het maken van sluikreclame door commerciële omroepen in hun programma's verbiedt. Uit de definitie volgt dat sprake is van sluikreclame indien de commerciële omroep het oogmerk heeft gehad om reclame te maken. Dit sluikreclameverbod is gebaseerd op artikel 10, vierde lid, j° artikel 1, onder d van de Televisierichtlijn 89/552/EEG, welke artikelen ook geciteerd zijn in bovenstaande uitspraak. Volgens de definitie van sluikreclame in de Televisierichtlijn dient niet alleen sprake te zijn van het oogmerk om reclame te maken maar is tevens relevant de vraag of het publiek kan worden misleid door deze vermelding of mededeling. Omdat in de Nederlandse tekst dit misleidingscriterium niet voorkomt, heeft het Commissariaat tot op heden bij overtreding slechts getoetst op het 'oogmerk' criterium. Dat laatste is volgens de rechtbank onjuist. Ik kom daar later nog op terug. Echter ook de door het Commissariaat uitgevoerde 'oogmerk toets' kan volgens de rechtbank niet door de beugel. Ik deel die visie van de rechtbank. Daarover merk ik het volgende op.

Oogmerk

In de toelichting op artikel 52j Mediabesluit (oud)¹ wordt aangegeven dat het oogmerk om reclame te maken in ieder geval niet aanwezig is in de gevallen beschreven in artikel 27 t/m 30a en 32 Mediabesluit. Hoewel die bepalingen geschreven zijn voor de publieke omroepen zijn ze dus in dit verband analoog van toepassing voor commerciële omroepen. Het gaat dan bijvoorbeeld om niet vermijdbare reclame die behoort tot het normale straatbeeld (artikel 27 Mediabesluit) en reclame in het verslag van een evenement (artikel 30a Mediabesluit). Die laatste bepaling is hier relevant omdat sprake was van de uitzending van een sportevenement. Een sportevenement mag volgens artikel 30a Mediabesluit, als uitzondering op de hoofdregel, vermijdbare reclame-uitingen bevatten mits die reclame-uitingen niet overheersen.²

Het Commissariaat stelt zich bij de beantwoording van de vraag of sprake is van sluikreclame standaard op het standpunt dat als de gevallen beschreven in artikel 27 t/m 30a en 32 Mediabesluit zich niet voordoen er dus sprake is van sluikreclame. Ook in het onderhavige geval heeft het Commissariaat een dergelijk standpunt ingenomen. In de beslissing in primo³ doet het Commissariaat niet veel meer dat de genoemde artikelen aflopen om vervolgens te constateren dat geen van de in artikel 27 t/m 30a en 32 Mediabesluit genoemde gevallen zich voordoet en dat dus niet gesteld kan worden dat het oogmerk om reclame te maken niet aanwezig was. Het relevante artikel 30a Mediabesluit was niet van toepassing omdat er niet aan de criteria in dat artikel was voldaan. Kort gezegd waren de reclame-uitingen namelijk wel overheersend, aldus het Commissariaat.

De rechtbank geeft m.i. terecht aan dat een dergelijke redenering – waarmee al zeer snel aangenomen kan worden dat sprake is van sluikreclame – niet juist is. Uit het enkele feit dat zich een aan artikel 27 t/m 30a en 32 Mediabesluit analoge situatie voordoet, kan niet

delijke commerciële omroep en andere wijzigingen, *Sib*. 1992,334.

3 Het Commissariaat heeft e.e.a. uitgewerkt in haar Beleidsregels sportprogramma's d.d. 13 juni 2000. Zie: <http://www.cvdn.nl/documents/bregelssportpr.pdf>

4 Zie: <http://www.cvdn.nl/documents/2002000191.pdf>.

zonder meer geconcludeerd worden dat het oogmerk dus aanwezig was. In dat opzicht is er een verschil met de publieke omroep dat door het Commissariaat onvoldoende is onderkend. Het sluikreclameverbod voor publieke omroepen (artikel 52 lid 2 Mediawet) kent geen oogmerktoets. Wanneer een publieke omroep dus een evenement uitzendt dat niet voldoet aan artikel 30a Mediabesluit (of een andere uitzonderingsgrond) is sprake van sluikreclame en is niet ook nog een oogmerktoets aan de orde. Voor een commerciële omroep is dat dus anders. De adviescommissie heeft in dat kader terecht opgemerkt dat de analogie van toepassing zijnde artikelen 27 t/m 30a en 32 Mediabesluit slechts gebruikt kunnen worden ten gunste van commerciële omroep, namelijk indien de uitzending wel voldoet aan de één van de in die artikelen genoemde situaties. Nu in casu de toets aan artikel 30a Mediabesluit niet ten voordele van SBS uitviel is daarmee dus nog niet gezegd dat het oogmerk om reclame te maken aanwezig was.

Het Commissariaat dient, bij het niet (in positieve zin) kunnen toepassen van de genoemde analogie toe te passen artikelen, vervolgens aan de omstandigheden van het geval te beoordelen of er sprake is geweest van het oogmerk om reclame te maken. Daarbij is in de eerste plaats van belang of de reclame-uiting vermijdbaar was. Het Commissariaat had slechts gesteld dat de reclameboodschappen tijdens de uitzending van de voetbalwedstrijden nu eenmaal in beeld waren gebracht, althans dat SBS geen actie heeft ondernomen om dat te voorkomen. Daartoe had SBS volgens het Commissariaat de organisator maar moeten aanspreken of, als dat niets had geholpen, de wedstrijd maar helemaal niet moeten uitzenden. Die motivering wordt de rechtbank verworpen. Het Ajax toernooi 2001 werd georganiseerd door een door Ajax ingeschakeld extern bureau (IEP). Het is deze organisator die de reclameborden langs het speelveld heeft aangebracht. Deze heeft vervolgens de opname van het evenement uitbesteed aan een Engelse producent. Het is volgens de rechtbank niet onaanvaardbaar dat SBS geen of onvoldoende invloed kan uitoefenen op de inrichting van het speelveld. De stelling van het Commissariaat dat SBS de organisator maar had moeten aanspreken op de aankleding van het toernooi of anders het toernooi niet had moeten uitzenden gaat volgens de rechtbank te ver. Dat lijkt me een juiste constatering. Het gaat hier immers om de registratie van een evenement georganiseerd door een derde. De omroeporganisatie die een dergelijk evenement uitzendt heeft veelal geen enkele invloed op de aankleding van het evenement door de organisator van het evenement. Het aanspreken van de organisator zal weinig zin hebben. Daarbij komt volgens de rechtbank dat SBS moet concurreren met andere omroepen die in Nederland uitzenden maar niet onder het toezicht van het Commissariaat vallen. Daarbij doelt de rechtbank waarschijnlijk op de Luxemburgse zenders RTL4 en RTL5. De actievrije houding had er dus niet toe geleid dat de organisator het speelveld zou hebben aangepast maar dat een andere omroep de licentie had gekregen. Van vermijdbaarheid was dan volgens de rechtbank ook geen sprake.

Ten aanzien van (de afwezigheid van) het oogmerk voert de rechtbank ook nog een andere relevante omstandigheid aan, namelijk het feit dat SBS niets ontving van de bedrijven wiens reclameborden tijdens de wedstrijd in beeld zijn gebracht. Dat lijkt me inderdaad een sterke indicatie dat SBS niet het oogmerk had om reclame te maken (en er dus geen boete voor overtreding van het sluikreclameverbod kon worden opgelegd). De rechtbank Amsterdam heeft daar in het verleden overigens wel eens anders over geoordeeld. In de zaak SBS6 – Robijn Fashion Award '98' stelde de rechtbank nog: *Dit sluit echter niet uit dat ook in het geval het vertonen niet tegen betaling is geschied sprake kan zijn van het oogmerk om reclame te maken.*

Misleidingstoets

Daarmee zijn we er nog niet. Meest interessante van deze uitspraak is dat de rechtbank vaststelt dat bij de beoordeling of sprake is van sluikreclame in de zin van artikel 52j, eerste lid Mediabesluit (oud) niet alleen beoordeeld moet worden of de omroepinstelling het oogmerk had reclame te maken maar dat ook beoordeeld moet worden of het publiek kon worden misleid omtrent de aard van de vermelding en vertoning.

Deze misleidingstoets volgt zoals gezegd reeds uit artikel 10, vierde lid, van de Televisierichtlijn. Volgens de Televisierichtlijn is sprake van sluikreclame indien (1) het vermelden of vertonen van goederen/diensten/namen etc. geschiedt met het oogmerk om reclame te maken en (2) het publiek kan worden misleid door deze vermelding of vertoning. Het Commissariaat heeft zich in haar sanctiebe-

sluiten tot nu echter altijd op het standpunt gesteld dat hij niet hoeft te toetsen op misleiding omdat de misleidingstoets niet in Nederland is geïmplementeerd. De Nederlandse wetgever zou gekozen hebben voor een strenger regime dan in de Televisierichtlijn is opgenomen. In Nederland zou daarom volgens het Commissariaat alleen de oogmerktoets relevant zijn. Een goed voorbeeld is een besluit van het Commissariaat uit 1999 inzake Veronica/Grolsch Master Première waarin dienaangaande werd overwogen: 'of het publiek in een bepaald geval daadwerkelijk kan worden misleid [...] is volgens de Nederlandse wetgever derhalve niet relevant'.⁵

Een dergelijk standpunt kan het Commissariaat op grond van de uitspraak van de rechtbank niet meer innemen. De rechtbank leidt namelijk uit de Nota van Toelichting bij artikel 52j Mediabesluit (oud) niet af dat de Nederlandse wetgever beoogd heeft gebruik te maken van de (inderdaad) in de Televisierichtlijn opgenomen mogelijkheid om op nationaal niveau strengere regels vast te stellen dan die in de Televisierichtlijn. Met andere woorden: artikel 52j lid 1 Mediabesluit (oud) is volgens de rechtbank een één op één implementatie van artikel 3 van de Televisierichtlijn. Om die reden behoort het Commissariaat ook separaat te onderzoeken of sprake is van misleiding. Met de rechtbank ben ik van mening dat uit de toelichting bij artikel 52j eerste lid Mediabesluit (oud) inderdaad niet volgt dat de wetgever beoogde een strenger regime in Nederland toe te passen ten aanzien van sluikreclame. Het ligt voor de hand dat dit, indien dit wel het geval zou zijn geweest, nadrukkelijk in de toelichting was opgenomen. Anderzijds is de toelichting ook wat onduidelijk. Daarin is namelijk opgenomen dat het noemen van namen en producten, buiten die gevallen waar dat is toegestaan (zoals teleshopping, sponsoring), geacht wordt misleidend te zijn er in dat geval in beginsel sprake is van sluikreclame. Het woord 'geacht' duidt op een niet weerlegbare aanname (en dus eens strengere implementatie) terwijl de woorden 'in beginsel' nu juist aangeven dat in het concrete geval wel een toets mogelijk moet zijn. Op grond van de uitspraak van de rechtbank is die onduidelijkheid voorlopig beslist in het voordeel van een richtlijnconforme implementatie.

De door de rechtbank alsnog toegepaste misleidingstoets valt in het voordeel van SBS uit. De door SBS in beeld gebrachte borden langs het speelveld worden regelmatig bij uitzending van voetbalwedstrijden getoond. Het publiek wordt daar dus niet door misleid.

Conclusie

Op grond van deze uitspraak zal het Commissariaat veel minder snel boetes kunnen opleggen wegens overtreding van het sluikreclameverbod door commerciële omroepen dan tot nu toe het geval was. Enerzijds zal bij het toetsen van het oogmerk om reclame te maken veel meer naar de relevante omstandigheden van het geval gekeken moeten worden. Belangrijker is dat er daarnaast nog een aparte toets op misleiding dient plaats te vinden. Het verbaast daarom niet dat het Commissariaat tegen deze uitspraak hoger beroep heeft aangekend en een voorlopige voorziening heeft gevraagd bij de ABRvS.

⁵ Omroep & Commercie 2000-2002, p. 21.

⁶ CvdM 22 april 1999 inzake Veronica – Films & Sterren / Grolsch Master Première,

Omroep & Commercie 1998, p. 91-96 alsmede M. Dellebeke, *Omroep en Reclame*, Amsterdam 2000, p. 151.

Nr 43 KPN vs. OPTA

Rechtbank Rotterdam 28 april 2004
Reg.nr.: TW 02/323 HRK

Uitspraak in het geding tussen:

KPN Telecom BV, gevestigd te 's-Gravenhage, eiseres, gemachtigde mr. L.J. Wildeboer, advocaat te Amsterdam,

en

de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit, verweerder, gemachtigde mr. A.Th. Meijer, advocaat te 's-Gravenhage.

Aan het geding heeft mede als partij deelgenomen de gemeente Lelystad, derdebelanghebbende.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 9 mei 2001 (verzonden op 14 mei 2001) heeft verweerder op grond van artikel 5.7, derde lid, juncto artikel 5.3, tweede lid, van de Telecommunicatiewet (Tw) in het geschil tussen eiseres en derdebelanghebbende geoordeeld dat eiseres de kosten dient te dragen voor het verplaatsen van de interlokale kabels in het tracé van circa 450 meter langs de voormalige Polderdreef ten Oosten van de Oostkaapsebrug in de gemeente Lelystad (hierna: het tracé).

Tegen dit besluit heeft eiseres bij brief van 25 juni 2001 bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 21 december 2001 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit (hierna het bestreden besluit) heeft eiseres bij brief van 30 januari 2002 (ingekomen bij de rechtbank op 31 januari 2002) beroep ingesteld.

Verweerder heeft bij brief van 20 juni 2002 een verweerschrift ingediend.

Derdebelanghebbende heeft bij brief van 2 juli 2002 gebruik gemaakt van de gelegenheid een schriftelijke uiteenzetting over de zaak te geven.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 15 maart 2004. Eiseres en verweerder hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Derdebelanghebbende is niet verschenen.

2. Overwegingen

Verweerder heeft geoordeeld in een geschil tussen eiseres en derdebelanghebbende op grond van de volgende bepalingen.

Artikel 5.7 van de Tw:

1. De aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk is verplicht op eigen kosten tot verplaatsing van kabels ten dienste van het netwerk over te gaan, indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoogplicht rust.
2. In andere gevallen dan bedoeld in het eerste lid, gaat de aanbieder, bedoeld in het eerste lid, slechts over tot verplaatsing van kabels, indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.
3. Bij gebreke van overeenstemming over de kosten, bedoeld in het eerste of tweede lid, is artikel 5.3, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing.

Artikel 5.3, tweede en derde lid, van de Tw:

2. Bij gebreke van overeenstemming geeft de aanbieder van het netwerk aan degene op wie een gedoogplicht als bedoeld in artikel 5.1, tweede lid, rust onverwijld een schriftelijke kennisgeving waarin een omschrijving van de voorgenomen plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden wordt gegeven. Indien degene op wie een gedoogplicht rust, tegen de kennisgeving bedenkingen heeft, kan hij na ontvangst daarvan het college verzoeken een beschikking te geven.
3. Het college geeft de beschikking binnen acht weken na ontvangst van het verzoek.

In verband met het voornemen om gronden langs de Polderdreef in

de gemeente Lelystad te verkopen ten behoeve van woningbouw en deze gronden bouwrijp op te leveren heeft derdebelanghebbende bij besluit van 4 oktober 2000 op grond van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw aan eiseres opgedragen haar kabels in het tracé op eigen kosten te verplaatsen op de wijze zoals op de op 10 december 1999 verzonden tekening is aangegeven, zulks in de periode van 6 november 2000 tot uiterlijk 22 december 2000.

Bij brief van 15 november 2000 heeft eiseres aan derdebelanghebbende meegedeeld dat naar haar oordeel niet is voldaan aan de criteria van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw en dat verplaatsing van de kabels uitsluitend op kosten – door eiseres begroot op f 520.000 (€ 235.965,71) – van de gemeente Lelystad zou kunnen plaatsvinden. Indien de derdebelanghebbende zou instemmen met het verplaatsen van de kabels op kosten van de derdebelanghebbende heeft eiseres de derdebelanghebbende verzocht haar daartoe een schriftelijke opdracht te verstrekken.

Derdebelanghebbende heeft de brief van eiseres van 15 november 2000 aangemerkt als een bezwaarschrift tegen de verdeling van de kosten van het verleggen van de kabels en deze brief op grond van artikel 6:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) doorgestuurd naar verweerder. Verweerder heeft deze brief aangemerkt als bedenkingen tegen de schriftelijke kennisgeving van derdebelanghebbende als bedoeld in artikel 5.7, derde lid, juncto artikel 5.3, tweede lid, van de Tw.

Bij besluit van 9 mei 2001 heeft verweerder in het geschil tussen eiseres en derdebelanghebbende beslist dat eiseres de kosten dient te dragen voor het verleggen van de interlokale kabels in het tracé. Het door eiseres hiertegen gemaakte bezwaar heeft verweerder hij het bestreden besluit ongegrond verklaard.

In beroep heeft eiseres primair aangevoerd dat verweerder niet bevoegd is te beslissen in geschillen tussen een gedoogplichtige en een aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk over de vraag of is voldaan aan de voorwaarden als bedoeld in artikel 5.7, eerste lid, van de Tw. De geschilbeslechtende bevoegdheid van verweerder heeft volgens eiseres slechts betrekking op geschillen over de hoogte van de kosten die de gedoogplichtige aan de telecommunicatie-aanbieder/graafgerechtigde moet betalen indien deze op verzoek van de gedoogplichtige tot verplaatsing overgaat. Subsidiair heeft eiseres gesteld dat niet is voldaan aan de voorwaarden als bedoeld in artikel 5.7, eerste lid, van de Tw, zodat er voor haar geen verplichting bestaat om op eigen kosten tot verlegging van de kabels over te gaan. Eiseres stelt meer concreet dat er (deels) geen sprake is van het uitvoeren van werken, dat de vereiste noodzaak voor het verleggen van de kabels ontbreekt en dat derdebelanghebbende niet als gedoogplichtige is aan te merken, waarbij, naar eiseres stelt, het moment van feitelijke verplaatsing bepalend is.

Primair staat ter beoordeling of verweerder bevoegd is tot het geven van een beschikking op grond van artikel 5.3, tweede lid van de Tw, naar aanleiding van het door derdebelanghebbende aan verweerder doorgestuurde 'verzoek' van 15 november 2000.

Eiseres heeft haar standpunt dat verweerder niet bevoegd is gebaseerd op de overweging dat de wetgever naast een civiele rechtsgang zoals omschreven in artikel 5.9 van de Tw, niet ook een publieke rechtsgang heeft beoogd open te stellen. Eiseres verwijst in dit verband naar de wetsgeschiedenis van de Tw. Naar haar mening vormt de verwijzing naar het eerste lid in artikel 5.7, derde lid, van de Tw een kennelijke verschrijving. Indien deze verwijzing wel juist zou zijn, dan kan de geschilprocedure ingevolge artikel 5.7, derde lid, van de Tw volgens eiseres slechts betrekking hebben op de (redelijkheid van de) kosten, maar daarover bestaat geen geschil met derdebelanghebbende. Het geschil betreft de voorwaarden van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw, en daarover is volgens eiseres de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Voorts stelt eiseres dat de door verweerder gegeven uitleg van artikel 5.3, tweede lid, van de Tw, door voor 'aanbieder' te lezen 'gedoogplichtige' en vice versa, niet past in het systeem van de Tw met betrekking tot de verplaatsing van kabels en wie daarvan de kosten moet dragen en bovendien niet in overeenstemming is met de Aanwijzingen voor de Regelgeving.

Eiseres kan zich niet vinden in verweerdens opvatting dat zowel de aanbieder als de gedoogplichtige een geschil aanhangig kan maken. Dat kan volgens eiseres alleen de gedoogplichtige naar aanleiding van een kennisgeving door de aanbieder in verband met een geschil over de kosten. Eiseres stelt dan ook dat de brief van 4 oktober 2000 ten onrechte is aangemerkt als een kennisgeving als bedoeld in artikel 5.3, tweede lid, van de Tw en de brief van 15 november 2000 ten

onrechte is aangemerkt als een verzoek om een beschikking te geven als bedoeld in artikel 5.3, tweede lid, van de Tw.

Verweerder is van mening wel bevoegd te zijn tot het beslechten van geschillen met betrekking tot wie de kosten van de verplaatsing van kabels moet dragen, dus (mede) over een geschil over het al dan niet van toepassing zijn van de voorwaarden in artikel 5.7, eerste lid, van de Tw, en geschillen over de hoogte van de kosten indien komt vast te staan dat de verzoeker (in casu derdebelanghebbende) die voor zijn rekening moet nemen. Verweerder acht zich bevoegd te beslissen ten aanzien van geschillen over de voorwaarden van het eerste lid van genoemd artikel, omdat dit, naar hij stelt, rechtstreeks uit de wet voortvloeit. Verweerder bestrijdt het standpunt van eiseres dat op grond van de wetgeschiedenis de verwijzing naar het eerste lid als een verschrijving moeten worden aangemerkt. Voorts acht verweerder het op grond van de rechtszekerheid voor de hand liggend dat hem en niet de burgerlijke rechter de bevoegdheid toekomt, omdat anders sprake is van versnippering van competenties. Tevens heeft verweerder gewezen op zijn handhavingsbevoegdheden op grond van hoofdstuk 15 van de Tw.

De rechtbank overweegt het volgende.

De artikelen 5.7 en 5.3 van de Tw komen nagenoeg overeen met de artikelen 33 en 37 van de Wet op de telecommunicatievoorziening (Wtv), die van toepassing waren tot de invoering van de Tw met ingang van 15 december 1998. Uit het systeem van deze bepalingen vloeit voort dat als een situatie als bedoeld in 5.7, eerste lid, van de Tw (en daarvoor artikel 37, eerste lid, van de Wtv) aan de orde is en als aan de in het eerste lid gestelde voorwaarden is voldaan, de aanbieder op eigen kosten tot verplaatsing van kabels dient over te gaan. Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Het geven van een opdracht of het doen van een kennisgeving is niet vereist. In ander gevallen dient op grond van artikel 5.7, tweede lid, van de Tw (en daarvoor artikel 37, tweede lid, van de Wtv) degene die om verplaatsing verzoekt de kosten aan de aanbieder te vergoeden. Ingevolge artikel 5.7, derde lid, van de Tw kan bij gebreke van overeenstemming over de kosten, bedoeld in het eerste of tweede lid verweerder verzocht worden te beslissen over het geschil. Onder de Wtv was geschilbeslechting alleen bij gebrek aan overeenstemming over de kosten als bedoeld in het tweede lid aan verweerder opgedragen. Beslechting van geschillen over het eerste lid was onder de Wtv niet aan verweerder opgedragen, maar was ter competentie van de burgerlijke rechter.

De rechtbank staat voor de vraag welke betekenis de verwijzing in artikel 5.7, derde lid, van de Tw naar het eerste lid van dat artikel heeft voor het van overeenkomstige toepassing verklaren van de in artikel 5.3, tweede en derde lid, van de Tw neergelegde geschillenbeslechtigingsregeling bij gebreke van overeenstemming over de kosten. Indien de wetgever hiermee heeft bedoeld de bestaande rechtsmachtverdeling te wijzigen en de beoordeling van geschillen over het eerste lid van artikel 5.7, van de Tw onder de bevoegdheid van verweerder te brengen, rijst de vraag of is bedoeld verweerder de bevoegdheid te geven te oordelen in geschillen over de voorwaarden van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw, of dat het de bedoeling geweest is deze bevoegdheid te beperken tot geschillen over de kosten. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de wetgever de onder de Wtv bestaande rechtsmachtverdeling heeft willen handhaven en de beoordeling van dergelijke geschillen bij de burgerlijke rechter heeft willen laten, zoals dat onder de Wtv het geval was.

Indien de wettekst), zoals hier het geval is, vragen oproept en verschillend uitgelegd kan worden, kan de bedoeling die de wetgever heeft gehad met (het wijzigen van) de redactie van een bepaling aanknopingspunten bieden voor de wijze waarop de wettekst) geïnterpreteerd moet worden.

Uit de Memorie van Toelichting bij de Tw blijkt dat de artikelen 5.7 en 5.3 van de Tw in hoofdlijnen de inhoudelijke voortzetting zijn van de artikelen 33 en 37 van de Wtv. Afgezien van terminologische en ondergeschikte redactionele aanpassingen stemmen deze artikelen nagenoeg overeen. Het enige relevante verschil is dat artikel 37, derde lid, van de Wtv de geschillenregeling van artikel 33 van de Wtv van overeenkomstige toepassing verklaarde bij gebreke van overeenstemming over de kosten bedoeld in het tweede lid van artikel 37, terwijl artikel 5.7, derde lid verwijst naar de kosten bedoeld in het eerste en tweede lid. De achtergrond van deze toevoeging is niet nader toegevoegd. De parlementaire geschiedenis biedt geen aanknopingspunten om de bedoeling die de wetgever met deze wijziging had te kunnen achterhalen.

Van een expliciete bedoeling het bestaande systeem van rechtsmachtverdeling te wijzigen is niet gebleken. Nu in de Memorie van Toelichting juist is aangegeven dat de hier aan de orde zijnde artikelen van de Tw in hoofdlijnen de inhoudelijke voortzetting van de Wtv vormen en gelet op de letterlijke tekst van artikel 5.7, derde lid, van de Tw, concludeert de rechtbank dat het van overeenkomstige toepassing verklaren van de geschilbeslechtigingsprocedure van het tweede en derde lid van artikel 5.3 van de Tw zich beperkt tot geschillen over de kosten. Geschillen over de voorwaarden van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw vallen daar niet onder. Deze blijven ter competentie van de burgerlijke rechter.

Uit het voorgaande volgt dat verweerder niet bevoegd is om over geschillen over de voorwaarden van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw te beslissen. Verweerder had zich derhalve onbevoegd moeten verklaren kennis te nemen van het door derdebelanghebbende aan hem doorgestuurde 'verzoek' te beslissen op het tussen eiseres en derdebelanghebbende bestaande geschil. Het bestreden besluit, waarbij verweerder zijn primaire besluit, waarin wel inhoudelijk is beslist op het verzoek, heeft gehandhaafd, kan daarom niet in stand blijven en dient vernietigd te worden wegens strijd met de wet. De rechtbank zal zelf voorzien en het primaire besluit van 9 mei 2001 herroepen onder onbevoegd verklaring van verweerder kennis te nemen van het verzoek.

Ingevolge artikel 8:71 van de Awb vermeldt de rechtbank dat de bij het geschil betrokken partijen een vordering bij de burgerlijke rechter kunnen instellen.

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten op € 644,00 aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Van overige kosten waarop een verdeling in de proceskosten betrekking kan hebben, is de rechtbank niet gebleken.

3. Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

– verklaart het beroep gegrond,

– bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit, hetgeen in dit geval inhoudt dat het primaire besluit van 9 mei 2001 wordt herroepen en verweerder zich alsnog niet bevoegd verklaart kennis te nemen van het verzoek van 15 november 2000 tot geschilbeslechting,

– bepaalt dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht van € 218,00 vergoedt,

– veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 644,00 en wijst verweerder aan als de rechtspersoon die deze kosten aan eiseres moet vergoeden,

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.W. van den Hurk als voorzitter en mr. H.P.M. Meskers en mr. M.J.L. Lamers als leden.

Zie de bijdrage van L.J. Wildeboer elders in dit nummer.

Nr 44 Pruim vs. B&G

Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle 28 juli 2004
 Zaaknr/rolnr: 98787 / KG ZA 04-293

Vonnis in de zaak aanhangig tussen:

Gerrit Pruim, wonende te Hoogland, eiser, procureur mr. A. Volkerink-de Boer, advocaat mr. B.V. Metsemakers-de Jong te Utrecht,

en

de vennootschap onder firma Berkers & Grootenhuis, gevestigd te Raalte, gedaagde sub 1, gemachtigde P. van Huizen te Raalte, Lambertus Grootenhuis, wonende te Raalte, gedaagde sub 2, gemachtigde P. van Huizen te Raalte, Mathias Servatius Maximiliaan Maria Berkers, wonende te Raalte, gedaagde sub 3, gemachtigde P. van Huizen te Raalte.

Procesgang

Pruim heeft B&G c.s. doen dagvaarden in kort geding.

De vordering strekt ertoe dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. B&G c.s., indien mogelijk hoofdelijk, zal veroordelen om met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis ieder gebruik van de internet domeinnaam www.fietsen123.nl en ieder gebruik van een andere domeinnaam gelijkend op de domeinnaam van Pruim te staken en gestaakt te houden;
2. B&G c.s., indien mogelijk hoofdelijk, zal veroordelen om binnen 24 uur na betekening van dit vonnis door middel van een schrijven aan de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland per koerier en per fax op te dragen de domeinregistratie www.fietsen123.nl en alle eventuele andere domeinregistraties of aanvragen waarin de combinatie 'fietsen' en '123' voorkomt, over te dragen en op naam te doen zetten van Pruim;
3. B&G c.s., indien mogelijk hoofdelijk, zal veroordelen om getrouwen actief mee te werken aan het effectueren van de genoemde wijziging van de tenaamstelling en daartoe alle eventuele verdere stukken te onderteekenen en door de bevoegde domeinregistraties verlangde informatie te verstrekken, en de eventuele kosten voor wijziging van de tenaamstelling aan de bevoegde domeinregistraties te voldoen;
4. B&G c.s., indien mogelijk hoofdelijk, zal veroordelen om aan de raadvrouw van Pruim, mr. B.V. Metsemakers-de Jong (Kuipers, Jonkers en van den Berg Advocaten, Postbus 19282, 3501 DG, Utrecht, telefax 030-231 32 22) steeds een kopie te zenden van alle correspondentie als hierboven bedoeld en steeds onverwijld binnen de gestelde termijn c.q. op eerste verzoek bewijs te verschaffen van de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van dit vonnis;
5. althans B&G c.s., indien mogelijk hoofdelijk, zal veroordelen tot het treffen van een in goede justitie vast te stellen voorziening;
6. B&G c.s., indien mogelijk hoofdelijk, zal veroordelen tot betaling aan Pruim van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere overtreding van de hiervoor verzochte veroordelingen respectievelijk voor iedere dag of gedeelte daarvan dat de verboden gedraging voortduurt;
7. Pruim zal vergunnen om indien B&G c.s. niet aan de vordering onder 2. voldoet, door middel van een authentiek afschrift van dit vonnis te bewerkstelligen dat de domeinnaam www.fietsen123.nl op naam wordt gesteld van Pruim, zulks onverminderd eventuele aanspraken op dwangsommen;
8. B&G c.s. zal veroordelen in de kosten van dit geding.

Tegen deze vordering is door B&G c.s. verweer gevoerd met conclusie tot afwijzing ervan.

Partijen hebben hun standpunten over en weer toegelicht, waarna op verzoek van partijen vonnis is bepaald.

Motivering

1. In dit geding wordt van de volgende feiten uitgegaan.

1.1 Pruim onderhoudt sedert april 2000 een website waarop informatie is te vinden over zaken die met fietsen te maken hebben, waaronder een aantal (links naar) fietsroutebeschrijvingen. In november

2000 heeft Pruim de domeinnaam www.fietsen123.nl geregistreerd. De website is sindsdien raadpleegbaar via deze domeinnaam. De website heeft – mede door publicaties in diverse media vanaf begin 2001 – landelijke bekendheid gekregen. Pruim onderhoudt de website op hobbymatige, niet-commerciële basis. Hij is voornemens de komende jaren de website (verder) te professionaliseren en na zijn pensionering aan het onderhoud van de website meer tijd te besteden.

1.2 In mei 2001 heeft B&G c.s., die bij de kamer van koophandel als bedrijfsomschrijving heeft opgegeven 'Adviesbureau internet, productiebureau internetsites. Redactiebureau Natuurlijk Overijssel', de domeinnaam www.fietsen123.nl (zonder een punt tussen 'fietsen' en '123') ingeschreven.

1.3 De domeinnaam www.fietsen123.nl linkte aanvankelijk direct door naar een andere website van B&G c.s., namelijk www.fietspad.nl, eveneens een website met informatie over fietsen en fietsroutes.

Op verzoek van Pruim heeft B&G c.s. vervolgens een keuzemenu aangebracht, waardoor bezoekers van www.fietsen123.nl met behulp van hyperlinks konden kiezen uit een drietal websites, waaronder de website van Pruim. Nadat B&G c.s. het keuzemenu had verwijderd en wederom op verzoek had aangebracht, heeft B&G c.s. laatstelijk begin 2004 opnieuw het keuzemenu verwijderd en geweigerd andermaal op het verzoek van Pruim tot aanbrenging van het menu in te gaan.

2. Standpunt van Pruim

2.1 Pruim stelt zich – samengevat – op het standpunt dat B&G c.s. door gebruik te maken van de vrijwel gelijkkluidende domeinnaam op onrechtmatige wijze aanhaakt bij het succes van zijn website. Door deze onrechtmatige handelwijze van B&G c.s. wordt het succes van de website (deels) tenietgedaan.

Standpunt van B&G c.s.

2.2 B&G c.s. stelt zich – samengevat – op het standpunt dat haar handelen niet onrechtmatig is aangezien sprake is van twee verschillende domeinnamen, en het B&G c.s. vrijstaat zich van de domeinnaam www.fietsen123.nl te bedienen ook als deze naam enige gelijkenis vertoont met de domeinnaam van Pruim. B&G c.s. is voornemens de automatische verwijzing naar www.fietspad.nl op de website www.fietsen123.nl te verwijderen en op www.fietsen123.nl een website met een eigen inhoud onder te brengen.

De overeenkomst die bestaat tussen de domeinnamen www.fietsen123.nl en www.fietsen123.nl berust op toeval. Ten tijde van het registreren van de domeinnaam was B&G c.s. niet op de hoogte van het bestaan en gebruik van de domeinnaam van www.fietsen123.nl.

3. Het geschil en de beoordeling daarvan

3.1 Pruim heeft een voldoende spoedeisend belang bij de voorzieningen aangezien, uitgaande van de juistheid van de stellingen van Pruim, de website van Pruim door het onrechtmatig handelen van B&G c.s. voortdurend aan belang inboet.

3.2 De vraag die in dit geding voorligt is of B&G c.s., door gebruik te maken van de domeinnaam www.fietsen123.nl dan wel een andere domeinnaam met de combinatie van 'fietsen' en '123' onrechtmatig handelt en derhalve geboden dient te worden deze handelwijze te staken.

3.3 Het verweer van B&G c.s. dat het verschillende domein namen betreft en er derhalve geen sprake is van onrechtmatig handelen, faalt. Een als misbruik van recht te kwalificeren onrechtmatig handelen kan immers ook bestaan in het gebruik van een domeinnaam die een dermate grote gelijkenis vertoont met een reeds in gebruik zijnde domeinnaam dat argeloze en minder typvaardige bezoekers die op zoek zijn naar de website van de eerder geregistreerde domeinnaam, terecht komen bij de andere website. Voldoende aannemelijk is geworden dat daarvan hier sprake is. De combinatie van 'fietsen' en '123' betreft immers niet een in het taalgebruik bijzonder gangbare. Dat B&G c.s. haar domeinnaam heeft geregistreerd met het oogmerk internetgebruikers die op zoek zijn naar de website van Pruim door te geleiden naar een website van B&G c.s., is voldoende aannemelijk geworden aangezien de website van Pruim reeds landelijke bekendheid had gekregen vóórdat B&G c.s. tot registratie van www.fietsen123.nl is overgegaan.

Anders dan B&G c.s. betoogt, doet de omstandigheid dat door middel van op www.fietspad.nl aangebracht hyperlinks (ook) bezoekers van de website van B&G c.s. worden teruggedreven naar de website van Pruim, aan de onrechtmatigheid van het voorgaande niet af, nog afgezien van de omstandigheid dat B&G c.s. het keuzemenu waarvan aanvankelijk sprake was en dat de onrechtmatigheid wellicht (deels) kon opheffen door hen begin 2004 blijkbaar definitief is verwijderd (vergelijk 1.3).

3.4 B&G c.s. heeft met nadruk gewezen op het niet-commerciële karakter van de website van Pruim in tegenstelling tot het commerciële karakter van de website van een B&G c.s. De voorzieningenrechter vermag niet zonder meer in te zien waarom dit een rechtens relevant onderscheid zou moeten zijn. Voor zover hiermee zou worden betoogd dat Pruim geen schade lijdt omdat het onderhoud van de website een vrijetijdsbesteding is van Pruim en Pruim hierbij geen winstoogmerk heeft, faalt het verweer.

(Ook) bij het bij wijze van vrijetijdsbesteding en zonder winstoogmerk exploiteren van een website kan een dergelijke website een bepaalde waarde in het economisch verkeer vertegenwoordigen. Pruim zou ervoor kunnen kiezen de website te verkopen. Dat hij niet voornemens is zulks te doen, doet daaraan niet af. Aangenomen moet worden dat de waarde die de website vertegenwoordigt (mede) afhankelijk is van het aantal bezoekers van de website. Voldoende is dan ook komen vast te staan dat door het op onrechtmatige wijze bezoekers die de site www.fietsen.123.nl willen bekijken, door te leiden naar de site van B&G c.s., Pruim schade lijdt.

3.5 Het voorgaande brengt mee dat de vordering onder 1. voor toewijzing gereed ligt. Wel zal het te geven verbod worden gepreciseerd, in die zin dat onder 'ieder gebruik van een andere domeinnaam gelijkend op de domeinnaam van Pruim' zal worden beperkt tot die domeinnamen die een combinatie hebben van 'fietsen' en '123'. De ex vordering 6 gevorderde dwangsommen zullen worden gemaximeerd als na te melden.

3.6 Anders ligt het met de vorderingen welke zien op de overdracht van de domeinnaam www.fietsen123.nl aan Pruim.

Het enkele recht op gebruik van B&G c.s. van de domeinnaam www.fietsen123.nl is op zich niet onrechtmatig, doch uitsluitend het misbruik van dat recht. Van een deugdelijke reden op grond waarvan B&G c.s. gehouden zou zijn de domeinnaam aan Pruim over te dragen is (ook overigens) niet gebleken, zodat de vorderingen onder 2, 3, 4 en 7 zullen worden afgewezen.

3.7 Aangezien beide partijen deels in het (on)gelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd.

Beslissing

De voorzieningenrechter:

I. veroordeelt B&G c.s. hoofdelijk, aldus dat indien de één aan deze veroordeling voldoet, de anderen zullen zijn gekwetend, om binnen 24 uur na betekening van dit vonnis ieder gebruik van de internet domeinnaam www.fietsen123.nl en ieder gebruik van een andere domeinnaam met de combinatie van 'fietsen' en '123' te staken en gestaakt te houden, op straffe van een hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, te verbeuren dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag dat B&G c.s. niet aan deze veroordeling voldoet, met een maximum van € 50.000,-;

II. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

III. compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij met haar eigen kosten belast blijft;

IV. wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door mr. Th.A. Ariëns, voorzieningenrechter, en in het openbaar uitgesproken op 28 juli 2004 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Lars Huisman

Persoonsdomeinnaam, typosquatting, domeinnaam vs. domeinnaam, onrechtmatige daad, misbruik van bevoegdheid, géén overdracht. Aan deze korte domeinnaam-uitspraak kleven diverse interessante aspecten, waarvan enkele voor het eerst aan bod zijn gekomen binnen het Nederlandse domeinnaamrecht.

De casus is simpel. Eiser Pruim is eigenaar van een eenvoudige en succesvolle website onder de domeinnaam fietsen.123.nl. Gedaagde B&G c.s. heeft een adviesbureau en laat de door haar geregistreerde domeinnaam fietsen123.nl (zonder punt tussen 'fietsen' en '123') doorlinken naar de website fietspad.nl. Degene die fietsen123.nl intikt in zijn browser komt dus automatisch op de website fietspad.nl uit. De voorzieningenrechter oordeelt dat B&G onrechtmatig handelt en spreekt een verbod uit, maar beveelt niet tevens de overdracht van de domeinnaam fietsen123.nl.

Dit is bij mijn weten de eerste zaak waarin een zogenaamde persoonsdomeinnaam – te weten die van Pruim – een rol speelt. Persoonsdomeinnamen zijn domeinnamen die uitsluitend door particulieren kunnen worden geregistreerd en bestaan uit een willekeurig gekozen woord onder een willekeurig gekozen combinatie van 3 cijfers, zoals fietsen.123.nl. Deze domeinnamen zijn geïntroduceerd in de tijd dat particulieren nog geen 'gewone' domeinnaam konden registreren. Succesvol zijn de persoonsdomeinnamen echter nooit geweest: thans zijn er in totaal 521 geregistreerd. Toch is het aardig dat de eiser in deze zaak een persoonsdomeinnaam heeft, omdat de voorzieningenrechter zich nu kon uitspreken over de vraag of de eigenaar van een uitsluitend hobbymatige website toch een commercieel belang daarbij kan hebben. Het reglement van de SIDN verbiedt namelijk dat onder een persoonsdomeinnaam beroeps- of bedrijfsmatig een website wordt gedreven. Desondanks heeft de voorzieningenrechter er terecht oog voor dat ook een hobbysite een 'bepaalde waarde in het economisch verkeer kan vertegenwoordigen' (r.o. 3.4) en dus ook commercieel interessant kan zijn. Inderdaad zal Pruim op enig moment ervoor kunnen kiezen zijn website te verkopen. Dat dat niet per se voor een appel of een ei hoeft te gebeuren blijkt wel uit het succes van de site. Blijkens Nedstat statistieken zal fietsen.123.nl ongeveer gelijktijdig met het verschijnen van deze *Mediaforum* zijn miljoenste 'pageview' beleven. Dat uitsluitend een andere particulier de website met deze domeinnaam zal kunnen kopen zal misschien deels prijsbepalend zijn, maar doet aan het gegeven dat de huidige eigenaar een commercieel belang heeft niets af.

De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat Pruim schade lijdt doordat B&G bezoekers die op zoek zijn naar de website van Pruim, maar vergeten een punt te typen tussen 'fietsen' en '123', naar zijn eigen website leidt. Dit is een vorm van het zogenoemde 'typosquatting', het profiteren van een typefout bij internetters. Typosquatting heeft een enkele keer eerder een rol gespeeld in domeinnaamzaken, zoals in de zaak 'wwwad.nl' tussen o.a. het Algemeen Dagblad en Kijkenvergelijk (zie *Mediaforum* 2000, nr. 35 m.nt. D.J.G. Visser). In de fietsen.123.nl zaak is het bij mijn weten echter de eerste keer dat *uitsluitend* het profiteren van een typefout van een domeinnaam onrechtmatig is. In de mij overige bekende zaken was typosquatting steeds onderdeel van de argumentatie om bijvoorbeeld merk- of handelsnaaminbreuk aan te kunnen nemen. Zo is het Algemeen Dagblad houder van het merk AD en maakte Kijkenvergelijk daarop inbreuk door de domeinnaam wwwad.nl te gebruiken. In de eerdere typosquatting-zaken had de eisende partij dus steeds 'iets meer' dan alleen een domeinnaam, zoals een met haar domeinnaam overeenstemmende handelsnaam of merk. De eigenaar van de fietsen.123.nl website heeft uitsluitend zijn domeinnaam.

In de onderhavige zaak kon Pruim met enkel een domeinnaam dus succesvol actie ondernemen tegen het onrechtmatige gebruik van een andere domeinnaam. Per saldo wordt zo aan de domeinnaam van Pruim een bescherming toegekend die vergelijkbaar is met die wanneer hij ook een handelsnaam of merk had: de voorzieningenrechter spreekt immers een verbod uit op het gebruik van de domeinnaam van B&G. Nu is het zo dat wij geen domeinnaamrecht kennen, vergelijkbaar met het merkenrecht, op grond waarvan een domeinnaam beschermd zou zijn tegen inbreuken. Toch is het juist, dat de houder van een domeinnaam onder omstandigheden, op grond van onrechtmatige daad moet kunnen optreden tegen een overeenstemmende domeinnaam. Als ik het vonnis goed lees en interpreteer, hebben twee omstandigheden ertoe geleid dat de voorzieningenrechter tot

zijn oordeel is gekomen. In de eerste plaats uiteraard het feit dat welbewust wordt aangehaakt bij de populariteit van de website van Pruim. Daarnaast wordt de zaak echter ook gekleurd doordat B&G gedurende geruime tijd en tot twee keer toe een keuzemenu onder de domeinnaam *fietsen123.nl* heeft geplaatst, van waaruit ook naar de website van eiser kon worden doorgelinkt, maar dit uiteindelijk definitief heeft verwijderd. De voorzieningenrechter stelt niet voor niets dat dit keuzemenu 'de onrechtmatigheid wellicht (deels) kon opheffen' (r.o. 3.3). Het is uiteraard koffiedik kijken of de voorzieningenrechter zonder deze voorgeschiedenis – en dus uitsluitend vanwege het welbewuste aanhaken – ook een onrechtmatige daad had aangenomen, maar dat komt mij niet onwaarschijnlijk voor. Weliswaar is aanhaken bij de prestaties van een ander op zichzelf genomen niet onrechtmatig, maar dit wordt anders als dit aanhaken uitmond in parasiteren. In casu is het aannemelijk dat tenminste een deel van de bezoekers van *fietsen123.nl* die terecht komen op *fietspad.nl* in de veronderstelling zullen verkeren 'die bekende site over fietsroutes etc.' gevonden te hebben. Aangezien dit ten koste zal gaan van de bezoekersaantallen van *fietsen123.nl* kan worden aangenomen dat inderdaad sprake is van parasiteren door de aanhakende gedaagde en dus van onrechtmatig handelen.

De laatste twee zeer interessante aspecten van deze zaak zijn de noemer waaronder het handelen van B&G wordt geschaard (namelijk misbruik van recht) en in het verlengde daarvan de conclusie dat de voorzieningenrechter wél het verbod op de domeinnaam *fietsen123.nl* toewijst, maar géén overdracht daarvan beveelt.

Uit het vonnis is niet op te maken of Pruim zich op het standpunt heeft beroepen dat B&G misbruik van recht maakt. In overweging 2.1 kunnen wij slechts lezen dat hij van oordeel is dat B&G op onrechtmatige wijze aanhaakt bij het succes van zijn website. Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter dat 'een als misbruik van recht te kwalificeren onrechtmatig handelen immers [ook] kan bestaan in het gebruik van een domeinnaam', ingeval van, kortweg, typosquatting. Aan deze redenering ligt artikel 3:13 BW ten grondslag: als men gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een domeinnaam te registreren, dan mag daarvan geen *misbruik* worden gemaakt.

De voorzieningenrechter verbindt aan deze redenering de consequentie dat het enkele registreren en geregistreerd houden van de domeinnaam niet onrechtmatig is wegens misbruik van recht. Hij ziet dan ook geen reden om ook de overdracht van de domeinnaam te gelasten. Zijn gedachtegang zal ongeveer zijn geweest: B&G komt de domeinnaam toe, want zij heeft deze als eerste geregistreerd. B&G mag deze domeinnaam dus ook gebruiken, zolang de wijze waarop zij dat doet niet onrechtmatig is. Ik zou daar een alternatieve gedachtegang voor in de plaats willen stellen, die tot een andere uitkomst kan leiden: B&G heeft weliswaar als eerste de domeinnaam geregistreerd, maar dient toch af te zien van het geregistreerd houden daarvan als onaannemelijk is dat zij de domeinnaam in de toekomst rechtmatig zal gaan gebruiken. B&G zal deze domeinnaam op grond van artikel 3:13 lid 2 BW namelijk niet geregistreerd mogen houden, indien haar belang daarbij onevenredig is aan het belang van Pruim bij doorhaling en overdracht van deze registratie. Van onevenredigheid is m.i. sprake als B&G zegt zelf niets meer met de domeinnaam te zullen doen, terwijl voor Pruim wel steeds het gevaar blijft bestaan dat B&G de domeinnaam op enig moment toch weer onrechtmatig gebruikt.

Op grond van deze alternatieve redenering kan een gedaagde dus alleen ontkomen aan een gebod tot doorhaling van zijn registratie, indien hij stelt en serieus aannemelijk maakt de domeinnaam rechtmatig te gaan gebruiken. De houder van *fietsen123.nl* zou bijvoorbeeld te kennen kunnen geven om het keuzemenu, van waaruit ook de website van Pruim bereikt kan worden, terug te plaatsen. Ik kan mij voorstellen dat een voorzieningenrechter onder de omstandigheden van dit geval – waarin eiser geen merk- of handelsnaamrechten heeft én eiser een dergelijk gebruik vroeger ook geen probleem vond – een dergelijk betoog accepteert. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat iedere *typosquatter* zich daarop zou moeten kunnen beroepen. Indien de *typosquatter* bijvoorbeeld aanhaakt bij een merk van een ander, zal ook een keuzemenuutje meestal tot inbreuk leiden.

Nr 45 Fernseh-Fee

Bundesgerichtshof 24 juni 2004
Aktenzeichen: I ZR 26/02

UWG § 1; GG Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Art. 12 Abs. 1

a. Zwischen einem (privaten) Fernsehsendeunternehmen und einem Unternehmen, das ein zum Anschluß an den Fernseher oder Videorekorder bestimmtes Gerät produziert und vertreibt, mit dem Werbeinseln aus dem laufenden Programm automatisch ausgeblendet werden können (Werbeblocker), besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.

b. Die Werbung und der Vertrieb eines Werbeblockers und die Ausstrahlung von Befehlssignalen für diesen verstoßen auch unter Berücksichtigung des verfassungsgerechtl. Schutzes, den das Fernsehsendeunternehmen aus Art. 5 und Art. 12 GG genießt, weder unter dem Gesichtspunkt einer produktbezogenen Behinderung noch wegen Werbebehinderung gegen § 1 UWG und stellen auch keine nach dieser Bestimmung unzulässige allgemeine Marktbehinderung dar.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 2004 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. ... und die Richter ... für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 24. Juli 2001 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt einen ausschließlich durch Einnahmen aus kommerzieller Werbung finanzierten Fernsehsender. Sie plaziert die Werbung über ihr gesamtes Programm verteilt und insbesondere auch während laufender Sendebeiträge, so daß diese regelmäßig durch sogenannte Werbeinseln unterbrochen werden. Die von der Klägerin erzielten Werbeumsätze belaufen sich auf mehr als 1 Milliarde Euro netto; ihr Gewinn belief sich im Jahr 2000 auf 497 Millionen DM.

Die Beklagte produziert und vertreibt ein von ihr als 'Fernseh-Fee' bezeichnetes Vorschaltgerät. Dieses ist zum Anschluß an den Fernseher oder Videorekorder bestimmt und verfügt seit Ende 1999 u.a. über eine sogenannte Werbeblocker-Funktion ('spot-stop-Funktion'). Das Gerät der Beklagten kann damit vom Nutzer so programmiert werden, daß Werbeinseln aus dem laufenden Programm automatisch ausgeblendet werden. Zu diesem Zweck sendet die Beklagte Befehlssignale aus, mittels deren das Vorschaltgerät den Fernseher oder Videorekorder für die Zeit, während der im gewählten Programm Werbung ausgestrahlt wird, auf ein werbefreies Programm umschaltet und nach dem Ende des Werbeblocks wieder zurückschaltet.

Die Klägerin sieht in der Bewerbung und in dem Vertrieb des mit einer solchen Werbeblocker-Funktion ausgerüsteten Vorschaltgeräts, in der Ausstrahlung der entsprechenden Befehlssignale und in der Bewerbung dieser Dienstleistung ein unter den Gesichtspunkten der Behinderung, der Ausbeutung erbrachter Vorleistungen und der allgemeinen Marktstörung nach § 1 UWG wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten. Zur Begründung führt sie insbesondere aus, die Beklagte verletze die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Rundfunkfreiheit der Klägerin, da sie in unzulässiger Weise in deren in der Erzielung von Werbeeinnahmen bestehende wirtschaftliche Grundlage eingreife. Bei entsprechender Werbung liege der Markt für das Werbeblocker-System der Beklagten noch über den von dieser in Veröffentlichungen genannten 20% der Fernsehhaushalte. Die Beklagte gefährde damit – auch im Hinblick auf die gegebene Nachahmungsgefahr – in erheblichem Maße die Finanzierung der Klägerin. Zudem greife sie in das als Datenbankwerk geschützte Fernsehprogramm der Klägerin durch Umgestaltung ein.

[...]

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat zugunsten der Klägerin unterstellt, daß zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehe, da der aus Werbebeiträgen bestehende Teil des von der Klägerin angebotenen Programms und das Werbeblocker-System der Beklagten einander behindern könnten. Es hat aber die Bewerbung und den Vertrieb des mit der Werbeblocker-Funktion ausgerüsteten Vor-

schaltgeräts sowie die Ausstrahlung der an dieses gerichteten Befehlssignale durch die Beklagte nicht als i.S. des § 1 UWG wettbewerbswidrige Verhaltensweisen angesehen. Die Verletzung eines Urheberrechts der Klägerin oder des Rechts an deren eingerichteten und ausgeübtem Gewerbebetrieb hat es ebenfalls verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Für einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt einer produktbezogenen Behinderung fehle es, da die Entscheidung insoweit bei den Zuschauern verbleibe, an einer unmittelbaren oder auch nur mittelbaren wettbewerbswidrigen Einwirkung auf die von der Klägerin angebotenen Leistungen. Die Beklagte stelle den Zuschauern, die das Programm der Klägerin verlassen wollten, lediglich eine technische Hilfe zur Verfügung. Eine produktbezogene Behinderung der Klägerin sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in ihr Grundrecht auf Rundfunkfreiheit zu bejahen. Allerdings erfasse diese im Rahmen ihrer im Verhältnis der Parteien zueinander bestehenden mittelbaren Drittwirkung auch die von der Klägerin gesendete Werbung. Das Verhalten der Beklagten erschwere zudem die Ausübung der Rundfunkfreiheit nicht unerheblich, da ihr Verhalten die Werbeeinnahmen der Klägerin zu vermindern drohe. Trotz der überragenden Bedeutung der zugunsten der Klägerin zu berücksichtigenden Rundfunkfreiheit seien aber die Belange der Beklagten schutzwürdiger als die der Klägerin. Durch die Werblocker-Funktion könnten sich für die Klägerin, wie der Berufungssenat aufgrund der Lebenserfahrung seiner Mitglieder beurteilen könne, zwar nicht ganz unempfindliche finanzielle Einbußen ergeben, nicht aber eine existentielle Gefährdung.

Als Kunden des von der Beklagten vertriebenen Geräts kämen vornehmlich Zuschauer in Betracht, die sich der Werbung bislang ohnehin durch Umschalten auf ein anderes Programm, Ausschalten des Fernsehers oder seines Tones oder Verlassen des Raumes entzogen hätten. Zu berücksichtigen seien ferner der für die Masse der Durchschnittsverdiener nicht geringe Anschaffungspreis für das Gerät von knapp 400 DM und – wenn auch möglicherweise eher geringe – monatliche Gebühren für die Dienstleistungen der Beklagten.

Zudem sei die Anziehungskraft des Werblockers maßgeblich dadurch geschwächt, daß er die Unterbrechung des laufenden Sendebeitrags während der Ausstrahlung der Werbeinseln nicht vermeiden könne. Soweit sich die Klägerin über den von der Beklagten zugestanden Verkauf von 1.000 Geräten monatlich hinaus auf deren Äußerungen zur geplanten Produktion von 3.000 Geräten pro Monat und zu einem Marktpotential von 20% der Fernsehhaushalte bzw. 15 Millionen Fernsehhaushalte beziehe, seien diese Zahlen eindeutig werblich motiviert; ihr Erreichen liege fern. Außerdem habe es die Klägerin als Programmveranstalterin in der Hand, gemeinsam mit ihren Werbekunden die Anziehungskraft der Werbung für den Zuschauer zu erhöhen oder die Werbung mit der Einblendung redaktioneller Sendeleistungen zu verbinden. Auch Neuerungen wie die Teilbelegung eines Bildes (Werbung mit Einblendung redaktioneller Sendeleistungen) schränken die Gefahren für die Klägerin weiter ein.

Demgegenüber drohten dem nach Art. 14 und Art. 2 GG geschützten Unternehmen der Beklagten bei einer Untersagung des Werblockers, der den prägenden und werbewirksamen Kern ihrer Geschäftsidee darstelle, existenzgefährdende Einbußen. Bei der Gesamtabwägung sei zudem zu berücksichtigen, daß die Klägerin den Geschäftserfolg der Beklagten beobachten könne. Zeigten sich wider Erwarten doch gravierende Einnahmeverluste im gesamten Bereich des privaten Werbefernsehens, könne immer noch ein Eingriff erfolgen, der der Beklagten einen gewissen Erfolg ihrer Geschäftsidee belasse.

Ein Anspruch aus § 1 UWG sei auch nicht unter den von der Klägerin des weiteren geltend gemachten Gesichtspunkten der kundenbezogenen Behinderung, der Werbebehinderung, der Ausbeutung einer fremden Leistung sowie der allgemeinen Marktbehinderung zu bejahen.

[...]

II.

Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß der Vertrieb der von der Beklagten hergestellten und vertriebenen, mit einer Werblocker-Funktion ausgestatteten 'Fernseh-Fee' und die Ausstrahlung der an diese gerichteten Befehlssignale nicht nach § 1 UWG wettbewerbswidrig ist. Ebenfalls zutreffend ist seine Beur-

teilung, das von der Klägerin erstrebte Verbot sei ferner weder aus § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG noch aus § 823 Abs. 1 i.V. mit § 1004 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG zu.

a) Die Klägerin ist allerdings als unmittelbar betroffene Mitbewerberin nach § 1 UWG klage- und sachbefugt. Als unmittelbar von einer zu Wettbewerbszwecken begangenen Handlung betroffen sind grundsätzlich diejenigen Mitbewerber anzusehen, die zu dem Verletzer (oder dem von diesem Geförderten) in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen (vgl. BGH, Urt. v. 5.10.2000 - I ZR 210/98, GRUR 2001, 258 = WRP 2001, 146 - Immobilienpreisangaben; Urt. v. 5.10.2000 - I ZR 237/98, GRUR 2001, 260 = WRP 2001, 148 - Vielfachabmahner, jeweils m.w.N.). Im Streitfall besteht entgegen der Auffassung der Revisionsränderung zwischen den Parteien ein konkretes Wettbewerbsverhältnis.

aa) Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist immer dann gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder gewerbliche Leistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und das Wettbewerbsverhalten des einen daher den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann (vgl. BGH, Urt. v. 23.4.1998 - I ZR 2/96, GRUR 1999, 69, 70 = WRP 1998, 1065 - Preisvergleichsliste II; BGH GRUR 2001, 258 - Immobilienpreisangaben; GRUR 2001, 260 - Vielfachabmahner; BGH, Urt. v. 21.2.2002 - I ZR 281/99, GRUR 2002, 902, 903 = WRP 2002, 1050 - Vanity-Nummer, m.w.N.). An einem solchen Wettbewerbsverhältnis aufgrund der eigentlichen beruflichen Tätigkeiten der Parteien fehlt es hier allerdings. Denn bei dem Betreiben eines privaten Fernsehsenders durch die Klägerin einerseits und bei dem Vertrieb eines mit verschiedenen Funktionen zur Nutzung des Mediums Fernsehen ausgestatteten Geräts durch die Beklagte andererseits handelt es sich nicht um gleichartige Waren oder gewerbliche Leistungen.

bb) Im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes sind an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen; es wird daher insbesondere keine Branchengleichheit vorausgesetzt. Da es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung regelmäßig nur um die konkret beanstandete Wettbewerbshandlung geht, genügt es, daß die Parteien durch eine Handlung miteinander in Wettbewerb getreten sind, auch wenn ihre Unternehmen im übrigen unterschiedlichen Branchen angehören (vgl. BGH, Urt. v. 12.1.1972 - I ZR 60/70, GRUR 1972, 553 - Statt Blumen ONKO-Kaffee; BGHZ 93, 96, 97 f. - DIMPLE; BGH, Urt. v. 4.6.1987 - I ZR 109/85, GRUR 1988, 453, 454 = WRP 1988, 25 - Ein Champagner unter den Mineralwässern; Urt. v. 7.12.1989 - I ZR 3/88, GRUR 1990, 375, 376 = WRP 1990, 624 - Steuersparmodell). Das ist hier der Fall.

Die unternehmerische Tätigkeit der Klägerin als werbefinanzierter Fernsehsender ist durch ihr Auftreten auf zwei verschiedenen Märkten gekennzeichnet: Zum einen bietet die Klägerin gegen Entgelt Sendeplätze für die Ausstrahlung von Werbung an, woraus sie sich finanziert. Zum anderen präsentiert sie den Fernsehzuschauern unentgeltlich ihr Programm. Auf diesem Markt tritt die Beklagte mit dem angegriffenen Verhalten mit der Klägerin in Wettbewerb. Das von ihr angebotene Gerät mit Werblocker-Funktion stellt zwar eine andersartige gewerbliche Leistung dar als diejenige, die die Klägerin den Zuschauern präsentiert. Die Beklagte wendet sich mit ihrem Angebot aber ebenso wie die Klägerin – wenn auch mit umgekehrter Zielrichtung – an Fernsehkonsumenten.

Während die Klägerin möglichst viele Zuschauer zu erreichen versucht, die sich ihr Programm und insbesondere die darin enthaltene Werbung anschauen, wendet sich die Beklagte an Fernsehzuschauer, die während der Unterbrechung laufender Sendebeiträge durch Werbeinseln statt der Werbung lieber Sendebeiträge eines zu dieser Zeit werbefreien Senders sehen möchten. Eine geringere Anzahl von Werbezuschauern mindert aus der Sicht der Werbekunden die Attraktivität der von der Klägerin angebotenen Werbesendeplätze und kann daher deren Absatz behindern.

[...]

bb) Das Berufungsgericht hat eine unlautere produktbezogene Behinderung aufgrund einer umfassenden Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen verneint. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

(1) Eine unlautere produktbezogene Behinderung kommt beim Vorliegen einer unmittelbaren Einwirkung auf das Produkt des Mitbewerbers – etwa dadurch, daß dieses vernichtet oder beschädigt wird – in Betracht (vgl. Köhler in Köhler/Piper aaO § 1 Rdn. 399). An einer solchen unmittelbaren Einwirkung auf die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen durch die Beklagte fehlt es im Streitfall. Die Beklagte wirkt auf die Sendebeiträge der Klägerin und namentlich auch auf die darin enthaltene Werbung nicht unmittelbar ein. Sie ermöglicht es den Fernsehkonsumenten durch ihr Vorschaltgerät mit Werblocker-Funktion und die Ausstrahlung der an dieses gerichteten Befehlssignale lediglich, das Fernsehgerät für die Dauer der Programmunterbrechung durch Werbeinseln aus- oder auf einen werbefreien Sender umzuschalten. Der Gebrauch der Werblocker-Funktion bleibt jeweils dem Zuschauer überlassen.

[...]

(3) Die von der Beklagten über den entgeltlichen Vertrieb des Werblockers dem Fernsehzuschauer angebotene technische Erleichterung hindert die Klägerin nicht daran, ihre Leistungen auf dem Markt in angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Zwar läuft der Einsatz des Werblockers dem Interesse der Klägerin zuwider, nicht nur mit ihren redaktionellen Programmbeiträgen, sondern insbesondere auch mit ihren Werbesendungen möglichst viele Zuschauer zu erreichen, da hiervon die Höhe ihrer Werbeeinnahmen abhängt. Das allein macht das Angebot und den Vertrieb der Leistungen der Beklagten aber noch nicht wettbewerbsrechtlich unlauter. Ein wettbewerbswidriges Verhalten wäre vielmehr nur dann gegeben, wenn sich die Beklagte dabei nicht wettbewerbs eigener Mittel bediente (vgl. BGHZ 110, 156, 162 ff. - HBV-Familien und Wohnungsrechtsschutz; Baumbach/Hefermehl aaO § 1 UWG Rdn. 208). Das ist jedoch nicht der Fall.

cc) Aus den vorstehend genannten Gründen liegt des weiteren - wie das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht angenommen hat - keine unlautere Werbebehinderung vor. Allerdings kann die Beeinträchtigung der Werbung eines Mitbewerbers - etwa durch deren Zerstörung, Beschädigung, Beseitigung oder Verdeckung - im Einzelfall eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers darstellen (vgl. Großkomm. UWG/Brandner/Bergmann, § 1 Rdn. A 274 ff.; Baumbach/Hefermehl aaO § 1 UWG Rdn. 225 ff.; Köhler in Köhler/Piper aaO § 1 Rdn. 414 ff.).

Dabei handelt es sich aber typischerweise um die Beeinträchtigung der Werbewirkung gegenüber einem mit der Werbung angesprochenen breiteren Publikum oder - etwa in den Fällen einer Erinnerungswerbung - gegenüber den Erwerbern eines bestimmten Produkts, ohne daß dies auf einer freien Entscheidung derer beruht, an die sich die Werbung richtet (vgl. BGH, Urt. v. 18.2.1972 - I ZR 82/70, GRUR 1972, 558, 559 - Teerspritzmaschinen; OLG Hamburg GRUR 1994, 316; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1515). Anders verhält es sich jedoch im Streitfall. Die von der Klägerin gesendete Werbung erreicht, wenn der Werblocker der Beklagten zum Einsatz kommt, nur diejenigen Fernsehzuschauer nicht, die sich bewußt dafür entschieden haben, keine Werbung sehen zu wollen.

dd) Auch der verfassungsrechtliche Schutz, den die Klägerin aus Art. 5 und Art. 12 GG genießt, gebietet unter den gegebenen Umständen keinen weiterreichenden wettbewerbsrechtlichen Schutz.

[...]

(2) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht den Schutzzumfang der Rundfunkfreiheit zutreffend bestimmt. Die Programmfreiheit, die den Kern der Rundfunkfreiheit bildet (vgl. BVerfGE 97, 228, 268 m.w.N.), wird durch die beanstandete Wettbewerbsmaßnahme nicht berührt. Die Rechtsordnung darf den privaten Rundfunk zwar nicht Bedingungen unterwerfen, die die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit wesentlich erschweren oder gar praktisch unmöglich machen würden (vgl. auch BVerfGE 73, 118, 157; 83, 238, 297; 97, 228, 268). Aus der institutionellen Garantie des Staates für die Freiheit des Rundfunks läßt sich aber ein Anspruch der Fernsehsender auf ungestörte geschäftliche Betätigung nicht herleiten. Der Schutz des Rundfunks als einer Meinungsbildenden Institution gebietet grundsätzlich keinen Bestandschutz über die Zuerkennung zivilrechtlicher Ansprüche. Auch Unternehmen des Medienbereichs müssen sich den Herausforderungen des Marktes stellen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von

der Kraft der Innovation lebt. Nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts liegt es nicht fern, daß die Klägerin Beeinträchtigungen etwa dadurch erfolgreich entgegenwirken kann, daß sie in Zusammenarbeit mit der werbungstreibenden Wirtschaft das Interesse des Zuschauers am Werbeprogramm weckt und wach hält oder daß sie ihrerseits mit technischen Neuerungen einer Ausblendung der Werbebeiträge entgegenwirkt. Unabhängig davon kann die rechtliche Beurteilung nicht davon abhängen, ob schon heute Maßnahmen benannt werden können, mit deren Hilfe eine existenzgefährdende Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit der Klägerin durch die Beklagte vermieden werden kann.

[...]

c) Ein Anspruch aus § 1 UWG wegen allgemeiner Marktbehinderung scheidet schon deshalb aus, weil nach den verfahrensrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts der Vertrieb des Werblockers durch die Beklagte die geschäftliche Tätigkeit des werbefinanzierten Fernsehens zwar erschwert, nicht aber existentiell bedroht.

[...]

bb) Die Klägerin hat nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen keine konkreten Tatsachen wie etwa Einbußen bei ihren eigenen Werbeeinnahmen oder denjenigen ihrer Mitbewerber (vgl. BGH, Urt. v. 22.11.1984 - I ZR 98/82, GRUR 1985, 881, 882 = WRP 1985, 330 - Bliestal-Spiegel) vorgetragen, die auf eine Gefährdung des Bestandes der durch Werbung finanzierten privaten Fernsehsender schließen lassen könnten. Die Revision macht auch nicht geltend, daß das Berufungsgericht in dieser Hinsicht Sachvortrag der Klägerin übergangen habe. Die damit lediglich in Betracht zu ziehende Möglichkeit, daß Werbekunden der Klägerin und der anderen durch Werbung finanzierten privaten Fernsehsender bei einer erheblichen Verbreitung des Werblocker-Systems der Beklagten weniger Sendezeit buchen oder nurmehr einen geringeren Preis pro Zeiteinheit zu zahlen bereit sein könnten und daß es deshalb bei Privatsendern wie der Klägerin zu Einnahmeverlusten kommen könnte, reicht für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung nicht aus (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1989 - I ZR 155/87, GRUR 1990, 44, 46 = WRP 1990, 266 - Annoncen-Avis).

2. Das Berufungsgericht hat mit Recht auch einen urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch der Klägerin verneint. Es kann dahinstehen, ob dem aus redaktionellen und werbemäßigen Beiträgen bestehenden Programm der Klägerin Werkschutz zukommt. Das Verhalten der Beklagten stellt jedenfalls keinen Eingriff in ein urheberrechtliches Verwertungsrecht dar.

[...]

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. (Unterschriften)

Noot

Marcel Dellebeke

Mr. M. Dellebeke (www.dellebeke.nl) doet onder meer promotieonderzoek naar regulering van elektronische commerciële communicatie bij het Tilburg Instituut for Law, Technology, and Society (TILT, www.uvt.nl/tilt).

Dit *Fernseh-Fee*-arrest¹ van het Bundesgerichtshof (BGH) gaat over de vraag of het aanbieden van een 'Werblocker' – een apparaat waarmee het zien van tv-reclame kan worden 'geblokkeerd' – al dan niet onrechtmatig is jegens de verspreider van die reclame. Ik zal hier in kort bestek de kern van dit BGH-arrest proberen te verduidelijken (wat is de Fernseh-Fee, wat was de achtergrond van de procedure en wat zijn de belangrijkste conclusies van het BGH) waarna nog kort aangegeven kan worden in welke bredere context de uitspraak te plaatsen is.

De Fernseh-Fee ('televisie-fee') is een settop-box voor televisie, die gebruikt kan worden als 'reclame-blokker', kinderslot, personal video recorder en elektronische programmagids. De uitspraak gaat alleen over de eerstgenoemde functie, welke als volgt werkt. De aanbieder van de Fernseh-Fee, TeleControl Unterhaltungselektronik AG (hierna: TCU, zie www.telecontrol.de), screent de Duitse tv-kanalen

1 De volledige tekst van dit arrest is beschikbaar op www.bundesgerichtshof.de.

en zendt signalen naar zijn apparaat uit zodra op een van die kanalen een reclameblok start en eindigt.² De gebruiker van de Fernseh-Fee kan zijn apparaat zo instellen dat dit het tv-programma dat op dat moment bekeken (of opgenomen) wordt, wegschakelt naar een ander tv-kanaal op het moment dat een reclameblok begint en weer terugschakelt zodra de reclame daar gestopt is. De gebruiker kan daarbij voorkeuren inprogrammeren naar welke tv-zender moet worden 'gezapt'; als ook op dat andere kanaal op dat moment reclame wordt uitgezonden dan kan de Fernseh-Fee de tv laten doorzappen naar een volgende voorkeurszender.

De procedure die culmineerde in dit BGH-arrest was aangespannen door RTL, exploitant van diverse commerciële tv-zenders, die haar financiering haalt uit het verkopen van reclamezender. RTL zag natuurlijk de bui hangen; als de kijkers naar haar uitzendingen in daarin opgenomen reclameboodschappen consequent zouden laten wegzappen door de Fernseh-Fee, zouden haar omzet en de waarde van haar reclamezender, en daarmee haar inkomsten, verminderen. De hoeveelheid verkochte reclamezender en de tarieven daarvoor worden immers direct beïnvloed door het aantal kijkers.

RTL stelde in deze procedure (onder meer) dat het verhandelen en aanbieden van het apparaat en de dienst, en het uitzenden van bovenbedoelde signalen, oneerlijke concurrentie jegens haar opleverden, meer specifiek onrechtmatig hinderen, profiteren en marktverstoren, in de zin van de Duitse wet op de oneerlijke mededinging (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). RTL had gevorderd om TCU te verbieden reclame te maken voor en te handelen in een systeem waarmee de reclame in de RTL-uitzendingen 'onderdrukt' zou (kunnen) worden, en/of TCU te verbieden de eerderbedoelde signalen uit te zenden. Bij een lagere rechter had RTL succes,³ maar het OLG⁴ gaf RTL ongelijk. Ook bij het BGH krijgt RTL nul op het rekest.

Het BGH overweegt eerst dat er tussen RTL en TCU een concurrentieverhouding bestaat.⁵ Hoewel beide partijen in een andere branche actief zijn en geen gelijksoortige diensten en producten aanbieden, is het voor het aannemen van een concurrentieverhouding (en daarmee van de toepasselijkheid van de UWG) ook voldoende dat partijen door een handeling – hier: het aanbieden van het Fernseh-Fee-systeem aan tv-kijkers – met elkaar in concurrentie getreden zijn.⁶ De concurrentie in casu vindt plaats op de markt voor tv-kijkers, waar RTL poogt zoveel mogelijk tv-kijkers te laten kijken naar haar programma's (inclusief de daarin opgenomen reclameblokken), en waar TCU zich tot diezelfde kijkers wendt en hun de mogelijkheid biedt tijdens die reclameblokken naar andere zenders (zonder reclame) te

kijken. TCU's optreden kan leiden tot een kleiner aantal kijkers naar RTL's reclameblokken, en dat geringere aantal kijkers vermindert de 'aantrekkelijkheid' van de door RTL aangeboden reclamezender voor adverteerders en dit kan aldus de afzet daarvan negatief beïnvloeden.

Dan de hamvraag of TCU onrechtmatig handelt (in de zin van de UWG) jegens RTL met het aanbieden van de Fernseh-Fee. Deze vraag beantwoordt het BGH ontkennend, met als kernargument: de beslissing of en hoe het Fernseh-Fee-systeem gebruikt wordt is aan de kijker; het is immers de kijker, en niet TCU, die bepaalt of hij zijn tv tijdens reclameblokken laat wegzappen en bij welke zenders hij dat laat doen. Bij het oordeel dat het handelen van TCU geen oneerlijke mededinging vormt wijst het BGH er op dat, hoewel het aanbieden en gebruik van de Fernseh-Fee tegen de belangen van RTL ingaat, RTL er niet in gehinderd wordt haar diensten (tv-programma's inclusief reclame-uitzendingen) aan te bieden. De enkele omstandigheid dat het aanbieden van de Fernseh-Fee de bedrijfsresultaten van RTL negatief kan beïnvloeden, is dus niet voldoende voor het aannemen van oneerlijke mededinging. De uitkomst had anders kunnen zijn als TCU zou ingrijpen in het aanbieden door RTL van haar diensten, maar TCU hindert RTL daarin dus niet. RTL's reclameblokken bereiken alleen die kijkers niet, die er zelf bewust voor gekozen hebben die reclame niet te willen zien.

Deze Fernseh-Fee-zaak past in een rijtje zaken die in essentie neerkomen op eenzelfde situatie en vraag: partij A biedt aan partij B een product en/of dienst aan waarmee B de door partij C aangeboden reclame kan 'ontwijken', waarbij C in rechte de vraag opwerpt of A hiermee onrechtmatig jegens hem handelt. In de meeste situaties wordt daarbij gesteld dat A's optreden leidt tot vermindering van de waarde van de prestatie van C (i.e. de waarde of 'aantrekkelijkheid' van diens reclamezender, advertentieruimte, etc. voor adverteerders) en dat dat oneerlijke concurrentie (of een onrechtmatige daad) vormt.⁷

De bedoelde situatie kan zich voordoen in diverse vormen en in bijna alle media:

- gedrukte media, waar het eerste bekende praktijkvoorbeeld zich voordeed: de 'telefoongids'-zaak,⁸
- televisie, denk daarbij, naast dit nieuwe Fernseh-Fee-systeem, bijvoorbeeld aan kabeldoorgifte van tv-uitzendingen waarbij eigen reclame ingevoegd zou kunnen worden,⁹ en aan het gebruik van de videorecorder¹⁰ en digitale videorecorder¹¹ waarmee reclame doorgespoeld, geskipt, weggelaten of uitgefilterd kan worden, en
- internet, onder meer in de vorm van het gebruik van software die

2 De Fernseh-Fee is derhalve een product én een (bijbehorende) dienst; zonder die dienst kan geen gebruik worden gemaakt van de 'reclame blokker'-functie van het apparaat.

3 Landgericht Berlin 28 mei 1999, 15 O 123/99, MMR 1999, 610, ZUM-RD 2000, 144.

4 Oberlandesgericht Frankfurt am Main 23 september 1999, 6 U 74/99, JurPC Web.Dok. 11/2000 (bevestiging van Landgericht Frankfurt am Main 8 april 1999, MMR 1999, 613).

5 Zoals het BGH het al mooi samenvat: onder het Duitse recht is sprake van een concurrentieverhouding als partijen gelijksoortige waren of concurrerende diensten proberen af te zetten binnen dezelfde groep van eindverbruikers en hun marktgedragingen elkaar in beginsel kunnen hinderen of storen (zie BGH 24 april 1998, I ZR 2/96, GRUR 1999, 69, Preisvergleichsliste II en de andere jurisprudentie waarnaar het BGH verwijst).

6 Zie BGH 12 januari 1972, I ZR 60/70, GRUR 1972, 553, *Statt Blumen ONKO-kaffee* en de andere jurisprudentie waarnaar het BGH verwijst.

7 Overigens kan in deze zaken nog een tweedeling aangebracht worden op basis van de vraag wie (of wat) partij B is – consument of concurrent van C – en daarmee waarvoor B het product of de dienst gebruikt; 'alleen' voor het ontwijken van de reclame van C of voor het vervangen van de reclame van C voor zijn eigen reclame. In laatstbedoelde situatie kan C – in de regel met succes – (tevens) B aanspreken op grond van onrechtmatig handelen (oneerlijke concurrentie).

8 *National Telephone Directory Co v Dawson Manufacturing Co*, 263 SW 483, St. Louis Ct App, 1924; door Southwestern Bell Telephone gemaakte en verspreide telefoongidsen, met advertenties van derden op de omslag, werden door het Chase Hotel voorzien van een door Dawson gemaakte extra omslag met andere advertenties, door welke nieuwe omslag de door Bell aangebrachte advertenties niet meer zichtbaar waren (waardoor de waarde van Bell's advertentieruimte op de omslag van zijn gids verminderd werd); het Court of Appeals oordeelde dat sprake was van oneerlijke concurrentie door Dawson. (Vgl. ook *New England Telephone & Telegraph Co v National Merchandising Corp*, 141 NE 2d 702, Sup Jud Ct Mass, 1957.)

9 Vanwege deze mogelijkheid bepaalde bijvoorbeeld de Amerikaanse Copyright

Act (1976) en later de 1992 Cable Act dat bij kabeldoorgifte de oorspronkelijke uitzending in haar geheel en ongewijzigd, dus inclusief de reclame, moest worden doorgegeven (17 USC §501; 17 USC §111 resp. 47 USC §534; 47 CFR 76.62). In Nederland geschiedt kabeldoorgifte op grond van de zgn. Modelkabelcontracten waarin (alleen) toestemming wordt verleend voor gelijktijdige, onverkorte en ongewijzigde doorgifte.

10 Zie in dit verband de *Sony Betamax*-zaak (*Sony Corporation of America et al. v Universal City Studios et al.*, 464 U.S. 417 (1984)), waarin het Supreme Court (geparafrazeerd) oordeelde dat de verkoop van videorecorders niet leidde tot auteursrechtinbreuk, ook als gebruikers commercials zouden weglaten of doorspoelen.

11 Met de digitale videorecorder (DVR, ook wel 'personal video recorder', PVR, genoemd, onder meer geproduceerd door TiVo en ReplayTV, zie www.tivo.com en www.replaytv.com) kan ook reclame doorgespoeld (geskipt) worden maar dit apparaat kan tevens al bij het opnemen van tv-programma's de commercials daar uit filteren. Tien grote Amerikaanse media- en entertainmentbedrijven hebben in 2001 de aanval ingezet op ReplayTV, waarbij zij, kort weergegeven, stelden dat met die DVR (onder meer) vanwege de ingebouwde filterfunctie ('Commercial Advance') inbreuk werd gemaakt op hun auteursrechten en dat deze hun bedrijfsvoering ondermijnde (*Paramount Pictures Corp. et al. v ReplayTV Inc. & SonicBlue Inc.*, U.S. District Court for the Central District of California, complaint d.d. 30 oktober 2001). De procedure werd door de eisers gestopt nadat ReplayTV in maart 2003 faillissement had moeten aanvragen als gevolg van de enorme proceskosten en zij was overgenomen door DNNA die de ReplayTV-DVR ging aanbieden zonder (onder meer) de Commercial Advance-functie. Overigens werden de eisers in de ReplayTV-procedure op hun beurt gedaagd door vijf gebruikers van de ReplayTV-DVR die een uitspraak wilden krijgen dat hun gebruik van die DVR (het skippen en/of uitsluiten van commercials en 'timeshifting') 'fair use' was (*Craig Newmark et al. v Turner Broadcasting System et al.*, 226 F. Supp. 2d 1215 (2002)). Deze procedure werd, na het stoppen van de procedure tegen ReplayTV, geschikt doordat gedaagden een 'covenant not to sue' aanboden aan de vijf DVR-gebruikers. (Overigens mislukte een poging om vervolgens via een zgn. *class action suit* eenzelfde 'covenant not to sue' te verkrijgen voor alle andere Replay-TV-gebruikers.)

webvertising zoals pop-ups en banners onderdrukt (filters als AdKiller, AdSubtract, etc.), en zie ook het voorbeeld van het 'wildplakken' door Gator.¹²

Het BGH heeft hier helder beredeneerd dat het aanbieden (door partij A) aan een consument (partij B) van een technisch hulpmiddel waarmee (tevens) reclame 'ontweken' kan worden op zich niet onrechtmatig is jegens de aanbieder van die reclame (partij C) omdat (en ik zou willen toevoegen: zolang) het de consument is die bepaalt of en hoe hij van deze mogelijkheid gebruikmaakt.¹³ (Dit is overigens eenzelfde redenering als die KaZaA – vooralsnog – redde;¹⁴ een aanbieder kan niet verantwoordelijk gehouden worden voor de wijze van gebruik van zijn product door de gebruiker, wel mits dat product geschikt is voor 'substantial non-infringing use'.) De situatie ten aanzien van de Fernseh-Fee is bijvoorbeeld direct vergelijkbaar met die met de videorecorder en nu de digitale videorecorder (DVR). De poging van grote Amerikaanse mediaconglomeraten om het aanbieden van de ReplayTV-DVR vanwege diens 'Commercial Advance'-functie te dwarsbomen¹⁵ zou mijns inziens dan ook – onder meer gezien de Sony Betamax-uitspraak¹⁶ – juridisch inhoudelijk kansloos geweest zijn. (Die poging c.q. procedure was echter wel praktisch effectief omdat, voordat het tot een uitspraak kwam, ReplayTV failliet ging aan de proceskosten, hetgeen wellicht ook de strategie was van de eisers. De procedure werd beëindigd toen de nieuwe eigenaar van ReplayTV de DVR ging aanbieden onder meer zonder de 'Commercial Advance'-functie.) De genoemde technische hulpmiddelen voor tv-kijkers om reclame te 'ontwijken' kunnen net zo min tegenhouden worden als het belangrijkste, hiervóór nog niet genoemde hulpmiddel dat voor hetzelfde doel gebruikt kan worden: de afstandsbediening.¹⁷ Procedures, zoals deze over de Fernseh-Fee, om te proberen consumenten deze en vergelijkbare 'zap-middelen' te onthouden, zijn een achterhoedegevecht.

Communicatievrijheid houdt mede in dat een consument, die geconfronteerd wordt met ongewenste reclame in de diverse media, de vrijheid heeft om deze reclame niet te zien en dus – al dan niet met behulp van technische hulpmiddelen – mag zappen, wegglikken, doorspoelen, doorbladeren, uitfilteren, weggijken of uitzetten (etcetera). De kijker is 'baas over eigen buis'.

12 Gebruikers van Gator-software kregen bij bezoek aan internetsites van diverse bedrijven *pop-up*-advertenties van concurrenten over die sites heen 'geplakt'. De bedrijven moesten naar de rechter om een voorlopig verbod van dit 'overplakken' van hun websites te krijgen (*Washington Post Newsweek Interactive Co et al. v The Gator Corporation*, U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, Alexandria Division, order d.d. 16 juli 2002, Civil action 02-909-A.)

13 Overigens heeft de bestuursvoorzitter van Turner Broadcasting gesteld dat het skippen van commercials door tv-kijkers 'diefstal' zou zijn; in zijn visie is er een overeenkomst tussen omroep en kijker waarbij de kijker de tv-programma's gratis krijgt onder voorwaarde dat hij ook naar de commercials kijkt. Het weg-

zappen tijdens of het doorspoelen, skippen of uitfilteren van reclame zou dan 'diefstal' van het bekeken programma – of eigenlijk: wanprestatie – zijn. (Interview met Jamie Kellner, 'Content's King', in: *Cableworld* 29 april 2002.)

14 Hof Amsterdam 28 maart 2002, *BUMA/KaZaA* (LJN AEO805, r.o. 4-9, op niet-inhoudelijke gronden in stand gelaten in HR 19 december 2003, *AMI* 2004-1, p. 9-25, met noot Hugenholtz).

15 Zie noot 11.

16 Zie noot 10.

17 Opgemerkt kan worden dat de Fernseh-Fee eigenlijk gewoon een geavanceerde, programmeerbare afstandsbediening is.