

4

april 2000

twaaelfde jaargang

Ad hic ad hoc

*Jilles van den Beukel &
Aernout Nieuwenhuis*

**Pluriformiteit in het
mededingingsrecht**

*Jilles van den Beukel
Aernout Nieuwenhuis*

Metatags en merkenrecht

Dirk Visser

Jurisprudentie nr. 23-30

SNA & Bom vs. KRO & Van den
Heuvel • Journalist op vliegtuig

• Belderbos e.a. vs. Veronica & RTL4

• Van Tuijl e.a. vs. Storms Factory e.a.

• Constance Sars vs. Fisher • Procter &

Gamble vs. Magenta • Passies vs. Gaos •

Algemene Programmaraad vs. KTA

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), Mr. L.F. Asscher (secretaris), Mr. R.A. Vecht (penningmeester), Mr. C. van Boxtel, Mr. C.E. Drion, Dr. N.A.N.M. van Eijk, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H.M. Linthorst.

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

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

ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. M.M.M. van Eechoud (eindredactie), Mr. M.J. Geus, Mr. A.W. Hins (voorzitter), Prof. mr. K.J.M. Mortelmans, Mr. A.J. Nieuwenhuis, Prof. mr. H.J. de Ru en Mr. D.J.G. Visser.

Medewerkers

Prof. dr. J.C. Arnbak, Prof. mr. E.J. Dommering, Prof. mr. F.W. Grosheide, Dr. M. Joosten, Prof. mr. J.J.C. Kabel, Mr. M.J.T. Linnemann, Mr. A.P.J.M. van Loon, Mr. W.C. van Manen, Prof. mr. J.M. de Meij, Mr. P. Mochel, Prof. mr. G.A.I. Schuijt, Prof. mr. J.H. Spoor, Prof. mr. D.W.F. Verkade en Prof. dr. D. Voorhoof.

Redactiesecretariaat

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

Abonnementen & Lidmaatschap

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

Leden vmc: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement f 125,- per lid per kalenderjaar (studenten f 75,-; rechtspersoon f 300,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adreswijziging e.d. voor vmc-leden bij secretaris vmc, Mr. L.F. Asscher, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX, Amsterdam, tel: 020-5253327, fax: 020-5253033, e-mail: asscher@jur.uva.nl

Niet-leden: f 195,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

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

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

© 2000 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Nederlands

uitgeversverbond

**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

**Twaalfde jaargang
nummer 4
april 2000**

Inhoud

Opinie

- I 15** Ad hic ad hoc
Jilles van den Beukel & Aernout Nieuwenhuis

Artikel

- I 16** Pluriformiteit in het mededingingsrecht
Jilles van den Beukel & Aernout Nieuwenhuis

Boekbespreking

- I 25** Metatags en merkenrecht
Dirk Visser

Documentatie

- I 27** • Rechtspraak
I 29 • Binnenland
I 31 • Agenda
I 31 • Verschenen

Jurisprudentie

- I 32** nr. 23 • Hof Amsterdam 27 januari 2000
SNA & Bom vs. KRO & Van den Heuvel
I 35 nr. 24 • Hof Amsterdam 31 januari 2000,
Journalist op vliegtuig
I 36 nr. 25 • Rb. Amsterdam 8 december 1999,
Belderbos e.a. vs. Veronica & RTL4
I 40 nr. 26 • Van Tuijl e.a. vs. Storms Factory
e.a., Pres. Rb. Amsterdam 28 januari 2000,
m.nt. G.A.I. Schuijt
I 42 nr. 27 • Pres. Rb. Amsterdam 10 februari
2000, Constance Sars vs. Fisher, m.nt.
D.J.G. Visser
I 44 28 • Pres. Rb. Amsterdam 24 februari
2000, Procter & Gamble vs. Magenta m.nt.
D.J.G. Visser
I 45 nr. 29 • Pres. Rb. Utrecht 24 februari 2000,
Passies vs. Gaos, m.nt. D.J.G. Visser
I 48 nr. 30 • CvdM 15 februari 2000, Algemene
Programmaraad vs. KTA

Ad hic ad hoc



Opinie

**Jilles van den Beukel &
Aernout Nieuwenhuis**

VRIJWEL IEDERE DAG berichten de media over de staat van het medialandschap. De VARA blijft toch verenigd met de andere amateurs. SBS gaat niet met de VARA maar wordt overgenomen door UPC. UPC wil andere internetproviders dan de eigen dochter Chello geen toegang tot haar kabelnet geven. De NMa geeft Wegener toestemming de dagbladen van de VNU over te nemen, onder meer onder voorwaarde dat Wegener de *Arnhemse Courant* afstoot. Veronica blijkt toch niet 'the young one' van HMG te zijn. En meest recent wordt Endemol de Spaanse buit van de telecomoperator Telefonica.

Dergelijke berichten over 'verbinding of ontvlchting' kunnen voor tevredenheid, onrust en andere muizenissen zorgen. Dat zal veelal afhangen van het oordeel over de gevolgen op korte of langere termijn voor de pluriformiteit van de media of voor een effectieve mededinging. Gezien het feit dat de overheid een taak heeft bij het in stand houden van de pluriformiteit en het handhaven van de effectieve mededinging is het niet vreemd dat genoemde gebeurtenissen soms prominent op de politieke agenda terechtkomen.

Het gevaar van ad hoc beleid en ad hoc regelgeving is dan echter niet denkbeeldig. Nu is dat over het algemeen niet aan te bevelen, alleen al omdat men al gauw als een licht neurotische lapjeskat achter de feiten aanloopt. Bij de media doet zich bovendien een meer principieel bezwaar gevoelen. De schijn wordt immers gewekt dat politici en politieke gezagdragers hun standpunt mede af laten hangen van hun affiniteit met of antipathie tegen een bepaald medium of een bepaalde combinatie. Wij hebben het reeds eerder gezegd, maar het moet opnieuw worden gezegd. In Nederland is het mogelijk dat vijf van de zes landelijke dagbladen in handen van één uitgeefcombinatie zijn gekomen zonder slag of stoot van de politiek. Wanneer twee van de ongeveer twaalf Nederlandse landelijke televisiezenders door UPC worden overgenomen, is een dag later al bijna een initiatiefwet ingediend.

Wij duiden zelfs de schijn van vooringenomenheid al euvel. Het grondrecht op vrijheid van meningsuiting bestaat in de eerste plaats uit een onthoudingsplicht. Het grondrecht vormt weliswaar ook de basis voor de zorgplicht van de overheid voor de pluriformiteit, maar de overheid mag zich zeker in concrete gevallen niet door empathische gevoelens en inhoudelijke voorkeuren laten leiden. Een scheiding tussen kat en spek is geboden.

Het is dan ook van uitzonderlijk belang dat op dit terrein een aantal duidelijke wettelijke voorschriften bestaat dat toepasbaar is op voorkomende gevallen. Men hoeft immers geen eerste klasse orakel te zijn om de verwachting uit te spreken dat een concentratie van een omroepbedrijf en kabelexploitant tot het rijk der mogelijkheden behoorde. Dat zelfde geldt voor een reeks andere vormen van horizontale, verticale en diagonale integratie op de media- en informatiemarkt.

Een centrale vraag is welke rol voor het algemene mededingingsrecht is weggelegd. Geeft het mededingingsrecht niet op zichzelf voldoende waarborgen voor pluriformiteit? Of leidt

de toepassing ervan soms juist tot nadelige gevolgen voor de pluriformiteit? Mocht de eerste vraag ontkennend beantwoord worden of de tweede bevestigend, dan is de volgende vraag natuurlijk of het belang van de pluriformiteit niet binnen het mededingingsrecht meer gewicht kan krijgen. Of zijn er misschien juist sectorspecifieke maatregelen nodig? Dergelijke vragen dienen ten principale beantwoord te worden en niet bij iedere verandering van het medialandschap opnieuw uit de kast te tuimelen.

Deze vragen kunnen ook niet los worden gezien van een reeds jarenlang sluimerende discussie over het publieke domein in de communicatiesector. Dit is in wezen een discussie over welke zaken toegankelijk en betaalbaar moeten blijven voor de burger en hoe dit zeker is te stellen door middel van maatregelen. Zonder een fundamentele uitspraak van de politiek over deze vraag blijven wij veroordeeld tot opportunisme. Wij weten wel dat het moeilijk is om deze discussie op een zinnige en concrete wijze te voeren, maar concrete handvaten moet toch geformuleerd kunnen worden. De politiek mag in staat worden geacht om ten principale te zeggen of de commerciële televisie, die door velen moreel wordt veroordeeld voor de uitgezonden pulp en porno, behoort tot die zaken waarvan de overheid betaalbaarheid en toegankelijkheid moet waarborgen.

Terug naar de vraag van mededingingsrecht of sector-specifieke regelgeving. Mocht de politiek zich bewegen in de richting van sectorspecifieke maatregelen naar aanleiding van de gebeurtenissen in medialand, dan zou aansluiting bij mededingingsrechtelijke begrippen de voorkeur genieten. Marktaandeel is hier bepalend voor de mate waarin de mededinging c.q. de pluraliteit beheerst kan worden. Laten marktaandeel dan ook een centrale rol spelen. Maatregelen waarin beperkingen worden gesteld aan de eigendom van een aantal televisiezenders of dagbladen zijn niet adequaat en missen hun doel. In tijden van Internet en interactieve mediaconsumptie hebben dergelijke regels weinig zin meer.

Mededingingsrecht geniet eigenlijk gewoon de voorkeur. Wij zouden alleen wensen dat er in voorkomende gevallen – en rekening houdende met de grondrechtelijke onthoudingsplicht – plaats zou zijn voor een 'pluriformiteitsafweging' in het algemene mededingingsrecht. De politiek zou daar eens over moeten debatteren. Uiteraard is enige bescheidenheid op zijn plaats in die zin dat we niet moeten denken dat alle huidige ontwikkelingen door nationale wetgeving kunnen worden opgevangen. Brussel heeft een rol van betekenis.

Dat doet echter niet af aan de noodzaak op nationaal niveau duurzame uitgangspunten vast te stellen. Anders zal de formulering van het beleid zich van incident naar incident, van hic naar hoc slepen. Het zo nu en dan creëren van een kattenluikje zal er alleen toe leiden dat de overheid in het medialandschap de weg kwijtraakt.

Pluriformiteit in het mededingingsrecht

De overheid heeft naar algemeen wordt aangenomen een voorwaarden scheppende taak op het gebied van de media en de informatievoorziening. Daarin staat de zorg voor de pluriformiteit centraal. Het belang van de pluriformiteit heeft in het verleden geleid tot mededingingsbeperkende maatregelen en het accepteren van mededingingsbeperkende afspraken als ‘de vaste boekenprijs’. Wij stellen ons de vraag óf en in hoeverre de Mededingingswet ruimte biedt om net als in het verleden rekening te houden met het pluriformiteitsbelang.

DIT ARTIKEL HEEFT de volgende opzet. De volgende twee paragrafen onderzoeken overheidsonthouding en ingrijpen, bekeken vanuit de uitingsvrijheid respectievelijk de vrije mededinging. De paragraaf daarna gaat in op een aantal concreet benoemde spanningsvelden tussen uitingsvrijheid en vrije mededinging. Vervolgens gaat een aantal actuele kwesties voor het voetlicht: toegang tot de kabel, vaste boekenprijs, prijsafspraken in de dagbladsector, en dagbladconcentraties. Op grond van het onderzoek is het mogelijk een eerste antwoord te geven over de verhouding tussen de Mededingingswet en pluriformiteit.

I Uitingsvrijheid, zorgplicht, pluriformiteit

Het recht op vrijheid van meningsuiting is ontstaan als reactie op censuur en repressie door de overheid. Het is als klassiek grondrecht een afweerrecht, dat een onthoudingsplicht van de overheid vastlegt. Het recht op vrijheid van meningsuiting en de daarmee verbonden overheidsonthouding zijn volgens veel schrijvers mede daarom zo belangrijk, omdat zij kunnen leiden tot een ruime verscheidenheid aan meningen en informatie. Deze ‘free market place of ideas’ zorgt voor keuzemogelijkheden en een levendige maatschappelijke en politieke discussie.¹ In samenhang met de opkomst van de sociale grondrechten is het besef gegroeid dat de overheid in het algemeen ook een meer positieve rol kan spelen op het gebied van de uitingsvrijheid. Zij kan binnen bepaalde grenzen een voorwaarden scheppend beleid voeren. Onder omstandigheden is er zelfs een plicht om in te grijpen. Zo heeft het Europese Hof er weinig twijfels over laten bestaan dat de staat op grond van artikel 10 EVRM de verplichting heeft ‘het pluralisme’ te garanderen.²

In Nederland wordt vanaf de jaren zeventig de zorgplicht of zorgfunctie meestal verbonden met de term ‘pluriformiteit’. Hiermee wordt in de eerste plaats bedoeld op de inhoud van de beschikbare informatie: een rijk geschakeerd aanbod van mediaboodschappen.³ Krijgt de betekenis van de media voor

Jilles van den Beukel & Aernout Nieuwenhuis

de democratische meningsvorming de meeste nadruk, dan dienen de media nieuws van verschillende kanten te belichten en dient er plaats te zijn voor afwijkende meningen en kritiek. Het verdwijnen van met name veel levensbeschouwelijke en politiek georiënteerde dagbladtitels wekte daarom de nodige zorg. Hier ligt de nadruk op externe pluriformiteit. Interne pluriformiteit houdt er rekening mee dat ook binnen één blad meer standpunten aan bod kunnen komen. Dat betekent dat een vermindering van het aantal zelfstandige

titels niet zonder meer tot een vermindering van ‘de pluriformiteit’ van de media als geheel hoeft te leiden. De term ‘pluriformiteit’ wordt overigens in toenemende mate gebruikt voor zowel inhoud van het aanbod als aantal aanbieders. Het spreekt ook voor zich dat er in een democratie verschillende van elkaar onafhankelijke aanbieders zijn.

De media spelen niet alleen een rol bij de maatschappelijke nieuwsvoorziening en meningsvorming, zij zorgen ook voor cultuuroverdracht en vormen bovendien zelf een belangrijk onderdeel van de cultuur. Het mediabeleid is op onderdelen derhalve ook te beschouwen als cultuurbeleid, dat mede op artikel 22 lid 3 Grondwet is te baseren. Pluriformiteit als beleidsdoelstelling is dan nader in te vullen als een cultureel verscheiden en kwalitatief hoogstaand aanbod.⁴

Het bovenstaande maakt al duidelijk dat consensus over het belang van de pluriformiteit nog niet alle meningsverschillen wegneemt; de term krijgt niet steeds dezelfde invulling. Bovendien is het niet duidelijk, op welk moment ingrijpen gewenst en/of geboden is; met andere woorden: zorgt onthouding niet voor een voldoende mate van verscheidenheid? Daar komt nog bij dat overeenstemming over de wenselijkheid of de noodzaak van ingrijpen niet automatisch leidt tot een keuze uit beleidsinstrumenten, die wellicht ook ongunstige neveneffecten sorteren. Ten slotte zijn met name de financiële middelen van de overheid beperkt zodat ook een afweging met het belang van beleidsdoelen op andere terreinen plaats moet vinden.

Bij de invulling van de zorgplicht gaat het dus om veelal

Haag: Sdu 1982, p. 36: ‘de mate waarin de inhoud van massamedia naar een bepaald kenmerk of bepaalde kenmerken heterogeen is’.

⁴ Vgl. hier de termen cultuurmodel, democratiemodel, en marktmodel, in: J. van den Beukel, *Toegang tot de televisiemarkt* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1995, p. 69 e.v.

beleidsmatige overwegingen. De zorgplicht heeft naar haar aard een ander karakter dan de onthoudingsplicht. Het grondrecht legt de onthoudingsplicht namelijk eenduidige vast; onthouding kan ook maar op één manier. Het is belangrijk op te merken dat het afweerrecht ook een grens trekt voor de ‘zorgende overheid’. Het idee dat het bevorderen van de pluriformiteit geen beperking van de uitingsvrijheid met zich mee zou kunnen brengen, en dus niet aan het grondrecht getoetst hoeft te worden, is onjuist. Een wettelijke regeling die kranten verplicht ieder dag ‘alle politieke partijen’ aan het woord te laten, vergroot wellicht de interne pluriformiteit, maar vormt tegelijkertijd een onaanvaardbare beperking van de uitingsvrijheid.

2 Concurrentie, pluriformiteit en pluraliteit

Voor de handhaving van de vrije concurrentie bevat de Grondwet geen onthoudings- dan wel zorgplicht voor de overheid. De ondernemersvrijheid is met andere woorden een zwakke norm. Dat neemt niet weg dat de mededingingswetgeving is te beschouwen als een instrument van overheidszorg voor de vrije concurrentie. In de mededingingswetgeving wordt de vrijheid van bepaalde ondernemers beknot teneinde de materiële vrijheid van andere ondernemers en consumenten te beschermen. Ondernemersvrijheid wordt beknot als er sprake is van samenspanning tussen ondernemers, misbruik van een machtspositie en beheersing van de ene ondernemer door de andere. Het ingrijpen van overheidswege in het ondernemershandelen kan vrij ver gaan. Dat kan gaan om het opleggen van een bepaalde prijs, die moet worden gehanteerd. Het kan ook gaan om het verplicht afstoten van een bedrijfsonderdeel of de belofte zich niet te geven op bepaalde productmarkten. De juridische grondslag van dit soort voorwaarden is niet altijd even helder, maar zij worden vaak opgelegd als onderdeel van een goedkeuring van een bepaalde ondernemersgedraging.

Concurrentie in de ideaaltypische vorm is een begrip dat uitgaat van oneindig veel aanbieders die leveren wat de consument vraagt. Aanbieders concurreren op prijs en kwaliteit. Zo laag mogelijke prijzen en productdifferentiatie zijn marktresultaten als gevolg van concurrentie. Pluriformiteit is in het kader van marktwerking te beschouwen als een vorm van marktresultaat zoals productdifferentiatie dat is. Pluraliteit is in dit licht te beschouwen als het equivalent van de aanname van veel aanbieders in het model van volledige concurrentie.

Een belangrijk verschil tussen het concurrentiemodel en het democratiemodel is wel dat het concurrentiemodel indifferent is tegenover het marktresultaat van productdifferentiatie. In het democratiemodel is daarentegen pluriformiteit juist een gewenst resultaat. Zonder een pluriform aanbod is in het democratiemodel sprake van een slechte werking van de markt. In het concurrentiemodel zegt een gebrek aan productdifferentiatie niets. Dit kan ook een teken van een efficiënte productie zijn.

In het concurrentiemodel is de afwezigheid van van veel aanbieders niet per se in strijd met het model, maar het bestaan van een monopolie is wel verdacht. Zo is het ook gesteld met de pluraliteit. Een gebrek aan veel aanbieders in het democratiemodel is onwenselijk maar dat kan tot op zekere hoogte worden gecompenseerd door de zogenaamde interne pluraliteit van een organisatie.

Pluriformiteit/pluraliteit enerzijds en monopolie anderzijds zijn op het eerste gezicht volledig tegengesteld, omdat veelzij-

digheid en diversiteit haaks lijken te staan op het bestaan van een enkele aanbieder. Dit ligt uiteraard genuanceerder. Een monopolist kan immers zogenaamde interne pluriformiteit bieden. Een monopolist heeft namelijk een goede reden voor een pluriform aanbod: hij wil zijn afzetmarkt zo groot mogelijk maken en hij zal dus zo veel mogelijk smaken en voorkeuren willen bedienen. Een kanttekening hierbij is wel dat een monopolist zijn kosten wil beperken waardoor hij ook goede redenen heeft om een aanbod te leveren dat door een zo groot mogelijk aantal afnemers wordt ‘geslikt’ hoewel het voor velen niet hun eerste voorkeur betreft. Economisch theoretisch onderzoek naar het marktaanbod van monopolisten laat dit zien. Hetzelfde geldt voor oligopolies. Zij hebben een sterke neiging tot het leveren van aanbod dat zich ‘in het midden’ bevindt.

3 Parallellie en spanningsvelden

Vergelijken we onthouding en ingrijpen bij media en mededinging, dan laat zich een matrix van mogelijkheden opstellen. Motieven voor onthouding kunnen elkaar soms versterken, net als motieven om in te grijpen. Anderszins kunnen er zich meer problematische situaties voordoen, waarbij motieven voor onthouding en ingrijpen dooreen gaan lopen. Deze mogelijkheden hoeven hier niet alle in abstracto uitgewerkt te worden. Het dunkt ons beter een aantal voorbeelden ter verduidelijking te geven.

In 1814 werd de censuur uit de Franse tijd afgeschaft. De reden was dat de censurbepalingen niet alleen de voortgang der Verlichting beletten, maar ook nadelig waren voor het boekhandelsbedrijf. In 1869 werd het dagbladzegel afgeschaft. Pleidooien daarvoor hadden niet alleen gewezen op de betekenis van de pers voor de parlementaire politiek en de verspreiding van de cultuur, maar gebruikten ook economische argumenten. Bij beide gebeurtenissen gaan persvrijheid en economische vrijheid als resultante van overheidsonthouding hand in hand. Het is ook mogelijk dat mededingingsbeleid en mediabeleid beide tot ingrijpen nopen. Beide richten zich tegen monopolievorming en een te ver gaande concentratie.⁵ Op het ‘persfusiebeleid’ komen wij hieronder nog terug.

De regeling die in 1958 tot stand kwam en een vestigingsvergunning voor het boekverkopersbedrijf eiste, is niet zo simpel te plaatsen. De regeling vormde een inperking van de mededingingsvrijheid, die in veel bedrijfstakken niet ongebruikelijk was. Zij was tot stand gekomen onder druk van de erkende boekhandel, die het plan om via allerlei winkels goedkope poc-kets te verspreiden, wilde verhinderen. De overheid gaf aan de druk gehoor omdat ‘een deskundig uitgeoefende en goed functionerende boekhandel economisch, sociaal en cultureel een groot maatschappelijk goed is’. De Hoge Raad achtte de regeling echter in strijd met artikel 7 Grondwet.⁶ Juist omdat het verkopen van boeken een bij uitstek geschikt middel is om drukpersproducten te verspreiden, is een algemeen verlofstelsel ongeoorloofd. De vrijheid van mededinging is hier dus een gevolg van de grondrechtelijke vrijheid van meningsuiting.

Het steunbeleid voor de pers is bij uitstek bedoeld ter bescherming van de pluriformiteit. Het Bedrijfsfonds voor de Pers heeft sinds 1974 op verschillende wijze steun verleend, en daarnaast overigens ook onderzoek verricht en doen verrichten ten behoeve van de perssector. De steunverlening is bedoeld om zwakkere titels toch in de markt te houden, opdat de inhoudelijke concurrentie (kwaliteitsconcurrentie) blijft bestaan. De steunverlening kan daarmee op gespannen voet

¹ A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid*, Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 20 e.v.

² EHRM 24 november 1993, NJ 1994, 559.

³ Vgl. J.J. van Cuilenburg & D. McQuail, *Media en pluriformiteit. Een beoordeling van de stand van zaken* (WRR voorstudies en achtergronden mediabeleid M8), Den

⁵ Vgl. bijv. Mediaraad, *Nieuw Informatiebeleid*, Amsterdam: Cramwinckel 1994. Mediabeleid is dan niet meer of minder dan een deel van het economisch beleid.

⁶ HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316.

komen te staan met de uitgangspunten van de vrije mededinging. Wel heeft de steunverlening in beginsel een tijdelijk karakter en moet er uitzicht zijn op een rendabele exploitatie binnen een redelijke periode (individuele steun, art. 130 lid 2 Mediawet) of een structurele verbetering van de exploitatie binnen een redelijke termijn (compensatieregeling, art. 55 lid 1 sub d Mediabesluit). De tijdelijkheid van de steun valt ons inziens te beschouwen als een compromis tussen de pluriformiteitsdoelstelling, die onder omstandigheden gediend zou kunnen zijn met een meer permanente vorm van steun en de eisen van de vrije mededinging. Overigens valt daarbij op te merken dat uit de grondrechtelijke onthoudingsplicht ook argumenten tegen een blijvende financiële afhankelijkheid zijn te putten en dat een mogelijk nadelig effect op de dynamiek in de dagbladsector de pluriformiteit van de mediasector als geheel niet zonder meer ten goede hoeft te komen.

De sector specifieke wetgeving voor de omroep is altijd gebaseerd geweest op het streven naar een pluriform aanbod. Voor de omroep was het in Europa gebruikelijk om een monopolie als enig middel voor een pluriform aanbod te beschouwen. Het was geen particulier monopolie, maar een publiekrechtelijk dan wel een sterk van overheidswege gecontroleerd monopolie. Wat de omroepwetgeving altijd heeft gedaan, is zich richten op de *output* van de aanbieder. De wetgeving was gericht op het bewerkstelligen van een pluriform aanbod in plaats van een diversiteit aan aanbieders. Dat heeft te maken met de schaarse distributiemiddelen (etherfrequenties zijn schaars) die onvermijdelijk een oligopolistische marktstructuur teweeg hadden gebracht. Een publiekrechtelijke opzet van de omroep was bedoeld voor een intern plurale opzet. Enerzijds stond de omroepwetgeving op gespannen voet met het concurrentiemodel omdat het een monopolie introduceerde, anderzijds was de omroepwetgeving juist bedoeld om vormen van marktbeheersing en misbruik van een machtspositie, die zouden optreden als gevolg van schaarse etherfrequenties, tegen te gaan. Stond het publiekrechtelijke omroepmonopolie altijd al ter discussie, ook in de tijd van schaarste van distributiemiddelen, na de introductie van satelliet en kabel werd dit echt onhoudbaar in het licht van het concurrentiemodel.

In het kader van mediawetgeving heeft de overheid altijd met name ingegrepen op het gebied van institutionele vrijheid. De overheid wilde altijd bepalen wie mag omroepen. De onthoudingsplicht beperkte zich tot wat wordt omgeroepen. Dit gold en geldt voor de publieke omroep. Voor de commerciële omroep heeft de overheid met name regels voor *cross-ownership* opgesteld. Hier gaan pluriformiteit en volledige mededinging in ideaaltypische zin hand in hand. Pers en omroep mogen niet in handen komen van (te) weinig marktpartijen en daarom worden er restricties gesteld aan de eigendom.

Met de stabilisering van de commerciële omroep zien we overigens wel initiatieven om de zorgplicht te verschuiven naar het wat. Van der Ploeg, de staatssecretaris van OCenW, laat bijvoorbeeld wel eens een proefballonnetje op voor programnavoorschriften voor de commerciële omroep.

4 Vaste boekenprijs

De Koninklijke Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (KVB; voorheen VBBB), die de belangen behartigt van onder meer de uitgeverij en de boekhandel, reguleert de Nederlandse boekenmarkt. De meeste boekhandelaars zijn lid en als zodanig verplicht zich aan het Regle-

ment voor het handelsverkeer van boeken in Nederland te houden. Dat verplicht in Nederland uitgegeven boeken te verkopen tegen een door de uitgever vastgestelde prijs. Tot enkele jaren geleden gold een dergelijk systeem van vaste boekenprijzen ook voor importboeken. In het verleden heeft bovendien een overeenkomst met de Vlaamse zusterorganisatie bestaan.

De collectieve verticale prijsbinding beperkt uiteraard de mededinging, met name die tussen boekverkopers. De KBV verdedigt de afspraken door te wijzen op de positieve effecten. Ze zouden in de eerste plaats meehelpen aan het bestaan van een ruim aantal goed gesorteerde boekhandels. Het ontbreken van prijsconcurrentie biedt enige bedrijfszekerheid en de marge op goed lopende titels maakt het mogelijk ook minder goed lopende boeken in voorraad te nemen. In de tweede plaats zouden ze het mogelijk maken dat een uitgever aan een bestseller goed kan verdienen en zodoende andere uitgaven kan bekostigen. Zonder al te veel moeite kan men hier een vorm van het ‘pluriformiteitsargument’ in ontdekken: een ‘rijk’ aanbod aan interessante boeken, waaruit de consument een keuze kan maken.

Er valt te onderscheiden tussen ‘grensoverschrijdende prijsafspraken’, prijsafspraken die het handelsverkeer tussen de Lid-staten van de EG anderszins ongunstig beïnvloeden, en prijsafspraken met een louter nationale invloed. Een voorbeeld van de eerste soort is de overeenkomst tussen de KVB en haar Vlaamse zusterorganisatie, die diende om de vaste boekenprijs ook over de grens heen te garanderen. Deze overeenkomst werd in 1962 aangemeld bij de Europese Commissie.⁷ In 1981 verbood de Commissie de grensoverschrijdende prijsafspraken als strijdig met art. 81 (ex 85) EG-Verdrag. De belangrijkste reden was dat de afspraak vrijwel elke prijsconcurrentie uitsloot, zodat bijvoorbeeld een boekverkoper besparingen door vergroting van de efficiëntie niet kon doorberekenen aan de klant. Het collectieve stelsel van wederverkooprijzen was volgens de Commissie niet onmisbaar om tot het uitgeven en verdelen van de betrokken boeken te komen.

Het Hof van Justitie verwierp het beroep tegen de beschikking van de Commissie.⁸ In de procedure voor het Hof legden organisaties van uitgevers en boekverkopers onder meer de nadruk op het gunstige gevolg dat de regeling naar hun mening heeft op de veelzijdigheid van het assortiment titels; zo waarborgt de regeling ook de uitgave van poëzie. Meer in het algemeen zou de afschaffing tot ‘een beperking van de vrijheid van meningsuiting’ leiden. Het Hof is niet onder de indruk van deze redenering. Voorzover artikel 10 EVRM al een waarborg in zou houden voor het rendabel uitgeven van boeken, is een daadwerkelijk verband tussen verdwijnen van de prijsafspraken en een beperking van de vrijheid van meningsuiting in casu niet aangetoond. Het waarborgen van het vrije handelsverkeer is niet een factor die de publicatievrijheid kan beperken. Deze blijft naar niet is betwist zowel op het niveau van de uitgevers als op dat van de distributiebedrijven in stand. Met andere woorden: de overheid verhindert niet het vrij kunnen publiceren. Aan de andere kant staat dat zelfs als de specifieke aard van het boek bijzondere voorwaarden zou kunnen rechtvaardigen, de beperking van het handelsverkeer in casu voldoende is om de beslissing van de Commissie te kunnen dragen. Als er al sprake is van een systeem van interne subsidiëring dan rechtvaardigt de bescherming daarvan niet deze transnationale beperking.

Een voorbeeld van een prijsafpraak, die zelf niet grensoverschrijdend is, maar wel invloed op de tussenstaatse handel

heeft, was het onderdeel van het Reglement van de KBV dat zag op geïmporteerde boeken. De importeur of de KVB zelf stelde een verkoopprijs vast, waar de leden-boekverkopers aan gebonden waren. Dit element is op aandringen van de Europese Commissie, die een onderzoek was begonnen naar het Nederlandse stelsel van vaste boekenprijzen, in 1997 uit het Reglement verwijderd. Nu het Reglement zich beperkt tot de verkoop van het Nederlandse boek in Nederland, meent de Europese Commissie dat ‘niet meer kan worden aangetoond dat het de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden’. Daarom valt het niet langer onder het toepassingsgebied van art. 81 EG-Verdrag. Dat zou overigens weer kunnen veranderen wanneer de Commissie ervan op de hoogte zou worden gebracht ‘dat de toepassing van het reglement toch tot een beperking van de (her)invoer leidt’.⁹

Deze mededeling strookt tot op zekere hoogte met de meer algemene beschikkingspraktijk van de Commissie.¹⁰ Weliswaar kunnen ook zuiver nationale kartels onder art. 81 EG vallen (Cementhandelaren?), dat geldt minder voor verticale prijsbinding.¹¹ Uit het oordeel van de Europese Commissie mag dus niet afgeleid worden dat de boekenbranche een bijzondere positie toegekend krijgt. Er valt slechts uit op te maken dat de prijsafspraken onder het nationale mededingingsrecht vallen. De Nederlandse rechter is er overigens in het verleden ook van uitgegaan dat een puur nationale regeling geen effect op de tussenstaatse handel had.¹²

Onderzoeken we dus de positie van de vaste boekenprijs in het nationale mededingingsrecht. De KBV heeft in 1997 onder het regime van de WEM een ontheffing gekregen voorzover de prijsafspraken niet in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. Deze ontheffing loopt tot 2005.¹³ Aan deze ontheffing ligt niet zozeer een inhoudelijke beoordeling ten grondslag als wel het voldoen aan eerder door bewindslieden aan de Kamer gedane toezeggingen.¹⁴ Op grond daarvan zal de ‘vaste boekenprijs’ tot 2005 kunnen blijven gelden. Omdat aan de ontheffing geen inhoudelijke beoordeling ten grondslag ligt, is voorzien in een evaluatie in 2000. Die zal betrekking hebben op effectiviteit en efficiëntie. Bezien moet worden ‘in hoeverre en in welke mate de vaste boekenprijs leidt tot realisatie van de achterliggende culturele doelstellingen, het brede aanbod en het fijnmazig distributienetwerk’.

Ingevolge artikel 102 Mw blijft de ontheffing ook onder het regime van de Mededingingswet geldig voor de aangegeven duur, en is tot die tijd aan te merken als een ontheffing in de zin van art. 17 Mw. Na afloop van de genoemde termijn zal de NMa de prijsafspraken in de boekenbranche inhoudelijk moeten beoordelen.¹⁵ Het is de vraag of de NMa positief zal staan tegenover het systeem van vaste boekenprijzen. De NMa heeft namelijk al een oordeel gegeven over –individuele– verticale

prijsbinding in de boekensector. Het betrof een tweetal ontheffingsverzoeken voor een prijsbinding ten aanzien van geïmporteerde boeken.¹⁶

De NMa stelt vast dat de vrije prijsvorming verhinderd wordt en eventuele kostenvoordelen dus niet aan de eindgebruikers zijn door te geven. De NMa wijst het argument van verzoekster dat een vaste prijs van het buitenlandse boek bijdraagt aan de instandhouding van een fijnmazig distributienet van boeken in Nederland, expliciet van de hand. Het verlenen van een ontheffing zou leiden tot inefficiënties, en zou het bestaande distributiestelsel bevoordelen ten opzichte van andere mogelijke stelsels als internet. Bovendien is de vaste boekenprijs geen effectieve remedie gebleken om de daling van het aantal boekhandels in Nederland tot staan te brengen. De NMa haalt daarbij in opdracht van de Europese Commissie opgestelde statistieken aan waaruit blijkt dat er geen verband bestaat tussen het bestaan van een vaste boekenprijs in een lidstaat en de mate waarin kleinere gemeentes nog een boekhandel kennen. Vooralsnog stelt de NMa zich dus afwijzend op; wel zij gezegd dat het argument van interne subsidiëring binnen de uitgeverij bij deze prijsafspraken over geïmporteerde boeken geen rol speelde.

5 Prijsafspraken dagbladsector

Vanaf de oprichting van de Nederlandse Dagbladpers (NDP) in 1908 bestaan er meer of minder vergaande afspraken in de dagbladsector. We onderscheiden hier tussen de horizontale afspraken die de bij de NDP aangesloten uitgevers met elkaar aangaan, en die de concurrentie tussen deze uitgevers op een aantal punten beperken, en de verticale prijsafspraken die prijsconcurrentie tussen detailverkopers onmogelijk maken.

Sinds 1970 bestaat er een werkelijk collectief prijsbeleid van de bij de NDP aangesloten uitgevers van dagbladen. Het gaat met name om afspraken omtrent collectieve abonnementsprijsverhogingen, collectieve advertentietariefverhogingen, en gratis en gereduceerde abonnementen. Deze zijn bedoeld om prijssonderbieding te voorkomen. De overheid heeft deze afspraken in het verleden altijd welwillend bejegend. Zo gaf minister Brinkman in 1983 aan dat het prijsbeleid van de overheid ten aanzien van de pers een dubbele functie had. Enerzijds betaalbaarheid voor eenieder, anderzijds een ‘bodemprijs’ opdat sterke kranten geen prijsoorlog beginnen en de pluriformiteit afneemt.¹⁷ De door de overheid gedoogde collectieve prijsbinding heeft relatief frequente prijsverhogingen mogelijk gemaakt.¹⁸

De welwillendheid van de overheid lijkt de laatste jaren minder groot geworden. De Minister van Economische Zaken heeft eind 1997, nog onder het regime van het op de WEM

⁷ Daarmee was het voorlopig geldig, HvJ EG 20 maart 1980, zaak 106/79, *Jur.* 1980, p. 1137 (VBBB/Eldi Records).

⁸ HvJ EG 17 januari 1984, *Jur.* 1984, p. 19.

⁹ Brief van het Directoraat-Generaal Concurrentie aan de KVB, d.d. 2 september 1999, geciteerd in NMa besluit d.d. 25 november 1999, zaaknr. 1561 (*Free Record Shop/KVB*).

¹⁰ I.W. VerLoren van Themaat, ‘De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: “te ingewikkeld”’, *SEW* 1996, p. 164.

¹¹ *SEW* 1998, p. 201

¹² Rb. Haarlem 13 april 1984, *KG* 1984, 160 (*Vomar*). De redenering dat art. 85 EG (oud) niet van toepassing is omdat ze niet tot een onaanvaardbare belemmering van het goederenverkeer leiden, is echter onjuist, HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 (*Vierkant Beheer*).

¹³ Beschikking van de Minister van Economische Zaken van 10 maart 1997, *Stert.* 1997, 52.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 105, nr. 3.

¹⁵ De klacht die de Free Record Shop recent bij de NMa indiende op grond van het feit dat een deel van het reglement (geïmporteerde boeken) strijdig was met het EG-recht en de grondslag aan de verleende ontheffing was vervallen, leidde niet tot een inhoudelijke beoordeling van de prijsafspraken. De NMa concentreerde zich op de vraag of de vrijstelling op grond van de WEM ook nu nog geldt, en komt tot een positief oordeel; Besluit van 25 november 1999, zaaknr.

1561 (*Free Record Shop/KVB*). Op een andere recente schermutseling tussen de KVB en de Free Record Shop wordt hiet slechts gewezen. Centraal stond de vraag of het reglement haar gelding had verloren door enkele wijzigingen. De president van de rechtbank stelde dienaangaande prejudiciële vragen. Het Hof herhaalt in zijn antwoord eerst nog eens dat aangemelde kartels blijven bestaan totdat de Commissie geoordeeld heeft. Bij een verandering moet onderscheiden worden in een verlichting, die niet op problemen stuit, en een verzwarende. In het laatste geval is van belang of het oorspronkelijk gedeelte en de latere toevoeging splitsbaar zijn (vgl. HvJEG 24 april 1997). De Nederlandse rechter komt vervolgens tot het oordeel dat de uitbreiding van de kring die voor korting in aanmerking komt als verlichting gewoon geldig is. De uitbreiding van de boekomschrijving met losbladige en platte prentenboeken is echter een verzwarende. Het is echter niet uit te sluiten dat deze afsplitsbaar is; Pres. Rb. Amsterdam 4 september 1997, *Mediaforum* 1997-10, p. B143.

¹⁶ Besluit van 16 december 1998, zaaknr. 450 (*Van Ditmar*); Besluit van 16 december 1998, zaaknr. 209 (*Pegasus*).

¹⁷ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 035, nr. 3, p. 6.

¹⁸ *Advies inzake de horizontale prijsafspraken in de persbedrijfstak*, Den Haag: Bedrijfsfonds voor de Pers, 23 juni 1995.

gebaseerde Besluit horizontale prijsbinding, een verzoek om ontheffing deels afgewezen.¹⁹ Dit Besluit maakte een ontheffing mogelijk ‘indien het algemeen belang dit vereist’. De nota van toelichting gaf aan dat een toets moest geschieden aan de voorwaarden genoemd in art. 81 (ex 85) EG. De NDP had daarom keurig aangegeven dat de afspraken in het algemeen belang zijn omdat zij de pluriformiteit dienen, dat zij bijdragen aan de economische en technische vooruitgang omdat zij de bedrijfstak gezond houden, zodat er innovaties mogelijk zijn, dat een billijk aandeel van deze voordelen aan de gebruikers toekomt, en dat zwakkere titels zo op de been kunnen blijven.

Het pluriformiteitsargument is het belangrijkste. De redenering is gebaseerd op het feit dat de krantenmarkt een rijpe markt is. Groei van de een gaat ten koste van de ander. Scherpe prijsconcurrentie zou derhalve leiden tot verdringing, waarbij de zwakkere titels uiteraard het eerste slachtoffer zijn. Ergo: de prijsafspraken vormen volgens de NDP een waarborg voor de pluriformiteit. De NDP kon zich in bepaalde opzichten beroepen op een advies van het Bedrijfsfonds voor de Pers dat in opdracht van de Minister al een onderzoek naar de mogelijke effecten van het loslaten van de prijsafspraken had verricht: er zou mogelijkerwijs geen onmiddellijk effect zijn, maar als één krant met prijsconcurrentie begint, zullen de anderen mee gaan doen, en dat zal uiteindelijk leiden tot een versnelling van het concentratieproces.²⁰

In het betreffende advies wordt overigens ook het standpunt van Van Neerven aangehaald, die er zeker van is dat de prijsafspraken in de periode 1965-1990 een substantiële bijdrage hebben geleverd aan de pluriformiteit, en bovendien een belangrijk aandeel hebben gehad in de financiering van innovaties in de bedrijfstak. Over de huidige periode is zijn oordeel anders. De hoge concentratiegraad, de financieel sterke concerns, de vergrote concurrentie op de advertentiemarkt hebben het nut van dergelijke afspraken volgens hem verminderd.

De Commissie Economische Mededinging geeft de Minister een advies bij het concrete ontheffingsverzoek.²¹ De Commissie achtte niet aangetoond dat zou zijn voldaan aan de ontheffingscriteria uit artikel 81 (ex 85) lid 3 EG. Het aanvaarden van de argumenten van de NDP zou iedere mededingingstoets zinloos maken. Het uitgangspunt moet echter vrije prijsvorming zijn; deze zorgt voor efficiëntie en kostenbewaking. De Commissie zet de nodige vraagtekens bij de redenering van de NDP: zo is het maar de vraag of er in werkelijkheid wel sprake is van kwaliteitsconcurrentie; marginale bladen hebben waarschijnlijk te weinig inkomsten om de kwaliteit te verhogen; in ieder geval is niet aangetoond dat de beperking van de prijsconcurrentie een noodzakelijke voorwaarde vormt om op kwaliteit te kunnen concurreren. De Commissie acht de kans op een desastreuze prijsoorlog klein; een concern zou daarmee namelijk ook de eigen zwakkere titels uit de markt drukken. Bij de weinige bladen die niet in concernverband worden uitgegeven –zoals het Reformatorisch Dagblad– bestaat bovendien een grote mate van lezerstrouw. Het is bovendien niet de dag- en weekbladsector alleen die voor een bepaalde mate van pluriformiteit zorgt; er zijn nog wel meer media. Zijn er toch maatregelen nodig ten behoeve van de pers, dan ziet de Commissie meer in bijvoorbeeld een verlaagd BTW-tarief.

De Minister besluit uiteindelijk voor de collectieve abonne-

mentsprijsverhogingen een overgangperiode tot 1 juli 1999 te creëren, hoewel naar zijn mening niet aannemelijk is gemaakt dat de prijsafspraken bijdragen aan en onmisbaar zijn voor de pluriformiteit van de pers. Voor de regeling inzake gratis en gereduceerde abonneanten en de advertentieregelingen wordt geen ontheffing verleend. De tijdelijke ontheffing is bedoeld om voor een overgangperiode te zorgen zodat het risico van schokeffecten wordt voorkomen.²² Het pluriformiteitsargument lijkt dus als zodanig onvoldoende gewicht te hebben, maar leidt wel tot een grotere mate van voorzichtigheid dan in een willekeurig andere sector.

De dagbladbranche kent ook verticale prijsafspraken. Deze zorgen ervoor dat een bepaalde krant in de losse verkoop bij ieder verkooppunt dezelfde prijs heeft. Tijdens de totstandkoming van de Mededingingswet komt de vraag op welk lot deze prijsafspraken beschoren zijn. Onder druk van de Kamer zegt de Minister toe aan deze afspraken een bijzondere status te verlenen.²³ Op voordracht van de Minister komt het Tijdelijk besluit vrijstelling prijsbinding dagbladen tot stand.²⁴ Daarin is bepaald dat art. 6 van de Mededingingswet niet geldt voor verticale prijsbinding voor dagbladen; de uitgever mag de prijs vaststellen mits deze voor alle eindgebruikers gelijk is. De ontheffing geldt tot 1 januari 2003.

Als reden voor het besluit geldt wederom dat schokeffecten bij de pers, anders dan in andere bedrijfstakken, op bezwaren kunnen stuiten, gezien ‘de bijzondere waarde, die zij hebben als middel tot de dagelijkse voorziening van nieuws, opinies en achtergronden.’ Als zodanig spelen zij een ‘belangrijke rol in de samenleving’ en zijn ‘unieke producten’. Bovendien heeft de overheid vanouds een bepaalde verantwoordelijkheid gevoeld. Door –te abrupte– afschaffing van de verticale prijsbinding kunnen de marges in de bedrijfskolom onder druk komen te staan, ‘wat gevolgen kan hebben voor de brede distributie van dagbladen in de losse verkoop. Deze brede verkrijgbaarheid is ook van belang voor de consument; hij kan dan kiezen uit verschillende dagbladtitels met nieuws, opinies, en achtergronden’.

Na afloop van de ontheffingsperiode zal het woord wellicht aan de NMa zijn. De NMa heeft overigens al moeten oordelen over een afspraak in de dagbladsector. Het ging om een aanvraag van de NDP om ontheffing van branche-afspraken ten aanzien van cadeaus, dus geen prijsbinding in enge zin. De NDP betoogde dat deze afspraak verspilling tegenging, en middelen doet vrijkomen voor investering in kwaliteit; de consument krijgt een grotere keuze en de kans op behoud van pluriformiteit is maximaal; daarbij komt dat de afspraak in geen enkel opzicht de concurrentie op kwaliteit vermindert.

De NMa erkent dat de concentratiegraad op de dagbladmarkt de laatste decennia sterk gestegen is. Dat doet echter niet af aan haar afwijzend oordeel. Het geven van cadeaus is namelijk gangbaar commercieel marktgedrag en bedrijfseconomisch niet als verspilling te kwalificeren. De NDP heeft bovendien het verband tussen deze afspraak en innovaties op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt; datzelfde geldt voor het verband met de pluriformiteit. Daarbij komt nog dat de interne pluriformiteit van de dagbladen de laatste decennia is toegenomen; en andere media ook een rol kunnen spelen bij een beoordeling van de mate van pluriformiteit.²⁵

Het bezwaarschrift van de NDP benadrukt nog eens het plu-

deel van de Minister geen belang bij de procedure.

²³ *Handelingen II* 1996/97, p. 4404-4406.

²⁴ *Stb.* 1997, 705. Hierin is overigens ook de bovengenoemde ontheffing van de afspraak over collectieve abonnementsprijsverhoging vastgelegd.

²⁵ NMa 9 februari 1999, zaaknr. 528. Het is ons inziens wel de vraag hoe de uitbreiding van pluriformiteit van de dagbladpers naar de pluriformiteit van de media zich verdraagt met de afbakening van de relevante markt.

riformiteitsbelang. De NDP acht het besluit van de NMa gebaseerd op een te sterk economische afweging, terwijl art. 17 Mw ook andere dan economische gronden kent. De NMa oordeelt het bezwaar ongegrond.²⁶ Zij merkt op dat een ontheffing op grond van art. 17 omwille van het belang van de pluriformiteit nog steeds aan de in art. 81 EG-Verdrag genoemde criteria moet voldoen. Dagbladen mogen in Nederland tot de goedkoopste in Europa behoren, het is echter maar de vraag of dat het effect van de gewraakte regeling is. Enig verband met een hoge prijs-kwaliteit-verhouding is evenmin aannemelijk gemaakt.

6 Verticale prijsafspraken tijdschriftenbranche

Het Nederlands Uitgeversverbond (NUV) heeft bij de NMa om een ontheffing gevraagd voor verticale prijsafspraken voor publicks-en opinietijdschriften, omroepbladen, vaktijdschriften, alsmede buitenlandse tijdschriften. Volgens het NUV houden die prijsafspraken een fijnmazig distributiestelsel in stand, en bieden ze ook ruimte voor bladen over kunst en cultuur met kleine oplagen. En dat komt de pluriformiteit ten goede.

Het ontheffingsverzoek wordt afgewezen.²⁷ De NMa geeft weliswaar expliciet aan dat artikel 17 Mw de mogelijkheid biedt rekening te houden met het belang van de pluriformiteit, maar zij bespeurt inefficiënties, en deze verticale prijsbinding kan juist de handelaren bevoordelen die zich alleen op goedlopende titels concentreren. Bovendien is niet aan de ontheffingsvoorwaarden voldaan. Niet alleen is het behoud van een bestaande distributievorm niet doorslaggevend, het NUV heeft helemaal niet de noodzaak van de regeling voor de instandhouding daarvan aangetoond. Ook is er geen billijk aandeel voor de gebruikers te constateren.

De NMa gaat eveneens kort in op het verschil in positie tussen tijdschriften, kranten en boeken. De overwegingen van de Nederlandse regering bij de vrijstelling voor dagbladen en de ontheffing voor boeken hoeven niet van toepassing te zijn op tijdschriften. De Minister van Economische Zaken noemde dagbladen unieke producten en de overheid heeft vanouds een zekere verantwoordelijkheid gevoeld ten aanzien van verkrijgbaarheid en pluriformiteit van de dagbladen. Niet elk in Nederland verschijnend tijdschrift is onmisbaar voor wat betreft de vrije opinie en meningsuiting. Het is een totaal andere markt, die op zijn eigen merites bekeken moet worden.²⁸ Ten aanzien van de boekenprijsontheffing geeft de NMa aan dat er nog geen sprake geweest is van een inhoudelijk oordeel over nut, men wacht de evaluatie in 2000 af.

7 Persfusiecontrole

Over de invoering van een persfusieregeling is in Nederland decennia lang gesteggeld, zonder dat één van de vele voorstellen de meet haalde. Voorstellen voor een persfusiecontroleregeling zijn grofweg in twee typen te verdelen. Het ene type wil –bepaalde– concentraties ook expliciet toetsen aan het gevolg

voor de pluriformiteit (Persraad 1968: ‘afbreuk aan de verscheidenheid van het perswezen’, waardoor ‘de publieke voorlichting in ernstige mate zou worden geschaad’; Persraad 1983; Mediaraad 1988: ‘schadelijkheid voor de verscheidenheid en opinievorming door de dagbladpers’). Het andere type concentreert zich op economische criteria (Bedrijfsfonds 1988: ‘te verwachten economische machtspositie’). Wel is nog onderscheid mogelijk in de mate van gebondenheid van een vergunning. Zo geeft een regeling waarin een hard marktpercentage is opgenomen de minste beoordelingsvrijheid.

De voorstellen zijn steeds mede beoordeeld op grond van de onthoudingsplicht van de overheid op grond van artikel 7 lid 1 Grondwet.²⁹ Juist die onthoudingsplicht belette volgens de meeste schrijvers een vergunningenstelsel dat gekoppeld was aan een beoordeling van de inhoud van de betrokken bladen, dus een directe pluriformiteitstoets. Een nog strikter uitgangspunt leidde tot het afwijzen van iedere beoordelings- en beleidsvrijheid op dit heikele terrein; de Grondwet zou alleen een strikt marktpercentage toestaan. De overheid zou een dergelijke vrijheid immers altijd kunnen misbruiken om inhoudelijke voorkeuren te doen gelden.

Het is duidelijk dat de regeling in de Mededingingswet naar haar aard in beginsel aansluit bij het op ecomomische criteria georiënteerde type.³⁰ De regering heeft na een verzoek van de Raad van State daartoe in de memorie van toelichting bij de Mededingingswet uitdrukkelijk aangegeven dat een vergunning niet zal worden geweigerd wegens de inhoud van de door de betrokken persorganen geopenbaarde gedachten en gevoelens. Het toetsingscriterium is de economische machtspositie.³¹ Daarnaast zullen aan een beschikking van de Minister, die bevoegd is alnog een vergunning te geven in het algemeen belang, ‘nimmer overwegingen met betrekking tot de inhoud van persorganen ten grondslag liggen’.³²

Dat brengt de vraag met zich mee of en in hoeverre het belang van de pluriformiteit alsnog een zelfstandige rol kan of mag spelen bij toepassing van de Mededingingswet op een fusie van persbedrijven. Deze vraag is te meer van belang nu er wel op gewezen wordt dat de Mededingingswet een fraai instrument biedt om de pluriformiteit van de media te beschermen. Zo pleitte de door de regering ingestelde Commissie Mediaconcentraties ervoor dat de NMa blijvend aandacht besteedt aan de pluriformiteit.³³

Inmiddels heeft de directeur NMa besloten dat een tweetal aangemelde concentraties in de dagbladsector vergunningsplichtig is.³⁴ Het gaat om de overname van de VNU-dagbladen (minus *De Limburger*) door het Wegener-concern en om de overname van *De Limburger* door het Telegraaf-concern. In deze besluiten speelt een zelfstandig ‘pluriformiteitsbelang’ op het eerste gezicht geen rol van betekenis.

De NMa begint met een afbakening van de markt. Dagbladen onderscheiden zich door een groot aantal karakteristieken van andere media: de prijs, de hoeveelheid informatie, de aard van de informatie, de actualiteit, de zesdagelijkse verschijningsfrequentie, de functie in het dagelijks leven, de presentatiewijze (papier), de wijze van verspreiding, en de vormgeving

verwachten belemmering van de mededinging. De wet biedt ook overigens een zekere ruimte om niet-economische belangen mee te laten spelen, zie hiervoor K.J.M. Mortelmans, ‘Niet-economische belangen en de Medingswet’, *NJB* 1999, p. 1244-1250.

³¹ *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 36-37.

³² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 37.

³³ *Profijt van Pluriformiteit*, Den Haag: Commissie Mediaconcentraties 1999. Zie voor een bespreking: G.A.I. Schuijt, ‘Commissie Mediaconcentraties’, *Mediaforum* 1999-5, p. 140-144.

³⁴ Besluit 18 oktober 1999, zaaknr. 1528 (*Wegener Arcade/VNU Dagbladen*); Besluit 2 november 1999, zaaknr. 1538 (*De Telegraaf/De Limburger*).

en het formaat. Daarom zijn ze in geringe mate substitueerbaar door andere media. Er is dus een aparte dagbladmarkt, waarbij onderscheiden kan worden in lezers- en advertentie-markt. In hoeverre de markt voor landelijke dagbladen te onderscheiden is van de markt voor regionale dagbladen blijft vooralsnog in het midden. Wel vermoedt de NMa een zekere mate van substitueerbaarheid. Regionale dagbladen die in verschillende regio's worden verspreid behoren daarentegen in elk geval niet tot dezelfde geografische markt.³⁵ Daarom is het aannemelijk dat de relevante markten in casu regionaal moeten worden afgebakend.

De NMa stelt vast dat de overname door Wegener leidt tot een marktaandeel van 32,5% op de Nederlandse dagbladmarkt, en op bepaalde deelmarkten als Arnhem en Terneuzen tot een monopoliepositie op de markt voor regionale dagbladen. Onder meer deze gegevens zijn voldoende om de overname binnen de werkingssfeer van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet te brengen. De overname door de Telegraaf, die zelf al het *Limburgs Dagblad* uitgeeft, leidt tot een zeer hoog marktaandeel op de markt voor dagbladen in Limburg, mede omdat de landelijke dagbladen in Limburg een betrekkelijk klein marktaandeel hebben. Daarnaast leidt de overname tot een monopoliepositie op de markt voor regionale bladen in bijvoorbeeld Sittard-Geleen. Deze overname valt ook binnen de werkingssfeer.

Deze besluiten kenmerken zich door het toepassen van economische criteria (relevante markt-marktaandeel) op de dagbladmarkt. De NMa hanteert algemene uitgangspunten en het levert weinig problemen op deze op de betrokken bladen toe te passen. Daarbij kunnen ook elementen uit de concentratie-pluriformiteitsdiscussie een rol spelen, wanneer die te vertalen zijn in betrekkelijk objectief te hanteren en relevante economische criteria. Zo kan de 'failing company defense' (art. 37 lid 2 Mw), die er op neer komt dat een bepaalde machtspositie ook zou zijn ontstaan zonder de concentratie omdat de zwakkere partij toch de markt verlaten zou hebben, een 'vertaling' zijn van het idee dat het voor een zwak blad beter is om overgenomen te worden omdat het in een sterker concern een grotere overlevingskans heeft. De NMa acht deze 'failing company defense' overigens niet van toepassing op de overname van *De Limburger*. Hier wordt opmerkelijk genoeg juist de gezonde krant overgenomen. Zelfs als dat onder genoemde 'defense' zou kunnen vallen, is niet aan de drie voorwaarden voldaan: dat de ene krant op korte termijn uit de markt zou gaan, dat de andere zonder concentratie het martaandeel zou verwerven, en dat er geen andere transactiemogelijkheden zijn.

Enkele algemene opmerkingen van de NMa laten de mogelijkheid bestaan dat 'pluriformiteit' en inhoud van de betrokken bladen direct van betekenis zouden kunnen worden. Er bestaat een mogelijk onderscheid tussen kwaliteitskranten en niet-kwaliteitskranten, en kranten verschillen naar 'diepgang' en politieke, levensbeschouwelijke en culturele oriëntatie, die ervoor kan zorgen dat de mate waarin kranten onderling concurreren uiteen loopt. 'Bij de beoordeling van de concentratie kan tot op zekere hoogte rekening worden gehouden met verschillen tussen kranten, ook als ze tot dezelfde produktmarkt worden gerekend'.³⁶ Het is de vraag wat bedoeld wordt. Mogen bladen met een tegengestelde politieke oriëntatie eerder fuseren omdat de onderlinge concurrentie niet zo groot is? Mogen bladen die in sterke mate substitueerbaar zijn omdat ze min of meer hetzelfde karakter hebben, juist niet samengaan? Dat zouden –ook uit oogpunt van pluriformiteit– opmerkelijke

uitkomsten zijn.

Wat men daarvan uit mededingingsrechtelijke invalshoek moge denken, het komt ons voor dat de grondwettelijke inhoudingsplicht in zulk een geval met voeten getreden zou worden. Wat wel geoorloofd is, is een onderscheid met behulp van min of meer objectieve criteria, die niet op een beoordeling van de redactionele inhoud terechtkomen. Acceptabel is derhalve bijvoorbeeld de overweging dat betrokken bladen een bepaalde positie innemen op markt voor advertenties voor de ziekenhuis- en zorgsector. Een beoordeling van de redactionele inhoud gekoppeld aan het al dan niet verlenen van een vergunning is echter strijdig met het verbod van voorafgaand verlof uit art. 7 Grondwet. Dat zou –voorzover mogelijk– nog erger worden door inhoudelijke voorschriften aan een vergunning te verbinden. Men vergelijkte wat hieronder wordt beschreven ten aanzien van de HMG-concentratie.

8 Toegang tot de kabel

In 1996-1997 heeft minister Wijers van Economische Zaken een aantal malen de toenmalige Wet Economische Mededinging toegepast op de toegang van programma-aanbieders op de kabel. In de eerste beschikkingen van 17 december 1996 geeft de minister een algemene uiteenzetting over zijn beleid inzake het misbruik van een machtspositie door kabelexploitanten terzake van toegang. Wijers gaat uit van de paralliteit van pluriformiteit en vrije concurrentie als overheidsdoelstellingen. In de oude mededingingswet gold een misbruikstelsel, wat betekent dat een ondernemersgedraging slechts wordt verboden als er sprake is van strijd met het algemeen belang. Wijers wijst op het belang van de uitingsvrijheid voor de Nederlandse samenleving wat zowel het uiten als het ontvangen van meningen en denkbeelden omvat. Hij acht het in het algemeen belang dat er wordt gewaarborgd dat de informatie via de kabel, die een belangrijke rol speelt in de informatievoorziening, een zo groot mogelijke omvang en diversiteit heeft. Na deze zin wijst hij erop dat het essentieel is voor een goede marktwerking dat programma-aanbieders toegang hebben tot de kabel.³⁷ Wijers gaat ervan uit dat het ideaal van de volledige mededinging van veel verschillende aanbieders resulteert in een pluriform aanbod. Dit is voor hem een belangrijke reden om het gedrag van kabelexploitanten inzake toegang aan nadere voorwaarden te onderwerpen.

Overigens moet deze redenering worden gezien tegen de achtergrond van een competentiestrijd tussen de 'cultuurpauzen' en de 'economen'. Het ging erom onder welk regime en onder welke toezichthouder de toegang tot de kabel zou komen te vallen: Mediawet met het Commissariaat voor de Media of de Mededingingswet met de Minister van EZ c.q. de NMa. Uiteindelijk is de OPTA er met dit afgekloven heen van door gegaan, maar ten tijde van bovengenoemd besluit was de Minister van EZ er veel aan gelegen om iedereen ervan te overtuigen dat met mededingingsrecht ook niet-economische belangen zoals pluriformiteit gewaarborgd kunnen worden.

Dat het streven naar pluriformiteit riskant kan zijn voor een mededingingsautoriteit blijkt uit de Alkmaarse zaak, waar een aanbieder van een kabelkrant de toegang werd ontzegd door de kabelexploitant met als argument dat er reeds een kabelkrant op het kabelnet werd aangeboden.³⁸ De kabelexploitant voerde aan dat hij diversiteit in zijn aanbod wilde hebben en daarom geen extra kabelkrant wilde toelaten. Voor de kabelexploitant was het een lastig te verdedigen argument omdat nog

niet alle capaciteit van het kabelnet in gebruik was. De Minister gebruikt dit gegeven uiteraard. Doordat er nog capaciteit is kan hij de redenering van de kabelexploitant niet honoreren, maar hij laat niet na om te zeggen dat een tweede kabelkrant de diversiteit juist vergroot. Het was interessant geweest om te vernemen hoe het besluit had geluid als er geen capaciteit meer over was geweest. Dan had de Minister zich moeten uitspreken over de invulling van het begrip pluriformiteit.

8.1 Gelijkheid versus pluriformiteit

De systematiek, die Wijers heeft ontwikkeld voor het bepalen van redelijke tarieven voor de toegang tot de kabel, lijkt op het eerste gezicht een parallelle tussen pluriformiteit/uitingsvrijheid en vrije mededinging te bevatten (deze systematiek is door de OPTA overigens overgenomen in het richtsnoer 'Toegang tot de kabel'). Dit is echter schijn, wanneer de tweede-orde-effecten in ogenschouw worden genomen. Iedere programma-aanbieder moet in deze systematiek in beginsel hetzelfde betalen voor de toegang. Dat is gebaseerd op de gedachte een kabelkanaal een prijs heeft die voor iedereen gelijk is. Dat betekent dat de kleine programma-aanbieder hetzelfde voor zijn distributie moet betalen als de grote programma-aanbieder. Dat is niet bevorderlijk voor de marktkansen van de kleine aanbieders die zich in niche-markten begeven en juist de diversiteit vergroten. Het is zelfs nog erger, want de systematiek staat wél prijsdifferentiatie toe op basis van de waarde die een programma toevoegt aan het aanbod van de kabelexploitant. Dat komt erop neer dat een programma met hoge kijkcijfers een lagere doorgiftevergoeding in rekening gebracht mag krijgen dan een programma met lage kijkcijfers. Dit, omdat een populair programma meer waarde toevoegt aan het aanbod van de kabelexploitant aan de consument.³⁹

Het bovenstaande over de kabeltoegang laat zien dat het concept van pluriformiteit en het concept van volledige mededinging een one-night-stand verhouding hebben: op het eerste gezicht lijkt het wel aardig maar daarna blijkt dat de karakters van beide begrippen te veel verschillen. Als een mededingingsautoriteit of een telecomtoezichthouder pluriformiteit tot zijn beleidsdoelstellingen moet rekenen, moet hij in korte tijd allerlei uitspraken doen over de inhoud van de aanbieders. Pluraliteit en volledige mededinging zijn veel meer geschikt voor het huwelijksbootje.

9 Omroep

Bij gebrek aan Nederlandse jurisprudentie maken wij een uitstapje naar het EG mededingingsrecht. In de toepassing van het kartelverbod van het EG mededingingsrecht op de omroepsector staat exclusiviteit, of liever het voorkomen daarvan, centraal. Dit is niet verwonderlijk omdat de omroepsector bestaat bij de gratie van exclusiviteit. De exclusieve beschikking over de uitzendrechten van een film, een voetbalwedstrijd of een tv-ster maakt een omroep uniek en zorgt voor kijkers. In het mededingingsrecht wordt paal en perk gesteld aan vormen van exclusiviteit door de toegang tot uitzendrechten 'open' te houden. Dat kan bijvoorbeeld door de duur van de exclusiviteit te beperken⁴⁰ of door de toegang tot rechten open te stellen voor meer partijen.⁴¹

Deze beperking van exclusiviteit draagt bij aan de pluraliteit omdat meer partijen kunnen beschikken over de schaarse uit-

zendrechten en dus gemakkelijker tot de markt kunnen treden. Aan de pluriformiteit van het aanbod lijkt echter niet speciaal te worden bijgedragen. Immers, of een programma nu door de ene programma-aanbieder of door de andere wordt uitgezonden, het aanbod verandert er niet door. Dit kan overigens anders liggen wanneer een meer open toegang tot uitzendrechten leidt tot een intensiever of veelvuldiger gebruik van de rechten waardoor het aanbod toeneemt en wellicht ook de pluriformiteit van het aanbod. De vraag zou ook gesteld kunnen worden of het ingrijpen in de exclusiviteit van uitzendrechten een beperking vormt van de uitingsvrijheid van de omroep. Dat is nogal een long shot. Het gaat namelijk niet om de inhoud van het object van de uitzendrechten.

9.1 HMG beschikking

Een interessante zaak is de beschikking van de Europese Commissie over de fusie van RTL en Veronica tot HMG.⁴² De Commissie verleende goedkeuring aan deze fusie onder de voorwaarde dat een van de drie zenders van de nieuwe combinatie HMG zich zou beperken tot een nieuwszender (RTL5). Deze voorwaarde had ermee te maken dat de Commissie niet wilde dat de nieuwe groep te sterk op de reclamemarkt zou worden, daarom wilde ze dat er een zender met een kleine doelgroep zou komen. Op voorstel van de aandeelhouders is dit een nieuwszender geworden.

De vraag is of zo'n voorwaarde een ongeoorloofde beperking van de uitingsvrijheid vormt. Voor een bevestigend antwoord zouden nogal wat hordes genomen moeten worden. Als het opleggen van een volledig programmavoorschrift niet in strijd is met de omroepvrijheid, kan het voorschrijven van een (zelfgekozen) programmaformat dan wel daarmee in strijd zijn?⁴³ Een andere constatering is interessanter. Eigenlijk moet het opleggen van een nieuwsformat worden gezien als een verrijking van het televisie-aanbod en dus als een vergroting van de pluriformiteit. Deze zaak kan juist worden opgevat als een mooi voorbeeld van paralleliteit van overheidszorg voor de vrije mededinging en een pluriform aanbod: teneinde dominantie op de reclamemarkt tegen te gaan wordt het aanbod voor de televisiekijker verruimd.

10 Conclusie

In het verleden kende Nederland een weinig effectieve handhaving van de effectieve mededinging. In dat stelsel is het niet vreemd dat 'het belang van de pluriformiteit' al snel voldoende gewicht had om een uitzonderingspositie te rechtvaardigen. De invoering van de Mededingingswet kan in dit opzicht een zekere cesuur vormen. De NMa laat weliswaar in bepaalde gevallen de mogelijkheid open dat de pluriformiteit een zeker gewicht toekomt; maar lijkt vooralsnog weinig onder de indruk te zijn van de aangevoerde 'pluriformiteitsargumenten'. Daar staan pleidooien tegenover om de NMa juist wel een rol bij het handhaven van de pluriformiteit te geven.

Het zou gemakkelijk zijn indien de toepassing van het mededingingsrecht altijd te beschouwen zou zijn als een ondersteuning of versterking van de pluriformiteit of de pluraliteit van het aanbod. In de inleiding van dit artikel hebben we echter laten zien dat mededingingsbeleid en mediabeleid niet per definitie hoeven te sporen. Met name niet, wanneer een onderscheid tussen eerste- en tweede-orde-effecten wordt

³⁵ Vgl. voor de advertentiemarkt, NMa 3 december 1998, zaaknr. 567, (*Nationale Regiopers*).

³⁶ Zaaknummer 1528, randnummer 45 en 46.

³⁷ Beschikking KTA/*Arcade* 17 december 1996, *Stcrt.* 1996, 247, p. 36-37.

³⁸ Beschikking CAI *Alkmaar/HANM* 17 december 1996, *Stcrt.* 1996 247, p. 36.

³⁹ OPTA heeft deze systematiek in hoofdlijnen overgenomen in het richtsnoer over de toegang tot de kabel, dat op grond van artikel 8.7 Telecomwet is opgesteld. OPTA constateerde eerder terecht dat de overheid teveel uiteenlopende doelstellingen voor de kabel in petto heeft. Gelijke tarieven voor iedereen en pluriformiteit is een van die tegengestelde doelstellingen.

⁴⁰ ARD beschikking d.d. 15 september 1989, *PbEG* 1989, L284, p.36.

⁴¹ Eurovisie beschikking d.d. 11 juni 1993, *PbEG* 1993, L179, p.23.

⁴² Zaak IV/M.533 d.d. 17 juli 1996, *PbEG* 19 november 1996, L 294, p.14.

⁴³ Zie ook J. van den Beukel, 'Gij zult nieuws uitzenden', *Mediaforum* 1997-1, p.1.

gemaakt. De eerste-orde-effecten van de toepassing van het mededingingsrecht op samenspanning, misbruik en concentraties zijn in de regel positief voor het aantal aanbieders en het openhouden van de markttoegang voor aanbieders. Echter, de tweede-orde-effecten zijn minder eenduidig. Het zou heel goed kunnen dat het verbieden van prijsafspraken in de dagbladsector uiteindelijk leidt tot een verschraling van het aanbod. In de zaken over de kabeltoegang zijn wij reeds ingegaan op tweede-orde-effecten van het uitgangspunt van gelijkheid van doorgiftetarieven van de kabel. Wellicht hebben met name de kleine omroepaanbieders, die zich begeven op nichemarkten en juist het aanbod verrijken, last van gelijke tarieven. Dergelijke moeizaam te beantwoorden vragen zijn niet voorbehouden aan dit domein van het mededingingsrecht. In het algemeen spelen dit soort vragen: een stringente toepassing van het kartelverbod leidt bijvoorbeeld tot een versterking van concentratietendensen, althans dat wordt wel gezegd.

Omdat het mededingingsbeleid en de zorg voor de pluriformiteit niet zonder meer sporen, dringt de vraag zich op of het wenselijk en mogelijk is om het pluriformiteitsbelang in het mededingingsrecht een duidelijke plaats toe te kennen. Over de wenselijkheid valt het volgende op te merken. Het wil ons voorkomen dat het beleidsmatig weinig efficiënt is, wanneer de overheid met het mediabeleid de ongewilde neveneffecten van het ook door haar gevoerde mededingingsbeleid moet gaan corrigeren. Uit overwegingen van efficiëntie zou dan het sterker waarderen van het pluriformiteitsbelang binnen het mededingingsrecht de voorkeur verdienen.

Het belang van beleidsmatige efficiëntie van media- en mededingingsbeleid geldt tot op zekere hoogte ook als argument tegen aanvullende, mediaspecifieke regelingen tegen beperkingen van de mededinging. Sectorspecifieke regelingen lijken weinig opportuun, indien zij dezelfde criteria kennen als het mededingingsrecht. Een mediaspecifieke regeling kan, alleen al wegens de onthoudingsplicht van de overheid, niet of nauwelijks om een beoordeling mede op grond van marktpositie(s) heen. Daarmee zou een dergelijke aanvullende regeling voor een deel ‘dubbel werk’ opleveren; en dat is wederom weinig efficiënt. Voor alle duidelijkheid zij hierbij opgemerkt dat andere instrumenten van het mediabeleid, zoals bijvoorbeeld gerichte steunverlening, wel een zelfstandige rol kunnen spelen.

Komt men tot de conclusie dat het wenselijk zou zijn het belang van de pluriformiteit mee te wegen, dan is de volgende vraag of het mededingingsrecht daar wel voldoende aanknopingspunten voor biedt. Er zijn twee momenten waarbij kan worden aangeknoopt: de beoordeling van de beperking van de mededinging, en de ontheffing van een ondernemersafpraak. Letter en strekking van de wet lijken hier niet veel ruimte te laten voor pluriformiteitsargumenten. Uit de hierboven beschreven zaken is gebleken dat de NMa weinig onder de indruk is van de ‘pluriformiteitsargumenten’ in het kader van een ontheffing. De argumentatie is vooralsnog veelal als feitelijk gebrekkig beoordeeld. Met een vermeend verband valt de NMa kennelijk niet te overtuigen. Hier ligt wel een probleem voor de verzoekster van een ontheffing. Want wie zal kunnen aantonen welke invloed allerlei –toekomstige– economische en technische ontwikkelingen uitoefenen op de ‘maatschappelijke pluriformiteit’. Daar staat tegenover dat voor het invoeren van de mededingingswet het ‘pluriformiteitsargument’ wel erg makkelijk aanvaard werd. Dat blijkt al uit het feit dat de effecten van de vaste boekenprijs pas dit jaar inhoudelijk geëvalueerd zullen worden. In dit licht bezien is het niet vreemd dat de NMa bij haar aantreden laat merken dat zij

hogere eisen stelt.

Hoe zou een grotere waardering voor de pluriformiteit in het mededingingsrecht wel tot stand kunnen komen? Zoiets als een cultuurexceptie is niet denkbaar. Wat wel kan, is dat de kartelautoriteit zich niet beperkt tot eerste orde effecten, maar een grotere rol toebedeelt aan tweede-orde-effecten in de economische analyse van een voorliggende situatie. Dat die tweede-orde-effecten niet altijd even zeker en duidelijk zullen zijn, is evident. Het gaat dan ook om een bereidheid van de kartelautoriteit om de bewijslast van tweede-orde-effecten niet te zwaar aan te zetten. Hiermee kunnen pluriformiteitsargumenten als het ware in mededingingsrechtelijke termen worden vertaald.

Bij al deze deels beleidsmatige overwegingen mag men niet voorbijzien aan de grondrechtelijke onthoudingsplicht van de overheid. Deze onthoudingsplicht trekt immers een grens die zowel voor het mediabeleid als voor het mededingingsbeleid geldt. Het beste voorbeeld van een mogelijk spanningsveld tussen de ‘economische zorgplicht’ en de in het grondrecht op vrijheid van meningsuiting vastgelegde onthoudingsplicht blijft het toezicht op en oordeel over persfusies. Artikel 7 lid 1 Grondwet verbiedt het geven van verlof afhankelijk te doen zijn van een ‘inhoudelijke beoordeling van de inhoud’ van concrete bladen. Dat impliceert dat pluriformiteitscriteria juist niet simpelweg toegepast mogen worden.

De zaak over de HMG fusie laat zien dat de beoordeling van een fusie in de mediasector snel terecht kan komen in inhoudelijke aspecten van het aanbod van betrokkenen. Als de Commissie de aan HMG opgelegde verplichting serieus zou nemen, zou regelmatig gecontroleerd moeten worden of RTL5 nog een nieuwszender is (quod non). Dit staat op gespannen voet met de omroepvrijheid. Bij een persfusie zou er in een dergelijk geval zonder meer sprake van strijd met artikel 7 lid 1 Grondwet zijn.

Metatags en merkenrecht



Bespreking

Dirk Visser

Mr. D.J.G. Visser is universitair docent aan de Universiteit Leiden, advocaat te Amsterdam en redacteur van dit blad.

T. Oudejans, Electronic Highway of Electronic Subway,
Verborgen merkinformatie op het Internet in Amerikaans perspectief,
Deventer: Kluwer 1999. ISBN 90 268 3551 5,
111 p., f52,50 (zie ook: <http://rechten.kub.nl/meta>)

Van oudsher kennen we in het merkenrecht de *stilzwijgende* merkinbreuk. Stilzwijgende merkinbreuk wordt onder andere gepleegd door een apotheker die op een recept waarop een merkgeneesmiddel staat vermeld, aan de patiënt een generiek product van een ander merk geeft.¹ Met Internet is daar nu de *onzichtbare* merkinbreuk bij gekomen.

Metatags zijn elektronische trefwoorden bestemd voor Internet zoekmachines, die voor gebruikers van Internet niet (direct) zichtbaar zijn. Wanneer een gebruiker een bepaald woord in een zoekmachine intikt, zoekt de machine daar de sites bij waarop het betreffende woord als trefwoord (metatag) is opgegeven. Dit is een sterk versimpelde weergave van de werking van metatags, maar voor de juridische kwalificatie is het wel het belangrijkste.

Oudejans legt in zijn studie voor mensen zonder veel technische kennis buitengewoon helder uit hoe verborgen (merk)informatie op Internet werkt en hoe Internet-zoekmachines werken. Door metatags te vergelijken met het ‘onderwater’ scherm van Wordperfect 5.1 treft hij m.i. precies het juiste kennisniveau van de gemiddelde jurist. Hij gebruikt veel duidelijke voorbeelden en schrijft prettig leesbaar.

Zoals uit de ondertitel blijkt ligt de nadruk op de Amerikaanse rechtspraak. Oudejans behandelt tal van casus die een goed beeld geven van de stand van de rechtspraak in de VS en een indicatie geven van het soort zaken dat wij in Nederland kunnen verwachten.

Metatags onder de Benelux Merkenwet

Het enige punt van kritiek geldt Oudejans kwalificatie van metatags naar Benelux merkenrecht, in de vergelijking met het Amerikaanse merkenrecht die hij aan het eind van zijn studie maakt. Oudejans meent dat het verwarringscriterium zoals dat recent in de Europese merken-jurisprudentie wordt gehanteerd een ‘zichtbaar hiaat’ is dat bij merkinbreuk door manipulaties met meta-tags ‘belangrijke consequenties’ kan hebben. Dit is m.i. onjuist.

Gebruik van een merk als metatag is naar mijn mening (en naar de mening van Kabel)² in beginsel altijd ‘*ander gebruik*’ van een merk in de zin van art. 13 a lid 1 sub d en niet zoals Oudejans suggereert, ‘*gebruik als merk*’ in de zin van art. 13 a lid 1 sub b of c BMW.³ Daarmee komt men in metatag-zaken aan de ‘verwarring of associatie’-discussie helemaal niet toe.

Oudejans meent bijvoorbeeld dat Playboy zich naar Benelux merkenrecht in de door hem geschetste casus niet zou kunnen

verzetten tegen het gebruik van zijn merken in metatags voor websites met soortgelijke waren of diensten. Afgezien van het feit dat in de door Oudejans beschreven zaken m.i. zonder meer sprake was van (tenminste) indirect verwarringsgevaar, is dit, als gezegd, bij metatag-gebruik niet het juiste criterium.

Het gaat er om of door dat gebruik ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken uit, of afbreuk kan worden gedaan aan, het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk. Daarvan is stellig sprake wanneer iemand die geen originele Playboy-artikelen verkoopt, noch enige band heeft met Playboy, het woord Playboy gebruikt om mensen naar zijn site te lokken.

Om die reden kan ‘parasiterend’ metatag-gebruik naar mijn overtuiging effectief met het Benelux merkenrecht bestreden worden. Ook om een andere reden is kwalificatie van metatag-gebruik onder art. 13A lid 1 sub d BMW van belang.

Oudejans schetst de casus van de ‘klaag-site’ waarop mensen hun klachten kwijt kunnen over de fitness-keten Bally. De aanbieder van de site, een zeker Faber, maakt gebruik van het woord(merk) Bally als metatag en noemt zijn site ‘ballysucks’. De Amerikaanse rechter oordeelde dat dit metataggebruik (en het gebruik van de domeinnaam) was toegestaan. Eén van de redenen die de Amerikaanse rechter daarvoor geeft is: ‘*Prohibiting Faber from using Bally's name in the machine readable code would effectively isolate him from all but the most savvy of Internet users*’.

Met andere woorden: het gebruik van de naam van de onderneming waarop men kritiek heeft als metatag is onvermijdelijk en zelfs noodzakelijk, omdat anders bijna niemand de betreffende klaag-site kan vinden. Oftewel, als het onderhouden van een dergelijke klaag-site toelaatbaar is, is het ‘vindbaar’ maken daarvan door de bewuste metatag dat in beginsel ook.

In het Benelux merkenrecht kan dit resultaat in casu vermoedelijk bereikt worden via de vaststelling dat er geen sprake is van ‘gebruik in het economisch verkeer’, zoals Oudejans terecht aangeeft. Ook wanneer er wel sprake is van commercieel gebruik, is niet ieder gebruik van andermans merk per definitie verboden. Een voorbeeld hiervan is de niet-officiële dealer of reparateur van merkartikelen. Een dergelijke onderneming mag bijvoorbeeld de aandacht van het publiek vestigen op het feit dat hij gespecialiseerd is in de reparatie van een bepaald merkartikel, zonder dat hij een relatie heeft met de merkhouders.⁴ Op Internet zal dit naar mijn overtuiging betekenen dat hij een metatag mag aanbrengen bestaande uit het bewuste merk, als hij het publiek overigens maar niet mis-

¹ BenGH 9 juli 1984, NJ 1985, 101 (*Tanderil*).

² Zie zijn noot onder VNU/*The Monsterboard* in IER 1999 op p. 221.

³ Zie ook mijn noot onder Pres. Rb. Den Haag 29 juni 1999, *Mediaforum* 1999-9, nr. 45 (VNU/*The Monsterboard*).

⁴ HvJ EG 23 februari 1999, IER 1999, p. 111 (m. nt. SdW; *BMW/Deenik*).

leidt. In dat licht is de beslissing de Dordtse president in de zaak *Deutz/ADT*⁵ op het punt van het metatag-gebruik voor betwisting vatbaar. Een niet-officiële reparateur van bootmotoren, zwaar gespecialiseerd in het merk Deutz zou, anders dan de president oordeelde, naar mijn mening in beginsel wel het woord 'Deutz' als metatag op zijn web-site moeten mogen voeren.⁶

Dat metatags ook buiten het merkenrecht misbruikt kunnen worden blijkt intussen uit Pres. Rb. Amsterdam 10 februari 2000 (*Constance Sars/Fisher*) elders in dit nummer (nr. 27 op p. 000).

De rechtspraak over metatags en ander verborgen merkinformatie zal in Nederland de komende tijd vermoedelijk snel toenemen en voor iedereen die met een dergelijke zaak te maken krijgt en iedereen die meer inzicht wil verwerven in de werking van Internet(zoekmachines) is het boek van Oudejans beslist een aanrader.



⁵ Pres. Rb. Dordrecht 9 februari 1999, BIE 1999, p. 171, CR 1999, p. 190 (*Deutz/ADT*).

⁶ Oudejans gaf op het ITeR-congres in Amsterdam op 20 januari 2000 aan deze mening te delen.

Het logo van de 'Bally sucks'-site, waarvan de metatags onderwerp zijn van een geschil besproken in het boek van Oudejans.

Voorjaarsvergadering VMC

Buitenlandse Blikken op de Nederlandse Kabel

De recente overname van SBS6 door UPC brengt de toekomst van de kabel weer midden in de belangstelling. De voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Media en Communicatierecht is dan ook gewijd aan de (hopenlijk eind april, begin mei te verschijnen) 'Tweede' Kabelnotitie. Sprekers uit België en Duitsland zullen aan de hand van het eigen nationale recht een blik op de Nederlandse juridische situatie rond om de kabel werpen.

Onderwerpen zijn onder meer de pakketsamenstelling, de vraag of overheidsregulering nodig is, consumentenbescherming (privacy, decoders) en medededingingsproblematiek. De bijeenkomst wordt ingeleid door mr. Hein Hobbelen. Mrs. Caroline Uyttendaele en Peggy Valcke vertegenwoordigen de Belgische optiek, mr. Natali Helberger de Duitse.

Tijdstip:

Plaats:

Toegang:

Informatie en aanmelding:

12 mei 2000, aanvang wetenschappelijk gedeelte: 14.00 uur

CableXperience, Rijswijkseweg 60, Den Haag

gratis voor VMC-leden, niet-leden tegen een vergoeding.

secretariaat VMC, mr. L.F. Asscher (asscher@jur.uva.nl), p/a

Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam,

tel. 020-525 3327, fax 020-525 3033.

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een ☒ is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: f1,- per pagina, met een minimum van f15,- per bestelling. Faxtoeslag f25,-. Prijzen zijn exclusief BTW.

Integraal in de Jurisprudentie bijlage: J

EHRM 16 februari 2000, Amann vs. Zwitserland, <http://www.echr.coe.int>

Afluisteren telefoon · Privacy · Art. 8 EVRM

Een Zwitserse zakenman handelt in diverse ontharingsmiddelen. Een vrouw bestelt per telefoon, vanuit de voormalige Russische Ambassade, het ontharingsapparaat 'Perma Tweez' bij de zakenman. Dit telefoontje wordt onderschept door de *Bundesanwalt-schaft*, het Zwitserse OM, die vervolgens de veiligheidsdienst opdraagt onderzoek te doen naar de zakenman en het soort goederen dat hij verkoopt. De zakenman verneemt dat er lijsten worden bijgehouden van de gesprekken die zijn afgeluisterd. De zakenman wil deze lijsten inzien. Zo ontdekt hij dat zijn gesprek met de voormalige Russische ambassade is afgeluisterd. Het Hof benadrukt dat zowel privé als zakelijke telefoongesprekken onder art. 8 EVRM vallen. Het afluisteren levert schending van art. 8 EVRM op. De tweede klacht betreft de totstandkoming en het bijhouden van de lijsten met de afgeluisterde telefoongesprekken, de zgn. federale 'card-index'. Het Hof benadrukt ook hier de toepasselijkheid van art. 8 EVRM, ditmaal in verband met het opslaan van persoonsgegevens, ongeacht of deze gegevens betrekking hebben op privé-activiteiten of zakelijke activiteiten. Zowel de totstandkoming als het bijhouden van de lijsten is in strijd met art. 8 EVRM.

HR 9 november 1999, Inbeslagname videobanden SBS, AA 2000-3, p. 145-149 m.nt. R.M. Vennix

Inbeslagname videobanden · Art. 10 EVRM

Zie *Mediaforum* 2000-1, nr. 1 m.nt. G.A.I. Schuijt

HR 28 januari 2000, HTS vs. DOB, RvdW 2000, 37 C

Art. 110 (oud) Mediawet · Omroepbijdrage

Zie *Mediaforum* 2000-3, p. 80

Hof Amsterdam 16 oktober 1997, Sparrenheuvel vs. Allset Automatisering, NJ 2000, 151

Verlies van computergegevens · Exoneratie

In de computer van Sparrenheuvel zit ook een harde schijf van een ander bedrijf, genaamd Swen. Deze harde schijf van Swen wordt overgebracht naar een andere compu-

ter. De opdracht hiertoe wordt met instemming van Sparrenheuvel door Swen aan Allset gegeven. Na het overzetten blijken gegevens van Sparrenheuvel verloren te zijn gegaan. Hiervoor is Allset aansprakelijk, aangezien haar exoneratie dat zij voor gegevensverlies niet aansprakelijk is slechts tussen haar en Swen heeft te gelden, niet jegens Sparrenheuvel. Het verweer dat Sparrenheuvel zelf een back-up had moeten maken wordt verworpen.

Hof Amsterdam 27 januari 2000, SNA & Bom vs. KRO & Van den Heuvel, nr. 23 J

Onrechtmatige publicatie · Onderzoeksplicht · Hoor en wederhoor

Het programma 'Ook dat nog' van de KRO besteedt negatieve aandacht aan de Stichting Nederland-Amerika en Bom. Het hof weegt het belang van de KRO bij vrije nieuwsgaring en nieuwsverspreiding af tegen het recht van eisers op bescherming van hun eer en goede naam. De aard van het programma, een informatief, opiniërend en satirisch consumentenprogramma, speelt een rol bij de belangenafweging. Dit mag echter geen rechtvaardiging vormen omodeloos grievende uitlatingen te doen, de feiten te verdraaien of om het recht van eisers op wederhoor te schenden. Door het maken van ernstige verdachtmakingen en het ontnemen van het weerwoord heeft de KRO onzorgvuldig en onrechtmatig jegens eisers gehandeld. Het hof acht een begrenzing van de uitingenvrijheid noodzakelijk ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van eisers. Zie ook *Mediaforum* 1998-6, nr. 32.

Hof Amsterdam 31 januari 2000 (strafkamer), Journalist op vliegtuig, nr. 24 J

Openbare orde · Art. 10 EVRM · Vrijheid van nieuwsgaring

Journalist heeft zich bij een verslag van een actie van milieuactivisten op een vliegtuig bevonden, waardoor het vliegtuig niet kon vertrekken. Hij verwijderde zich niet toen dat werd bevolen door de bevoegde autoriteiten. Het hof weegt het belang van de openbare orde en een ongestoord verloop van het openbaar vervoer af tegen het belang van vrije nieuwsgaring. Het OM dient bij deze belangenafweging de grootst mogelijke zorgvuldigheid aan de dag te leggen en niet lichtvaardig tot vervolging van journalisten over te gaan. Niet zozeer het recht van vrije meningsuiting is in het geding als wel de middelen waarmee dit recht kan worden bewerkstelligd. In casu geen strijd met art. 10 EVRM, nu niet aannemelijk is geworden dat de officier van justitie de grenzen waarbinnen een inbreuk op het recht van vrije meningsuiting volgens art. 10 lid 2 EVRM mag plaatsvinden, uit het oog heeft verloren door de journalist toch te vervolgen. De journalist wordt vrijgesproken omdat hij heeft gehandeld in het kader van een behoorlijke beroepsuitoefening en hij niet de motieven en drijfveren deelde van de actievoerders.

Rb. Almelo 22 november 1999 (politierechter), zaak-ingezonden brief, <http://www.rechtspraak.nl> (ELRO AA1043)

Ingezonden brief · Belediging · Aansprakelijkheid krant

De *Twentsche Courant Tubantia* heeft een ingezonden brief geplaatst waarin beledigende opmerkingen worden gemaakt over homoseksuelen. De politierechter oordeelt dat de krant door het plaatsen van de ingezonden brief slechts de mening van de schrijver doorgeeft aan de lezers en niet haar eigen standpunt. De rechter acht niet bewezen dat de briefschrijver opzet heeft gehad om een groep mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid te beledigen. De omstandigheid dat personen zich door de ingezonden brief beledigd hebben gevoeld, noopt niet zonder meer tot de conclusie dat er sprake is van opzet op belediging. Het uiten van opvattingen, hoe kwetsend en 'politiek incorrect' ook, moet mogelijk zijn, tenzij de grens met opzettelijke belediging wordt overschreden.

Rb. Amsterdam 24 november 1999, SBS6 vs. Commissariaat voor de Media ☒

Sponsorregeling · Artikel 52h Mediawet

Het Commissariaat voor de Media heeft SBS6 een boete opgelegd van f100.000,- voor een aantal overtredingen van de sponsorregels van de Mediawet in het programma 'Koken met Cas'. De grief van SBS6, dat zij ten onrechte wordt beschuldigd van overtreding van art. 52h Mediawet, faalt. De sponsorvermelding geschiedt in twee door een zogenaamd 'inkoop-item' van elkaar gescheiden 'blokken'. Niet kan staande worden gehouden dat de vermelding van de sponsors in het tweede blok nog kan worden gezien als vermelding aan het begin van het programma, zeker niet nu het tussen twee sponsorblokken liggende inkoop-item een zodanige relatie heeft met de inhoud van dat programma-onderdeel dat dit item door kijkers kan worden ervaren als begin van het programma. Ook het bezwaar van SBS6 dat de boete onevenredig hoog is, wordt verworpen.

Rb. Amsterdam 8 december 1999, Belderbos e.a. vs. Veronica & RTL4, nr. 25 J

Televisie-uitzending · Beschuldigingen · Portretrecht · Art. 10 EVRM

In het programma van Veronica 'Heer Oliviers Wereld', werd aandacht besteed aan de zogenaamde Bosio-affaire. In dat verband werd aandacht besteed aan de in 1985 overleden Belderbos, die regeringscommissaris was bij Bosio. Ook Belderbos' portret en adres van destijds werden vertoond. Eisers zijn erfgenamen van Belderbos. Uit de uitzending komt de suggestie naar voren dat Belderbos zich bezig zou hebben gehouden met wapenhandel en zwarte betalingen e.d. De Rb. beoordeelt het geschil in het licht van art. 10 EVRM en de waakhondfunctie van de media. Afweging van belangen en alle omstandigheden in aanmerking genomen

komt de Rb. tot het oordeel dat de grenzen van de zorgvuldigheid niet zijn overschreden. Van een wanverhouding van de gebezigde kwalificaties en het daaraan ten grondslag liggende feitenmateriaal is geen sprake. Het vragen van een weerwoord aan de nabestaanden zou niet zinvol zijn geweest. Geen schending van het portretrecht.

Portret van Berts

Pres. Rb. Alkmaar 22 december 1999, Berts vs. Minister van Binnenlandse Zaken, *KG 2000, 43*

Wob · **Privacy** · **Publiek figuur**

Het geding richt zich op het primaire besluit van de Minister van Binnenlandse Zaken strekkende tot weigering van inzage in zijn declaraties. De president schorst dit besluit aangezien de documenten bestuurlijke aangelegenheden betreffen, die zich voornamelijk hebben afgespeeld in openbare gelegenheden. Er was geen sprake van geheime activiteiten en over de inhoud van besprekingen is in betreffende documenten niets terug te vinden.

Portret van Berts

Pres. Rb. Alkmaar 1 februari 2000, Berts vs. Minister van Binnenlandse Zaken, *KG 2000, 44*

Wob · **Privacy** · **Publiek figuur**

Zie *Mediaforum* 2000-3, nr. 20 m.nt. A.W. Hins

Portret van Berts

Pres. Rb. Amsterdam 13 januari 2000, Schuitemaker vs. Friends ✉

Portretrecht · **Naaktfoto's minderjarige** · **Privacy**

De minderjarige Amber heeft zich ingeschreven bij modellenbureau Friends en heeft foto's waarop zij topless staat afgebeeld bij Friends achtergelaten. Schuitemaker, moeder en wettelijk vertegenwoordiger van Amber, heeft toestemming verleend voor het deelnemen door Amber als model aan een bodypaint-sessie met de kunstenaar Herman Brood. Dit op voorwaarde dat de opdrachten c.q. werkzaamheden niet van erotische, seksistische en/of pornografische aard zullen zijn. Zowel tijdens als na de bodypaint-sessie zijn foto- en filmopnamen gemaakt. Enkele dagen na de sessie zijn op het kantoor van Friends naaktfoto's van Amber gemaakt zonder medeweten van Schuitemaker. De foto- en filmopnamen van de bodypaint-sessie zijn gebruikt voor het programma ‘De week van Willibrord’ en voor het pornografische maandblad *Seventeen*, waarbij Amber ook sprekend wordt opgevoerd met uitdagende teksten. Schuitemaker vordert de gemaakte opnamen van Amber af te geven en opgave te doen van alle anderen die over de opnamen beschikken. Voorts vordert zij een verbod tot verdere openbaarmaking, verveelvoudiging of verspreiding anderszins. De president acht het onvoldoende aannemelijk dat Schuitemaker op de hoogte was van het pornografische karakter van het blad *Seventeen*. Friends kan zich daarom niet op toestemming van Schuitemaker beroepen. Dit betekent dat de gevorderde afgifte en verboden tot verdere openbaarmaking gerechtvaardigd zijn. Het zonder toestemming ter beschikking stellen van tijdens de bodypaint-sessie gemaakte foto's van de minderjarige Amber aan een

pornoblad als *Seventeen* vormt een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer en kwetsing van de natuurlijke schaamtegevoelens van Amber. Friends heeft onrechtmatig gehandeld en moet de geleden schade vergoeden.

Portret van Berts

Pres. Rb. Amsterdam 28 januari 2000, Van Tuijl e.a. vs. Storms Factory e.a., *nr. 26 m.nt. G.A.I. Schuijt*

Uitingsvrijheid · **Overvaljournalistiek** · **Portretrecht**

Onaangekondigd bezocht Pieter Storms met een cameraman en lopende camera Van Tuijl om voor het programma Breekijzer opheldering te vragen over de afwikkeling van een bepaalde klacht. Er werden opnamen gemaakt van eisers kantoorpand en van een medewerker die niet voor de camera wilde praten. Van Tuijl eist een verbod tot uitzenden van het opgenomen beeldmateriaal omdat hij vreest hierdoor in zijn goede naam en eer te worden aangetast met alle schadelijke gevolgen van dien. De rechter stelt het belang van Van Tuijl om niet lichtvaardig aan verdachtmakingen te worden blootgesteld, boven het recht van de tv-journalist op vrije meningsuiting. Het handelen van eiser rechtvaardigt niet de suggestie dat een mistand aan de kaak wordt gesteld. Voorts heeft de gefilmde medewerker een redelijk belang zich te verzetten tegen de openbaarmaking van zijn portret op grond van art. 21 Aw. Verbod tot uitzending. Ook in *KG 2000, 57*.

Portret van Berts

Pres. Rb. Amsterdam 10 februari 2000, Constance Sars vs. Fisher, *nr. 27 m.nt. D.J.G. Visser*

Handelsnaamrecht · **Domeinnaam**

Constance Sars exploiteert een relatiebemiddelingsbureau. Zij biedt haar diensten aan via het Internet op een eigen website. Constance Sars heeft Fisher een vijftal contactmogelijkheden met partners aangeboden. Deze bevielen Fisher niet en hij heeft daarom de overeenkomst ontbonden en terugbetaling verzocht, wat geweigerd werd door Contance Sars. De boze Fisher koppelt vervolgens de naam van Constance Sars aan een aantal domeinnamen die de toegangsnaam ‘neuk.net’ bevatten en deponeert de domeinnaam constance-sars.com. Op deze laatste site laat Fisher zich negatief uit over het relatiebemiddelingsbureau. Fisher heeft een verzameling magneettrefwoorden in de source codes van zijn websites aangebracht, die internet-gebruikers naar deze sites lokken. Constance Sars heeft deze verzameling magneetwoorden overgenomen op haar eigen website. De rechter oordeelt dat Fisher niet verboden kan worden de negatieve tekst als consument via een eigen site op het net te zetten en daarover met andere Internetgebruikers te chatten. Door de naam van Constance Sars echter te gebruiken als domeinnaam of als onderdeel van de naam van zijn site, als metatag, hyperlink en dergelijke, vestigt Fisher buitenproportionele aandacht op Constance Sars, nu dit tot gevolg heeft dat zij via de diverse zoekmachines te pas en te onpas aan searchers wordt gepresenteerd. Fisher handelt hierdoor onrechtmatig jegens Constance Sars.

Portret van Berts

Pres. Rb. Amsterdam 18 februari 2000, De Telegraaf vs. Bakker Dijk ✉

Merkrecht · **Domeinnamen**

De Telegraaf heeft een advertentierubriek onder de naam ‘Speurders’. Sedert 1998 wordt de advertentierubriek door De Telegraaf ook op het internet gepubliceerd. De naam ‘Speurders’ is door De Telegraaf als merk gedeponeerd. Bakker Dijk heeft een site www.speurder.nl. Op deze site bevindt zich eveneens een advertentierubriek, waarbij sitebezoekers advertenties kunnen plaatsen en kunnen reageren. Bakker Dijk schendt het merkrecht van De Telegraaf en moet meewerken aan overdracht van de domeinnaam ‘speurder’ aan De Telegraaf.

Portret van Berts

Pres. Rb. Amsterdam 24 februari 2000, Procter & Gamble vs. Magenta, *nr. 28 m.nt. D.J.G. Visser*

Merkenrecht · **Domeinnaam**

Procter & Gamble heeft het merk Ariel gedeponeerd voor diverse waren, waaronder zepen, wasmiddelen en hygiënische producten voor huishoudelijk gebruik. Magenta heeft voor een van haar medewerkers de domeinnaam ariel.nl geregistreerd bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland. De website ariel.nl wordt uitsluitend gebruikt voor privé-activiteiten, die geheel los staan van de werkzaamheden van Magenta. Niet is gebleken dat de medewerker van Magenta met zijn activiteiten economisch voordeel beoogt. Van merkinbreuk in de zin van de Benelux merkenwet kan dan ook geen sprake zijn. Bovendien valt niet in te zien dat de activiteiten van de medewerker afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk Ariel. Ook is er geen sprake van domeinnaamkaping, daar Magenta en medewerker uitdrukkelijk hebben verklaard dat zij niet bereid zijn de domeinnaam over te dragen, ook niet tegen betaling. Magenta handelt niet onrechtmatig tegenover Procter & Gamble.

Portret van Berts

Pres. Rb. Groningen 25 februari 2000, Hyporama vs. Divoza Ruitersport ✉

Merkenrecht · **Handelsnaamrecht** · **Domeinnaam**

Hyporama en Divoza zijn beide bedrijven die actief zijn op het gebied van de ruitersport. Ze richten zich op landelijk niveau op dezelfde doelgroep, bieden soortgelijke producten en diensten aan en zijn dus directe concurrenten van elkaar. Hyporama drijft sinds 1989 een onderneming onder de naam Horselover. Hyporama gebruikt deze naam als handelsnaam en heeft deze naam als merk gedeponeerd. Concurrent Divoza heeft de domeinnaam Horselover.nl zonder toestemming van Hyporama laten registreren bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland. Met het gebruik van deze domeinnaam maakt Divoza inbreuk op het merkrecht van Hyporama. De domeinnaam wordt zonder geldige reden in het economische verkeer gebruikt terwijl tevens aan het onderscheidende vermogen van het merk afbreuk wordt gedaan daar de merkrecht-hebbende haar merknaam niet als websitenaam in Nederland kan gebruiken. Geen noodzaak tot gebruik. Divoza heeft onrechtmatig jegens Hyporama gehandeld.

Portret van Berts

Pres. Rb. Amsterdam 16 maart 2000, Generali vs. Storms e.a. ✉

Overvaljournalistiek · **Portretrecht** ·

Verbod herhaling uitzending

Uitzending van programma ‘Breekijzer’ van Pieter Storms was onrechtmatig jegens verzekeringsmaatschappij Generali. Storms kwam op voor cliënt die erover klaagde ten onrechte geen uitkering van de verzekering te hebben gekregen terzake van invaliditeit. De afwikkeling van de claim is echter op essentiële punten –bijvoorbeeld dat Blok’s advocaat het dossier had gesloten– niet juist weergegeven en dat Blok zijn claim nooit aan een rechterlijke of klacht-instantie had voorgelegd. Verwijzingen naar Italiaanse maffia waren eveneens onrechtmatig. Uitzending van –ongevraagd opgenomen– beelden van medewerkers van Generali is in strijd met hun portretrecht. Verbod van herhaling. Gebod tot rectificatie.

Portret van Berts

Pres. Rb. Utrecht 4 januari 2000, Hans Anders vs. Pearle, *KG 2000, 60*

Misleidende reclame · **Vergelijkende reclame** · **Art. 10 EVRM**

Zie *Mediaforum* 2000-2, p. 48

Portret van Berts

Pres. Rb. Utrecht 24 februari 2000, Passies vs. Gaos, *nr. 29 m.nt. D.J.G. Visser*

Merkrecht · **Domeinnaam**· **Onrechtmatige daad**

Gaos heeft domeinnaam ‘Passies.com’ laten registreren, terwijl Passies deze naam als merk heeft gedeponeerd. Gaos gebruikt de domeinnaam (nog) niet. De enkele registratie levert geen merkinbreuk op. Het doen registreren van de domeinnaam is op zichzelf niet onrechtmatig. Gaos handelt wel onrechtmatig door niet mee te werken aan de overdracht van de domeinnaam aan Passies.

Portret van Berts

Commissariaat voor de Media 15 februari 2000, Algemene Programmaraad vs. KTA, *nr. 30*

Basispakket · **Kabeldoorgifte** · **Advies programmaraad**

De Stichting Algemene Programmaraad verzoekt het Commissariaat voor de Media maatregelen te nemen tegen Kabeltelevisie Amsterdam omdat hij zich niet kan verenigen met de afwijking van zijn advies door KTA, dat de programma's van CNN, Eurosport en Discovery Channel niet wil doorgeven. Volgens het Commissariaat had KTA zwaarwichtige redenen om van het advies van de raad af te wijken. Met betrekking tot het programma van CNN was dat omdat CNN niet wilde opgenomen worden in het basispakket, voor Eurosport en Discovery Channel was dat omdat deze omroepen een doorgiftevergoeding wensen. KTA is daartoe niet bereid omdat zij momenteel alle commerciële programma's gratis doorgeeft en geen uitzondering wil maken.

Portret van Berts

Binnenland

Intrekking Radio-Omroep-Zender-Wet

Aan de Tweede Kamer is een wetsvoorstel tot intrekking van de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 (ROZ-wet) en enige daarmee verband houdende wettelijke voorzieningen ter overweging aangeboden. Dit wetsvoorstel strekt er toe de herstructurering van de organisatie- en zeggenschapsstructuur van No-

zema alsmede de privatisering van het bedrijf mogelijk te maken. In de ROZ-wet was de N.V. Nederlandsche Omroep-Zender-Maatschappij (Nozema) met uitsluiting van een ieder belast met de aanleg en exploitatie van de zendinrichtingen ten behoeve van de uitzending van de programma's van de publieke omroepen waaronder de Stichting Radio Nederland Wereldomroep (Wereldomroep). Nozema was verplicht de programma's aangeboden door het Nederlands Omroepproductie Bedrijf N.V. (NOB) en de publieke omroep uit te zenden. Nozema had naast dit monopolie een voorkeursrecht op de aanleg en de exploitatie van inrichtingen bestemd voor andere omroepen. In de jaren negentig is begonnen met de liberalisering van de telecommunicatie en de omroep. In de wet van 5 juli 1997, *Stb.* 336, tot wijziging van bepalingen van de Mediawet, zijn het monopolie en het voorkeursrecht van Nozema komen te vervallen. De volledige liberalisering heeft zijn beslag gekregen in de Telecommunicatiewet. Met het aangeboden wetsvoorstel wil de Staat zijn deelneming in Nozema beëindigen. Na de intrekking van de ROZ-wet kan Nozema worden geprivatiseerd en zal Nozema al haar diensten in concurrentie moeten gaan aanbieden. De publieke omroep is ervan verzekerd dat zijn programma's door Nozema worden verspreid indien zij Nozema om uitzending verzoeken. Nozema is namelijk aangewezen als aanbieder van een omroepzendernetwerk als bedoeld in artikel 8.3 van de Telecommunicatiewet. Om als een normale marktpartij te kunnen functioneren, is het nodig dat de organisatie- en zeggenschapsstructuur van de Nozema wordt aangepast aan wat gebruikelijk is voor een gewone vennootschap en de statuten in overeenstemming met boek 2 BW worden gebracht. Het wetsvoorstel heeft tot doel de huidige wettelijke en statutaire belemmeringen voor de vervreemding van de aandelen op te heffen. In relatie met de intrekking van de ROZ-wet is een aantal wettelijke voorzieningen in het voorstel van wet opgenomen. Artikel 82c, eerste lid, van de Mediawet wordt gewijzigd. Daarnaast wordt aan hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet een nieuw artikel 5.11 toegevoegd.

Kamerstukken II 1999/2000, 27 019, nr. 1-3, A en B

Zendtijd kerkgenootschappen

Toewijzing van zendtijd voor kerkgenootschappen is met invoering van de wijziging van de Mediawet veranderd. In de gewijzigde Mediawet is bepaald dat zendtijdtoewijzing voor vijf jaar geschiedt en ook één keer per vijf jaar kan plaats vinden. Met een bekendmaking in de *Staatscourant* heeft het Commissariaat eventuele aanvragers geatendeerd op wijze van aanvragen en de termijn waarbinnen dat dient te geschieden.

Stcrt. 2000, 45, p. 16.

Register nevenactiviteiten omroepen

Sinds de wetswijziging in 1997 hebben omroepen geen toestemming meer nodig van het Commissariaat voor de Media voor het verrichten van nevenactiviteiten die niet in de Mediawet worden genoemd. Tevens zijn de mogelijkheden tot het verrichten van nevenactiviteiten sterk uitgebreid. Nevenactiviteiten zijn toegestaan als ze voldoen aan de voorwaarden die artikel 57a lid 1 en artikel 55 Mediawet stellen. Het Commissariaat mag een activiteit slechts achteraf aan deze bepalingen toetsen. Om toetsing mogelijk te maken heeft het Commissariaat in zijn

‘Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep 1999’ bepaald dat publieke omroepen hun nevenactiviteiten melden bij het Commissariaat zodra met het verrichten daarvan wordt begonnen. Het Commissariaat houdt een Register Nevenactiviteiten bij waarin de gemelde activiteiten worden opgenomen. Dit Register is openbaar, waardoor mogelijke derde-belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld om kennis te nemen van de nevenactiviteiten van de publieke omroepen. Het Register is te raadplegen op het kantoor van het Commissariaat en medio 2000 ook via de Internetsite van het Commissariaat (www.cvdvm.nl). Een overzicht van de tot op heden verrichte meldingen is gepubliceerd in de *Staatscourant*. Nieuwe meldingen zullen periodiek eveneens gepubliceerd worden in de *Staatscourant* alsmede in het blad van het Commissariaat *Comedia*.

Stcrt. 2000, 33, p. 20

Negatieve gevolgen afschaffing omroepbijdrage voor tweeverdieners

Sinds de afschaffing van de omroepbijdrage komen bij de Dienst Omroepbijdragen reacties binnen over de eindnota. Een klein deel van deze reacties gaat over de nadelige gevolgen die de afschaffing oplevert in een concrete situatie, zoals bij tweeverdieners. In een brief aan de Tweede kamer geeft minister Zalm uitleg over deze kwestie in reactie op de door de kamerleden Van Zuijlen en Van der Vlies gestelde vragen in het orde debat van 8 februari 2000. De minister geeft aan dat het Belastingplan 2000 uit verschillende maatregelen bestaat, waaronder het afschaffen van de omroepbijdrage. De afschaffing kan in het geval van tweeverdieners een kleine lastenverzwaring betekenen. Deze lastenverzwaring wordt echter gecompenseerd door een aantal lastenverlichtende maatregelen uit het Belastingplan. Het geheel van maatregelen uit het Belastingplan leidt voor alle inkomensgroepen tot een lastenverlichting, voor de ene groep een wat grotere dan voor de andere groep. Een aparte voorlichting over bovenstaande kwestie ligt volgens de minister niet in de rede.

Kamerstukken II 1999/2000, 26 707, nr. 19

Omroepen en auteursrecht

Het Tweede-Kamerlid Atsma (CDA) heeft aan de Minister van Economische Zaken vragen gesteld naar aanleiding van het artikel ‘Omroepen pikken je auteursrecht in’, waarin liedjes- en reclamecomponist Tonny Eyk zijn beklag doet over gedwongen winkelnering van componisten bij omroepen. De Minister deelt het volgende hierover mee. Componisten kunnen bij aanvaarding van een opdracht van omroepverenigingen en zendgemachtigden, maar ook van productie-maatschappijen, de verplichting opgelegd krijgen om muziek door een aan hen gelieerde muziekuitgeverij te doen uitgeven. Het gevolg hiervan is dat de muziekuitgeverij een deel van de royalty's van de componist krijgt. Partijen dienen hierbij uiteraard binnen de grenzen van de wetgeving te blijven. De Minister kan niet beoordelen of hierdoor oneigenlijke druk op jonge componisten wordt uitgeoefend. De NMa heeft over deze kwestie of een soortgelijke kwestie nog niet geoordeeld. Als een componist meent dat er sprake is van overtreding van de Mededingingswet door omroeporganisaties of zendgemachtigden, dan kan hij een klacht indienen bij de NMa.

Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 752

Vergunning dagbladovername Wegener Arcade/VNU

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft vergunning verleend voor de overname van de VNU-dagbladen door Wegener Arcade onder de voorwaarde dat Wegener een aantal maatregelen treft om mededingingsproblemen te voorkomen. Om de economische machtspositie van de nieuwe combinatie in de regio Gelderland op te heffen dient Wegener de *Amhemse Courant* en de meeste edities van het *Gelders Dagblad* af te stoten. Het afstoten van de *Provinciale Zeeuwse Courant* acht de NMa disproportioneel omdat het overlagebied met het *De Stem/Brabants Nieuwsblad* veel beperkter van omvang is. Wegener dient het onafhankelijk voortbestaan van beide titels te garanderen. Wegener dient ook te garanderen dat het geen duurzame zeggenschap zal verwerven in *De Limburger*. In verband met Wegeners positie op de markt voor advertenties in lokale en regionale bladen –waar het aandeel van Wegener na de overname ruim boven de 50% komt te liggen–dient Wegener voorts een deel van de huis-aan-huisbladen af te stoten. Tenslotte heeft Wegener de garantie moeten geven dat de contracten met het VNU-persbureau ZOP/VNU zullen worden uitgediend.

Persbericht NMA d.d. 13 maart 2000; www.nma-org.nl

Tarieven kerktelefonie

Er is bij gebruikers van de kerktelefoon grote onrust ontstaan over de enorme tariefverhoging van 7 gulden naar 49 gulden voor deze dienst. Kamerlid Eurlings (CDA) stelt naar aanleiding hiervan vragen aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat. Minder draagkrachtigen die vaak gebruik maken van deze dienst zijn de dupe van deze door de OPTA voorgeschreven verhoging. De Staatssecretaris benadrukt dat er in Nederland een sociaal zorgsysteem bestaat dat erop is gericht te voorkomen dat minder draagkrachtigen in een sociaal isolement terecht komen. De Staatssecretaris wijst erop dat in dit verband geen contractuele relatie bestaat tussen KPN Telecom en individuele gebruikers van kerktelefoniediensten. Het zijn de kerkgemeentes die contracten afsluiten met KPN Telecom en daardoor verantwoordelijk zijn voor het al dan niet doorberekenen van de kosten voor kerktelefonie voor de individuele gebruikers. Elk initiatief dat door bedrijven wordt ontplooid waarbij de maatschappelijke verantwoordelijkheid voorop staat is op zichzelf toe te juichen. Daarbij moet wel rekening gehouden worden met ongewenste (neven)effecten. KPN heeft onderzoek gedaan naar betaalbare alternatieven voor kerktelefonie, en geconcludeerd dat de kosten daarvan hoger zijn dan de marge van 36-46 gulden die door OPTA is berekend. Op de vraag of de Staatssecretaris bereid is om maatregelen te treffen om te zorgen voor een goede toegang tot de kerktelefoon, antwoordt hij dat iedere burger in beginsel toegang kan krijgen tot deze voorziening. Hij herhaalt dat de verantwoordelijkheid bij de kerkgemeente ligt die het contract afsluit.

Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 789

Tijdelijke regeling aftappen 2000

De Tijdelijke regeling aftappen openbare telecommunicatienetwerken en -diensten 2000 is een regeling van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat ter uitvoering van

de artikelen 2, onder b, 3 en 4 van het Besluit aftappen openbare telecommunicatienetwerken- en diensten. Met deze regeling worden de openbare telecommunicatienetwerken en -diensten aangewezen waarvoor de regeling geldt. Tevens worden met deze regeling de aftapcapaciteit en technische eisen vastgesteld. De circulaire van de Staatssecretaris Uitvoering verplichtingen artikelen 13.1 en 13.2 van de Telecommunicatiewet (zie *Mediaforum* 2000-2, p.49) vervalt door deze regeling en wordt ingetrokken.

Stcrt. 2000, 41, p. 8 en 9

De Nieuwe Omroep

Naar aanleiding van een bericht in het *Algemeen Dagblad* van 2 februari 2000 zijn kamervragen gesteld aan staatssecretaris Van der Ploeg over de financiering van de ‘Nieuwe Omroep’ (DNO) door Novamedia BV, Endemol en World On Line. De staatssecretaris antwoordt dat een onderzoek naar en een beoordeling van de rol die derden spelen bij DNO pas relevant wordt als een eventuele aanvraag voor een voorlopige erkenning als omroepvereniging is ingediend. Organisaties die in aanmerking willen komen voor de status van aspirant-omroep en zich nog in de voorbereidende fase bevinden, zijn nog niet te beschouwen als omroepverenigingen die onder de toepassing vallen van de Mediawet. Wel kunnen de verenigingsrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek beperkingen aan de activiteiten opleggen. In beginsel is het een vereniging toegestaan om financiële banden te hebben met derden, bijvoorbeeld in het kader van sponsoring. Zodra een organisatie als omroepvereniging toetreedt tot de publieke omroep, is de Mediawet volledig van toepassing. Reeds bij de beoordeling van een aanvraag voor een (voorlopige) erkenning als omroepvereniging wordt door het Commissariaat van de Media getoetst aan het beginsel van non-commercialiteit en de mediawettelijke bepalingen.

Aanhangsel Handelingen II 1999/2000, nr. 802

Nationaal Frequentieplan

In het Nationaal Frequentieplan (NFP) formuleert de overheid haar algemene frequentiebeleid en -beheer. Het NFP is in feite een bestemmingsplan waarop de daadwerkelijke vergunningverlening is gebaseerd. Het voornemen bestaat om het NFP gedeeltelijk te wijzigen met als doel het NFP te actualiseren. De voorgenomen wijziging betreft het radioprofiel, de bestemming, het beleid ten aanzien van de vergunningverlening en annex II (de frequentietabel). Voorgesteld wordt om de Europese variant Universal Mobile Telecommunication System (UMTS) te vervangen door het algemenere, wereldwijd gangbare radioprofiel International Mobile Telecommunication System, IMT-2000. Samenhangend met de voorgestelde wijziging van het radioprofiel wordt voorgesteld een gedeelte van de frequentie die nu voor defensiedoeleinden is gereserveerd, ook te bestemmen voor IMT-2000. De vergunningverlening zal gebeuren door middel van een velling of een vergelijkbare toets in verband met de verwachte schaarste aan frequentieruimte. Reacties van belanghebbenden worden meegenomen in de beleidsafweging bij het nemen van een besluit. Het besluit zal, nadat overleg heeft plaatsgevonden met het Overlegorgaan Post en Telecommunicatie (OPT), worden gepubliceerd in de *Staatscourant*.

Stcrt. 2000, 48, p. 16

Richtsnoeren aanmerkelijke marktmacht · OPTA

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) heeft richtsnoeren gepubliceerd die aangeven op welke wijze het college voornemens is om telecombedrijven aan te wijzen als aanbiders met aanmerkelijke marktmacht. Doel van dit instrument is het bevorderen van het ontstaan van concurrerende markten voor telecommunicatie. De mededinging in de telecommunicatiesector wordt primair beheerst door de betreffende bepalingen uit de Telecommunicatiewet. Het algemene mededingingsrecht speelt een aanvullende rol. Op grond van artikel 6.4, eerste en derde lid Telecommunicatiewet zal het college een aanbieder met een marktaandeel van meer dan 25% in beginsel aanwijzen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht. Het marktaandeel zal in beginsel berekend worden aan de hand van de omzet. Het college van de OPTA zal de toepassing van het instrument ter zake van aanmerkelijke marktmacht beoordelen in het licht van de ontwikkelingen van de telecommunicatiemarkt. Elke telecommunicatie-onderneming die is aangewezen als aanbieder met aanmerkelijke marktmacht (AMM) wordt verplicht om concurrenten toegang te verlenen tot hun net, waarbij ze aan een aantal voorwaarden moeten voldoen. Verder moeten tarieven van AMM’s kostengeörienteerd zijn. Op de markt voor mobiele telefonie zijn KPN en Libertel als AMM aangewezen; het aanwijzingsbesluit van Libertel staat in de ijskast na bezwaar van Libertel bij de rechter. Op de markt voor vaste openbare telefonie en de huurlijnenmarkt is KPN de enige met kwalificatie AMM.

Stcrt. 2000, 48, p. 20

Definities Postrichtlijn en Postwet

Staatssecretaris De Vries heeft in een brief aan de Tweede Kamer megedeeld wat onder de begrippen brieven(post), direct mail, en drukwerk valt. Op grond van de EU-postrichtlijn wordt onder *brievendienst* verstaan: ‘een op enigerlei fysieke drager aangebrachte schriftelijke mededeling die wordt vervoerd en besteld op het door de afzender op de zending zelf of op de omslag daarvan vermeld adres’. Boeken, catalogi, kranten en tijdschriften worden niet als brievenpost aangemerkt. Onder *direct mail* verstaat deze richtlijn: ‘een mededeling die uitsluitend uit reclame-, marketing- of publiciteitsmateriaal bestaat en die dezelfde boodschap bevat, met uitzondering van de naam, het adres en het identificatienummer van de geadresseerde, alsmede andere veranderingen die de aard van de boodschap niet wijzigen, die aan een aanzienlijk aantal geadresseerden wordt toegezonden met het oog op vervoer naar en bestelling op het adres dat de afzender op de eigenlijke zending of op de verpakking ervan heeft vermeld.’ Op grond van de huidige Postwet zijn *brieven*: ‘bescheiden en schriftelijke mededelingen, al dan niet verpakt, met uitzondering van die welke door toepassing van druk- of andere vermenigvuldigingstechnieken in een aantal geheel met elkaar overeenstemmende exemplaren ter verspreiding zijn vervaardigd en waarin, behoudens de adressering, geen bijvoegingen, doorhalingen of aanduidingen zijn aangebracht.’ *Drukwerken* zijn op grond van het Postbesluit: ‘bescheiden en schriftelijke mededelingen, al dan niet verpakt, die door toepassing van druk- of andere vermenig-

vuldigingstechnieken in een aantal geheel met elkaar overeenstemmende exemplaren ter verspreiding zijn vervaardigd en waarin, behoudens de adressering, geen bijvoegingen, doorhalingen of aanduidingen zijn aangebracht’.

Kamerstukken II 1999/2000, 24 036, nr. 153

NMa-besluit inzake programmagegevens

Zie *Mediaforum* 2000-3, p. 82. Dit besluit is nu ook gepubliceerd in de Staatscourant.

Stcrt. 2000, nr. 38, p. 37

Agenda

Agenda

· **Journalistieke cultuur in de twintigste eeuw.** Conferentie over de ontwikkeling van de journalistieke cultuur in de twintigste eeuw. Organisatie: Erasmus Universiteit, Universiteit van Amsterdam en Rijksuniversiteit Groningen i.s.m. Vereniging Geschiedenis Beeld & Geluid en Nederlandse Vereniging van Journalisten. Centrale thema’s: journalistieke cultuur & politieke cultuur (26 juni), stijlen & genres in de omroep en de schrijvende journalistiek (27 juni). Sprekers o.a. James Carey en James Curran. Locatie: Amsterdam, Koninklijke Akademie, Universiteit van Amsterdam, De Balie. 26-28 juni 2000. Informatie & aanmelding: http://www.eur.nl/ fhk/conjourn, e-mail: conjourn@fhk.eur.nl, Conferentie Journalistiek, FHKW, Erasmus Universiteit, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam.

· **PAO-cursus Telecommunicatierecht.** Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden. Aan de orde komen o.m. mobiele en satellietcommunicatie, vaste infrastructuur en nummers, interconnectie en bijzondere toegang. Sprekers o.m. J.A. Tempelman, S.C. Huisjes en S.J.H. Gyraht. 12, 19 en 16 april van 15.00-21.15 uur. 12 punten NOvA. Prijs f2.275,- incl. cursusmateriaal en diners. Informatie & aanmelding tel. 071-527 8666, fax 071-527 7732.

· **Privacybescherming van de klant als onderdeel van kwaliteitsbeleid en marketingstrategie.** Tweedaags seminar van het Institute for International Research op 30 en 31 mei 2000. Radisson SAS Hotel Amsterdam. Prijs f 2.995,-. Informatie: tel. 020-305 5018, email: e.silvius@iir-con.nl.

· **Gastcollege professor Lawrence Lessig.** Op woensdag 17 mei geeft professor Lawrence Lessig, hoogleraar aan het Berkman Center voor Internet and Society van de Harvard Law School, een eenmalig gastcollege aan de Universiteit van Amsterdam. Prof. Lessig is één van Amerika’s bekendste experts op het gebied van *CyberLaw*. Zijn recente boek ‘Code and Other Laws of Cyberspace’ (zie http://code-is-law.org) heeft wereldwijd grote aandacht getrokken. Woensdag 17 mei, 19.00-20.00 uur. Faculteit der rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam, Oudemanshuispoort 4-6. Aanmelding & informatie: prof.mr. P.B. Hugenholtz, Instituut voor Informatierecht, e-mail: hugenholtz@jur.uva.nl.

· **IViR International Copyright Law Sum mer Course.** Instituut voor Informatierecht UvA. Docenten: Dr. J. Gaster, Dr. D. Gervais, Prof. J. Ginsburg, Mr L.M.C.R. Guibault, Prof. P.B. Hugenholtz, Prof. P. Samu-

elson, en T. Vinje. Amsterdam, Golden Tulip Doelen Hotel; 9-15 juli 2000. Max. 20 deelnemers. Prijs f3.600. Informatie & aanmelding: Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs (UvA), Postbus 1030, 1000 BA Amsterdam, tel. 020- 525 3407, fax 020-525 3307.

· **Nieuw Privacyrecht.** PAO-cursus Eggens Instituut (UvA). Docenten: mr N.J. Koster (Clifford Chance), mr H.H. de Vries (Registratiekamer), mr. E. Schreuders (KUB), mr. J. Nouwt (KUB). Doelen Hotel, Nieuwe Doelenstraat 24, Amsterdam. 10 mei en 14 juni, 14.00-20.00 uur. Prijs f1.250,-, 10 punten NOvA.

· **Recente ontwikkelingen in het media- en communicatierecht.** PAO cursus Instituut voor Informatierecht (UvA), Molengraaff Instituut voor Privaatrecht (UU) i.s.m. Eggens Instituut (UvA). Docenten: prof. F.W. Grosheide, prof. J.J.C. Kabel, prof. G.A.I. Schuijt. 24 mei 2000. The Grand, Oudezijds Voorburgwal 197 Amsterdam. 24 mei 2000, 13.30-17.30. Prijs f525,-, 3 punten NOvA.

· **Buitenlandse blikken op de Nederlandse kabel.** Voorjaarsvergadering VMC, gewijd aan de binnenkort te verschijnen Tweede Kabelnotitie. Sprekers uit België (Uyttendaele en Valcke van de Universiteit Leuven) en Duitsland (Helberger, IvIR) werpen aan de hand van het eigen nationale recht een blik op de Nederlandse juridische situatie. Inleiding mr Hobbelen. Onderwerpen o.m. paketsamenstelling, noodzaak overheidsregulering, consumentenbescherming (privacy, decoders), medededingsproblematiek. CableXperience, Den Haag, 12 mei 2000. Aanvang wetenschappelijk gedeelte: 14.00 uur. Informatie & aanmelding: secretaris VMC, mr. L.F. Asscher, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, tel. 020-525 3327, email: asscher@jur.uva.nl De vergadering is tegen een vergoeding ook toegankelijk voor niet leden.

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

· **Juridische aspecten van Internet.** PAO Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk Erasmus Universiteit. Docenten: mr. P. Kleve, prof. mr. R.V. de Mulder MBA. Expoen Congressentrum Erasmus Universiteit Rotterdam. 11 en 18 mei, 16.00-21.30 (onderbroken voor diner 18.15-19.15). Prijs f1.050,- inc. cursusmateriaal en diners. 8 punten NOvA. Informatie & aanmelding: Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk Erasmus Universiteit, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, tel. 010-408 1597, fax 010-453 0309.

· **Internet voor juristen.** PAO Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk Erasmus Universiteit. Docenten (werkcolleges met

computer): J.P. van der Landen, prof. mr. R.V. de Mulder MBA, ing. W.R. Renden, mr. J.G.I. van der Wees. L-Gebouw (PC-zaal) Erasmus Universiteit Rotterdam. 17 en 24 mei, 17.30-22.00 (ontvangst vanaf 17.00 uur met broodmaaltijd). Prijs f1.295,- inc. cursusmateriaal en diners. 8 punten NOvA. Max. 20 deelnemers. Informatie & aanmelding: Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk Erasmus Universiteit, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, tel. 010-408 1597, fax 010-453 0309.

· **Automatiseringsovereenkomsten en detachering.** PAO Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk Erasmus Universiteit. Docenten: mr. P. Kleve, mr. P.C. van Schelven. Expo- en Congressentrum Erasmus Universiteit Rotterdam. 22 juni, 16.00-21.30 (onderbroken voor diner 18.15-19.15). Prijs f595,- inc. cursusmateriaal en diner. 4 punten NOvA. Informatie & aanmelding: Opleidingscentrum voor Recht en Praktijk Erasmus Universiteit, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, tel. 010-408 1597, fax 010-453 0309.

Verschenen

Verschenen

P. Beyer, *Ausstellungsrecht und Ausstellungsvergütung*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2000. ISBN 3 7890 6548 X, 156 p., DM 48,-

P.B. Hugenholtz (ed.), *Copyright and elecronic commerce. Legal aspects of elecronic copyright management*, The Hague: Kluwer Law International 2000. ISBN 90 411 9785 0, 304 p., f195,-

R.A. Lawson & E. Myer (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000. Bijzondere aflevering* NJCM-Bulletin *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* (Jaargang 25, nummer 1), Leiden: NJCM-Boekerij 2000. ISBN 90 6750 038 0, 644 p.

Legal guide to Audiovisual Media in Europe. Recent legal developments in broadcasting, film, telecommunication and the global information society in Europe and neighbouring states, Straatsburg: European Audiovisual Observatory 2000. ISBN 92 871 4161 4, 250 p., f60,- (http://www.obs.coe.int)

J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis & G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000 (3^e sterk gewijzigde druk). ISBN 90 7572 796 8, 360 p., f 85,-

V. Nelson, *The Law of Entertainmnet and Broadcasting*, London: Sweet & Maxwell 2000. ISBN 0 421 65020 6, 556 p., f518,25

D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Inleiding en parlementaire geschiedenis Databankenwet*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999. ISBN 90 5454 077 X, 159 p., f45,-

D.J.G. Visser, *Internet Domeinnamen en website content*, Alphen aan den Rijn: Samsom 2000. ISBN 90 14 06285 0, 101 p., f59,-

D.J.G. Visser, *Auteursrecht en nieuwe diensten van kabelbedrijven*, Den Haag: VECAI 2000. 71 p.

J.G.L. van der Wees & W.G. Renden, *Internet voor Juristen. Jaarboek 2000*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 268 3471 3, 237 p., f82,50

nr. 23 SNA & Bom vs. KRO & Van den Heuvel

Hof Amsterdam 27 januari 2000

Gerechtshof te Amsterdam - derde meervoudige burgerlijke kamer
rolnummer 734/98

Arrest in de zaak van:

1 de stichting *Stichting Nederland-Amerika*, gevestigd te ‘s-Gravenhage,
2 *Abraham Pieter Bom*, wonende te [...],
appellanten, procureur: mr. E. J. Kasker,
tegen
1 de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging *Katholieke Radio
Omroep*, gevestigd te Hilversum,
2 *Aad van den Heuvel*, wonende te [...],
geïntimeerden, procureur: mr. K.Th. M. Stöpetie.

1 Het geding in hoger beroep

Appellanten, SNA en Bom, zijn bij exploit van 11 juni 1998 in hoger
beroep gekomen van een vonnis dat door de arrondissementsrecht-
bank te Amsterdam onder rolnummer H 95.0909 tussen partijen is
gewezen en dat is uitgesproken op 29 april 1998, met dagvaarding van
geïntimeerden, hierna, behoudens in het dictum, tezamen in enkel-
voud aan te duiden als de KRO, voor dit hof.

Bij memorie, met producties, hebben SNA en Bom tegen genoemd von-
nis 19 grieven aangevoerd en geconcludeerd –zakelijk– dat het hof het
vonnis waarvan beroep zal vernietigen en de vorderingen van SNA en
Bom alsnog zal toewijzen, met veroordeling van de KRO in de kosten
van beide instanties.

De KRO heeft bij memorie van antwoord de grieven van SNA en Bom
bestreden en geconcludeerd –zakelijk– dat het hof bij arrest, uitvoer-
baar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen met ver-
oordeling van SNA en Bom in de kosten van, naar het hof begrijpt, het
hoger beroep.

Partijen hebben hun zaak bij het hof doen bepleiten. Voor SNA en Bom
is gepleit door mr. drs. D.H. Sterke, advocaat te Rotterdam en voor de
KRO door mr. E. M. Polak, advocaat te Amsterdam. Mr. Sterke heeft ter
terechtzitting van het hof een videoband met een deel van de aflevering
van 11 december 1994 van het KRO-televisieprogramma ‘Ook dat nog’
getoond. Mr. Polak heeft een videoband met een deel van de uitzending
van 12 juni 1987 van het televisieprogramma ‘Tros Aktua’ getoond. SNA
en Bom hebben bij gelegenheid van het pleidooi bij akte nog stukken in
het geding gebracht.

Vervolgens hebben partijen de stukken van het geding in beide instan-
ties overgelegd aan het hof voor het wijzen van arrest. De inhoud van al
deze stukken geldt als hier ingevoegd. Op verzoek van het hof en met
goedvinden van de KRO hebben SNA en Bom ook de desbetreffende
videoband van ‘Ook dat nog’ overgelegd.

2 De grieven

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de memorie van
SNA en Bom.

3 De feiten

In overweging 1 sub a t/m j van het vonnis waarvan beroep heeft de
rechtbank een aantal feiten als ten processe vaststaand vermeld. Nu
tegen deze overweging geen grief is gericht, gelden de aldaar gememo-
reerde feiten ook het hof tot uitgangspunt.

4 Inleiding tot de behandeling van het hoger beroep

4.1 Bom heeft in 1982, samen met anderen, SNA opgericht. Doel van
SNA is het bevorderen van de vriendschappelijke, culturele en econo-
mische banden tussen Nederland en Amerika. SNA financiert haar acti-
viteiten uit bijdragen van donateurs en sponsors. Sedert 1986 ontvangt
Bom voor zijn werkzaamheden als voorzitter van SNA een salaris. Over
de maand oktober 1994 bedroeg dit salaris f8.150,- bruto. SNA heeft in
1986 voor f86.000,- een Rolls Royce van het bouwjaar 1976 aangeschaft.
De auto is bestemd voor representatieve doeleinden.

4.2 Een belangrijk onderdeel van de activiteiten van SNA vormt de
organisatie en financiering van programma’s voor Amerikaanse oor-
logsveteranen die betrokken waren bij de bevrijding van Nederland. In
mei 1985 heeft SNA in dat kader een grootscheepse manifestatie geor-
ganiseerd, waarbij veertig veteranen en hun partners door SNA in
Nederland zijn onthaald. Over de financiële afwikkeling van een en

ander is commotie in de pers ontstaan. Zo verscheen in de aflevering
van 30 mei 1987 van het Financieel Economisch Magazine (FEM) onder
de titel ‘Grote namen, groot geld, grote twijfels’ een kritisch artikel
over SNA en Bom. Hetzelfde gebeurde in een vrijwel gelijkluidend
hoofdartikel in Het Vrije Volk van 30 mei 1987. In artikelen in Het Vrije
Volk en Het Brabants Dagblad van begin juni 1987 wordt vervolgens
gesuggereerd dat Bom betrokken was bij een brandstichting in Veghel,
bij een brand bij discotheek Le Bateau in Rotterdam, bij bedreigingen
en bij een onderzoek van de BVD. Ook in de televisie-uitzending van
Tros Aktua van 12 juni 1987 zijn vraagtekens geplaatst bij de gang van
zaken bij SNA en bij de persoon van Bom.

4.3 SNA en Bom hebben in kort geding van FEM en Het Vrije Volk rec-
tificatie gevorderd. Deze vordering is door de president van de recht-
bank Amsterdam bij vonnis van 9 juni 1987 afgewezen. Vervolgens zijn
SNA en Bom tegen de uitgevers van FEM en van Het Vrije Volk alsmede
tegen de journalisten die de desbetreffende artikelen hebben geschre-
ven bij de rechtbank Den Haag een (bodem)procedure tot het verkrij-
gen van schadevergoeding gestart. In haar tussenvonnis van 10 februari
1993 heeft de rechtbank overwogen dat de vorderingen, voorzover deze
betrekking hebben op de hoofdartikelen van 30 mei 1987 in FEM en
Het Vrije Volk, aan SNA en Bom zullen worden ontzegd. Aan de uit-
geefster van Het Vrije Volk is bewijs opgedragen met betrekking tot de
juistheid van de berichtgeving inzake de bedreiging, brandstichting en
BVD-betrokkenheid van Bom. Het tussenvonnis is door het Hof Den
Haag bij arrest van 15 oktober 1996 bekrachtigd. Ingevolge de bewijs-
opdracht in het tussenvonnis heeft de rechtbank op 26 oktober 1998 de
getuige Kloppert gehoord. In contra-enquête is eveneens één getuige
gehoord. De zaak staat bij de rechtbank Den Haag voor conclusies na
getuigenverhoor.

4.4 Begin 1994 heeft SNA de organisatie ter hand genomen van een in
mei 1995 te houden manifestatie. Zij heeft daartoe op 24 januari 1994
het Nationaal Hulde Comité 1945-1995 (NHC) opgericht. SNA zou
wederom een aantal oorlogsveteranen vanuit Amerika naar Nederland
laten komen en daar wederom een groots gebeuren van maken. De
financiering van een en ander (met een voorlopig begrote kostprijs van
f5.750,- per veteraan) zou ditmaal voor een belangrijk deel geschieden
uit de opbrengst van een inzamelingsaktie door Nederlandse scholie-
ren. De leerlingen van deelnemende scholen die door NHC daartoe
waren benaderd ontvingen ieder tien acceptgirokaarten met de
opdracht deze uit te delen aan familieleden, buren en kennissen. De
deelnemende scholen zouden door een oorlogsveteraan worden
bezocht en de leerlingen die er in waren geslaagd om de hun uitgereik-
te tien accept-girokaarten alle ingevuld en wel bij NHC te laten bin-
nenkomen, zouden beloond worden met –onder meer– een waarde-
ringscertificaat.

4.5 Op 1 november 1994 ontvangt de KRO, ter attentie van ‘Ook dat
nog’, een brief van een lid van de Ouderraad van een deelnemende
school. In deze brief wordt de actie van NHC beschreven en wordt
gewezen op de relatie tussen SNA en NHC. Aan de KRO wordt gevraagd
of er bij haar meer informatie bekend is omtrent de organisatie van de
actie. Als bijlage bij de brief is een exemplaar van de tas meegezonden
die door NHC aan de deelnemende schoolkinderen was uitgereikt. De
tas bevat een brief van de leerkrachten van de desbetreffende school,
een brief van NHC aan de leerlingen en een aantal folders met accept-
girokaarten. Jeanette Nijeboer (hierna Nijeboer) van het programma
‘Ook dat nog’ start daarop een onderzoek naar SNA en Bom. Zo neemt
zij kennis van bovengenoemde videoband van de TROS-Aktua uitzen-
ding van 12 juni 1987 en raadpleegt zij te Veghel, ten huize van een
zekere Driessen die in het verleden bestuurslid was van de –met SNA
rivaliserende– Stichting Nederland-Verenigde Staten, een archief dat
deze omtrent SNA en Bom heeft aangelegd.

4.6 Op 16 november 1994 belt Nijeboer met Bom. Nijeboer stelt Bom
een aantal vragen omtrent de actie. Op de vraag van Bom of Nijeboer
het gesprek toch niet op de televisie gaat brengen, antwoordt Nijeboer
dat dit niet het geval is. Bom deelt desgevraagd mede dat 700 scholen
meedoen aan de actie, dat er al 400 kinderen bezig zijn en dat er al
behoorlijk veel geld binnen is. Nijeboer wijst erop dat in het door SNA
uitgegeven boekje met aanbevelingen namen voorkomen van personen
die zich hebben afgewend van SNA. Nijeboer memoreert dat SNA niet
beschikt over een steunwaardigheidsverklaring van het Centraal
Bureau Fondswerving. Voorts komt het FEM-artikel uit 1987 ter spra-
ke. Bom deelt mede dat de bodemprocedure tegen de journalisten,
FEM en Het Vrije Volk nog steeds loopt. Bom biedt aan om naar Hilver-
sum te komen en alle benodigde informatie te verschaffen. Nijeboer
wijst dit aanbod af. Nijeboer geeft Bom een fax-nummer om eventuele
nadere informatie door te geven.

4.7 In zijn brief van 17 november 1994 aan Nijeboer gaat Bom nader in
op de onderwerpen die in het telefoongesprek met Nijeboer aan de
orde zijn geweest. Bom besluit de brief met de mededeling dat hij te
allen tijde beschikbaar is voor het verstrekken van aanvullende infor-
matie. De KRO neemt echter geen verder contact op met Bom.

4.8 Vervolgens wordt in de uitzending van het satirisch consumenten-
programma van de KRO ‘Ook dat nog’ van 11 december 1994 een onder-
deel gewijd aan de scholierenactie van SNA en Bom. Er wordt onder
meer aandacht besteed aan het salaris van Bom, de Rolls Royce, de hoge
kosten van de actie, het afhaken van prins Bernard als lid van het
Comité van Aanbeveling, het ontbreken van een verklaring van steun-
waardigheid van het CBF en aan de inhoud van het FEM-artikel uit
1987. Voorts wordt in de uitzending melding gemaakt van dreig-tele-
foontjes en brandbommen bij medewerkers van FEM. Tijdens het op
die melding aansluitende (laatste) deel van de uitzending wordt rook
zichtbaar.

4.9 Terwijl de scholierenactie aanvankelijk een groot succes leek te wor-
den (op 1 juli 1994 hadden al 755 scholen ingeschreven en werd gere-
kend op een opbrengst van f2.820.000,- waarvoor 377 veteranen kon-
den worden onthaald), stort de actie na de uitzending van ‘Ook dat nog’
van 11 december 1994 in. Diverse scholen die deelneming hadden toe-
gezegd, haken alsnog af. Sponsors en donateurs trekken zich terug. Dit
neemt niet weg dat de actie, naar Bom bij gelegenheid van het pleidooi
in hoger beroep heeft verklaard, uiteindelijk toch nog ruimschoots
meer dan f600.000,- heeft opgebracht. In mei 1995 heeft HNC daarvan
16 veteranen en hun partners naar Nederland laten komen.

4.10 SNA en Bom stellen dat de KRO door bovengenoemde uitzending
van ‘Ook dat nog’ onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens hen zijn er in
het desbetreffende programma-onderdeel beweringen gedaan die niet
kloppen met de feiten, is er sprake van verdachtmakingen en beledi-
gingen en heeft de KRO inbreuk gemaakt op de privacy van Bom. Daar-
door is de actie mislukt en hebben zowel SNA als Bom schade geleden.
Zij vorderen vergoeding van die schade.

4.11 De rechtbank heeft de vorderingen van SNA en Bom afgewezen.

5 Behandeling van de grieven

5.1 De grieven strekken ten betoge dat de KRO de grenzen van het rech-
tens toelaatbare heeft overschreden door de wijze waarop in de bewus-
te uitzending van ‘Ook dat nog’ aandacht is besteed aan SNA en Bom.
Met de uitlatingen over SNA en Bom zowel door de inhoud daarvan als
door de wijze van presentatie, zou de KRO aan SNA en Bom op onrech-
matige wijze schade hebben toegebracht.

5.2 SNA en Bom voeren meer specifiek aan dat de KRO niet de oude fei-
ten uit de artikelen in FEM en Het Vrije Volk van 30 mei 1987 had
mogen oprakelen (grief 2 en 3), dat sommige feiten schromelijk zijn
overdreven (grief 5, 6 en 7), dat ten onrechte de suggestie wordt gewekt
dat Bom iets met bedreiging en brandstichting te maken heeft (grief 8,
9 en 10) en dat de activiteiten van SNA en Bom worden geassocieerd met
het optreden van de nazi’s. Die suggesties maken, volgens Bom, dat de
uitzending nodeloos grievend jegens hem was (grief 13 en 17). Voorts
betogen SNA en Bom dat het kader van een satirisch consumentenpro-
gramma het optreden van de KRO geenszins rechtvaardigt (grief 4 en
11). Er was ook geen sprake van financiële onbetrouwbaarheid waar het
publiek voor gewaarschuwd moest worden (grief 1, 12 en 14). Volgens
SNA en Bom heeft t de KRO onvoldoende onderzoek gedaan naar de
juistheid van de gepresenteerde feiten en heeft zij het recht op weder-
hoor geschonden door Bom slechts eenmaal te woord te staan (grief 16).
Bovendien heeft de KRO in dat ene telefoongesprek geen open kaart
gespeeld (grief 18). Tenslotte nemen SNA en Bom het de KRO kwalijk
dat deze de Stichting Nederland-Verenigde Staten bij het publiek heeft
aanbevolen zulks ten detrimente van SNA (grief 15).

5.3 Hieromtrent geldt het volgende.

5.4 Bij de beoordeling van de handelwijze van de KRO geldt als uit-
gangspunt dat de KRO het recht heeft, met het oog op het belang van
een vrije nieuwsgaring en nieuwsverspreiding, haar mening in de door
haar geproduceerde televisieprogramma’s te uiten op de door haar
gekozen wijze. Deze uitingsvrijheid is echter niet onbegrensd. Zij is
met name beperkt door de rechten en belangen van anderen, zoals te
dezen het recht van SNA en Bom op bescherming van hun eer en goede
naam. Bij de beantwoording van de vraag of de uitlatingen van de KRO
rechtens toelaatbaar zijn, dienen bovengenoemde rechten en belangen
van de KRO enerzijds en SNA en Bom anderzijds zorgvuldig tegen
elkaar te worden afgewogen.

5.5 De omstandigheid dat de KRO de onderhavige uitingen deed in een
informatief, opiniërend en satirisch consumentenprogramma, speelt
bij deze belangenafweging in zoverre een rol dat de KRO in dat kader
de ruimte toekomt om te overdrijven en met bepaalde feiten en
omstandigheden te spotten, ook indien zulks in de gegeven omstan-
digheden botst met de rechten en belangen van SNA en Bom. Dit bete-
kent echter niet dat de KRO die rechten en belangen mag negeren door
nodeloos grievende uitlatingen te doen. Het satirisch kader van de uit-
zendingen vormt evenmin een rechtvaardiging voor een verdraaiing
van de feiten, voor ongefundeerde verdachtmakingen of voor een
schending van het recht van SNA en Bom op wederhoor.

5.6 Wat de feiten betreft die in de artikelen in FEM en Het Vrije Volk
van 30 mei 1987 met betrekking tot SNA en Bom staan vermeld, is het
hof van oordeel dat het de KRO vrij stond om deze in de onderhavige
uitzending aan de orde te stellen. Het ging immers om de beschrijving
van de gang van zaken bij de veteranen-manifestatie in 1985, welke fei-
ten in 1994, ten tijde van de onderhavige uitzending van ‘Ook dat nog’,
opnieuw actueel waren. Nu SNA en Bom in 1994 doende waren een ver-
gelijkbare manifestatie te organiseren, maar dan op veel groter schaal
en met inschakeling van ruim 14.000 schoolkinderen, had de KRO het
volste recht zich in die feiten uit het verleden te verdiepen en het
publiek aan de gebeurtenissen uit 1985 te herinneren.

5.7 Tot die gebeurtenissen behoorde niet alleen het feestelijke onthaal
van veertig veteranen en hun partners, maar ook de kritiek op de finan-
ciële afwikkeling van een en ander, zoals destijds geuit in FEM, Het
Vrije Volk en TROS-Aktua. Het enkele feit dat de bodemprocedure tus-
sen SNA en Bom enerzijds en de uitgevers en journalisten anderzijds
nog niet is afgerond, betekent niet dat de KRO zich van mededelingen
omtrent de geuite kritiek zou dienen te onthouden. Dit geldt met
name voor gegevens uit de hoofdartikelen van 30 mei 1987 in FEM en
Het Vrije Volk, waarvan de rechtbank Den Haag bij –in zoverre onher-
roepelijk– vonnis van 15 oktober 1996 heeft geoordeeld dat zij niet
onrechtmatig zijn.

5.8 Het hof is voorts, zoals gezegd, van oordeel dat een zekere mate van
overdrijving bij de weergave van die feiten is toegestaan. Dit betekent
dat noch het aandikken van de prijs van de Rolls Royce die SNA zich
heeft aangeschaft, noch het vermelden van de door SNA en Bom in een
eerdere procedure gevorderde dwangsom met de toevoeging ‘per uur’
in plaats van ‘per dag of per keer’, in de gegeven omstandigheden als
onrechtmatig is aan te merken. Ook acht het hof in het kader van een
programma als ‘Ook dat nog’ toelaatbaar dat bepaalde onderwerpen op
een enigszins suggestieve wijze onder de aandacht van het publiek
worden gebracht.

5.9 Dit betekent dat de grieven 1 t/m 7, 11, 12, 13, 14 en 17 alle falen. Voor-
zover SNA en Bom met grief 1 betogen dat in rechtsoverweging 7 van
het bestreden vonnis het daar omschreven oordeel van de KRO over
SNA door de rechtbank wordt onderschreven, berust zulks op een ver-
keerde lezing van de desbetreffende overweging. Daarin valt immers
slechts te lezen dat, indien hetgeen de KRO aan SNA verwijt op waar-
heid zou berusten, sprake zou zijn van een ernstige misstand.

5.10 De grieven 8, 9 en 10 hebben betrekking op de dreigementen die
zouden zijn geuit egens personen die aan het FEM artikel hebben mee-
gewerkt en de brandbommen die bij redacteuren van FEM zouden zijn
geplaatst.

5.11 Het hof is van mening dat de KRO met de vermelding van die ver-
denking jegens Bom, die in de uitzending extra nadruk krijgt doordat
onmiddellijk daarna rook over het scherm kringelt, over de schreef is
gegaan. De genoemde verdenking is ontleend aan publicaties in Het
Vrije Volk en Het Brabants Dagblad uit juni 1987, waarvan de juistheid
ter discussie staat. De rechtbank Den Haag heeft bij meergenoemd tus-
senvonnis van 10 februari 1993 aan de uitgever van Het Vrije Volk en,
aan de desbetreffende journalisten juist op dit punt een bewijsop-
dracht gegeven. Nu in die procedure nog geen eindvonnis is gewezen
en Bom van meet af aan elke betrokkenheid bij de gestelde bedreiging
en brandstichting heeft ontkend, stond het de KRO niet vrij om in het
kader van de onderhavige uitzending de associatie te wekken dat er
verband bestaat tussen de persoon van Bom en dreig-telefoontjes en
brandbommen.

5.12 De KRO voert nu wel aan dat zij op de juistheid van de informatie
mocht vertrouwen nu deze voortkwam uit openbare bronnen als De
Volkskrant, Elsevier en TROS-Aktua, terwijl voorts in de uitzending
het verband tussen Bom en bedreiging dan wel brandstichting nergens
als een vaststaand feit wordt gepresenteerd, maar dit betoog kan haar
niet baten. Het gaat om een ernstige verdachtmaking, die op indrin-

gende wijze is gepresenteerd en die, dat had ook de KRO kunnen en moeten beseffen, ernstige schade zou toebrengen aan de eer en goede naam van Bom. Door deze verdachtmakingen kritiekloos over te nemen uit zeven jaar oude bronnen die zich baseerden op krantenartikelen uit 1987 waarvan de juistheid nog steeds niet vaststaat en door zich op geen enkele wijze te verdiepen in de gegrondheid van de jegens Bom geuite beschuldigingen, heeft de KRO wel degelijk onzorgvuldig en derhalve onrechtmatig jegens SNA en Bom gehandeld.

5.13 In zoverre zijn de grieven 8, 9 en 10 gegrond.

5.14 Daar komt bij dat de KRO op flagrante wijze het recht van SNA en Bom op weerwoord heeft geschonden. De KRO heeft in totaal slechts eenmaal contact met Bom op genomen. In het desbetreffende telefoon-gesprek van 16 november 1994 heeft de redactrice van ‘Ook dat nog’, Nijeboer, Bom misleid door ontkennend te antwoorden op zijn vraag of een en ander op de televisie zou worden gebracht. Nijeboer heeft niet willen zeggen waar zij haar informatie vandaan had en zij heeft het aanbod van Bom om naar Hilversum te komen en een uitleg te geven, afgewezen. Nijeboer heeft aan Bom weliswaar een faxnummer gegeven voor een nadere beantwoording van de in het gesprek van 16 november 1994 aan de orde gestelde vragen, maar op de uitvoerige brief die zij daarop van Bom ontving, heeft zij niet gereageerd. Dit stilzwijgen is des te kwalijker nu Bom er in genoemde brief op aandringt om de informatie die Nijeboer door derden is aangereikt op betrouwbaarheid te verifiëren en hij zich voorts nogmaals bereid verklaart om zelf aanvullende informatie te verschaffen.

5.15 Het hof is van oordeel dat de KRO, door SNA en Bom aldus de kans te ontnemen voor de uitzending hun visie te geven op hetgeen de KRO openbaar wenste te maken met betrekking tot de gang van zaken bij SNA en de persoon van Bom, onrechtmatig jegens SNA en Bom heeft gehandeld. Zulks geldt te meer nu de onderwerpen waar de KRO in de uitzending aandacht aan heeft besteed, slechts summier in het telefoongesprek van 16 november 1994 aan de orde zijn geweest.

5.16 In zoverre zijn ook de grieven 16 en 18 gegrond.

5.17 Grief 15 strekt ten betoge dat sprake is van een door de rechtbank miskend complot van derden tegen SNA en Bom.

5.18 Deze grief faalt om de enkele reden dat een dergelijk complot, wat daar verder ook van zij, geen betekenis heeft voor het antwoord op de onderhavige vraag of de handelwijze van de KRO jegens SNA en Bom door de beugel kan.

5.19 Grief 19 heeft geen zelfstandige betekenis en wordt om die reden niet behandeld.

6 Verdere behandeling van de zaak

6.1 Uit hetgeen hierboven bij de behandeling van de grieven is overwogen, volgt dat het hof van oordeel is dat de KRO onrechtmatig jegens SNA en Bom heeft gehandeld door de wijze waarop zij zich met de uitzending van ‘Ook dat nog’ van 11 december 1994 heeft geuit over SNA en Bom. Nu het hof de in dat oordeel besloten liggende begrenzing van de uitingsvrijheid noodzakelijk acht ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van SNA en Bom, is de door hen gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar.

6.2 SNA en Bom vorderen voorts een veroordeling tot betaling van alle door hen geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. De KRO heeft tegen die vordering aangevoerd dat eventuele door SNA en Bom geleden schade voor hun eigen rekening dient te blijven, nu zij niets hebben gedaan om de schade te beperken. De KRO wijst er met name op dat SNA en Bom in kort geding rectificatie hadden kunnen vorderen van de gestelde onrechtmatige uitlatingen van de KRO.

6.3 Dit verweer gaat niet op. De KRO heeft van meet af aan ontkend dat er op de onderhavige uitzending iets zou zijn aan te merken. Het gaat dan niet aan om SNA en Bom te verwijten dat zij zich niet tegen de –naar achteraf blijkt wel degelijk onrechtmatige– gedragingen van de KRO te weer hebben gesteld op een wijze die de KRO meer welgevallig was dan de onderhavige bodemprocedure.

6.4 Nu het hof voorts van oordeel is dat het bestaan van schade bij SNA en Bom als gevolg van het onrechtmatig handelen van de KRO aanne-melijk is geworden, doch het voor het hof met de beschikbare gegevens niet mogelijk is de schade te begroten, is de veroordeling tot schade-vergoeding op te maken bij staat toewijsbaar.

7 Slotsom

7.1 Het appèl slaagt als voormeld en het vonnis waarvan beroep moet worden vernietigd.

7.2 De vorderingen van SNA en Bom zijn toewijsbaar als hierna te melden.

7.3 Bij die stand van zaken moet de KRO de kosten van de procedure dragen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

8 Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende;
- verklaart voor recht dat de KRO en Van den Heuvel onrechtmatig jegens SNA en Bom hebben gehandeld door de wijze waarop zij zich, als nader aangegeven in de overwegingen 5.11, 5.12, 5.14 en 5.15 van dit arrest, met de uitzending van het programma ‘Ook dat nog’ van 11 december 1994 hebben geuit over SNA en Bom;
- veroordeelt de KRO en Van den Heuvel, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, voor alle door SNA en Bom ten gevolge van hun onrechtmatig handelen geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- veroordeelt de KRO en Van den Heuvel tot het betalen van de kosten van deze procedure te begroten op f4.370,76 in eerste aanleg en, tot op dit arrest, op f5.653,38 in hoger beroep;
- verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs Rutten-Roos, Goslings en Salomons en uitgesproken in het openbaar op 27 januari 2000.

[Voor de uitspraak waarvan beroep zie Mediaforum 1998-6, nr. 32, voor tussen-vonnissen Rb. en Hof Den Haag van resp. 10 februari 1993 en 15 oktober 1996 in de zaak tegen FEM en het Vrije Volk, zie Mediaforum 1996-11/12, p. B141-144; bew.]

nr. 24 Journalist op vliegtuig

Hof Amsterdam 31 januari 2000

arrestnummer 137/2000 – rolnummer 23-002910-98 – datum uitspraak 31 januari 2000 – tegenspraak

Arrest van het Gerechtshof te Amsterdam gewezen op het hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de politierechter in de arrondissements-rechtbank te Haarlem van 9 april 1998 in de strafzaak onder parket-nummer 15/130003-98 tegen Thomas [S.], geboren te [...] op [...], wonende te [...]

Het onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terecht-zitting in eerste aanleg van 26 maart 1998 en op de terechtzitting in hoger beroep van 17 januari 2000. Het hof heeft kennis genomen van de vordering van de advocaat-gene-raal en van hetgeen door de verdachte en zijn raadsman naar voren is gebracht.

De tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd hetgeen vermeld staat in de inlei-dende dagvaarding. Van de dagvaarding is een kopie in dit arrest gevoegd. De inhoud daarvan wordt hier overgenomen.

[Uit de dagvaarding:]

Aan bovenbedoelde gedagvaarde persoon wordt tenlastegelegd dat

Primaair:

hij op of omstreeks 19 februari 1998 te Schiphol, gemeente Haarlem-mermeer, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk en wederrechtelijk een luchtvaartuig (Boeing 767-300 voorzien van het registratieteken PH-BZD), in elk geval enig goed, geheel of ten dele toebehorende aan de KLM, in elk geval aan een ander of anderen dan aan verdachte en/of zijn mededader(s), heeft vernield en/of beschadigd en/of onbruikbaar gemaakt, door opzettelijk en wederrechtelijk met een of meer van zijn mededader(s), althans alleen (gedurende enige tijd) plaats te nemen (bovenop) de romp en/of de vleugel(s) van genoemd luchtvaartuig; art. 352 lid 1 Wetboek van Strafrecht art. 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht

Subsidiair:

hij op of omstreeks 19 februari 1998 te Schiphol, gemeente Haarlem-mermeer, tezamen en in vereniging met een ander of alleen, door geweld en/of een of meer feitelijkheden en/of bedreiging met geweld en/of bedreiging met een of meer feitelijkheden gericht tegen de gezagvoerder van een luchtvaartuig (Boeing 767-300, voorzien van het registratieteken PH-BZD) en/of [ontbrekende tekst in origineel, bew.] de Koninklijke Luchtvaartmaatschappij N.V. voornoemde gezagvoerder en/of de Koninklijke Luchtvaartmaatschappij N.V. heeft gedwongen niet (volgens vluchtschema) met voornoemd luchtvaartuig te vertrekken (namelijk de motoren te starten en/of naar de startbaan te taxiëren en/of op te stijgen) althans niet die handelingen te verrichten die noodzakelijk waren voor het (volgens vluchtschema) starten van de motoren en/of naar de startbaan te taxiëren en/of opstijgen van voornoemd vlieg-tuig en/of (een of meer) dienstdoende luchtverkeersleider(s) van de luchthaven Schiphol heeft gedwongen geen toestemming te verlenen aan voor-noemde gezagvoerder voor het (volgens vluchtschema) taxiëren naar de startbaan met en/of het opstijgen van voornoemd vliegtuig en/of de dienstdoende luchthavenplanner heeft gedwongen geen plaatsen voor andere luchtvaartuigen dan voornoemd luchtvaartuig uit te geven voor de gate waarvoor voornoemd luchtvaartuig stond (te weten gate E-4), bestaande het geweld en/of die feitelijke(i)d(en) en/of die bedreiging met geweld of bedreiging met die feitelijke(i)d(en) uit het door ver-dachte en/of diens mededader(s) betreden van de romp en/of een of meer vleugels van voornoemd luchtvaartuig en/of geurende enige tijd verblijven en/of plaatsnemen door verdachte en/of diens mededader(s) (boven op) de romp en/of op een of meer vleugels(s) van voornoemd luchtvaartuig; art. 284 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht art. 47 lid 1 ahf/sub 1 Wetboek van Strafrecht [...]

Het vonnis waarvan beroep

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven omdat het hof tot

een andere beslissing komt dan de eerste rechter. De ontvankelijkheid van het openbaar ministerie

De raadsman heeft bepleit dat het openbaar ministerie niet ontvanke-lijk moet worden verklaard in de vervolging van de verdachte. Hij heeft daartoe aangevoerd dat: *a* het vervolgen van een journalist, voor een feit gepleeegd in de uitoeefe-ning van zijn beroep, in strijd is met het bepaalde in artikel 10 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), althans dat vervolging niet mogelijk is zonder een redelijke en billijke belangenafweging, waarvan in deze zaak niet is gebleken, en dat *b* in deze zaak het gelijkheidsbeginsel is geschonden nu andere journa-listen, die zich ook op het dak van het vliegtuig hebben begeven, terza-ke van dat feit niet zijn vervolgd.

Het hof overweegt hieromtrent het volgende

Ad a De verdachte was door de redactie van de Volkskrant, waar hij stage liep, uitgestuurd om de actie van de Vereniging voor Milieudefensie fotografisch te verslaan. Hij heeft zich bij die uitoefening bevonden op een vliegtuig waardoor dat vliegtuig niet kon vertrekken. Hij verwij-derde zich niet toen de bevoegde autoriteiten dit aan de actievoerders en aan de aanwezige journalisten bevolen. Op het eerste gezicht levert dit een vermoeden op dat de verdachte zich schuldig maakte aan één of meer strafbare feiten.

De vraag of de verdachte vervolgd mocht worden, hangt af van de beantwoording van de vraag of de officier van justitie daartoe in rede-lijkheid kon komen, gelet op enerzijds het belang dat de samenleving heeft bij de handhaving van de openbare orde en een ongestoord ver-loop van het openbaar vervoer, en anderzijds het belang dat diezelfde samenleving heeft bij een vrije nieuwsgaring. Daarnaast kunnen nog andere vragen een rol spelen die deels in onderdeel b aan de orde wor-den gesteld.

Bij deze afweging stelt het hof voorop dat de pers een zeer belangrijke rol speelt in de democratische rechtsstaat. Hoewel de pers zich aan bepaalde regels moet houden, rust op haar de plicht om informatie en ideeën met betrekking tot politieke kwesties en andere zaken met een algemeen belang onder de aandacht van het publiek te brengen. Maar deze taakvervulling vindt haar grenzen in ‘ieders verantwoordelijk-heid volgens de wet’ (artikel 7, derde lid, van de Grondwet). Bij de afwe-ging van enerzijds het recht op vrijheid van meningsuiting, dat ook bij uitstek voor de pers geldt, en anderzijds andere gerechtvaardigde belangen van de samenleving bij vervolging, dient het openbaar minis-terie de grootst mogelijke zorgvuldigheid aan de dag te leggen en niet lichtvaardig tot vervolging van journalisten over te gaan. De verdachte meende zijn beroep in dit geval slechts te kunnen uitoe-fenen door te handelen zoals hij heeft gedaan. Hem wordt verweten zich schuldig te hebben gemaakt aan het overtreden van de strafwet, waarbij zijn belangen botsten met die van anderen in de samenleving. Het betreden van het vliegtuig was in zijn visie bij zijn beroepsuitoefe-ning instrumenteel. Dit maakt inzichtelijk dat niet zozeer het recht van vrijheid van meningsuiting als zodanig in het geding is als wel de middelen waarmee dit recht kan worden geëffectueerd. In zoverre heeft de officier van justitie een wat grotere marge bij de afweging van de tegenover elkaar staande belangen.

Onder deze omstandigheden kon, naar het oordeel van het hof, de offi-cier van justitie in redelijkheid besluiten de journalistieke belangen van de verdachte ten achter te stellen bij de belangen van de samenle-ving bij een ongestoorde openbare orde en ongehinderd en veilig open-baar vervoer. De officier van justitie mocht laatstbedoeld belang zwaar-der wegend achten en optreden –mede jegens de verdachte– noodzakelijk. De officier van justitie heeft daarbij geen rechtsregel overtreden. In het bijzonder stelt het hof geen handelen in strijd met artikel 10 EVRM vast, nu aldus niet aannemelijk is geworden dat de officier van justitie de grenzen waarbinnen een inbreuk op het recht van vrije meningsuiting volgens artikel 10, tweede lid EVRM mag plaatsvinden uit het oog heeft verloren.

Ten aanzien van *b*. Het in artikel 167, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering neergelegde opportuniteitsbeginsel houdt in dat het openbaar ministerie, op grond van zijn eigen verantwoordelijkheid, binnen de door de wet en verdragen gestelde grenzen, ten aanzien van het al dan niet vervolgen van verdachten van strafbare feiten belangen kan afwegen.

Deze belangenafweging staat, in geval van vervolging, in het algemeen niet ter beoordeling van de rechter. Slechts indien het openbaar minis-terie in redelijkheid niet tot vervolging had kunnen besluiten, of wan-neer anderszins sprake is van schending van enig beginsel van behoor-lijke procesorde, kan het recht tot strafvervolging vervallen worden

verklaard. In de onderhavige zaak levert de enkele omstandigheid dat andere foto-journalisten die bij de onderhavige actie op het vliegtuig zijn geweest niet zijn vervolgd, geen grond voor de stelling dat het gelijkehidsbeginsel is geschonden. Aannemelijk is geworden dat die andere journalisten, anders dan de verdachte, wel op vordering van de marechaussee het dak van het vliegtuig en van de slurf verlieten. Ook ter terechtzitting in hoger beroep heeft de verdachte verklaard dat hij als laatste van de journalisten het vliegtuig en/of het dak van de daarheen leidende slurf verliet, namelijk pas op het moment dat de actievoerders werden aangehouden, en dat hij aan een eerder verzoek van de marechaussee zich te verwijderen geen gehoor had gegeven. Verdachte is daarom niet vergelijkbaar met die andere journalisten.

Ook overigens zijn te dezen geen feiten en omstandigheden aannemelijk geworden waaruit zou moeten worden afgeleid dat het openbaar ministerie bij zijn belangenafweging niet in redelijkheid heeft kunnen beslissen de verdachte te vervolgen.

Het hof verwerpt dit verweer derhalve in beide onderdelen.

De bewijslevering

Naar het oordeel van het hof is niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen aan de verdachte primair en subsidiair is ten laste gelegd. Het hof overweegt hierbij dat niet is komen vast te staan dat de verdachte willens en wetens beoogde het vliegtuig tijdelijk onbruikbaar te maken. Hij opereerde slechts in het kielzog van de actievoerders, zonder hun motieven en drijfveren te (hoeven) delen. Zijn opzet was gericht op een behoorlijke beroepsuitoefening. Evenmin acht het hof bewezen dat de verdachte de aanmerkelijke kans op de koop toenam dat het vliegtuig tijdelijk onbruikbaar zou worden gemaakt. Ten slotte acht het hof met betrekking tot het subsidiair ten laste gelegde niet bewezen dat er sprake van is geweest dat de verdachte dwang op anderen heeft uitgeoefend. De verdachte moet daarom van het primair en subsidiair ten laste gelegde worden vrijgesproken.

De beslissing

Het hof vernietigt het vonnis waarvan beroep; spreekt de verdachte vrij van het aan hem primair en subsidiair ten laste gelegde.

Dit arrest is gewezen door de tweede meervoudige strafkamer van het gerechtshof te Amsterdam, waarin zitting hadden mrs H.L.C. Hermans, R.C.P. Haentjens en H.M.J.I. Steenbergen, in tegenwoordigheid van mr Van Willigen als griffier, en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dit gerechtshof van 31 januari 2000. Mr Steenbergen is verhinderd dit arrest mede te ondertekenen.

nr. 25 Belderbos e.a. vs.Veronica & RTL4

Rb. Amsterdam 8 december 1999

C 1.1443 vonnis 8 december 1999 bij vervroeging Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, eerste enkelvoudige kamer. Vonnis in de zaak met rolnummer H 97.3611 van: 1 Anna Catharina *Belderbos-Marijnissen*, wonende te ‘s-Hertogenbosch, 2 Kilianus Anselmus Maximillanus Benedictus *Belderbos*, wonende te Hengelo, 3 de erven van Michael Henricus Gerardus *Belderbos*, Wendy *Belderbos-Simonis* en Timo *Belderbos*, wonende te ‘s-Hertogenbosch, 4 Ursula Anna Catharina Johanna *Belderbos*, wonende te ‘s-Hertogenbosch, eisers bij dagvaarding van 12 juni 1997, procureur mr A. Volders, tegen: 1 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Veronica RTV Beheer* B.V., gevestigd te Hilversum, 2 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *RTL 4 Productions* B.V., gevestigd te Hilversum, gedaagden, procureur mr J.A. Schaap.

Partijen worden hierna de nabestaanden en Veronica c.s. (gedaagden gezamenlijk) respectievelijk Veronica en RTL4 (gedaagden afzonderlijk) genoemd.

Verloop van de procedure

Bij conclusie van eis hebben de nabestaanden gesteld en gevorderd overeenkomstig de inleidende dagvaarding. Bij conclusie van antwoord hebben Veronica c.s. onder overlegging van bewijsstukken de vordering bestreden. Bij conclusie van repliek, met bewijsstukken, hebben de nabestaanden hun eis gewijzigd en voor het overige hun standpunt nader toegelicht en daarbij volhard. Bij conclusie van dupliek, met bewijsstuk, hebben ook Veronica c.s. hun standpunt nader toegelicht en daarbij volhard. De nabestaanden hebben vervolgens bij akte een videoband gedeponeerd. Ten slotte hebben partijen stukken overgelegd voor vonnis.

Gronden van de beslissing

1 Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet (voldoende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet weersproken inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat het volgende vast.

a G. Belderbos (hierna: Belderbos) is de in 1985 overleden echtgenoot/vader/grootvader van de nabestaanden. Bij leven is hij werkzaam geweest als regeringscommissaris. In die hoedanigheid was hij onder andere financieel toezichthouder op een bedrijf waarvan Michel Bosio (hierna: Bosio) directeur was. b Op 10 april 1997 zond Veronica het programma ‘Heer Oliviers Wereld’ uit (hierna: het programma), dat werd geproduceerd door RTL4. c In het programma is onder meer aandacht besteed aan het bedrijf van Bosio en aan wat genoemd wordt de ‘Bosio-affaire’ en de rol van Belderbos hierbij. In dit verband zijn verklaringen van Bosio uitgezonden. d Tijdens de uitzending is een pasfoto van Belderbos in beeld geweest. Tevens is een document getoond waarop zijn volledige naam en adres stonden vermeld.

2.1 De nabestaanden vorderen, na hun eis buiten bezwaar van Veronica c.s. te hebben gewijzigd, een verklaring voor recht dat de uitzending van het programma jegens hen onrechtmatig c.q. beledigend is geweest. Voorts vorderen de nabestaanden dat Veronica en RTL4 hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van f60.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van de dagvaarding tot aan die van de algehele voldoening. Tot slot vorderen de nabestaanden veroordeling van Veronica c.s. in de kosten van deze procedure.

2.2 Tegen de achtergrond vanvoormelde vaststaande feiten leggen de nabestaanden aan hun vorderingen het volgende ten grondslag. De inhoud van het programma komt onder meer neer op een beschuldiging door Bosio dat Belderbos als wapenhandelaar en belastingfraudeur door het leven ging. Beide beschuldigingen door Bosio zijn onderbouwd met beelden van wapensystemen en documenten over wapens in de Franse taal. Ook is gesuggereerd dat Belderbos de telexfaciliteiten van de Kamer van Koophandel te Zutphen misbruikte voor illegale wapenhandel. Daarnaast is een Fiod-rapport in beeld gebracht met de mededeling dat Belderbos daarin wordt neergesabeld. De beschuldigingen zijn volstrekt uit de lucht gegrepen, zoals is geble-

ken rond 1991 toen vergelijkbare beschuldigingen werden onderzocht door de Rijksrecherche en behandeld in de Tweede Kamer. Ook de Fiod heeft de zaak onderzocht, maar er is nimmer vervolging tegen Belderbos ingesteld noch werd een sanctie door de Belastingdienst opgelegd. Ook uit krantenartikelen uit die tijd is duidelijk geworden dat de beschuldigingen van Bosio volkomen uit de lucht zijn gegrepen. De beschuldigingen zijn door Veronica c.s. als ‘keiharde feiten’ gepresenteerd. Veronica c.s. hebben zich niet beperkt tot een zakelijke weergave van de mening van Bosio. Veronica c.s. hebben op sensationele en ongunstige wijze oude beschuldigingen uitgezonden, zonder nieuwe feiten omtrent de rol van Belderbos te tonen en ondanks het feit dat zij op de hoogte waren of hadden moeten zijn van het omstreden karakter van Bosio’s uitlatingen. Bovendien hebben Veronica c.s. aan de nabestaanden geen gelegenheid tot weerwoord gegeven. Door dit alles handelen Veronica c.s. onrechtmatig jegens de nabestaanden. Veronica c.s. handelen ook onrechtmatig jegens de nabestaanden door het zonder toestemming in beeld brengen van de pasfoto en naam en adres van Belderbos, in aanmerking genomen het grote kijkerspubliek van het programma. Bij inachtneming van de in het maatschappelijk verkeer passende zorgvuldigheid hadden Veronica c.s. zich dienen te onthouden van de onrechtmatige, beledigende uitzending van het programma. Door de uitzending is de nagedachtenis van Belderbos op zodanige wijze aangetast dat, bij zijn leven, hij zelf recht op schadevergoeding zou hebben gehad. De nabestaanden hebben immateriële schade geleden. Voor deze immateriële schade zijn Veronica c.s. hoofdelijk aansprakelijk, aldus de nabestaanden.

3 Veronica c.s. heeft de vorderingen betwist en daartoe het volgende aangevoerd. De productie en uitzending van het programma waren niet onrechtmatig. Er is hier sprake van de klassieke vraag welke van twee grondrechten prevaleert: bescherming van de persoonlijke levenssfeer of de uitingsvrijheid. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat tussen deze grondrechten geen rangorde bestaat en dat de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval moet uitmaken welk grondrecht prevaleert. Diezelfde beoordeling dient plaats te vinden bij het openbaar maken van een portret. De uitzending van het programma was niet gericht tegen Belderbos, maar betrof een ernstige misstand, namelijk de betrokkenheid van de overheid bij illegale wapen- en drugshandel, welke betrokkenheid vervolgens in een doofpot verdween. Voor een goede weergave van deze affaire is vermelding van de rol van Belderbos, als regeringscommissaris betrokken bij het bedrijf van Bosio dat kennelijk als dekmantel voor deze handel fungeerde, cruciaal. Het uitzenden van een dergelijk onderwerp is een typisch voorbeeld van de waakhondfunctie van de pers. Er was een actuele journalistieke aanleiding voor het uitzenden van het onderwerp, namelijk de berichtgeving rond de IRT-affaire en uitlatingen van de Belgische parlementariër Kuiper. Daardoor is de keuze tot uitzending voldoende gerechtvaardigd. In een geval als dit prevaleert de uitingsvrijheid boven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. De makers van het programma beschikten over een grote hoeveelheid stukken, publicaties en ander materiaal ter ondersteuning van het onderwerp van het programma.

Aan de pers worden niet dezelfde eisen gesteld als aan justitieel onderzoek. In een journalistiek stuk hoeft de waarheid niet bewezen te worden, maar er moet ook niet te lichtvaardig worden omgesprongen met beschuldigingen. Daarnaast maakt het niet bieden van een weerwoord aan de nabestaanden het programma op zichzelf niet onrechtmatig. In het programma zijn geen rechtstreekse beschuldigingen aan het adres van Belderbos geuit, er is aan het begin gezegd dat de wapen- en drugs-handel in het bedrijf van Bosio niet hard zijn te maken, maar dat er aanwijzingen zijn die dit waarschijnlijk maken. Inhoudelijk is steeds uit meerdere onafhankelijke bronnen geput en is niet uitsluitend op het verhaal van Bosio afgegaan.

Door enkele seconden een pasfoto en adres van Belderbos te tonen is geen redelijk belang van de nabestaanden geschonden. Er bestond voldoende belang voor het tonen van de foto omdat de rol van de overheid daarmee kon worden benadrukt. Daarnaast was de foto al eerder gepubliceerd in ander media.

De door de nabestaanden gevorderde schade is volkomen uit de lucht gegrepen en buitensporig hoog. De door de nabestaanden te vorderen schade is niet gelijk aan de schade die Belderbos zelf zou hebben geleden, maar hun eigen immateriële schade. Deze schade is indirecter en minder, zeker gezien het feit dat Belderbos al 13 jaar geleden is overleden en ook in andere media over deze affaire is gepubliceerd, aldus Veronica c.s.

4 De vorderingen van de nabestaanden zijn gebaseerd op twee gronden. In de eerste plaats stellen zij dat Veronica c.s. op basis van de voorliggende feiten niet tot de beschuldigende conclusies mochten komen, zoals die in het programma naar voren zijn gebracht, en zeker niet zon-

der een mogelijkheid tot weerwoord te bieden aan de nabestaanden. Daarnaast is volgens de nabestaanden ook het in beeld brengen van adres en pasfoto van Belderbos in het programma onrechtmatig.

5.1 Uit de vorderingen van de nabestaanden blijkt dat bij toewijzing sprake zal zijn van een beperking van de door artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) beschermde vrijheid van meningsuiting. Deze beperking is bij wet voorzien en de rechtbank heeft geen reden aan te nemen dat artikel 6:162 BW jº 6:106 eerste lid, sub c BW onvoldoende kenbaar of onvoldoende precies geformuleerd is. Tevens voldoet de inmenging aan een legitiem doel, te weten de bescherming van de goede naam of rechten van anderen, zoals genoemd in artikel 10, tweede lid, van het EVRM.

5.2 Resteert de vraag of voldaan is aan het vereiste dat gezegd kan worden dat in een democratische samenleving toewijzing van het gevorderde noodzakelijk is ter bescherming van de rechten van de nabestaanden. Het antwoord op deze vraag kan slechts worden gevonden door een afweging, die met inachtneming van alle bijzonderheden van het geval ertoe strekt na te gaan welk van de hier tegenover elkaar staande fundamentele rechten –aan de zijde van Veronica c.s. het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van de nabestaanden de bescherming van de nagedachtenis van Belderbos als afgeleide van het zelfstandige recht van Belderbos op bescherming van diens eer en goede naam, alsmede het recht op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer– in dit geval zwaarder weegt.

5.3 Bij deze noodzakelijkheidstoets speelt de bijzondere positie van de media in de maatschappij een belangrijke rol, evenals het belang van de vrijheid van het politieke debat in een democratische samenleving. Bij de bijzondere positie van de media wordt onder meer hun functie als waakhond in ogenschouw genomen. Tevens brengt deze positie mee dat de pers zich niet hoeft te onthouden van het toevoegen van waardeordelen aan de door haar verstrekte informatie. Dat laatste strookt met de opiniëerings-, expressie- en kritiekfunctie van de media. Deze functies en positie van de media laten echter het zorgvuldigheidsvereiste onverlet.

5.4 Nu vaststaat dat Belderbos bij leven een politieke functie had, te weten regeringscommissaris, volgt hieruit dat grenzen van de vrijheid van meningsuiting ruimer dienen te worden gesteld. Immers, hindering van de pers bij uitoefening van haar taak als verschafter van informatie en als waakhond van de samenleving, kan leiden tot ontmoediging van het uiten van opinies en kritiek over publieke personen, waardoor de vrijheid van het publieke debat wordt aangetast. Dat het programma geen enkele actualiteitswaarde had, zoals door de nabestaanden is gesteld, moet worden verworpen. In het programma wordt gerefereerd aan gebeurtenissen die ook thans nog actueel zijn, zodat hieruit niet volgt dat geen toetsing aan bovenstaande uitgangspunten kan plaatsvinden.

6 De eerste stelling waarop de vordering van de nabestaanden steunt, is dat Veronica c.s. op basis van de voorliggende feiten niet tot de conclusies mochten komen, zoals die in het programma naar voren zijn gebracht. De rechtbank heeft de videoband van het programma afgespeeld en geconstateerd dat daarin in verband met het bedrijf van Bosio een drietal kwesties wordt behandeld: handel in wapens, handel in drugs en belastingfraude c.q. zwarte betalingen. Uit het programma valt niet af te leiden dat Belderbos betrokken zou zijn geweest bij handel in drugs. Belderbos wordt met name in het begin van het programma genoemd waar de start van de ontwikkelingen rond het bedrijf van Bosio wordt belicht. In de tweede helft van het programma, dat met name over de handel in drugs gaat, wordt Belderbos niet meer genoemd. Ook is dan al gemeld dat ‘Belderbos het veld moet ruimen’ en dat ‘ene Starrenburg’ directeur wordt. Derhalve zal de rechtbank in het vervolg uitsluitend ingaan op beschuldigingen van mogelijke betrokkenheid bij wapenhandel en belastingfraude c.q. zwart geld.

7.1 Met betrekking tot wapenhandel is in het programma een aantal passages relevant: - In het inleidende deel van het programma wordt gezegd: ‘Erger nog, die Van Traa die zou dood van zijn stoel zijn gevallen als hij wist dat er ook wapens werden verhandeld. Allerlei documenten bevatten aanwijzingen dat via het bedrijf van Bosio TOW-raketwerpers en gevechtshelikopters werden verhandeld’. Dit onderdeel wordt ondersteund met een afbeelding van een raketwerper en een filmpje van een gevechtshelikopter. - Nadat is uiteengezet hoe het bedrijf waarvan Bosio directeur was met subsidie is opgericht en hoe de betalingen aan Belderbos verlie-

pen, wordt gezegd: ‘Wie was deze Belderbos? De man is nu dood. In 1985 overleden aan de gevolgen van een hartkwaal. Maar voor hij bij het bedrijf van Bosio begon was hij al eens betrokken bij de leiding van een zwaar gesubsidieerd bedrijf, Luyt BV, in Friesland. De weduwe van de ondernemer die toen aan de beurt was voor de overheids-hulp, beschuldigde hem van het leegmelken van het bedrijf, wapen-handel, chantage en andere illegale zaken.’ Hierbij worden delen van een krantenartikel getoond waarin de namen Belderbos en Luyt te herkennen zijn.

- Na een interview met een voormalig medewerker van het Brandstof-centrum over de gang van zaken in het bedrijf tijdens het directeur-schap van de heer Starrenburg wordt gezegd: ‘Toen Bosio nog direc-teur was van het bedrijf viste hij met enige regelmaat vreemde documenten over wapens uit de prullenbak in de Kamer van Koop-handel. Belderbos en een man die zich uitgaf voor een CIA-agent hielden zich daar met vreemde zaken bezig. Bosio werd overal bui-tingehouden.’ Hierbij worden respectievelijk een document waarin de teksten ‘hélicoptères Bell-Cobra’ en ‘anti-tanks’ zijn te herken-nen, een document met de tekst ‘Hercules L 100-20 C130’ en een document met een afbeelding en de tekst ‘TOW missile’. Daarna ver-klaart de presentator: ‘Vreemd toch dat een regeringscommissaris, die moet toezien op het gebruik van overheidsgeld en subsidies, zulke vreemde normen en waarden heeft. Bosio was allang geen directeur meer in het bedrijf. Officieel omdat hij geen goed zaken-man is, maar is het misschien omdat hij teveel vragen stelt, over het zwart uitbetalen van Belderbos, of over vreemde papieren die over wapens gaan ofzo?’

7.2 Uit de hiervoor weergegeven inhoud van het programma blijkt dat daarin sprake is van –een niet letterlijk uitgesproken, doch uit het ge-heel van uittalingen en beelden voortvloeiende– beschuldiging aan het adres van Belderbos dat hij zich zou hebben bezig gehouden met de handel in wapens. Dit is een ernstige beschuldiging, met te verwachten ernstige gevolgen voor degene op wie de verdenking betrekking heeft. Anderzijds kan worden vastgesteld dat de misstand die Veronica c.s. hebben beoogd aan de kaak te stellen – betrokkenheid van de overheid of bepaalde overheidsdienaren bij de handel in wapens via een bedrijf waarvan de directeur nergens van op de hoogte is, eveneens zeer ernstig is.

Steun voor genoemde beschuldiging kan slechts worden gevonden in de uittalingen van Bosio, de beschuldigingen van weduwe Luyt over handelingen van Belderbos in een eerdere periode en in de conclusies van het onderzoek door de Rijksrecherche, waarin –naar Veronica c.s. hebben gesteld en de nabestaanden niet hebben weersproken– is ver-meld dat Belderbos in 1983 met derden heeft gesproken over wapens. Al met al is de basis voor de beschuldiging nogal dun.

Hiertegenover staat echter, wat betreft de inkleding van de beschuldi-ging, dat aan het begin van het programma wordt gezegd: ‘Het is niet voor honderd procent hard te maken dat ook dit soort activiteiten via het bedrijf van Bosio plaatsvonden. Maar wie alle objectieve aanwijz-ingen op een rij zet die moet tot de conclusie komen dat het zeer waar-schijnlijk is.’ en dat het programma wordt afgesloten met de medede-ling: ‘Er is bijna geen andere conclusie mogelijk dan dat 15 jaar geleden de overheid deze man uitkoos om transacties te doen die altijd verborgen hadden moeten blijven.’ De beschuldiging is dan ook niet, zoals de nabestaanden stellen, als een ‘keihard feit’ gepresenteerd; door Veroni-ca c.s. is duidelijk enige ruimte voor twijfel ingebouwd.

Een en ander tegen elkaar afwegende in het licht van hetgeen in 5.3 en 5.4 omtrent de functie van de pers in een democratische samenleving is overwogen, is de rechtbank van oordeel dat Veronica c.s. door het uit-zenden van de hiervoor beschreven passages de voor de pers geldende grenzen van de zorgvuldigheid niet heeft overschreden. Aan dit oor-deel kan niet afdoen dat de passages zijn gelardeerd met negatieve waardeoordelen uit de mond [*van*] de presentator; van een wanverhou-ding tussen de gebezigde kwalificaties en het daaraan ten grondslag liggende feitenmateriaal is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, terwijl voor een verdergaande toetsing van waardeoordelen geen plaats is. Dat de presentator zelf, naar de nabestaanden stellen, een dubieuze figuur is maakt het voorgaande niet anders; voorzover het gestelde juist is mag worden aangenomen dat het kijkerspubliek uittalingen van een dergelijke dubieuze figuur met de nodige scepsis zal ontvangen.

8.1 Met betrekking tot de beschuldigingen van belastingfraude en zwarte betalingen zijn de volgende passages uit het programma rele-vant:

- Tijdens de uiteenzetting van de oprichting van het bedrijf waar Bosio directeur was, zegt de presentator van het programma: ‘Een andere voorwaarde voor het krijgen van subsidie is dat er een rege-ringswaarnemer wordt aangesteld, ene Belderbos, in het bedrijf van Bosio. Nou ja, Bosio heeft geen bezwaar, want 650.000 gulden subsi-

die da’s natuurlijk helemaal niet niks. Hij is pas failliet geweest en een startende ondernemer. Maar hij krijgt na korte tijd al zo’n twij-fels over het toezicht van die overheidsdienaar op de financiën.’ Bosio zegt terwijl hij wordt geïnterviewd: ‘De heer Belderbos liet mij een soort contract tekenen. Dat was al kant en klaar op papier gezet. Daarin stond hij een honorarium kreeg van 1000 gulden per dag. Buiten de boeken om. Vanwege de, volgens hem, te hoge belastingen in Nederland.’ Vervolgens wordt in het programma gezegd, onder het tonen van een foto van Belderbos en een deel van een krantenar-tikel: ‘Wie was deze Belderbos? De man is nu dood. In 1985 overleden aan de gevolgen van een hartkwaal. Maar voor hij bij het bedrijf van Bosio begon was hij al eens betrokken bij de leiding van een zwaar gesubsidieerd bedrijf, Luyt BV, in Friesland. De weduwe van de ondernemer die toen aan de beurt was voor de overheidshulp, beschuldigde hem van het leegmelken van het bedrijf, wapenhan-del, chantage en andere illegale zaken.’

- Na een korte onderbreking vervolgt de presentator: ‘ ... zag u hoe heel veel dubieuze figuren zich in het zwaar gesubsidieerde bedrijf van Bosio ophielden. Figuren die al eerder in opspraak waren geko-men.’
- Wederom wordt gezegd, onder het tonen van een foto van Belder-bos: ‘Zoals een meneer Belderbos die in de jaren ’70 al actief was in een ander gesubsidieerd bedrijf. Toen werd hij door de weduwe van de betreffende ondernemer beschuldigd van het leegmelken van het bedrijf, chantage en het bewust kapot maken van de onderneming. Aan deze man werd het toezicht op de subsidie toevertrouwd.’
- Daarna komen achtereenvolgens in beeld: een foto van een bedrijfs-pand en een gedeelte van een tekst uit een rapport, het pand van het Ministerie van Economische Zaken, een foto van voormalig staatsse-cretaris Piet van Zeil, en nogmaals een foto van een bedrijfspand. Daarbij wordt gezegd: ‘Ondanks de subsidie loopt Bosio’s bedrijf niet goed. Er wordt niet één airconditioning afgebouwd. In officiële rapporten wordt Bosio bestempeld als een slecht ondernemer. Des-ondanks blijft het Ministerie van Economische Zaken zich in het bedrijf pompen. De staatssecretaris Piet van Zeil zet zich zelfs per-soonlijk in voor het bedrijf van Bosio. De aanwijzingen dat er iets vreemd aan de hand is stapelen zich op. Belderbos moet het veld rui-men maar ook Bosio wordt ontslagen bij zijn eigen bedrijf wegens slecht management en discutabel zakendoen.’ Bij de conclusies over het functioneren van Bosio wordt overeenstemmende tekst uit een rapport opgelicht.
- Nadat het directeurschap van Starrenburg aan de orde is geweest, een interview met De Hei is getoond en verteld wordt over docu-menten over wapens, wordt gezegd: ‘Belderbos wordt uiteindelijk gepakt door de Belastingdienst. Er komt een onderzoek naar hem wegens het verzwijgen van inkomsten. Wij wisten de hand te leggen op dit rapport van de Fiod, waarin regeringswaarnemer Belderbos wordt neergesabeld.’ Hierbij wordt een document getoond dat ken-nelijk het Fiod-rapport is, in beeld zijn het adres van Belderbos en een deel van de tekst van het rapport. De presentator zegt vervolgens: ‘Vreemd toch dat een regeringscom-missaris, die moet toezien op het gebruik van overheidsgeld en sub-sidies, zulke vreemde normen en waarden heeft. Bosio was allang geen directeur meer in het bedrijf. Officieel omdat hij geen goed zakenman is, maar is het misschien omdat hij teveel vragen stelt, over het zwart uitbetalen van Belderbos, of over vreemde papieren die over wapens gaan ofzo?’

8.2 De hiervoor weergegeven passages uit het programma komen neer op het optekenen uit de mond van Bosio van diens beschuldiging dat Belderbos zwarte betalingen heeft bedongen en ontvangen, een ver-melding van de beschuldigingen door de weduwe Luyt over gedragin-gen van Belderbos in een eerdere periode en de vermelding dat Belder-bos in een rapport van de Fiod, naar aanleiding van een onderzoek naar verzwegen inkomsten, is neergesabeld, een en ander doorspekt met negatieve waardeoordelen uit de mond van de presentator over Belder-bos.

De omstandigheid dat de Fiod nimmer vervolging heeft ingesteld tegen Belderbos en ook geen sanctie heeft opgelegd, zoals de nabe-staanden hebben aangevoerd, rechtvaardigt nog niet de gevolgtrek-king dat de inhoud van het Fiod-rapport op het punt van de zwarte bet-alingen, dat voor Belderbos zeer negatief was, onjuist zou zijn. In ieder geval behoefden Veronica c.s. uit het achterwege blijven van vervolging en sanctieoplegging niet af te leiden dat Bosio onwaarheid sprak. Nu Bosio zich ook niet heeft uitgelaten in nodeloos grievende bewoordin-gen, kan het weergeven van diens verklaring, zonder dat Veronica c.s. de daarin geuite beschuldiging tot de hare maakten kan dan ook, gege-ven de onder 5.3 en 5.4 omschreven rol van de pers in een democrati-sche samenleving en gegeven de ernst van de misstand die Veronica c.s. met de publicatie beoogde aan de kaak te stellen (malversaties door een overheidsdienaar die juist toezicht moest houden op het beleid), niet

onrechtmatig worden geacht.

Hetzelfde geldt voor het weergeven van de beschuldigingen van de weduwe Luyt. Uit hetgeen door de nabestaanden is gesteld kan de rechtbank niet afleiden dat het voor Veronica c.s. duidelijk moet zijn geweest dat die beschuldigingen onjuist waren. Het zonder nader com-mentaar weergeven van de inhoud van die beschuldiging is dan ook niet onrechtmatig te achten. Hieraan doet niet af dat die beschuldi-ging, anders dan het programma suggereert, niet reeds ten tijde van de aanstelling van Belderbos bij het bedrijf van Bosio waren geuit, maar eerst nadien; deze omstandigheid doet immers aan de aard van de beschuldiging niet toe of af.

Hiervoor heeft de rechtbank al overwogen dat de inhoud van het Fiod-rapport voor Belderbos zeer negatief was. Voor de conclusie van Vero-nica c.s. in het programma, dat Belderbos in het rapport werd ‘neerge-sabeld’, bestond naar het oordeel van de rechtbank dan ook een voldoende feitelijke basis.

Op grond van de inhoud van het Fiod-rapport, waarvan de onjuistheid, zoals gezegd, niet is komen vast te staan, en de uittalingen van Bosio en de weduwe Luyt konden Veronica c.s. ook, zonder de grenzen van de betamelijkheid te overschrijden, negatieve waardeoordelen als ‘dubi-euze figuur’ en ‘vreemde normen en waarden’ voor haar rekening nemen; van een wanverhouding tussen de gebezigde kwalificaties en het daaraan ten grondslag liggende feitenmateriaal is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake, terwijl, zoals reeds overwogen, voor een verdergaande toetsing van waardeoordelen geen plaats is.

9 In het licht van het bovenstaande kan ook het betoog van de nabe-staanden dat Veronica c.s. hadden kunnen volstaan met het noemen van de figuur ‘de regeringscommissaris’ zonder de naam van Belderbos te noemen, niet slagen. Onder omstandigheden kan het noemen van juiste feiten, zoals de volledige naam van een functionaris, beperkt worden, bijvoorbeeld indien dit uit hoofde van vertrouwelijkheid of in verband met privacy gevergd wordt of als sprake is van een geïsoleerd feit. De rechtbank is echter van oordeel, onder verwijzing naar hetgeen tot nu toe is overwogen, dat zulke omstandigheden zich hier niet voor doen, mede gezien de publieke rol van Belderbos als regeringscommis-saris.

10 Tot slot merkt de rechtbank op dat uit het programma niet valt af te leiden dat Belderbos misbruik zou hebben gemaakt van de telxfacili-telten van de Kamer van Koophandel te Zutphen. Noch misbruik van telxfaciliteiten, noch een relatie met de activiteiten of de persoon van Belderbos komen in het programma op duidelijke wijze naar voren.

11 De nabestaanden hebben nog aangevoerd dat Veronica c.s. hun gele-genheid tot weerwoord hadden moeten bieden. Een verplichting voor de pers om een mogelijkheid tot weerwoord te bieden alvorens tot publicatie over te gaan, kan niet in het algemeen worden aangenomen. Of een dergelijke plicht bestaat en of schending daarvan consequenties heeft voor de rechtmatigheid van de publicatie moet van geval tot geval worden beoordeeld.

In het onderhavige geval acht de rechtbank van doorslaggevend belang dat de rechtstreeks betrokkene, Belderbos, ten tijde van de uitzending reeds was overleden, zodat slechts een weerwoord had kunnen worden gegeven aan personen die zelf niet rechtstreeks met de gebeurtenissen in het bedrijf van Bosio te maken hebben gehad. De beperkte waarde van een dergelijk weerwoord afgezet tegen alles wat hiervoor omtrent de inhoud van het programma is overwogen, komt de rechtbank tot de slotsom dat liet ontbreken van een mogelijkheid tot weerwoord de uit-zending van het programma niet (alsnog) onrechtmatig maakt.

12 De tweede grond waarop de nabestaanden de vorderingen baseren is hun stelling dat het in beeld brengen van pasfoto en adres van Belder-bos jegens hen onrechtmatig is. Veronica c.s. bestrijden de vordering door aan te voeren dat geen redelijk belang van de nabestaanden door vertoning is geschonden en de foto al eerder gepubliceerd was in ande-re media.

De rechtbank is van oordeel dat de nabestaanden op zichzelf een gerechtvaardigd belang hebben bij hun verzet tegen de openbaarma-king van het portret en van het (toenmalige) adres van Belderbos. Door die openbaarmaking werd immers een inbreuk gemaakt op de per-soonlijke levenssfeer van Belderbos en van henzelf. De omstandigheid dat het portret enige jaren eerder reeds was gepubliceerd neemt niet weg dat de nabestaanden er een gerechtvaardigd belang bij hebben van verdere, niet door henzelf gezocht, inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer verschoond te blijven.

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de nabe-staanden zal moeten worden afgewogen tegen het recht op uitingsvrij-heid van Veronica c.s. met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.

Het gepubliceerde portret is een vage uitvergroting van een zwart-wit

foto van het gelaat van Belderbos. Herkenning van het portret door der-den is echter niet uitgesloten, zeker niet in combinatie met de eveneens geopenbaarde naam. Het adres is getoond door in te zoomen op een deel van een bladzijde van het Fiod-rapport, waarin na de naam van Belderbos ook de straatnaam en zijn woonplaats zijn vermeld. Straat-naam en woonplaats komen niet zeer uitdrukkelijk, doch wel leesbaar in beeld.

Het portret zelf heeft een neutrale lading. Het adres is het adres waar Belderbos voor zijn overlijden woonde, maar niet is gesteld of gebleken dat dit thans nog het adres is van een van de nabestaanden. Het ant-woord op de vraag of de publicatie van beide jegens de nabestaanden onrechtmatig is, hangt dan ook in hoge mate af van de context waarin die publicatie plaats vond. Die context, de inhoud van het programma voor zover het over Belderbos ging, is door de rechtbank hiervoor reeds weergegeven. Uit die weergave blijkt dat die context voor Belderbos belastend is, hetgeen het belang van de nabestaanden bij hun verzet tegen de publicatie vergroot. Anderzijds moet worden geoordeeld dat de zeggingskracht van het programma door het tonen van de foto, in samenhang met de portretten van andere personen die in de zaak Bosio een rol hebben gespeeld, en door het tonen van de bladzijde uit het Fiod-rapport is verhoogd, waarbij van belang is dat een televisiepro-gramma nu juist een groot deel van zijn zeggingskracht moet ontlenen aan de getoonde beelden.

Het voorgaande in aanmerking genomen, in samenhang met de omstandigheid dat de context waarin portret en adres zijn gepubli-ceerd door de rechtbank op zichzelf niet onrechtmatig is bevonden, en in samenhang met de omstandigheid dat de nabestaanden niet vol-doende hebben gesteld welk concreet belang, afgezien van hun alge-mene belang bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer, door het vertonen van een adres van jaren geleden is aangetast, is het oordeel van de rechtbank dat het belang van de nabestaanden moet wijken voor het belang van uitingsvrijheid van Veronica c.s. als vertegenwoordigers van de vrije pers. Ook deze grondslag van de vorderingen kan derhalve niet slagen.

13 Uit het voorgaande vloeit-voort dat de vorderingen van de nabe-staanden moeten worden afgewezen met hun veroordeling in de kos-ten van het geding.

Beslissing

De rechtbank:

wijst het gevorderde af;

veroordeelt de nabestaanden in de kosten van het geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Veronica c.s. begroot op f3.340,-;

verklaart bovenstaande kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door mr J.C.W. Rang, lid van genoemde kamer, en uitgespro-ken ter openbare terechtzitting van 8 december 1999, in tegenwoordig-heid van de griffier.

nr. 26 Van Tuijl e.a. vs. Storms Factory e.a.

Pres. Rb. Amsterdam 28 januari 2000

De president van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam, rechtsprekende in kort geding in de zaak rolnummer KG 00/187 OdC van: 1 de besloten vennootschap *Financiële Adviesgroep Van Tuijl* B.V., gevestigd te Waalwijk, 2 A. van Tuijl, wonende te Waalwijk, 3 M. de Beer, wonende te Hilvarenbeek, eisers bij gelijkluidende dagvaardingën van 5 januari 2000, procureur mr R. van Dongen *tegen* 1 de besloten vennootschap *Storms Factory* B.V., gevestigd te Hilversum, 2 de besloten vennootschap *Tempestaete Beheer* B.V., gevestigd te Castri-cum, 3 de vennootschap naar vreemd recht *RTL/Veronica De Holland Media Groep* S.A., gevestigd te Luxemburg, gedaagden, procureur mr S.F. Kalff.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 25 januari 2000 hebben eisers, hierna tezamen Van Tuijl c.s. en afzonderlijk Van Tuijl BV, Van Tuijl en De Beer genoemd, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagden, hierna tezamen Storms c.s. en afzonderlijk Storms B.V., Tempestaete en HMG genoemd, hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overlegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing

1 In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten:

a Tempestaete is bestuurder van Storms BV. De heer P.W.F.M. Storms, hierna Storms genoemd, is bestuurder van Tempestaete. Van Tuijl is assurantiëtussenpersoon. Van Tuijl is bestuurder en De Beer is medewerker van Van Tuijl BV.

b HMG zendt periodiek op de televisie het programma ‘Breekijzer’ uit. De opnamen voor dat programma worden door Storms BV vervaardigd. In dit programma worden klachten van consumenten door Storms belicht. Daarbij worden personen/bedrijven door Storms zonder vooraankondiging geïnterviewd met lopende camera.

c De heer M.C. van Dijk, hierna Van Dijk genoemd, is op 3 april 1999 betrokken geweest bij een auto-ongeluk. Daarbij heeft de auto van Van Dijk aanzienlijke schade opgelopen. Van Dijk heeft, via Van Tuijl BV bij Guardian Verzekering Maatschappij N.V. te Amsterdam, hierna Guardian genoemd, een ‘WA beperkte’ cascoverzekering voor zijn auto afgesloten.

d Guardian heeft aanvankelijk de aansprakelijkheid van Van Dijk aangenomen en is tot uitkering van de schade van de andere automobilist overgegaan. Bij brief van 19 mei 1999 heeft Guardian dit aan Van Tuijl BV bevestigd.

e Van Tuijl BV heeft in het schadegeval Van Dijk de volgende brieven geschreven:

- op 6 april 1999 aan de andere automobilist via diens verzekerings-tussenpersoon en deze aansprakelijk gesteld;
- op 8 april 1999 heeft zij Van Dijk meer duidelijkheid omtrent de toedracht van het ongeluk gevraagd en het politierapport opgevraagd;
- op 9 april 1999 is het politierapport bij het NVVA opgevraagd;
- op 11 mei 1999 heeft zij de verzekeringsmaatschappij van de andere automobilist aansprakelijk gesteld voor de schade van Van Dijk;
- op 25 mei 1999 heeft zij bij Van Dijk om getuigenverklaringen verzocht en een toedrachtsomschrijving van het ongeval ter ondertekening toegestuurd;
- op 1 juni 1999 heeft zij de getuigenverklaring van mevrouw Van Dijk en een situatieschets aan Guardian gezonden;
- op 1 juli 1999 heeft zij een aanvulling op het proces-verbaal van politie aan Guardian toegestuurd en omstandig beargumenteerd waarom het onbegrijpelijk is dat een schade-uitkering aan de tegenpartij is gedaan en verzocht Van Dijk alsnog schadeloos te stellen.

f Uit een door A. van Dongen, medewerker van Van Tuijl BV die het schadegeval heeft behandeld, opgesteld verslag blijkt dat deze –naast

voormelde briefwisseling– gedurende de periode 6 april 1999 tot en met 6 september 1999 in to6taal 17 maal zowel telefonisch als persoonlijk (met Van Dijk) contact over het schadegeval heeft gehad met: Van Dijk, de tussenpersoon van de andere automobilist, Guardian en de politie.

g Bij brief van 2 september 1999 heeft Guardian aan Van Tuijl BV meegedeeld dat zij mogelijk –achteraf gezien– de kwestie niet juist heeft beoordeeld, maar dat het zeer moeilijk is een eenmaal gedane uitkering terug te krijgen en een tweede poging niet zinvol lijkt. Voorts deelde zij mee de bonus van Van Dijk te zullen herstellen.

h Kopie van voornoemde brief van Van Tuijl BV op 3 september aan Van Dijk gezonden met de mededeling dat ook zij geen (juridische) mogelijkheid heeft om de schade te verhalen en dat zij daarom heeft besloten het dossier te sluiten. Zij adviseerde Van Dijk een rechtsbijstandsverzekering af te sluiten nu een dergelijke verzekering meer verhaalsmogelijkheden biedt.

i Bij brief van 7 september 1999 aan Van Tuijl BV heeft Van Dijk in ferme bewoordingen zijn ongenoegen over de situatie geuit en gesteld: dat hij meer inzet en controle van Van Tuijl BV had verwacht; dat zijn vertrouwen in Van Tuijl BV ver te zoeken is, dat Van Tuijl BV de handen uit de mouwen zal steken en bij Guardian een verhaalsprocedure zal starten. Tevens suggereerde Van Dijk dat een brief naar het programma ‘Breekijzer’ van Van Tuijl BV, in plaats van figurant, een hoofdrolspeler kon maken.

j Bij brief van 13 september 1999 heeft Van Tuijl BV aan Van Dijk meegedeeld dat zij als tussenpersoon voor hem al het mogelijke heeft gedaan. Voorts concludeerde zij uit de inhoud van de brief van 7 september 1999 van Van Dijk, dat deze weinig vertrouwen en waardering voor haar bemiddeling blijkt te hebben en dan Van Dijk die bemiddeling niet langer op prijs stelt. Zij deelde mee daarom besloten te hebben de verzekeringsportefeuille van Van Dijk terug te geven.

k Bij brief van 14 september 1999 heeft Van Tuijl BV aan Van Dijk meegedeeld dat Guardian meent geen inspanningsverplichting tot verhaal van de schade van Van Dijk te hebben, maar dat de uitkering die door Guardian is gedaan aan een verhaalspoging van Van Dijk niet in de weg staat.

l Op 9 november 1999 heeft Storms samen met Van Dijk en een camera-ploeg met lopende camera het kantoorgebouw van Van Tuijl BV betreden en ten behoeve van het programma ‘Breekijzer’ aan De Beer, om opheldering over de kwestie Van Dijk gevraagd. De Beer heeft Storms daarbij meegedeeld dat hij alleen wilde praten zonder camera’s en heeft Storms verzocht het pand te verlaten. Vervolgens is de politie gewaarschuwd en heeft Storms het pand verlaten. Van dit voorval zijn opnamen gemaakt, waarbij de voorgevel van het kantoorpand van Van Tuijl BV en De Beer duidelijk in beeld zijn, alsmede de komst van de politie.

m Storms BV is gesommeerd af te zien van uitzending in het programma ‘Breekijzer’ van 22 november 1999 van de bij Van Tuijl gemaakte opnamen en het noemen van de naam van Van Tuijl BV in het programma.

n Bij telefax van 19 november 1999 heeft Storms BV onder meer als volgt aan de raadsman van Van Tuijl BV geschreven: ‘Om ons moverende redenen hebben wij het onderwerp waarin de Financiële Adviesgroep Van Tuijl figeert niet ter uitzending aangeboden voor de laatste aflevering van Breekijzer van dit jaar. Wij zijn voornemens het item in de tweede serie op te nemen, die vanaf 31 januari aanstaande zal worden uitgezonden.’

o Deze afspraak is door de raadsman van Van Tuijl BV aan HMG op 19 november bevestigd.

p Op 22 november zijn twee of drie vooraankondigingen voor het programma ‘Breekijzer’, onder meer samengesteld uit bij Van Tuijl BV opgenomen beeldmateriaal door HMG op televisie uitgezonden. In die vooraankondigingen kwam De Beer ongeveer 4 seconden in beeld.

q HMG is voornemens in de op 31 januari 2000 geplande uitzending van ‘Breekijzer’ bij Van Tuijl BV opgenomen beeldmateriaal op televisie uit te zenden. Bij dit bewuste beeldmateriaal wordt gedurende ongeveer 12 seconden de navolgende ‘voice-over’ tekst gesproken: Tekst voice over bij beelden in het programma Breekijzer. Duur 12 seconden. *Wat te doen als je nooit eerder met autoschade te maken hebt gehad. Dan ga je naar je verzekeringstussenpersoon die tenslotte ieder jaar provisie ont-*

vangt, ook al rijd je schadevrij. Maar de assurantiëtussenpersoon zegt niets meer te kunnen uitrichten en alles te hebben gedaan wat in zijn vermogen ligt. Hij is zelfs aan het einde van zijn traject en wil liever Van Dijk niet meer als klant. Ons bezoekje aan van Tuyl is dan ook jammerlijk vrijblijvend want de aanwezige tussenpersonen willen niets zeggen voor de camera. Het feit dat Van Dijk als klant is geroyeerd door Van Tuyl is alleen maar toe te juichen. Er zijn tenslotte meer verzekeringstussenpersonen dan politieagenten. En als die gaan samenwerken, kun je maar beter het hazenpad kiezen. Nee, wij moeten bij Guardian Verzekeringen zijn in Amsterdam, de verzekeraar waarmee Van Dijk een polisovereenkomst heeft.

z Van Tuijl c.s. vorderen, kort weergegeven, een verbod aan Storms c.s. om het met betrekking tot Van Tuijl c.s. opgenomen beeldmateriaal uit te zenden op straffe van een dwangsom en zowel Storms BV en Tempestaete hoofdelijk, als HMG te veroordelen een voorschot van f10.000,- te betalen op door Van Tuijl c.s. geleden schade. Daartoe voeren Van Tuijl c.s. aan dat zij door de uitzending van het beeldmateriaal en de daarbij gesproken voice-over in hun goede naam worden aangetast. Ten onrechte wordt gesuggereerd dat Van Tuijl c.s. in de kwestie Van Dijk onbehoorlijk hebben gehandeld. Voor De Beer geldt dit des te meer. De suggestie wordt gewerkt dat De Beer zelf de vermeende ommissie heeft begaan. De Beer heeft ernstig bezwaar tegen vertoning van zijn portret op televisie. Hij heeft daarvoor geen toestemming gegeven. In strijd met de afspraak heeft HMG op 22 november 1999 toch beeldmateriaal in drie vooraankondigingen van het programma ‘Breekijzer’ uitgezonden. In deze fragmenten waren De Beer en het kantoorgebouw van Van Tuijl BV duidelijk herkenbaar in zicht. Storms BV heeft wanprestatie gepleegd en is aansprakelijk voor de schade. HMG heeft onrechtmatig gehandeld door, terwijl zij wist van de bezwaren en afspraak, toch tot uitzending over te gaan. Hun schade schatten zij voorlopig op tweemaal f10.000,-, aldus Van Tuijl c.s.

3 Storms c.s. hebben ter afwering aangevoerd dat in deze zaak hun recht op vrije meningsuiting dient te prevaleren boven het door van Tuijl c.s. gestelde belang van aantasting van eer en goede naam. Storms c.s. willen in het programma de rol van verzekeraars en tussenpersonen belichten. In de zaak Van Dijk komt aan het licht dan Van Tuijl c.s. liever goede vriendjes blijven met de verzekeraar dan met hun klant Van Dijk. Guardian heeft een fout begaan en zegt niets meer voor Van Dijk te kunnen doen en daar sluiten van Tuijl c.s. zich eenvoudigweg bij aan. Van Van Tuijl c.s. had mogen worden verwacht dat zij zich meer zouden hebben ingespannen voor van Dijk. In de voice-over tekst komt geen enkele onjuistheid voor en ook overigens laat Storms zich in het programma ‘Breekijzer’ op geen enkele wijze onnodig grievend of kwetsend uit over Van Tuijl c.s. Het zou een ontoelaatbare vorm van censuur vooraf zijn indien het beeldmateriaal over Van Tuijl c.s. niet zou mogen worden uitgezonden. Bovendien zou de logica uit het programma verdwijnen als het bij Van Tuijl c.s. opgenomen beeldmateriaal niet zou morgen worden uitgezonden, aldus Storms c.s. Met betrekking tot de uitgezonden vooraankondigingen betwisten Storms c.s. dat tussen partijen is overeengekomen dat geen beeldmaterieel zou worden uitgezonden. Maar afgezien daarvan betwisten Storms c.s. dat Van Tuijl c.s. schade hebben geleden door de uitzending van de vooraankondigingen. In tegenstelling tot hetgeen Van Tuijl c.s. beweren zijn er maar twee vooraankondigingen uitgezonden, waarbij De Beer maar 4 seconden in beeld is geweest, aldus Storms c.s. wier overige verweren hieronder worden besproken.

Beoordeling van het geschil

4 Eiser sub 2, Van Tuijl, is niet ontvankelijk in zijn vordering. De positie van Van Tuijl persoonlijk is in het programma ‘Breekijzer’ niet in het geding noch worden er indicaties gedaan die iets met de persoonlijke levenssfeer van Van Tuijl te maken hebben.

5 De vordering jegens Tempestaete wordt afgewezen. Het enkele feit dat Tempestaete bestuurder is van Storms BV rechtvaardigt niet de aansprakelijkheid van Tempestaete. Er zijn geen feiten gesteld of gebleken waaruit een persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder valt af te leiden.

6 Bij de beoordeling van de vordering ten aanzien van Van Tuijl BV dient een afweging te worden gemaakt tussen het recht van Storms BV en HMG op vrije meningsuiting en het recht van Van Tuijl BV om niet door openbaarmakingen te worden aangetast in haar eer en goede naam door lichtvaardig te worden blootgesteld aan verdachtmakingen met de schadelijke gevolgen van dien.

7 Uit de stukken, en met name uit de hiervoor onder 1.e en 1.f beschre-

ven handelingen en bemoeiingen van Van Tuijl BV in de zaak Van Dijk, is vooralsnog overtuigend gebleken dat Van Tuijl BV in voldoende mate de belangen van Van Dijk heeft behartigd en zich voldoende heeft ingespannen voor hem. Van Van Tuijl BV als tussenpersoon kon niet meer worden verwacht dan zij voor Van Dijk heeft gedaan. Zij heeft immers bij Guardian de belangen van Van Dijk uitvoerig bepleit, stukken aangedragen en een getuigenverklaring doen opstellen en aan Guardian toegezonden. Dat Guardian daarop niet inging in voor Van Dijk positieve zin, maar dit eerst deed toen zij met Storms geconfronteerd werd, kan Van Tuijl BV niet worden verweten.

Nu voorts Van Dijk in zijn brief van 7 september 1999 had aangegeven weinig vertrouwen meer in en waardering voor de bemiddeling door Van Tuijl BV te hebben, noch Van Tuijl BV onder die omstandigheden haar verhouding met Van Dijk verbreken. Zij kan zich met vrucht op het standpunt stellen dat bij gebreke aan vertrouwen een dergelijke verhouding niet wenselijk is. Het handelen van Van Tuijl BV in deze kwestie rechtvaardigt derhalve, naar het oordeel van de president, geenszins het aan de kaak stellen van een misstand, voorzover het Van Tuijl BV betreft. De beelden die bij Van Tuijl BV zijn gemaakt samen met de voice-over tekst waarin de naam van Van Tuijl BV wordt genoemd, wekken onmiskenbaar de suggestie dat Van Tuijl BV als tussenpersoon in gebreke is gebleven, hetgeen dus ten onrechte is. Van Tuijl BV zal hierdoor in haar goede naam worden aangetast met alle schadelijke gevolgen van dien. In het onderhavige geval wordt het belang van Van Tuijl BV, om niet lichtvaardig aan verdachtmakingen te worden blootgesteld, boven het belang van Storms BV en HMG op vrije meningsuiting gesteld. Voorts heeft De Beer in dit licht een redelijk belang zich, op basis van artikel 21 van de Auteurswet 1912, te verzetten tegen de openbaarmaking van zijn portret. Het gevraagde verbod is derhalve in na te melden vorm toewijsbaar. De dwangsom wordt gematigd als volgt.

Beslissing

1 Verbiedt Storms BV en HMG om filmmateriaal uit te zenden en/of openbaar te maken waarbij het kantoorpand van Van Tuijl BV, de inrichting daarvan en De Beer in beeld zijn, en verbiedt Storms BV en HMG in een voice-over bij beelden van het programma ‘Breekijzer’ de naam van Van Tuijl BV te noemen, op straffe van een dwangsom van f10.000,- voor iedere overtreding van dit verbod. 2 Veroordeelt Storms BV en HMG hoofdelijk om aan De Beer te betalen f1.000,- (eenduizend gulden). 3 Bepaalt, voorzover deze uitspraak in gebaseerd op de Auteurswet 1912, de termijn waarbinnen op basis van artikel 50 lid 6 van het Tripsverdrag een bodemprocedure dient te worden ingesteld, op drie maanden. 4 Veroordeelt Storms BV en HMG hoofdelijk in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van Van Tuijl BV en De Beer begroot op f725,54 aan verschotten, waaronder f475,- wegens vastrecht, en op f1.550,- aan salaris procureur. 5 Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad. 6 Wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door de vice-president mr R. Orobio de Castro, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van vrijdag 28 januari 2000 in tegenwoordigheid van de griffier.

[Hoger beroep ingesteld, bew.]

Noot**Gerard Schuijt**

Ook al staat het in de Auteurswet, het portretrecht is *geen* auteursrecht. Het portretrecht beperkt in de artikelen 19-21 enkele exclusieve bevoegdheden van de auteursrechthebbende tot openbaarmaken en veelevoudigen. In artikel 21 van de Auteurswet gaat het om portretten die niet in opdracht van de geportretteerde zijn gemaakt. Die mogen niet worden openbaar gemaakt voorzover een redelijk belang van de geportretteerde zich ertegen verzet. Dit recht van de *geportretteerde* is veeleer een verbijzondering van de bescherming tegen onrechtmatige schending van iemands privacy of andere met de publicatie van het portret geschonden belangen. Ook zonder een artikel 21 Auteurswet zou de rechter ex art. 6:162 BW het privacybelang en die andere belangen moeten afwegen tegen het belang bij openbaarmaking. Dit zij hier met nadruk vooropgesteld als ik wijs op rechtsoverweging

11 en beslissing 3, waar de president eiser, voorzover deze uitspraak is gebaseerd op art. 21 Auteurswet, een termijn stelt waarbinnen hij een bodemprocedure moet hebben ingesteld, omdat artikel 50 lid 6 van het TRIPs-verdrag dat zou voorschrijven. Dat berust op een misverstand. Inderdaad, sedert 1 januari 1996 dient het Nederlandse recht in overeenstemming te zijn met de Agreement on Trade-Related Aspects on Intellectual Property Rights (*Trb.* 1994, 235). Bernt Hugenholtz signaleerde het al eerder in zijn noot bij Pres. Rb. Utrecht 18 maart 1999, *Informatierecht*/AMI 1999-6, p. 94-96, dat volgens artikel 1 lid 2 van het verdrag hieronder alle categorieën van intellectuele eigendom vallen die onderwerp zijn van deel II, hoofdstukken 1-7 van het verdrag. Het portretrecht komen wij daar echter –terecht– niet tegen. Hoofdstuk 1 noemt wel het auteursrecht, zoals beschermd door de Berner Conventie, maar deze conventie voorziet niet in een bepaling á la artikel 21 Auteurswet en zelfs al zou dat wél het geval zijn, dan nog zou het portretrecht daarmee niet een auteursrecht zijn geworden. Kortom, het portretrecht is geen recht van intellectuele eigendom; het portretrecht valt niet onder de bepalingen van het TRIPs-verdrag. Ergo, een kort geding terzake van het portretrecht hoeft niet binnen een door de rechter te bepalen termijn te worden gevolgd door een bodemprocedure. In een ook tegen Storms gerichte zaak van later datum, t.w. 16 maart jl. (zie Documentatie p.131), is geen overweging, resp. beslissing meer aan TRIPs gewijd. Zou de president zelf al tot inkeer zijn gekomen? Des te beter. Vergelijk in dit verband Pres. Rb. Dordrecht 17 februari 1998, *Mediaforum* 1998-5, nr. 27, waarbij Dirk Visser in zijn noot eenzelfde misverstand signaleert met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 47 van de Auteurswet. Dat artikel heeft betrekking op de vraag of buitenlanders hier te lande hun auteursrecht kunnen uitoefenen, niet op de vraag of (bijvoorbeeld) de Spice Girls hier hun portretrecht kunnen inroepen.

Over de hoofdzaak in bovenvermeld kort geding nog dit. Het vonnis houdt in een verbod tot uitzending. Naar vaste rechtspraak verdraagt een dergelijk verbod zich slechts met het grondwettelijke censuurverbod, als de gewraakte en dus verboden uitingen voldoende concreet zijn aangegeven (Zie Schuijt, *Onrechtmatige daad* VII, aant. 7 en 183). Dat in aanmerking genomen is het verbod onder 1. van de beslissing te ruim: er staat letterlijk dat Storms het kantoorpand van Van Tuijl niet in beeld mag brengen, het portret van De Beer niet mag vertonen en de naam van Van Tuijl niet mag noemen. Bedoeld is kennelijk (zie r.o. 7) dat Storms die beelden niet mag vertonen terwijl deze in samenhang met de erbij gesproken tekst de suggestie wekken dat Van Tuijl in gebreke is gebleven en dat er in de uitzending dus een ernstige misstand wordt onthuld, maar het staat er niet. Het Hof Amsterdam heeft een vergelijkbaar ruim verbod –een zogenaamd publicitair straatverbod; een verbod om zich überhaupt over iemand uit te laten– ooit welwillend beoordeeld door te stellen dat het verbod ‘naar zijn aard uitsluitend betrekking heeft op onrechtmatige uitlatingen in het openbaar’ (Hof Amsterdam 27 februari 1997, *Mediaforum* 1997-5, p. B69-B71). Dat is echter óf een obligaat verbod óf nog steeds een te ruim gesteld verbod.

nr. 27 Constance Sars vs. Fisher

Pres. Rb. Amsterdam 10 februari 2000

De president van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam, rechtsprekende in kort geding in de zaak rolnummer KG 00/214 oðC van: de stichting *Stichting Constance Sars*, gevestigd te veldhoven, eiseres in conventie bij dagvaarding van 10 januari 2000, verweerster in reconventie, procureur mr R.J.A.M. Sträter, advocaat mr P.P.M. Sanders te Nuenen, tegen C.D. *Fisher* wonende te Amsterdam, gedaagde in conventie, eiser in reconventie, procureur mr N.W. Mulder.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 28 januari 2000 heeft eiseres in conventie, hierna Constance Sars gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Ter zitting heeft zij haar vordering nader uitgewerkt als volgt: Constance Sars verzoekt U Edelachtbare President dat Fisher zal worden geboden om: alle door Fisher op Internet geplaatste of nadien te plaatsen domeinnamen waarin Fisher de handelsnaam van Constance Sars klakkeloos overneemt als ware het zijn eigen domeinnamen, en de door Fisher op Internet geplaatste websites, waar de naam van Constance Sars in voorkomt waaronder: 1 ‘Constance Sars Relatie-bemiddeling relatieadviseur contact ...’ ‘http://www.neuk.net/constancesars.html.’ 2 ‘Constance Sars Relatie-bemiddeling, relatieadviseur, contact, dating en kennisma...’ 3 ‘Constance Sars Website unethically Copies Source Codes’ ‘http://www.neuk.net/constance sars-plagarizes etc’ 4 ‘Constance Sart Relatie-bemiddeling, relatieadviseur, contact, dating en kennis’ ‘www.constancesars.com’ van het Internet te verwijderen en verwijderd te houden c.q. niet meer te herplaatsen waarbij Fisher wordt verboden zich in de toekomst via Internet nog negatief over Constance Sars uit te laten een en ander binnen 2 x 24 uur na het betekenen van Uw vonnis aan Fisher, zulks op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f10.000,- per dag voor elke dag of een gedeelte van de dag dat gedaagde het ten deze te geven gebod niet nakomt of het ten deze te geven verbod overtreedt en voor elke dag of gedeelte van een dag dat het verzuim en/of de overtreding mocht voortduren, zulks met veroordeling van Fisher in de kosten van het geding.

Gedaagde in conventie, hierna Fisher, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening en in reconventie gevorderd als volgt: ‘8. Het is om deze reden dat eiser in reconventie U E.A. verzoekt bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut, gedaagde in reconventie: (i) te bevelen om binnen 48 uur na betekening van het te dezen te wijzen vonnis bovengenoemde onrechtmatige handelingen te staken en gestaakt te houden, althans het verveelvoudigen, openbaarmaken en/of verhandelen van (verveelvoudigingen van) de (inhoud van de) verzameling magneettrefwoorden als hierboven genoemd en/of substantiële delen daarvan via het Internet of anderszins te staken en gestaakt te houden; (ii) te veroordelen om aan eiser ten titel van dwangsom te betalen een bedrag van f1.000,- per overtreding van het hiervoor sub 1 genoemde bevel, dan wel naar keuze van eiser, voor iedere dag –een gedeelte van de dag daaronder begrepen– dat zij in strijd met bovengenoemd bevel handelt; (iii) te veroordelen tot betaling van een voorschot op de door eiser geleden en te lijden schade, ex aequo et bono begroot op f1.000,-, dan wel een zodanig bedrag als U E.A. President in goede justitie zal vermenen te behoren, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toe te wijzen bedrag vanaf de dag der dagvaarding tot die der algehele voldoening; (iv) te veroordelen in de kosten van dit geding; met het verzoek op voet van artikel 50 lid 6 van het Trips-Verdrag de termijn waarbinnen eiser in reconventie een bodemprocedure aanhang zal moeten maken te bepalen op 6 maanden, te rekenen van de dag waarop gedaagde aan eiser bij deurwaardersexploit kenbaar heeft gemaakt een verzoek, ingediend bij de bevoegde rechter, om bedoelde maatregelen geheel of gedeeltelijk te herroepen of (verder) gevolg te ontzeggen (het instellen van hoger beroep daaronder niet begrepen).’

Constance Sars heeft de reconventionele vordering bestreden. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overgelegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing

In conventie en reconventie

1 In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten:

a Constance Sars exploiteert een relatiebemiddelingsbureau. Zij biedt haar diensten aan via het Internet op een eigen website met de domeinnaam: ‘http://www.constance-sars.nl/’

b Bij overeenkomst van 22 maart 1999 zijn partijen overeengekomen dat Constance Sars gedurende dertien maanden aan Fisher contactmogelijkheden met partners zal verschaffen voor een bedrag van f2.761,25.

c Constance Sars heeft Fisher een vijftal contactmogelijkheden met partners geboden. Deze bevielen Fisher niet en Fisher heeft in oktober 1999 de overeenkomst ontbonden en aan Constance Sars verzocht het bedrag van f2.761,25 terug te betalen omdat hij niet tevreden was over de verleende diensten. Constance Sars heeft dit geweigerd.

d Fisher heeft op 11 mei 1997 de domeinnaam: ‘neuk.net’ laten registreren bij de Stichting Internet Domeinregistratie.

e In oktober/november 1999 heeft Fisher de volgende domeinnamen en websites geopend: - Constance Sars Relatie-bemiddeling relatieadviseur contact... ➔ http://www.neuk.net/constancesars.html; - Constance Sars Website Unethically copies source codes from. other kennismaking, ➔ http://www.neuk.net/constance-sars-plagarizes-header codes.html; - Constance Sars Relatie-bemiddeling, relatieadviseur, contact, dating en kennisma... ➔ http://www.neuk.net/constancesars.html.

f Fisher heeft op 21 december 1999 gedeponeerd de domeinnaam: ‘constance-sars.com’

g Fisher heeft op de website ‘www.constance-sars.com’ een tekst gepubliceerd waarin hij zijn –negatieve– ervaringen met het relatiebemiddelingsbureau van Constance Sars heeft beschreven.

h Fisher heeft medio oktober 1999 een verzameling magneettrefwoorden (meta-keywords) in de source codes van zijn websites aangebracht, die internet-gebruikers naar deze sites lokken.

i Constance Sars heeft in november 1999 de verzameling magneetwoorden van Fisher overgenomen op haar eigen website.

2 Constance Sars vordert in conventie zoals hiervoor onder het verloop van de procedure is aangegeven. Zij stelt daartoe dat Fisher onrechtmatig jegens haar handelt door de activiteiten van Constance Sars in een erotisch daglicht te stellen. Hij heeft op het Internet haar naam gekoppeld aan een aantal domeinnamen die de toegangsnaam ‘neuk.net’ bevatten. Hierdoor worden de eer en goede naam van Constance Sars aangetast. Als gevolg van het onrechtmatig handelen van Fisher lijdt zij aanzienlijke schade. Voorts is Fisher in strijd met de Handelsnaamwet haar handelsnaam gaan gebruiken door zelf domeinnamen te openen met haar handelsnaam daarin. Fisher laat zich voorts op zijn website negatief uit over Constance Sars en handelt ook hiermee onrechtmatig jegens haar, aldus Constance Sars.

3 Fisher heeft verweer gevoerd, dat hierna ter sprake komt.

In conventie

4.1 Vooropgesteld wordt dat Fisher als consument in beginsel het recht heeft om zijn ervaringen met producten diensten in het algemeen en dus ook via het internet openbaar te maken. Daaraan moet in de eerste plaats de eis gesteld worden dat de inhoud van die mededelingen niet onrechtmatig is jegens –in dit geval– Constance Sars. Dat is hier niet het geval. Weliswaar geeft Fisher zijn ervaringen in pittige bewoordingen weer, maar niet is gesteld of gebleken dat zijn gedetailleerde weergave op essentiële punten onjuist is. Bovendien worden zijn ervaringen door enige gebruikers van internet bevestigd. Hoewel pittig, kan niet worden gezegd dat de door Fisher gebruikte bewoordingen ook node-loos grievend zijn. Dit brengt mee, dat Fisher niet kan worden verbo-

den deze tekst als consument via een eigen site op het net te zetten en daarover met andere gebruikers van het net te ‘chatten’.

4.2 Er kunnen zich evenwel bijkomende omstandigheden voordoen, die de plaatsing van de gewraakte tekst alsnog onrechtmatig jegens Sars maken. Als zodanig moet in dit geval gelden het gebruik van de naam van Constance Sars als domeinnaam en als onderdeel in de gewraakte website-namen, en van andere technieken, die dienst doen als zoekmiddel in het internetverkeer. Door het gebruik dat Fisher maakt de naam van Constance Sars, namelijk door deze te gebruiken als domeinnaam of als onderdeel van de naam van zijn site, als metatag, hyperlink en dergelijke, is de aandacht die hij op Constance Sars vestigt, buitenproportioneel, nu tot gevolg heeft dat Constance Sars via de diverse zoekmachines te pas en te onpas aan searchers wordt gepresenteerd. Dit betekent dat de vordering van Constance Sars toewijsbaar is voorzover het het gebruik van de door haar gewraakte domeinnamen en aanduidingen van websites betreft. Daarbij komt de navolgende termijn redelijk voor en zal de dwangsom als volgt worden beperkt en gemaximeerd.

4.3 Een in algemene zin te geven verbod om zich over (het bedrijf van) Constance Sars uit te laten, waarbij gedoeld wordt op de door Fisher geplaatste tekst, wordt echter, gelet op het voorgaande, niet gegeven.

5 Nu partijen ieder deels in het ongelijk zijn gesteld, zullen de kosten worden gecompenseerd als hierna vermeld.

In reconventie

6 Nu Sars te kennen heeft gegeven dat zij het gewraakte gebruik inmiddels heeft gestaakt (doen staken) en niet van een reël gevaar voor herhaling is gebleken, is voor een veroordeling daartoe geen plaats, zodat deze vordering wordt afgewezen.

7 Fisher wordt in de kosten veroordeeld, die tot op heden worden begroot op nihil, aangezien de vordering nauw verband houdt met hetgeen in conventie een rol heeft gespeeld en verwaarloosbare extra kosten zal hebben meegebracht.

Beslissing

In conventie

1 Veroordeelt Fisher om binnen een week na dagtekening van dit vonnis alle door hem op het internet geplaatste domeinnamen, waarin de naam van Constance Sars voorkomt, en de door Fisher op internet geplaatste websites, waarin de naam van Constance Sars voorkomt, waaronder de in de vordering genoemde, te verwijderen van het internet en deze verwijderd te houden en niet te herplaatsen, zulks op straffe van een dwangsom van f1.000,- per dag dat in strijd met deze veroordeling wordt gehandeld en met een maximum van f50.000,-. 2 Compenseer de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten draagt. 3 Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad. 4 Wijst het meer of anders gevorderde af.

In reconventie

5 Weigert de gevraagde voorzieningen. 6 Veroordeelt Fisher in de kosten van het geding tot deze uitspraak aan de zijde van Constance Sars begroot op nihil.

Gewezen door de vice-president mr R. Orobio de Castro, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 10 februari 2000 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk Visser

De heer Fisher is teleurgesteld over de door relatiebemiddelingsbureau Constance Sars verleende diensten en ventileert dit via Internet. De president oordeelt dat hij dit op zich zelf mag doen, maar dat de wijze waarop hij dat doet en de middelen die hij daarbij gebruikt te ver gaan. Door zijn negatieve bevindingen kenbaar te maken via *a* onder de (voor dat doel) door hem geregistreerde domeinnaam ‘constance-sars.com’ en

b onder het weinig flatteuze ‘www.neuk.net/constance-sars’ en *c* door het veelvuldig gebruik van de woordcombinatie ‘constance sars’ als metatag vestigt hij buitenproportioneel veel (negatieve) aandacht op Constance Sars. De president wijst het gevorderde algemene verbod aan Fisher om zich negatief te uiten over Constance Sars (terecht) af, maar verbiedt de bovengenoemde manier van aandacht trekken.

Het bedoelde gebruik van de ‘.com’ domeinnaam voor negatieve uitlatingen over de betrokkene is inderdaad een erg opvallende en potentieel misleidende handelswijze, omdat de indruk kan worden gewekt dat Constance Sars eigenaar is van de bewuste site. Het gebruik van de naam Constance Sars in een ‘subonderdeel’ van een Internetadres (‘www.xxx.net/constance-sars’) lijkt mij echter op zich niet onrechtmatig voor een pagina met kritiek op Constance Sars. Het is niet ongebruikelijk dat dergelijke subonderdelen van een Internet-adres bestaan uit het onderwerp (en dus niet de eigenaar) van de bewuste (sub)pagina. Het is m.i. ook niet zo dat het gebruik in een subonderdeel van een Internetadres op zich zelf buitenproportioneel veel aandacht vestigt op de bewuste naam. Het feit dat het hier gaat om een combinatie met ‘neuk.net’ maakt het echter minder sympathiek en (onnodig) grievend. De (al dan niet buitenproportionele) *aandacht* op de web-site wordt met name gevestigd door de metatags in de source code van de web-site. Daarvoor geldt m.i. dat het gebruik als metatag van de naam van het onderwerp van op Internet geuite kritiek *in beginsel* moet kunnen (zie de boekbespreking elders in dit nummer op p. 000). Als er sprake is van *veelvuldig* metatag-gebruik, waardoor bijvoorbeeld de ‘echte’ site van het slachtoffer van de kritieken uit de hoogste regionen van de zoekresultaten wordt verdrongen of als de (meta)*teksten* die bij de zoekresultaten zichtbaar worden misleidend of onnodig grievend zijn, is een dergelijke handelwijze echter wel onrechtmatig.

Al met al verdient het oordeel van de president instemming. Alleen gaat het dictum misschien iets verder dan beoogd. Nu wordt de gedaagde onder andere ook veroordeeld ‘de door Fisher op internet geplaatste websites, waarin de naam Contance Sars voorkomt’ te verwijderen en niet te herplaatsen. Dat gaat nog wat verder dan een verbod de naam Constance Sars te gebruiken in het Internet-adres of in de source code van de web-site als metatag. Dit zou opgevat kunnen worden als een verbod Constance Sars überhaupt te noemen in de tekst op enige internetpagina. En dat staat weer op gespannen voet met het oordeel dat de bewuste kritiek via Internet op zichzelf toelaatbaar was.

nr. 28 Procter & Gamble vs. Magenta

Pres. Rb. Amsterdam 24 februari 2000

De president van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam, rechtsprekende in kort geding in de zaak rolnummer KG/00/320 OdC van: de vennootschap naar buitenlands recht *Procter & Gamble* AG, gevestigd te Genève, Zwitserland, eiseres bij dagvaarding van 26 januari 2000, procureur mr B.J.H. Crans, advocaat mr M. de Cock Buning te s-Gravenhage, *tegen* de stichting *Stichting Magenta*, gevestigd te Amsterdam, gedaagde, procureur mr T.F.W. Overdijk.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 9 februari 2000 heeft eiseres, hierna Procter, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagde, verder Magenta, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overgelegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing

a Procter heeft het merk ARIEL in het benelux Merkenregister gedeponeerd voor diverse waren, waaronder zepen, wasmiddelen en hygiënische producten voor huishoudelijk gebruik. **b** Magenta heeft voor een van haar medewerkers, R. Eissens, de domeinnaam ariel.nl geregistreerd bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland. **c** Medio juli 1999 heeft Eissens alle pagina s van zijn website verwijderd. Vervolgens was op de site enige tijd de tekst te lezen: ‘No homepage here, I got bored with it. So sue me, huh :P’. **d** Sinds september 1999 staat er op de homepage van Eissens alleen een plaatje van een luipaard met de mededeling ‘Ari’s home is under re-reconstruction. It was gone for 2 months because I was bored a bit with the upkeep. It will be back soon though. (...)’. Er kan worden gelinkt naar een pagina over de ‘virtuele herschepping Paleis voor Volksvlijt’. **e** Procter heeft Magenta verzocht en gesommeerd de domeinnaam om niet aan haar over te dragen. Daarop heeft Magenta afwijzend gereageerd.

2 Procter vordert, kort gezegd, Magenta te veroordelen het gebruik van iedere domeinnaam met daarin de naam ARIEL te (doen) staken en gestaakt te houden en de domeinnaam ariel.nl aan haar over te dragen, met nevenvorderingen. Bovendien vordert zij betaling van f5.500 als voorschot op schadevergoeding. Zij stelt dat Magenta inbreuk maakt op haar merkrecht als bedoeld in artikel 13A.1 aanhef en sub d van de Benelux Merkenwet. Het teken Ariel wordt immers zonder geldige reden gebruikt in het economisch verkeer, alleen al omdat Magenta heeft betaald voor de registratie. Magenta is niet alleen een ideële organisatie, maar adviseert ook tegen betaling gebruikers van Internet, ontwerpt sites en bemiddelt in de aankoop en hosting van domeinen. Het gebruik van het teken doet afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het merk Ariel. Bovendien kan Procter het niet als nl-domeinnaam registreren. Daarmee handelt Magenta ook onrechtmatig tegenover Procter. Dit klemt temeer nu het domein ariel.nl al geruime tijd niet actief wordt gebruikt, aldus Procter.

3 Magenta voert aan dat de website een privé-activiteit is van Eissens. Deze is al jarenlang zeer actief op Internet, dat hij onder andere gebruikt om te chatten. Daarvoor heeft hij de bijnaam Ariel gekozen omdat hij die mooi vindt. Ariel is een joodse naam die in het Hebreeuws ‘leeuw van god’ betekent. Eissens is zelf van joodse afkomst en de leeuw is een van zijn lievelingsdieren. Omdat hij ontevreden was over zijn website en iets nieuws wilde maken, heeft hij medio juli 1999 alle pagina s verwijderd en op de homepage tijdelijk de tekst ‘so sue me, huh :P’ geplaatst. Deze mededeling was bedoeld voor zijn chatvrienden, die zijn site regelmatig bezoeken, en zeker niet als uitdaging aan Procter. Die uitdrukking heeft in Internetkringen niets te maken met dagvaarden, maar betekent eerder iets van ‘nou, en?’. Hij gebruikt het Internet emotion :P als gulle lach, niet als uitgestoken tong, zoals Procter beweert.

4 Procter heeft in dit geding niet aannemelijk gemaakt dat de website www.ariel.nl wordt gebruikt in het economisch verkeer als bedoeld in artikel 13.A.1 aanhef en onder d van de Benelux Merkenwet. De

omstandigheid dat Magenta voor de registratie heeft betaald is daarvoor onvoldoende. Voorlopig is voldoende aannemelijk geworden dat Eissens de site uitsluitend voor privé-activiteiten gebruikt, die geheel los staan van de werkzaamheden van Magenta. Niet is gebleken dat hij met zijn activiteiten economisch voordeel beoogt. Van merkinbreuk in de zin van de Benelux Merkenwet kan dan ook geen sprake zijn. Bovendien valt niet in te zien dat de activiteiten van Eissens afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk Ariel.

5 Evenmin is aannemelijk geworden dat Magenta zich schuldig maakt aan domeinnaamkaping, zoals Procter stelt. Magenta en Eissens hebben uitdrukkelijk verklaard dat zij niet bereid zijn de domeinnaam over te dragen, ook niet tegen betaling. Het feit dat er op de site op dit moment weinig staat is onvoldoende voor het oordeel dat deze niet actief wordt gebruikt. Eissens heeft ter zitting verklaard dat hij bezig is de site opnieuw op te zetten. Ook overigens is niet aannemelijk geworden dat Magenta onrechtmatig handelt tegenover Procter. De enkele omstandigheid dat Procter de domeinnaam ariel.nl niet kan gebruiken is daartoe onvoldoende.

6 Uit het voorgaande volgt dat de gevraagde voorzieningen worden geweigerd. Procter wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten.

Beslissing

1 Weigert de gevraagde voorzieningen. **2** Veroordeelt Procter in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van Magenta begroot op f400,- wegens vastrecht en op f1.550,- aan salaris procureur. **3** Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door de vice-president mr R. Orobio de Castro, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 24 februari 2000 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk Visser

Voor het aannemen van merkinbreuk is noodzakelijk dat sprake is van (dreigend) ‘gebruik in het economisch verkeer’. Dit vereiste, dat ook in het Amerikaanse recht geldt, leek aanvankelijk voor domeinnaamkapers een mogelijkheid ongrijpbaar te zijn voor de bekende merkhouders. Inmiddels wordt in de VS en elders vaak geoordeeld dat het loutere te koop aanbieden van een domeinnaam die met een merk overeenstemt voldoende is om gebruik ervan in het economisch verkeer aan te nemen. (Zie bijvoorbeeld G.N. Vergani, ‘Electronic Commerce and Trade Marks in the United States: Domain Names Trade Marks and the “Use in Commerce Requirement” on the Internet’, *EIPR* 1999, p. 450.) De consequentie hiervan is dat de doorwinterde domeinnaamkaper de domeinnaam niet aanbiedt, maar wacht tot hij door de merkhouder wordt benaderd en dan na aanvankelijke weigering, zogenaamd met tegenzin de naam voor veel geld verkoopt. Veel domeinnaamkapers zijn echter te dom of te gretig om dit spel zo slim te spelen en laten zich verleiden tot uitspraken of handelingen waaruit hun kwade trouw en commerciële bedoelingen blijken.

Heel zeldzaam zijn de domeinnaamzaken waarin de eigenaar van de domeinnaam oprecht overkomt ten aanzien van zijn bewering geen gebruik in het economisch verkeer en geen verkoop van plan te zijn. In casu lijkt daarvan sprake. In zo’n geval kan de merkouder met het merkenrecht niets beginnen. Alleen ‘belangenafweging’ als gehanteerd door de Utrechtse president kan dan uitkomst bieden (zie Pres. Rb. Utrecht 24 februari 2000, nr. 29 (*Passies/Gaos*) hierna) maar daarvoor zag de Amsterdamse president kennelijk geen aanleiding. Men kan zich afvragen welk gerechtvaardigd belang particularieren in het algemeen hebben bij een ‘second level’-domeinnaam onder het .nl –‘toplevel’. Ook is niet direct duidelijk welk belang de gedaagde heeft bij het gebruik van de mooie hebreeuwse naam voor ‘leeuw van god’ voor een pagina waarop slechts wordt ‘doorgelinked’ naar een ‘virtuele herschepping Paleis voor Volksvlijt’. Hier leggen de commerciële belangen van een multinational het af tegen de privé-activiteiten van een Internet-enthousiast zonder een op geld waardeerbaar belang, maar mét principes én een lievelingsdier.

nr. 29 Passies vs. Gaos

Pres. Rb. Utrecht 24 februari 2000

Vonnis van de president van de arrondissementsrechtbank te Utrecht in de zaak van: de besloten vennootschap *AC Passies Internationale Verhuissbedrijven* BV, gevestigd te Haarlemmermeer, eiseres, procureur: mr. B.F. Keulen, advocaat: mr. P.P. Hart te Haarlem, *tegen* de besloten vennootschap *GAOS* BV, gevestigd te Badhoevedorp, kantoorhoudende te Wijk bij Duurstede, gedaagde, procureur: mr. H.C.E. de Vries, advocaat: mr. Ch.E. Bethlem te Amstelveen.

1 Het verloop van het geding

1.1 Eiseres, hierna te noemen: Passies, heeft gedaagde, verder te noemen: Gaos, in kort geding doen dagvaarden en op de dienende dag, 10 februari 2000, van eis geconcludeerd overeenkomstig de inhoud van het exploit van dagvaarding, waarvan een fotokopie aan dit vonnis is gehecht.

1.2 Passies heeft haar vordering bij monde van haar advocaat doen toelichten mede aan de hand van een overgelegde pleitnota en overgelegde producties.

1.3 Gaos heeft bij monde van haar advocaat verweer doen voeren mede aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen en producties.

1.4 Hierop is het debat voortgezet. Tenslotte hebben partijen de stukken overgelegd en vonnis gevraagd.

2 De vaststaande feiten

2.1 Passies exploiteert een onderneming die zich bezighoudt met internationale verhuis-, vervoer-, opslag- en transportactiviteiten. Zij richt zich daarbij wereldwijd op de zakelijke en particuliere markt. Passies heeft het merk PASSIES op 26 augustus 1994 gedeponeerd bij het Benelux Merkenbureau. Het merk is ingeschreven onder nr. 558555 voor de waren/diensten in de klassen 16, 39 en 42.

2.2 Gaos exploiteert een onderneming die zich onder meer bezighoudt met activiteiten die verband houden met het internet. Gaos heeft een groot aantal domeinnamen doen registreren bij Network Solutions Inc., waaronder de domeinnaam *passies.com*. Domeinnamen met de toevoeging ‘.com’ zijn, anders dan domeinnamen met de toevoeging ‘.nl’ specifiek bedoeld voor wereldwijd commercieel gebruik.

2.3 Partijen hebben onderhandeld over de overdracht van de domeinnaam *passies.com* aan Passies. Deze onderhandelingen hebben geen resultaat gehad.

3 De vordering en het geschil

3.1 De vordering strekt ertoe:

1 Gaos te bevelen om met onmiddellijke ingang het gebruik van de domeinnaam *passies.com*, alsmede het gebruik van iedere andere domeinnaam met de naam Passies, direct danwel door middel van een op enigerlei wijze aan haar verbonden (rechts)persoon, te staken en gestaakt te houden; **2** Gaos te veroordelen om binnen drie dagen nadat zij van Passies de daartoe benodigde gegevens heeft ontvangen de domeinnaam *passies.com* te retourneren naar het internetadres van Passies; **3** Gaos te veroordelen om te bewerkstelligen dat de domeinnaam binnen veertien dagen wordt overgedragen aan Passies, een en ander volgens de instructies van Network Solutions Inc., door indiening, zowel per telefax als per aangetekende brief, van een verzoek daartoe, met veroordeling van gedaagde om aan Network Solutions Inc. eventueel nader verlangde informatie te verschaffen, onder aanbod van vergoeding van de eventueel te maken kosten; **4** Gaos te veroordelen alle het in kader van het sub 2 en 3 gevoerde correspondentie binnen twee dagen na verzending daarvan danwel ontvangst daarvan aan de raadsman van Passies toe te zenden, het voorgaande op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Gaos in de kosten van het geding.

3.2 Gaos heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vordering van Passies. Zij heeft onder meer als verweer gevoerd dat er geen sprake is van gebruik van het merk PASSIES in het economisch verkeer, omdat

op dit moment de domeinnaam *passies.com* slechts geregistreerd staat zonder dat daadwerkelijk een gelijknamige website wordt onderhouden. Voorts stelt Gaos dat zij in verband met toekomstige bedrijfsactiviteiten belang heeft bij het behoud van de onderhavige domeinnaam-registratie. Op de verweren zal in het navolgende, voorzover nodig, worden ingegaan.

4 De beoordeling van het geschil

4.1 Voorzover Passies Stelt dat Gaos inbreuk maakt op haar merk PASSIES wordt, ter voldoening aan het bepaalde in artikel 37 BMW, vooropgesteld dat de president van deze rechtbank bevoegd is tot kennisneming van de vordering. Dit vloeit voort uit het feit dat Gaos in dit arrondissement kantoorhoudt.

4.2 In artikel 13A lid 1 en 2 BMW is geregeld waartegen een merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten. Centraal daarbij staat steeds dat er een relatie aanwezig dient te zijn tussen het merk en enige zakelijke activiteit van een ander die op de rechten van de merkhouder inbreuk maakt en waarmee economisch voordeel wordt beoogd. Vaststaat dat de activiteiten van Gaos, voorzover het de domeinnaam *passies.com* betreft, tot op heden beperkt zijn gebleven tot het doen registreren van deze domeinnaam. De enkele registratie is evenwel onvoldoende om te kunnen spreken van een activiteit in de zin van gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken in het economisch verkeer. Het feit dat Gaos naar haar eigen zeggen in de toekomst commerciële exploitatie zal ontplooiën door middel van de onderhavige domeinnaam leidt niet tot een ander oordeel. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een merkinbreuk waartegen de merkhouder zich kan verzetten komt het immers aan op het gebruik zoals zich dat heeft voorgedaan en/of zich op het moment van de beoordeling van een vordering voordoet.

4.3 Op grond van het voorgaande is de grondslag aan de vordering komen te ontvallen voorzover deze op de BMW is gebaseerd. Nu Passies zich niet op handelsnaamrechten heeft beroepen en zij het resterende gedeelte van de vordering enkel op artikel 6:162 BW heeft gebaseerd, spitst de verdere beoordeling van het geschil zich toe op de vraag of Gaos onrechtmatig heeft gehandeld door de domeinnaam *passies.com* te doen registreren respectievelijk of zij zich kan verzetten tegen de aanspraak die Passies op overdracht van de domeinnaam maakt.

4.4 Niet gesteld of aannemelijk is dat Gaos vóór de registratie van de domeinnaam *passies.com* wist dat Passies haar diensten aanbiedt onder de handelsnaam en/of het merk PASSIES. Hierbij is van belang dat het woord ‘passies’ tot het normale taalgebruik behoort, evenals het grootste gedeelte van de (aanzienlijke) hoeveelheid andere woorden die Gaos als domeinnaam heeft laten registreren. Uitgangspunt is derhalve dat Gaos met de registratie van de onderhavige domeinnaam niet de bedoeling had specifiek aan Passies de mogelijkheid te ontnemen om de domeinnaam te doen registreren teneinde op die wijze een aanzienlijke financiële vergoeding te kunnen bedingen voor de overdracht van de domeinnaam. De enkele registratie van de domeinnaam *passies.com* door Gaos kan onder deze omstandigheden niet onrechtmatig jegens Passies worden geacht.

4.5 Vervolgens dient te worden beoordeeld of Gaos in strijd handelt met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door haar weigering om mee te werken aan de overdracht van de domeinnaam *passies.com* aan Passies. Van belang daarbij is dat tussen partijen niet in geschil is, en ook als feit van algemene bekendheid heeft te gelden, dat de recente ontwikkelingen op het gebied van het internet het voor bedrijven in commercieel opzicht steeds meer noodzakelijk maken om zich op internet herkenbaar en via een goed toegankelijke website te presenteren. Aldus spitst het geschil zich toe op de vraag of Gaos gelet op deze ontwikkelingen voldoende belang heeft bij handhaving van de registratie tegenover de belangen die Passies bij de overdracht daarvan heeft.

4.6 Gaos heeft gesteld dat zij in de toekomst bedrijfsactiviteiten zal ontplooiën waarin ‘een link wordt gelegd met de passie die nodig is om tot succesvol ondernemen te komen’, zulks door het trainen of coachen van jonge ondernemers. Gaos stelt dat het in het bedrijfsleven steeds gebruikelijker wordt om het commitment van die ondernemers met ‘passie’ aan te duiden. Niet duidelijk is echter hoe dit betoog van Gaos zich verhoudt tot haar stelling dat de activiteiten die zij door middel van de registratie van domeinnamen ontplooit als een vorm van belegging kunnen worden beschouwd. Verder doet aan haar betoog afbreuk dat zij op geen enkele wijze de door haar gestelde toekomstplannen met concrete gegevens heeft onderbouwd, terwijl de verbinding die zij legt tussen (het begeleiden van) beginnende ondernemers en het woord

‘passie’ niet zonder meer voor de hand ligt. Dit betoog is derhalve onvoldoende aannemelijk geworden. Het moet daarom ervoor worden gehouden dat Gaos geen belang heeft bij het behoud van de domeinnaam *passies.com*, anders dan in het kader van de mogelijkheid om de registratie daarvan door overdracht te gelde te kunnen maken. Vaststaat immers dat de registratie van de domeinnaam *passies.com* in de weg staat aan het registreren van deze domeinnaam door andere bedrijven (waaronder Passies) en het gebruik van de gelijknamige website door anderen dan Gaos.

4.7 Tegenover de belangen die Gaos heeft bij de handhaving van de registratie staan de volgende belangen van Passies bij de overdracht daarvan. Passies heeft onweersproken gesteld dat haar bedrijfsactiviteiten zich voor een belangrijk gedeelte in het buitenland afspelen en dat een deel van haar klantenbestand ook in het buitenland woonachtig of gevestigd is. Voorts heeft Passies voldoende aannemelijk gemaakt dat (potentiële) klanten die in het buitenland wonen en via het internet informatie over haar bedrijf wensen te verkrijgen en/of zich als klant willen aanmelden zulks in de eerste plaats trachten te doen via een website met als domeinnaam *passies.com*, nu deze vermelding het meest aansluit bij de gelijkkluidende handelsnaam en het merk waaronder zij haar diensten aanbiedt. Daarmee is het belang van Passies bij de onderhavige domeinnaam in voldoende mate gegeven. Het feit dat het Passies vrijstaat om de domeinnaam *passies.nl* te blijven gebruiken danwel gebruik te maken van een combinatie van woorden die mede het woord ‘passies’ omvat en die eindigt op ‘.com’, en dat Passies ook is te bereiken via de website van de internationale organisatie waarbij zij is aangesloten (‘fidi.com’) doet aan het evidente belang dat Passies heeft bij een directe verwijzing op het voor wereldwijd gebruik bedoelde gedeelte van het internet naar haar bedrijf via de website *passies.com* onvoldoende af.

4.8 Het belang dat Gaos heeft bij handhaving van de domeinnaamregistratie weegt op geen enkele wijze op tegen de belangen die Passies heeft bij de spoedige overdracht daarvan. Gaos heeft niet aannemelijk kunnen maken dat de domeinnaam voor haar –tegenover het evidente belang van Passies dat zij op het internet te bereiken is via een met haar handelsnaam en merk identieke domeinnaam– een zo substantiële waarde vertegenwoordigt dat die omstandigheid in het kader van de dit kort geding te verrichten afweging van belang aan toewijzing van de vordering in de weg kan staan.

4.9 De weigering van Gaos om aan de overdracht mee te werken is onvoldoende gefundeerd en dient in de gegeven omstandigheden onrechtmatig jegens Passies te worden geacht. Het is, mede gelet op hetgeen onder 4.5 is vermeld, voldoende aannemelijk dat Gaos door haar weigering de commerciële belangen van Passies zodanig schaadt dat zij, Passies, schade lijdt of zal lijden. Hieruit volgt dat Gaos dient mee te werken aan een zo spoedig mogelijke overdracht van de domeinnaamregistratie aan Passies. Dit heeft tot gevolg dat zij het recht op de registratie *passies.com* dient prijs te geven en af te staan aan Passies.

4.10 Dit laatste dient, nu de domeinregistratie op zichzelf genomen niet onrechtmatig is, inherent te worden geacht aan het feit dat Gaos de domeinnaam *passies.com* (en mogelijk ook alle andere domeinnamen die zij heeft laten registreren) enkel heeft doen registreren met de bedoeling om aan andere bedrijven, die mogelijk een zwaarder wegend belang bij de registratie van die domeinnaam hebben (in het bijzonder Passies) de mogelijkheid daartoe in beginsel te ontnemen. Overigens wordt in dit kader nog opgemerkt dat het gebruik van de domeinnaam *passies.com* in de vorm van een website door Gaos of door een derde zeer waarschijnlijk in strijd zal komen met het merkrecht 1 of de handelsnaamrechten van Passies, zodat ook in zoverre het belang van Passies bij de spoedige overdracht daarvan gegeven is.

4.11 Niet in geschil is dat voor de overdracht van een domeinnaamregistratie de inschakeling van het Amerikaanse bedrijf Network Solutions Inc. noodzakelijk is. De vordering zal dienovereenkomstig worden toegewezen, inclusief de verplichting voor Gaos om fotokopieën van de correspondentie aan of van Network Solutions Inc. aan de raadsman van Passies toe te zenden. Ten aanzien van de dwangsom zal worden bepaald dat deze vatbaar is voor matiging, voorzover de handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

4.12 Nu Gaos zal worden veroordeeld om te bewerkstelligen dat de desbetreffende Amerikaanse instantie de registratie ten gunste van Passies zal wijzigen, valt niet in te zien welk belang Passies heeft bij ‘retourne-

ring’ van de domeinnaam naar haar internetadres, zo dit al mogelijk zou zijn. Dit onderdeel van de vordering zal derhalve worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor de vordering die strekt tot bevel aan Gaos om het gebruik van de domeinnaam *passies.com* te staken en gestaakt te houden, in zoverre geldt dat niet kan worden gezegd dat Gaos tot op heden enig relevant gebruik van de registratie maakt. Niet valt in te zien dat Gaos na de overdracht van de registratie nog gebruik zal of kan maken van de domeinnaam, zodat ook in zoverre geen plaats is voor een veroordeling.

4.13 Gaos zal, als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van dit geding worden veroordeeld.

5 De beslissing

De president:

5.1 veroordeelt Gaos om binnen veertien dagen na de betekening van dit vonnis maatregelen te nemen die ertoe strekken dat de rechten terzake van de domeinnaamregistratie *passies.com* zo spoedig mogelijk worden overgedragen aan Passies, een en ander volgens de instructies van Network Solutions Inc. (505 Huntmar Park Drive, Herndon, VA 22070, USA), zulks door indiening, zowel per telefax als per aangetekende brief, van een verzoek daartoe, met veroordeling van Gaos om aan Network Solutions Inc. eventueel nader verlangde informatie te verschaffen, onder aanbod van vergoeding van eventuele kosten waarop Network Solutions Inc. aanspraak mocht maken, en met veroordeling van Gaos om (fotokopieën van de) de in verband met dit alles te voeren correspondentie binnen twee dagen na verzending respectievelijk ontvangst daarvan aan de raadsman van Passies toe te zenden;

5.2 bepaalt dat Gaos een dwangsom van f10.000,- verbeurt voor iedere dag of gedeelte dat daarvan dat zij met de nakoming van een of meer van de onder 5.1 bedoelde verplichtingen in gebreke mocht blijven, met dien verstande dat boven de som van f250.000,- geen dwangsommen meer worden verbeurd, alsmede met bepaling dat de dwangsommen vatbaar zijn voor matiging voorzover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;

5.3 veroordeelt Gaos in de kosten van dit geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Passies begroot op f1.550,- voor salaris van de procureur en op f517,27 voor verschotten;

5.4 verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5 wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.J. Schepen, fungerend president, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 24 februari 2000.

Noot

Dirk Visser

Eiseres Passies heeft een internationaal verhuisbedrijf en gedaagd de Gaos doet iets met Internet (*wat* is niet helemaal duidelijk) en heeft een groot aantal domeinnamen laten registreren. De president oordeelt dat de loutere registratie van de domeinnaam ‘Passies.com’ op zichzelf geen gebruik van een teken (al dan niet als merk) in het economisch verkeer en dus geen merkinbreuk oplevert. Vaak komt een kort geding rechter in dit soort zaken vervolgens tot de conclusie dat de registratie wel een *dreigend* gebruik (in het economisch verkeer) oplevert die een maatregel in kort geding (overdracht van de domeinnaam) rechtvaardigt. In casu komt de president via de omweg van een belangenafweging en de onrechtmatige daad tot hetzelfde resultaat. De president kiest hier voor de constructie van de (loutere) belangenafweging die hij eerder ook toepaste ten aanzien het vergelijkbare probleem van de telefoonnummer-‘grabber’ van o800-RENTOKIL (Pres. Rb. Utrecht 6 juli 1999, *Mediaforum* 1999-9, nr. 46 m.n.t O. van Klinken & M. Visser).

Volgens de regels van de merkenrechtelijke kunst had eigenlijk de vraag aan de orde moeten komen of het dreigende gebruik betrekking zou hebben op dezelfde of soortgelijke waren of diensten als waarvoor het merk is ingeschreven. Daarvan lijkt in casu geen sprake. Dat betekent dat Passies alleen op grond van merkenrecht zou

kunnen optreden wanneer hij aantoonst dat hij een *bekend* merk heeft en dat Gaos op dat merk parasiteert of aan de reputatie of de onderscheidende kracht ervan afbreuk doet. Volgens de regels van het handelsnaamrecht had onderzocht moeten worden of het dreigende gebruik verwarring zou opleveren. Dit is allemaal niet gebeurd. Toch is het resultaat te billijken. Iemand die een groot aantal domeinnamen deponeert die niet overeenstemmen met zijn naam of merk, heeft inderdaad minder belang bij één van die namen dan iemand die een dergelijke naam of een dergelijk merk wel heeft. Met handelsnaam of merkenrecht heeft dit niet veel te maken, maar wel met een algemeen gevoel en aanzien van een redelijke verdeling van Internetdomeinnamen. Talloze namen zijn momenteel al dan niet te goeder trouw ‘gereserveerd’ door allerlei ondernemingen die ze niet (serieus) gebruiken en al dan niet uit speculatie overwegingen aanhouden. Het merken- en handelsnaamrecht kan die situatie in veel gevallen niet doorbreken.

De terminologie van een domeinnaam-petitum blijkt intussen nog niet voor iedereen gesneden koek. Passies vordert volgens het vonnis naast overdracht van de domeinnaam het ‘retourneren’ ervan, waar ongetwijfeld ‘rerouten’ wordt bedoeld (zie r.o. 3.1 sub (2) en 4.12). ‘Rerouten’ is het omleiden van het Internetverkeer naar een andere, bestaande domeinnaam van eiser zolang de overdracht van de litigieuze domeinnaam nog niet zijn beslag heeft gekregen. ‘Rerouten’ is een gebruikelijke en essentiële vordering in dit soort zaken, omdat de daadwerkelijke overdacht, met name bij .com namen, nogal lang op zich kan laten wachten.

nr. 30 Algemene Programmaraad vs. KTA

CvdM 15 februari 2000

Het Commissariaat voor de Media gezien het verzoek van de Stichting Algemene Programmaraad om bestuurlijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet, gelet op de artikelen 82i, 82k, 134 en 135 van de Mediawet, overwegende

Inleiding

Op 7 juni 1999 heeft de Stichting Algemene Programmaraad (hierna: de APR) in de vorm van het Advies Kabelplan Televisie 1999-2000 aan Kabeltelevisie Amsterdam B.V. (hierna: KTA) advies uitgebracht over de invulling van het wettelijk basispakket voor televisie als bedoeld in artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet. Van de vijftien televisieprogramma's die volgens het advies het basipakket vormen maken de programma's CNN, Eurosport en Discovery Channel deel uit. Ten aanzien van de hierboven genoemde drie zenders is het advies niet overgenomen, zoals KTA bij brief d.d. 26 augustus 1999 aan de APR heeft laten weten. De APR kan zich niet verenigen met de afwijking van zijn advies. Bij brief d.d. 20 september heeft hij om die reden aan het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) verzocht passende maatregelen te treffen jegens KTA. Over dit verzoek zijn de APR, vertegenwoordigd door zijn secretaris mevrouw S. Termeulen, en KTA, vertegenwoordigd door haar raadsman mr D.J. Oranje, op 25 november 1999 door het Commissariaat gehoord. Het verslag van de hoorzitting gaat als bijlage bij dit besluit *[niet opgenomen, bew.]*.

Feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend of niet (voldoende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet weersproken inhoud van de overgelegde stukken, staat het volgende vast.

KTA is de aanbieder van het omroepnetwerk in de gemeenten Amsterdam, Abcoude, Diemen, Loenen (de kern Nigtevegt), Oostzaan, Weesp, Landsmeer, Ouderamstel, Purmerend en Zaanstad. De APR fungeert als programmaraad ex artikel 82k, eerste lid, van de Mediawet. Op grond van dit wetsartikel adviseert hij KTA welke vijftien televisieprogramma's ten minste worden uitgezonden naar alle aangesloten en op het omroepnetwerk. Daarnaast is de APR bevoegd te adviseren over elf programma's buiten het wettelijk basispakket.

Uit het overgelegde Advies Kabelplan TV 1999-2000 blijkt dat de APR adviseert om naast de verplicht door te geven programma's (het must-carry pakket ex artikel 82i, sub a, c en d, van de Mediawet) de programma's RTL4, RTL5, SBS6, Veronica, BBC1, BBC2, CNN, Eurosport, Discovery Channel en TMF in het wettelijk basispakket op te nemen.

KTA heeft dit advies overgenomen, met uitzondering van de programma's CNN, Eurosport en Discovery Channel. Ter motivering van de afwijking van het advies voert KTA in de eerste plaats aan dat CNN niet kan worden opgenomen in het basispakket omdat Turner Broadcasting Systems Netherlands (TBSN), de aanbieder van het programma, daarvoor geen toestemming geeft. KTA produceert in dat verband het aan de APR gerichte faxbericht van TBSN d.d. 18 juni 1999 waarin wordt megedeeld dat de aanvankelijke aanvraag voor opname in het basispakket wordt ingetrrokken. CNN kiest na onderhandelingen met KTA voor opname in het standaardpakket. Het programma wordt daarin thans uitgezonden in het gehele verzorgingsgebied van KTA met uitzondering van de gemeenten Landsmeer, Ouder-Amstel, Purmerend en Zaanstad waar alleen verspreiding in het basispakket een optie was. Het advies ten aanzien van Eurosport en Discovery Channel is door KTA niet gevolgd omdat de aanbieders van deze programma's een doorgiftevergoeding wensen te ontvangen. KTA is daartoe niet bereid omdat zij momenteel alle commerciële programma's gratis doorgeeft en geen uitzondering wil maken voor de onderwerpelijke twee programma's uit vrees dat een dergelijke tariefdifferentiatie op mededingingsrechtelijke problemen zal stuiten.

De APR verzoekt het Commissariaat tegen KTA op te treden omdat de redenen die zijn aangevoerd om de drie door hem geadviseerde programma's niet op te nemen in het basispakket, niet zijn aan te merkeen

als zwaarwichtige redenen in de zin van artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet.

Bevoegdheid

Artikel 82i, eerste lid, van de Mediawet bepaalt dat de aanbieder van een omroepnetwerk ten minste vijftien televisieprogramma's uitzendt naar alle aangesloten en op de kabel. Deze vijftien programma's vormen het zogeheten wettelijk basispakket. Over de samenstelling van dit pakket wordt advies uitgebracht door de programmaraad ex artikel 82k, eerste lid, Mediawet, in casu de APR. De APR heeft voor de periode van 1 september 1999 tot 31 augustus 2000 advies uitgebracht over 26 programma's. In het advies is echter een duidelijke scheiding aangebracht waaruit blijkt welke programma's in het wettelijk basispakket opgenomen moeten worden en welke in het standaardpakket. De afwijking van het advies heeft betrekking op het wettelijk basispakket. Gelet op de artikelen 82k en 134 Mediawet is het Commissariaat bevoegd een oordeel te geven over de vraag of KTA terecht zwaarwichtige redenen aanwezig heeft geacht die de afwijking van het advies van de APR rechtvaardigen.

Inhoudelijke beoordeling van het geschil

1 CNN

Ten aanzien van CNN heeft KTA met een bewijsstuk aangetoond dat de aanbieder van het programma geen prijs stelt op opname in het wettelijk basispakket. De aanvraag voor opname in het basispakket wordt in het faxbericht d.d. 18 juni 1999 ingetrokken. De APR neemt aan dat dit onder druk van KTA is gebeurd, omdat CNN aanvankelijk wel een aanvraag had ingediend voor een plaats in het basispakket. CNN ondertekende bovendien een verklaring dat het programma niet meer teruggetrokken zal worden teneinde het op een andere wijze aan KTA aan te bieden, nadat de APR geadviseerd heeft tot opname in het basispakket.

Het Commissariaat is van oordeel dat KTA een aanbieder die dat niet wil niet kan dwingen zijn programma beschikbaar te stellen voor opname in het basispakket. In het onderhavige geval is vast te stellen dat TBSN uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat gekozen is voor een andere wijze van verspreiding van CNN dan in het basispakket. De toestemming van de programma-aanbieder die KTA nodig heeft om het advies op te volgen ontbreekt derhalve. Hierin is naar het oordeel van het Commissariaat een zwaarwichtige reden gelegen om ten aanzien van CNN van het advies van de APR af te wijken. Dat TBSN eerst een aanvraagformulier heeft ondertekend en haar programma daarna alsnog heeft teruggetrokken op een moment waarop dit volgens afspraak met de APR niet meer mogelijk was, is een zaak tussen deze twee partijen. Voor KTA is slechts relevant dat zij geen programma kan uitzenden zonder dat daar door de rechthebbende toestemming voor is verleend. De opmerking dat KTA druk heeft uitgeoefend om TBSN een bepaalde beslissing te laten nemen, is verder niet met feiten onderbouwd en moet voor rekening van de APR blijven.

Op grond van het bovenstaande is het Commissariaat van oordeel dat KTA om een zwaarwichtige reden van het advies van de APR heeft mogen afwijken. Daarbij is in aanmerking genomen dat in de wet niet is aangegeven welke de zwaarwichtige redenen zijn die een kabelexploitant het recht geven van het advies van de programmaraad af te wijken. Tijdens de behandeling van de Liberaliseringswet zijn echter wel voorbeelden gegeven. Eén reden die van de zijde van de regering werd genoemd is het niet kunnen regelen van de auteursrechten. Die lijn doortrekkend moet het onthouden van toestemming door de programma-aanbieder eveneens als een zwaarwichtige reden worden aangemerkt. Voor het oordeel dat afwijken in het onderhavige geval geoorloofd is, vindt het Commissariaat derhalve steun in de wetsgeschiedenis.

2 Eurosport en Discovery Channel

Tot aan het Advies Kabelplan TV 1999-2000 huldigde de APR het betalingsprincipe. Geen programma's behoefden te worden toegelaten tot de kabel als de aanbieders daarvan niet bereid waren voor de doorgifte een vergoeding te betalen. Dit uitgangspunt heeft de APR nu ten dele verlaten. Op bladzijde 10 van het advies schrijft de APR dat het betalingsprincipe niet elke vorm van betaling uitsluit. De APR verwijst voorts naar de brief van de NMa d.d. 9 oktober 1998 en de Richtsnoeren voor toegang tot de kabel van OPTA en NMa (Stcrt. 1999, nr. 159), waaruit de APR afleidt dat gedifferentieerde toegangstarieven zijn toegestaan, ondermeer als tariefdifferentiatie ertoe bijdraagt dat het pakket

radio- en televisieprogramma's aantrekkelijk wordt voor (potentiële) kabeLABonnees. Zijn advies acht de APR een objectieve maatstaf aan de hand waarvan KTA ten aanzien van Eurosport en Discovery Channel tariefdifferentiatie toe zou kunnen passen. Dat KTA vast wil houden aan het principe dat aan programma-aanbieders geen vergoeding wordt gegeven, mag volgens de APR geen reden zijn om van zijn advies af te wijken.

KTA voert aan dat zij voor Eurosport en Discovery Cnnel geen afwijkend tarief wil invoeren, omdat zij anders mededingsrechtelijke problemen voorziet. Tot 1996 hanteerde KTA een gedifferentieerd tarievenstelsel. Het gebruikelijke tarief was f750.000,- per programma per jaar en het tarief voor niet specifiek op Nederland gerichte commerciële programma's bedroeg f250.000,- per jaar. Tegen dit systeem is door verschillende programma-aanbieders geageerd, wat ondermeer resulteerde in de beslissing van de Minister van Economische Zaken d.d. 17 december 1996. In deze beslissing werd het tarievenbeleid van KTA mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar geacht. KTA heeft daarop besloten aan alle aanbieders hetzelfde tarief te vragen, wat tot gevolg had dat de zenders CNN en MTV zich terugtrokken. Dit leidde tot grote maatschappelijke onrust, die uiteindelijk tot bedaren is gebracht door in overleg met de gemeente Amsterdam te besluiten het abonnementsstarief te verhogen en alle commerciële programma's kosteloos door te geven. KTA stelt dat het advies van de APR indruist tegen de met veel moeite bereikte oplossing. Opvolgen van het advies zou naar het oordeel van KTA betekenen dat de problemen weer van voren af aan beginnen. Er is KTA zoveel gelegen aan handhaving van de status quo dat zij een zwaarwichtige reden om van het advies af te wijken aanwezig acht.

Voorts meent KTA dat de APR de door de Minister van Economische Zaken, de OPTA en de NMa aangegeven mogelijkheden voor tariefdifferentiatie verkeerd interpreteert. Uitgangspunt is dat tariefdifferentiatie is toegestaan onder strikte voorwaarden. De differentiatie dient een rechtreeks verband te hebben met het bevorderen van de afzet van de kabelexploitant in diens hoedanigheid van aanbieder van diensten. Voorts moet de differentiatie ertoe bijdragen dat het basispakket aantrekkelijker wordt voor (potentiële) abonnees. De Minister gaf aan dat bijvoorbeeld een korting kan worden gegeven voor programma's met hoge kijkcijfers. Minder goed bekeken programma's als Eurosport en Discovery Channel zouden bij toepassing van een dergelijke wijze van differentiëren juist meer moeten betalen.

Het Commissariaat stelt vast dat KTA waar het de voorwaarden voor toegang tot haar kabelnet betreft relatieve rust heeft weten te bewerkstelligen door de in overleg met de gemeente Amsterdam genomen beslissing om alle programma's van commerciële aanbieders uit te zenden zonder daarvoor een vergoeding te vragen. Aan deze situatie ging een in 1996 aangevangen periode vooraf die word gekenmerkt door juridische procedures bij de Minister van Economische Zaken en het Commissariaat, een verstoorde relatie met programma-aanbieders en (politieke) onrust in de gemeente Amsterdam. Naar het oordeel van het Commissariaat is de vrees van KTA gerechtvaardigd dat zij opnieuw in procedures verzeild raakt als het moeizaam tot stand gekomen systeem van doorgifte tegen een uniform tarief van fo,- wordt doorbroken door betalingen te gaan verrichten aan twee aanbieders van commerciële programma's. Mede in aanmerking genomen het feit dat KTA zich in het kader van het met de gemeente Amsterdam bereikte compromis verplicht heeft om in de loop van het jaar 2000 een zeer grote investering te doen waardoor de aangesloten digitale televisieprogramma's zullen kunnen ontvangen en gebruik kunnen gaan maken van internet en telefonie via de kabel, mag naar het oordeel van het Commissariaat in redelijkheid niet worden gevergd dat zij terugvalt op een systeem van tariedifferentiatie met de gerede kans dat daardoor de discussie over toegang tot haar kabelnet herleeft.

Daarbij komt dat uit de richtsnoeren van OPTA en NMa blijkt dat strenge eisen worden gesteld aan afwijkende tarieven voor enkele geselecteerde programma-aanbieders. Zo blijkt uit punt 14 van de richtsnoeren dat het doorgiftetarief berekend kan worden door door de kostengeoriënteerde kanaalprijs te verminderen met een aan het desbetreffende programma toe te rekenen gedeelte van de met het programmapakket gegenereerde abonnementsinkomsten. De richtsnoeren vervolgen met de opmerking dat de toerekening van de netto-opbrengst plaats moet vinden op basis van een transparente, objectieve en non-discriminatoire methode, bijvoorbeeld naar rato van het capaciteitsbeslag of naar rato van de relatieve economische waarde van het programma voor de exploitant. De kabelexploitant moet vooraf bekend maken op welke wijze hij de doorgiftevergoedingen zal vaststellen. KTA heeft om hierboven aangegeven redenen gekozen voor een sys-

teem waarin alle programma-aanbieders hetzelfde betalen, namelijk fo,-. Op deze wijze heeft KTA invulling gegeven aan de eis dat haar tarieventructuur transparant, objectief en non-discriminatoir is. Zou zij het advies van de APR volgen dan dient een op basis van de in de richtsnoeren aangegeven geheel nieuw tariefsysteem ontwikkeld te worden. Het Commissariaat meent dat zulks in redelijkheid niet van KTA verlang kan worden.

Het Commissariaat is op grond van het bovenstaande tot het oordeel gekomen dat KTA haar gemotiveerde wens om de status quo te handhaven heeft mogen aanmerken als een zwaarwichtige reden om ten aanzien van Eurosport en Discovery Channel af te wijken van het advies van de APR.

Ten overvloede heeft het Commissariaat overwogen dat de vrees van KTA voor mededingsrechtelijke problemen, danwel problemen bij toetsing van de condities voor toegang tot de kabel door de OPTA in het kader van een procedure op grond van artikel 8.7 Telecommunicatiewet niet denkbeeldig zijn. Daarbij is van belang dat de APR tot taak heeft te adviseren over een pluriform samengesteld basispakket. OPTA en NMa daarentegen gaan primair uit van bedrijfseconomische principes en slaan veel minder acht op in het mediabeleid geformuleerde doelstellingen zoals het belang van een pluriform aanbod. In het door de APR ter sprake gebrachte consultatiedocument van 26 april 1999 zegt OPTA met zoveel woorden dat hij geen rekening hoeft te houden met pluriformiteitsaspecten en dat de gekozen ONP-georiënteerde beoordelingskaders zonder aanvullend beleid zelfs tot aantasting van de door de rijks-overheid nagestreefde pluriformiteit kan leiden. Het consultatiedocument was weliswaar een discussiestuk en de stellingen daarin geven niet volledig weer hoe OPTA de problematiek van toegang tot de kabel thans benadert, doch de uitwerking in de richtsnoeren laat zien dat nog steeds bedrijfseconomische en niet mediapolitieke aspecten voorop staan. Onder deze omstandigheden acht het Commissariaat de vrees van KTA voor een negatief oordeel over de tariefdifferentiatie die de APR wenst alleszins begrijpelijk.

Besluit

Op grond van bovenstaande overwegingen heeft het Commissariaat besloten het verzoek van de APR om maatregelen te treffen jegens KTA omdat zij in afwijking van het advies de programma's CNN, Eurosport en Discovery Channel niet heeft opgenomen in het wettelijk basispakket af te wijzen.

Hilversum, 15 februari 2000

Het Commissariaat voor de Media, Drs. M. Koetje,Voorzitter, Mr. I. Brakman, Commissaris Financieel Toezicht. Wij wijzen u erop dat op grond van de Algemene wet bestuursrecht de natuurlijke persoon of rechtspersoon wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, daartegen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, een bezwaarschrift kan indienen bij het Commissariaat voor de Media, Postbus 1426, 1200 BK Hilversum.